

THÈSE DE DOCTORAT

de l'Université de recherche Paris Sciences et Lettres
PSL Research University

Préparée à l'Université Paris-Dauphine

École Doctorale de Dauphine — ED 543

Spécialité

COMPOSITION DU JURY :

Soutenue le
par

Dirigée par

L'INTÉRÊT DE LA PERSONNE MORALE

À mes parents

À Julie-Joy

Remerciements

Je remercie tout d'abord l'Association nationale de la recherche et de la technologie, qui m'a octroyé une convention CIFRE, ainsi que le cabinet Orrick Rambaud Martel, qui m'a recruté dans ce cadre et m'a permis de mener ces travaux à terme.

Je tiens ensuite à exprimer ma profonde gratitude au Professeur Sophie Schiller, ma directrice de thèse, et à Maître Jean-Michel Leprêtre. Ils m'ont tous deux accordé leur confiance et m'ont accompagné ces cinq dernières années avec patience et bienveillance.

Je remercie également mes collègues du cabinet Orrick Rambaud Martel d'avoir bien voulu partager avec moi leurs expériences et leurs points de vue. J'ai une pensée toute particulière pour Maître Gergana Rodriguez et nos nombreuses discussions.

Enfin, je tiens à dire toute mon estime et mon amitié à Jean-Édouard Guyot, pour son soutien et ses conseils, et à Jean-Baptiste Barbiéri, qui m'a poussé sur la voie de la recherche.

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Actes Prat.	Actes Pratiques et Ingénierie	CE	Conseil d'État
Ing. Soc.	Sociétaire	cf.	<i>Conferre</i>
ADLC	Autorité de la concurrence	CGCT	Code général des collectivités territoriales
aff.	Affaire	CGI	Code général des impôts
AJDA	Actualité juridique de droit administratif	CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
am.	Amendement	Circ.	Circulaire
AMF	Autorité des marchés financiers	Civ. 1^e	Cour de cassation, première Chambre civile
anc.	ancien	Civ. 2^e	Cour de cassation, deuxième Chambre civile
Arch. Phil.	Archives de philosophie du droit	Civ. 3^e	Cour de cassation, troisième Chambre civile
Dr.	droit	CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
art.	article	CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation	Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Bull.	Bulletin	Comm. CE	Commission européenne
Bull.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	Comm. UE	Commission européenne
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation	Concl.	Conclusions
Bull. Joly Bourse	Bulletin Joly Bourse	Cons. const.	Conseil constitutionnel
Bull. Joly Entreprises en Difficultés	Bulletin Joly Entreprises en difficultés	Cons. nat.	Conseil national de la concurrence
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés	conc.	Concurrence
C. civ.	Code civil	Const.	Constitution
C. com.	Code de commerce	Contra	Solution contraire
C. élec.	Code électoral	Conv.	Convention
C. expr.	Code de l'expropriation	Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
C. monét. fin.,	Code monétaire et financier	D.	Décret
C. pén.	Code pénal	D. (date)	Recueil Dalloz
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime	Dr. Soc.	Revue Droit social
CA	Cour d'appel	éd.	Édition
CAA	Cour administrative d'appel	EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
		ex.	exemple
		Infra	ci-dessous
		Instr.	Instruction

JCP CI	La Semaine Juridique - Édition Commerce et Industrie	RFDA	Revue française de droit administratif
JCP E	La Semaine Juridique - Édition Entreprise et Affaires	RGAMF	Règlement général de l'Autorité des marchés financiers
JCP N	La Semaine Juridique - Édition Notariale et Immobilière	RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
JCP S	La Semaine Juridique - Social	RSC	Revue de sciences criminelles
JORF	Journal officiel de la République française	RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
L.	Loi	RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
LEDC	L'Essentiel Droit des contrats	SA	Société anonyme
LO	Loi organique	SARL	Société à responsabilité limitée
Min.	Ministre	SAS	Société par actions simplifiée
not.	Notamment	SCA	Société en commandite par actions
op. cit.	<i>Opus citatum</i>	SCS	Société en commandite simple
p.	page	SE	Société européenne
PUAM	Presses universitaires d'Aix- Marseille	Sect.	Section
PUF	Presses universitaires de France	SNC	Société en nom collectif
Rapp.	Rapport	Soc.	Cour de cassation, Chambre sociale
RD&A	Revue Droit & Affaires	ss.	sous
RDP	Revue de droit public	Supra	ci-dessus
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz	T.	Tome
Rép. comm.	Répertoire de droit commercial Dalloz	T. com	Tribunal de commerce
Rép. pénal	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz	T. correc.	Tribunal correctionnel
Rép. sociétés	Répertoire de droit des sociétés Dalloz	TC	Tribunal des conflits
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz	TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Rev. trav.	Revue de droit du travail	Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
		V.	Voir
		V°	<i>Verbo</i>

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'INTÉRÊT DE TOUTE PERSONNE MORALE

TITRE 1 : LA NOTION D'INTÉRÊT PERSONNEL

Chapitre 1 : L'identification préalable de la finalité de la personne morale

Chapitre 2 : La détermination de l'intérêt de la personne morale

TITRE 2 : LES ENSEIGNEMENTS DE L'INTÉRÊT SOCIAL

Chapitre 1 : La fonction de protection de la société assumée par l'intérêt social

Chapitre 2 : Les moyens de protection de la société mis en œuvre au motif de l'intérêt social

SECONDE PARTIE : L'INTÉRÊT DE CHAQUE PERSONNE MORALE AU SEIN D'UN GROUPE

TITRE 1 : L'INEXISTENCE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL DU GROUPE

Chapitre 1 : L'absence de personnalité juridique du groupe formé par plusieurs personnes liées en capital

Chapitre 2 : L'absence de personnalité juridique du groupe formé par plusieurs personnes liées par contrat

TITRE 2 : LA COEXISTENCE D'INTÉRÊTS PERSONNELS AU SEIN D'UN GROUPE

Chapitre 1 : La distinction des intérêts

Chapitre 2 : Les conséquences de la distinction des intérêts

INTRODUCTION

1. Intérêt. De nombreuses notions juridiques se réfèrent à un intérêt. Or, l'intérêt résiste à l'analyse. Le Doyen Carbonnier a ainsi dit de l'intérêt de l'enfant qu'il s'agissait d'une « *notion magique* »¹. En effet, chacun peut voir dans un intérêt ce qu'il souhaite y voir. En effet, l'intérêt renvoie à ce qui importe, ce qui est avantageux². Il est une valeur. Par conséquent, l'intérêt n'est pas absolu, il ne peut pas être défini abstraitement. L'appréciation de l'intérêt implique donc de s'intéresser à ce à quoi il se rapporte.

L'intérêt considéré peut être celui d'un individu : l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de l'adopté l'intérêt du majeur incapable, l'intérêt de l'époux, l'intérêt de la caution, l'intérêt du client d'un avocat, l'intérêt de celui qui veut changer de nom ou agir en justice, éventuellement en défense d'un autre intérêt que le sien. L'intérêt peut être également collectif, et concerner un groupe en tant que tel : l'intérêt de la famille, l'intérêt commun des associés ou des indivisaires, l'intérêt des créanciers, l'intérêt public local ou national, l'intérêt général, l'intérêt de la Nation.

Quelle que soit l'intérêt considéré, il lui sera fait le même reproche : l'intérêt est fuyant et favorise l'arbitraire judiciaire³. L'intérêt trahit l'opportunité dont le droit fait parfois preuve et qui, pour protéger, désigne un intérêt sans préciser *ce qui importe*. Chacun pourra alors, selon ses convictions, déterminer la substance de l'intérêt : voilà la magie de l'intérêt.

Ainsi, l'intérêt d'une personne physique peut résider dans son confort matériel, dans celui de ses proches, dans ses aspirations, son affect, etc. L'intérêt de cette personne est subjectif : il est fonction de cette personne. De manière générale, l'intérêt n'est pas tant une notion dont plusieurs définitions sont possibles qu'une notion propre à chaque personne. En principe, chaque personne peut déterminer ce qui présente un intérêt pour elle.

¹ J. CARBONNIER, D. 1960, p. 675, note ss. CA Paris 30 avr. 1959.

² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, Le Robert, 2017, V° Intérêt.

³ J. CARBONNIER, note précitée, p. 675.

2. Personne morale. Les personnes morales n'ont pas ce luxe. Elles sont des « *êtres abstraits, dépourvus d'existence physique* »⁴, une « *conception de l'esprit* »⁵. Une personne morale est, comme le *Golem* de la légende, incapable de parole et dénuée de libre-arbitre. Elle n'existe que par et pour son créateur, qui détermine la raison de son existence. Elle présente un intérêt évident pour ceux qui s'en servent : elle leur est utile⁶. Elle existe pour servir et satisfaire un besoin. Elle ne peut pas faire de choix, et doit se consacrer toute entière à la tâche qui lui a été confiée. Contrairement au corps humain, les éléments de la personne morale et ses produits peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial⁷. Son nom peut être modifié de manière arbitraire⁸. Il peut même être mis fin à son existence⁹. Une telle entité - on ose à peine parler d'être - ne semble pas avoir d'intérêt, puisque l'on se demande bien ce qui pourrait importer, être avantageux, à une entité qui n'a ni libre arbitre et ni aspirations.

Pourtant, en dépit de ses spécificités, la personne morale est une personne. La personnalité peut être définie comme l'« *aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques et, dans des conditions différentes aux personnes morales* »¹⁰. Par conséquent, la personne est « *tout être susceptible d'avoir des droits et des devoirs ; en d'autres termes, tout sujet capable de s'obliger envers les autres et d'obliger les autres envers lui* »¹¹. En tant que personnes, les personnes morales sont, comme les personnes physiques, des sujets de droit¹², titulaires de droits leurs étant reconnus dans leur

⁴ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929, p. 126, § 95.

⁵ A. HEISSER, Étude sur les personnes morales en droit romain, dans l'ancien droit et en droit français moderne, éd. Marescq, 1871, p. 9.

⁶ V. not. R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, Sirey, 1909 ; J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705 ; J-P. GRIDEL, La personne morale en droit français, RIDC 1990, p. 505 ; C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, 1991 ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, th. Paris II, 2001.

⁷ L. n° 94-653, 29 juil. 1994 relative au respect du corps humain, art. 16-1.

⁸ Pour les sociétés, C. civ., art. 1835 et 1836 ; Pour les régions, D. n° 2016-1689, 8 déc. 2016 fixant le nom, la composition et le chef-lieu des circonscriptions administratives régionales.

⁹ Pour les sociétés, C. civ., art. 1844-7.

¹⁰ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 12^{ème} éd., 2018, V° Personnalité juridique.

¹¹ F. MOURLON, Répétitions écrites sur le code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, éd. Garnier Frères, 13^{ème} éd., 1896, T. 1, p. 72, § 97.

¹² L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, LGDJ, 1906, p. 4 ; R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 125, § 94 ; J. CARBONNIER, Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 231.

intérêt¹³. Comme il le sera démontré, au plan juridique, les personnes, quelle que soit leur nature, ont un intérêt¹⁴.

3. Intérêt de la personne morale. Admettre l'existence d'un intérêt est une chose, en définir la substance en est une autre. En effet, le caractère « *magique* » de l'intérêt permet à chacun de définir l'intérêt d'une personne donnée selon ses convictions propres. Le débat relatif à l'intérêt social en est la parfaite illustration.

En droit des sociétés, la substance de l'intérêt social fait l'objet d'un débat particulièrement féroce. Comme le relève, l'intérêt social « *ne peut être finalement approché qu'au travers des conceptions personnelles de l'ordre social* »¹⁵. Or, plusieurs conceptions de la société s'opposent, oscillant entre une approche contractuelle de la société, une approche institutionnelle, et une synthèse de ces approches¹⁶.

La société peut être conçue comme un simple contrat entre associés¹⁷. Ces derniers conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter¹⁸. Bien que relativement rigide, le droit des sociétés est marqué par un phénomène de contractualisation¹⁹ : malgré l'existence de nombreuses règles d'ordre public, la liberté

¹³ G. MICHAELIDES-NOUAROS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTD civ. 1966, p. 216.

¹⁴ Sur l'existence d'un intérêt en présence d'une personne juridique, cf. *infra* n° 44 et s.

¹⁵ A. COURET, L'intérêt social, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 6 – V. ég. M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, Sociétés de personnes - SARL, SA, SAS - Sociétés cotées, LGDJ, 22^{ème} éd., 2017, p. 52, § 1559.

¹⁶ T. MASSART, Rép. Sociétés, V° Contrat de société, 2016, § 106.

¹⁷ V. not. A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, Rev. sociétés 1984, p. 243 ; même auteur, Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance*, D. 1995, p. 163 ; D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, RD bancaire et bourse 1994, p. 204 ; même auteur, De l'intérêt social, JCP E 1995, p. 488 ; même auteur, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Éditions, 2004, § 11 et s. ; A. PIROVANO, La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997, p. 189 ; P. DIDIER, Brèves notes sur le contrat organisation *in* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 1999, 635 ; même auteur, La théorie contractualiste de la société, Rev. sociétés 2000, p. 99 ; R. LIBCHABER, La société contrat spécial *in* Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, 281 ; J.-C. MAY, La société : contrat ou institution ? *in* Contrat ou institution : un enjeu de société, LGDJ, 2004, 122 ; F. DEBOISSY, Le contrat de société *in* Le contrat, Travaux de l'Association H. Capitant, 2008, p. 119 ; T. FAVARIO, Regards civilistes sur le contrat de société, Rev. sociétés 2008, p. 53.

¹⁸ C. civ., art. 1832.

¹⁹ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, Du contrat en droit des sociétés, Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008.

contractuelle des parties au contrat de société demeure²⁰. Entendue comme un contrat, la société, constituée contractuellement par les associés, ne peut pas alors avoir d'autre intérêt que le leur²¹.

La société peut également être conçue comme une institution, c'est-à-dire comme une « *idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social* »²², une « *réalité sociale distincte des individus* » établie « *en vue d'atteindre un but d'intérêt collectif* »²³. Pour un auteur, « *la notion d'institution incarne la prééminence, la continuité, voire l'omnipotence d'un intérêt général abstrait, immanent et permanent, dont l'État est le dépositaire* »²⁴. Il relève que, dans une société, l'absence d'autonomie de la volonté des associés lors de la modification des statuts et l'existence de règles impératives empêchent que la société soit qualifiée de contrat²⁵. Selon cette conception, l'intérêt de la société est l'intérêt propre et supérieur de l'institution²⁶. Dans le prolongement de cette théorie classique de l'institution s'est développée la doctrine dite « de l'entreprise »²⁷. Selon cette doctrine, la société est la personnalisation juridique de l'entreprise, entendue comme une « *organisation*

²⁰ S. SCHILLER, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales, LGDJ, 2002.

²¹ D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Éditions 2004, § 11 et 14.

²² M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96-97.

²³ J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, Rép. civ., V° Institution, 1952.

²⁴ C. CHAMPAUD, Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise », *in* Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau, 2003, Dalloz, p. 117.

²⁵ C. CHAMPAUD, Le contrat de société existe-t-il encore ?, *in* Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 125.

²⁶ C. CHAMPAUD, Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise », *op. cit.*, p. 117.

²⁷ V. not. P. DURAND, La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Capitant, T. III, 1947 ; G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951 ; M. DESPAX, L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957 ; C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962 ; J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967 ; même auteur, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705 ; même auteur, Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?, D. 1999, p. 157 ; R. CONTIN, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, Librairies techniques, 1975 ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Vol. 2, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1981, par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Les Sociétés, à jour au 25 août 1982, p. 171, § 362-8 ; G. FARJAT, Les « sujets » de l'entreprise, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 317 ; M. BERGERAC et A. BERNARD, Fantaisie à deux voix, D. 2000, p. 315 ; B. TEYSSIÉ, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1680.

économique et humaine » et un « *centre d'intérêts* »²⁸. L'intérêt de la société est alors celui de l'entreprise, c'est-à-dire une synthèse des catégories d'intérêts des parties prenantes de l'entreprise²⁹.

Quels que soient leurs mérites respectifs, ces deux conceptions occultent la personnalité morale de la société. En effet, à compter de son immatriculation, la société jouit de la personnalité morale³⁰. Définir ce qu'est la société suppose de définir ce qu'est une personne morale³¹. Or, le « *mot personne est dans la langue juridique, synonyme de sujet de droit* »³². La société qui jouit de la personnalité morale est un sujet de droit, qui a, en tant que tel, un intérêt. Par conséquent, l'intérêt « social » s'entend de l'intérêt de la société elle-même, c'est-à-dire l'intérêt d'une personne morale³³.

L'importance du débat en droit des sociétés ne doit pas faire oublier que la nature de sujet de droit est une qualité qui dépasse les seules sociétés, et qui transcende la distinction entre le droit public et le droit privé³⁴. En raison de sa nature de sujet de droit, chaque personne morale a un intérêt. Par conséquent, l'étude de l'intérêt de la personne morale implique de s'intéresser à l'ensemble des personnes morales, de droit privé comme de droit public. Cet intérêt, individuel et propre à chaque personne morale, peut être qualifié d'intérêt « personnel ».

²⁸ J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1984, II, 14193.

²⁹ Sur les intérêts catégoriels, cf. *infra* n° 345.

³⁰ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1842 ; Pour les sociétés commerciales, C. com., art. L. 210-6.

³¹ T. MASSART, Rép. Sociétés, V° Contrat de société, 2016, § 132.

³² R CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 125, § 94.

³³ V. not. P. BISSARA, L'intérêt social, ANSA, étude n° 3008, juil.-août 1999 ; même auteur, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5 ; Y. GUYON, Traité des contrats, Les Sociétés, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002, p. 349, §230 ; A. COURET, L'intérêt social, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 6 ; P. LE CANNU, La société anonyme à directoire, LGDJ, 2014, p. 306 ; J.-P. BERTREL, Liberté contractuelle et société : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, Rev. Sociétés 1996, p. 595 ; C. BAILLY-MASSON, L'intérêt social : une notion fondamentale, LPA 9 nov. 2000, n° 224, p. 6 ; B. DUPUIS, La notion d'intérêt social, th. Paris 13, 2001 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, La définition de l'intérêt social - Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com. 2004, p. 35 ; ANSA, Intérêt social et intérêt général de l'entreprise, n° 15-021, 2015-II, avr. 2015 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, LexisNexis, 31^{ème} éd., 2018, p. 253, § 565.

³⁴ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, § 9, p ; 23.

4. Organisation groupée. Pour un auteur, la théorie du sujet de droit est d'une « *importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique* »³⁵. Le système juridique a été construit autour du sujet de droit, auquel tous les droits sont rattachés. L'individu sert d'unité de référence. Le droit des personnes morales est empreint de cet individualisme, qui se matérialise notamment dans le principe d'autonomie juridique des personnes morales : le patrimoine de la personne morale est le sien propre, sa volonté est autonome de celle de ses membres, elle est responsable de son fait personnel.

Le principe d'autonomie juridique des personnes morales doit toutefois être confronté au phénomène de l'organisation en groupe.

L'avantage qu'il y a à créer une personne morale est certain. Un auteur relevait que l'« *on n'[avait] rien trouvé de mieux que la personnalité morale pour concrétiser les intérêts collectifs* »³⁶. La popularité des sociétés unipersonnelles montre que cela est aussi vrai pour des intérêts individuels³⁷. Seule l'union de personnes et de moyens, matériels ou non, peut permettre de satisfaire certains besoins³⁸. La personnalité morale est même entendue par certains auteurs comme une technique juridique employée à des fins spécifiques³⁹. Cet avantage peut être démultiplié en créant plusieurs personnes morales, juridiquement autonomes, chacune ayant une finalité spécifique et un patrimoine propre, mais qui poursuivent des objectifs communs ou complémentaires. Il y a alors une certaine logique dans l'organisation des personnes morales en groupe⁴⁰, logique qu'un auteur qualifie d'« *esprit de groupe* »⁴¹. Cette logique n'est pas nécessairement consensuelle puisque bien

³⁵ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, Caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 3.

³⁶ J. CARBONNIER, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, th. Bordeaux, 1932, p. 809.

³⁷ Sur ce point, cf. *infra* n° 25.

³⁸ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 126, § 95.

³⁹ V. not. R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op.cit.* ; J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705 ; J-P. GRIDEL, La personne morale en droit français, RIDC 1990, p. 505 ; C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.* ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, *op. cit.*

⁴⁰ M. TROCHU, M. JEANTIN et D. LANGE, De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, D. 1975, p. 7.

⁴¹ C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.*, p. 66, § 97.

souvent, les rapports de groupe s'assortissent de rapport de domination, notamment en matière de groupe de sociétés⁴².

L'organisation groupée peut ainsi permettre d'exercer plusieurs activités dont l'exercice serait anormal, sinon impossible, pour une personne morale régie par le principe de spécialité. À la différence d'une société, une association peut avoir une activité non lucrative, qui pourrait être justifiée à l'échelle d'un groupe de sociétés. Inversement, une société peut avoir une activité lucrative, qui pourra intéresser plusieurs associations en leur permettant de dégager les ressources nécessaires à leur fonctionnement. Par ailleurs, l'organisation groupée peut contribuer à l'amélioration de la surface financière ou la réputation des personnes morales qui la composent, permettant ainsi des synergies et des économies d'échelle⁴³. Elle peut limiter les risques liés à une activité en répartissant sa réalisation entre différentes personnes morales. Les principes de responsabilité personnelle permettent de limiter la responsabilité au plan civil⁴⁴ et pénal⁴⁵.

L'organisation groupée est un phénomène particulièrement important en matière économique. Cette importance en matière économique se traduit par l'omniprésence de la société dans la réglementation en matière de groupe⁴⁶. Pour autant, au-delà des sociétés, d'autres personnes morales, peuvent se grouper. Ainsi, les associations⁴⁷ et les syndicats professionnels⁴⁸ peuvent constituer des unions ; les collectivités territoriales peuvent participer au capital de sociétés commerciales⁴⁹, constituer et diriger une association⁵⁰ ou encore se regrouper au sein

⁴² M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 830, § 2018.

⁴³ D. OHL, *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Librairies techniques, 1982, p. 11 ; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, *op. cit.*, p. 209 et s.

⁴⁴ C. civ., art. 1240.

⁴⁵ C. pén., art. L. 121-1.

⁴⁶ Sur l'importance de la définition du contrôle au sens des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce, cf. *infra* n° 213 et s.

⁴⁷ D. 16 août 1901, pris pour l'exécution de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 7.

⁴⁸ C. trav., art. L. 2133-1.

⁴⁹ Pour les régions, CGCT, art. L. 4211-1.

⁵⁰ V. par ex. Soc., 26 juin 1991, n° 88-40.697 : Bull. 1991, V, n° 330 Bull. Joly Sociétés 19910, p. 1024, note M. JEANTIN ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 1093, note M. GUENAIRE.

d'un organisme public de coopération⁵¹. L'État lui-même est directement associé de plusieurs sociétés, à travers l'Agence des participations de l'État⁵².

5. Un concept, des notions. L'organisation groupée est un phénomène que le droit n'ignore plus⁵³. Actuellement, il n'est pas possible de parler en France de « *non-droit des groupes* »⁵⁴. Néanmoins, au plan juridique, le groupe de personnes morales est aussi ambigu que peut l'être l'intérêt personnel. En effet, il n'existe pas de notion juridique unifiée de groupe ni, par conséquent, de droit commun du groupe. En droit des sociétés, l'absence de réglementation du groupe à proprement parler dans la loi du 24 juillet 1966 a été jugée comme une véritable insuffisance par certains commentateurs⁵⁵. Les tentatives de mettre en place un régime commun du groupe de sociétés, qui pourrait être la base à un droit commun du groupe, se sont soldées jusqu'ici par un échec en France⁵⁶ comme en Europe⁵⁷. Le droit appréhende donc le groupe à travers plusieurs notions sectorielles, le groupe se définissant au regard de la notion considérée⁵⁸. Ces notions de groupe n'ont pas le même objet ni, par conséquent, le même périmètre⁵⁹. Ces notions n'ont pas non plus la même méthode : chaque branche du droit appréhende différemment, mais de manière minimaliste⁶⁰, oscillant entre négation de l'autonomie des personnes morales composant le groupe et organisation des rapports qu'elles entretiennent⁶¹.

⁵¹ CGCT, art. L. 5111-1.

⁵² <https://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat>, consulté le 16 sept. 2018.

⁵³ C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.* ; M. PARIENTE, Nouvelle approche comptable, juridique et sociale de la notion de groupe de sociétés, th. Paris I, 1989 ; même auteur, Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales, *Rev. Sociétés* 1993, p. 247.

⁵⁴ C. CHAMPAUD, Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle, *Rev. sociétés* 2000, p. 77.

⁵⁵ V. not. R. HOUIN et F. GORÉ, *D.* 1967, chron. p. 124.

⁵⁶ J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D.* 2003, p. 2346.

⁵⁷ P.-H. CONAC, Le groupe de sociétés, *Rev. sociétés* 2013, p. 417.

⁵⁸ C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.*, p. 181, § 237.

⁵⁹ A. MAGNAN et K. BOUSSET, La responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales, *in* La responsabilité des sociétés mères (doss.), *JSS*, oct. 2017, p. 12.

⁶⁰ J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D.* 2003, p. 2346.

⁶¹ A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, *RTD com.* 1985, p. 621.

Cette approche notionnelle du groupe est une impasse⁶². En effet, elle peut faire douter de son existence. Le groupe, réduit à une notion⁶³, n'est qu'une « *réalité éclatée* »⁶⁴. Il n'existe que pour les besoins de l'application de cette notion⁶⁵. Ainsi en matière de consolidation comptable, le groupe n'existerait que le temps nécessaire à l'établissement de comptes consolidés permettant de donner une image fidèle de l'ensemble formé par le groupe⁶⁶.

Le groupe ne se réduit pas à ces notions. En effet, il existe un concept juridique de groupe auquel il peut être fait référence, de manière opportune, en dehors de toute notion de groupe. Il faut distinguer la notion du concept. Le concept est le résultat d'un effort de l'esprit en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses⁶⁷. Il est le « *résultat [...] de l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit* » tandis que la notion est la « *manière de l'atteindre* »⁶⁸. Ainsi, le concept de groupe se nourrit des différentes notions. C'est bien à un concept de groupe auquel il est fait référence pour caractériser l'existence d'un groupe non pas au regard d'une notion juridique mais d'une situation factuelle : les liens divers qui unissent plusieurs personnes morales⁶⁹. Cette approche est opportuniste⁷⁰. Elle a le mérite de permettre la reconnaissance de l'existence du groupe en droit et de l'importance des effets qu'il peut avoir sur les personnes morales qui le

⁶² B. OPPETIT et A. SAYAG, *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, Rev. sociétés 1978, p. 577.

⁶³ M. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales*, Rev. Sociétés 1993, p. 247

⁶⁴ R. RAFFRAY, *La notion de groupe de sociétés en droit français. Une réalité éclatée ?*, in *Groupes de sociétés*, Dr. Sociétés 2017, doss. 8.

⁶⁵ J. BARTHÉLÉMY (dir.), *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, 1991 ; J. PAILLUSSEAU, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346.

⁶⁶ C. com., art. L. 233-16 et s.

⁶⁷ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1924, T. 1, p. 148, §50.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 149, § 50.

⁶⁹ V. par ex. en matière d'abus de biens sociaux, Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. Crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC – V. par ex. en matière de clause de non-concurrence Soc. 29 janv. 2014, n° 12-22.116 : Bull. 2014, V, n° 35 ; JCP S 2014, 1225, note S. SCHILLER et J.-M. LEPRÊTRE – V. par ex. en matière de co-emploi, Soc., 2 juil. 2014, n° 13-15.208 : Bull. 2014, V, n° 159 ; D. 2014, p. 1502 ; JCP S 2014, act. 264 ; JCP G 2014, 848, note G. DESSUS-LE-MOUSTIER ; Gaz. Pal., 17 juil. 2014, p. 26 ; Cah. soc. 2014, p. 511, note J. ICARD ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 394, note N. PELLETIER ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 418, note F-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM.

⁷⁰ A. LECOURT, *Rép. sociétés, V° Groupe de sociétés*, 2018, § 11.

composent. Tout progrès en matière de droit des groupes semble donc supposer l'élaboration préalable d'un concept de groupe⁷¹.

6. Effets du groupe sur l'intérêt personnel. En considération de l'importance du principe d'autonomie juridique, l'organisation en groupe ne devrait être qu'un épiphénomène, qui se superposerait, sans incidence, à la situation de la personne morale. L'existence d'un groupe n'aurait alors aucune influence sur l'intérêt de chaque personne morale le composant. Il n'en est rien. L'organisation en groupe obéit à une certaine logique, qui n'est pas nécessairement juridique. Cette logique peut être économique, fiscale, financière, politique voire diplomatique. Cette logique ne suppose pas une stratégie établie, documentée, reposant sur des éléments tangibles. Elle peut se réduire à la simple opportunité qui conduit à la filialisation d'une activité ou au regroupement de plusieurs collectivités territoriales. Cette logique a une réelle influence sur les personnes morales du groupe, et par conséquent sur leur intérêt.

Cette logique conduit à considérer le groupe comme un « *paradoxe* »⁷². La première réaction face au paradoxe a été de dépasser l'autonomie des personnes morales composant le groupe. En 1922, dans un arrêt « LAMBORN », il a été jugé qu'une société, simple « *emanation* » de la société la contrôlant, était tenue aux dettes de celle-ci⁷³. Le droit positif est globalement parvenu à un équilibre entre l'effacement et le maintien de l'autonomie juridique au sein du groupe⁷⁴. La manifestation la plus éloquente de cet équilibre se trouve en droit pénal. En 1985, la Cour de cassation a admis dans un célèbre arrêt « ROZENBLUM » que le concours financier apporté par une société à responsabilité ou par actions à une autre entreprise d'un même groupe, peut être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, sans que ce groupe

⁷¹ Y. PACLOT, La société membre d'un groupe, Journ. Sociétés 2016, n° 146, p. 27.

⁷² C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, 1991, p. 49, §75.

⁷³ Req., 20 nov. 1922 : S., 1926, 1, 305, note H. ROUSSEAU – V. ég. Civ. 1^{er}, 7 janv. 1946 : D. 1946, p. 132 - Com., 27 avr. 1970, n° 68-13.731 : Bull. 1970, IV, n° 136.

⁷⁴ A. CONSTANTIN, Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent, RTD com. 2011, p. 365.

ne soit défini ni dans la décision rendue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation⁷⁵, ni par celles qui ont pu suivre⁷⁶

Cet équilibre trouve à s'appliquer s'agissant de l'intérêt de la personne morale. L'appartenance d'une personne morale à un groupe ne peut pas être occultée, et elle va perturber les règles d'appréciation de l'intérêt de la personne morale. Du fait de cette perturbation, l'intérêt ne disparaît pas ni ne s'efface derrière un autre intérêt. En revanche, la logique individuelle d'appréciation de l'intérêt personnel doit être délaissée au profit d'une logique collective, la logique du groupe.

Ainsi, il convient d'étudier dans une première partie l'intérêt de toute personne morale, afin de pouvoir déterminer dans une seconde partie le sort de l'intérêt de chaque personne morale au sein d'un groupe.

⁷⁵ Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. Crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC.

⁷⁶ V. par ex. Crim., 23 avril 1991, n° 90-81.444 : Bull. Crim. 1991, n° 193 - Crim., 27 nov. 2013, n° 12-84.804 : inédit ; RTD Com. 2014 p. 203, note B. BOULOC.

PREMIÈRE PARTIE : L'INTÉRÊT DE TOUTE PERSONNE MORALE

7. Raisonnement par analogie. En 1922, un auteur faisait le constat qu'il n'existait pas de théorie de la personnalité morale⁷⁷. La doctrine contemporaine de la personnalité morale respecte le clivage entre le droit public⁷⁸ et le droit privé⁷⁹, consacrant ainsi une dualité de personnes. Néanmoins, il ne faut pas confondre la notion même de personnalité morale avec les différentes formes de personnes morales⁸⁰. En effet, la variété des personnes morales n'est pas exclusive de caractères communs⁸¹. Le droit positif permet même d'affirmer l'existence d'un droit commun des personnes morales⁸², récemment confirmé par des dispositions communes à toutes les personnes morales en matière de capacité et de représentation⁸³.

Il est courant d'utiliser le raisonnement déductif, qui consiste en la conclusion d'une ou plusieurs propositions données à une proposition qui en résulte en vertu de règles logiques⁸⁴. Il est possible de procéder au raisonnement inverse et, par induction, de remonter de cas donnés à une proposition plus générale⁸⁵. En appliquant ce raisonnement, les solutions dégagées à propos d'une notion peuvent, dans une certaine mesure, contribuer à définir un régime commun aux notions similaires.

Parmi l'ensemble des personnes morales, la société a une importance considérable dans les textes, en jurisprudence, en doctrine, et en pratique dans le domaine économique. Les entreprises sont nombreuses. Or, un auteur relève que « *la société apparaît plus que jamais*

⁷⁷ R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., 1922, p. 161.

⁷⁸ V. par ex. N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, *op. cit.* ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, LGDJ, 2004.

⁷⁹ V. par ex. F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, LGDJ, 1997.

⁸⁰ J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705.

⁸¹ G. WICKER, Les fonctions juridiques, contributions à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997, p. 198, § 204.

⁸² K. RODRIGUEZ, Le droit commun des personnes morales, th., Pau, 2001.

⁸³ C. civ., art. 1145 et s.

⁸⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Déduction.

⁸⁵ *Ibid.*, V° Induction.

comme la technique d'organisation la plus efficace de l'entreprise, dès lors du moins que celle-ci prend quelque importance »⁸⁶. Le droit des sociétés « *est le droit des structures* »⁸⁷.

Le raisonnement inductif, ou par analogie, est appliqué fréquemment en droit des groupements personnifiés, en prenant pour appui le droit des sociétés⁸⁸. Le droit des sociétés paraît pouvoir servir de référence, au-delà des seuls groupements personnifiés, à l'ensemble des personnes morales. Il régit les liens nécessaires à l'existence de la société, prise le plus souvent comme une personne morale⁸⁹. Le raisonnement par analogie permettra de dégager des solutions applicables à chaque personne morale, de droit public comme de droit privé, dans le respect de leurs régimes propres, en empruntant au droit des sociétés des principes existants et déjà éprouvés. La loi le met en œuvre au sein même du droit des sociétés. Les solutions retenues en matière de société anonyme peuvent être appliquées *mutatis mutandis* aux sociétés par actions simplifiées, sous réserve de leur compatibilité avec leur régime propre⁹⁰. Cette technique est également utilisée au-delà du droit des sociétés. Le droit des associations en est l'exemple le plus remarquable⁹¹, puisque la jurisprudence admet une certaine supplétivité du droit des sociétés⁹². Ainsi, « *dans le silence des textes et des statuts relatifs au fonctionnement d'une association* », certaines notions du droit des sociétés trouvent à s'appliquer, « *les dispositions du Code civil, et à défaut du Code de commerce, régissant les sociétés présent[a]nt une vocation subsidiaire d'application* »⁹³. L'organisation des associations peut s'inspirer de celle des sociétés, voire emprunter un certain nombre de principes de *corporate governance* aux sociétés cotées⁹⁴. De même, jusqu'en 2014⁹⁵, les

⁸⁶ P. BISSARA, Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?, Rev. Sociétés 2000, p. 69.

⁸⁷ Y. PACLOT, La société membre d'un groupe, Journ. Sociétés 2016, n° 146, p. 27.

⁸⁸ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 2.

⁸⁹ D. PORACCHIA, Les groupes de sociétés *in* Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966, Dalloz, 2018.

⁹⁰ C. com., L. 227-1.

⁹¹ V. not. E. ALFANDARI, Associations et sociétés : points de rencontre, LPA 1996, n° 50, p. 47 ; K. RODRIGUEZ, Associations : la méthode du renvoi au droit des sociétés, D. 2006, p. 2037 ; J.-B. MOMNOUGUI, L'application du droit des sociétés aux associations : un exemple concret du droit des groupements et des organisations, éd. univ. européennes, 2010.

⁹² Civ. 1^e, 29 nov. 1994, n° 92-18.018 : Bull. 1994, I, n° 344 ; Rev. sociétés 1995, p. 318, note Y. GUYON.

⁹³ Civ. 1^e, 3 mai 2006, n° 03-18.229 : Bull. 2006, I, n° 206 ; D. 2006, p. 2037, note K. RODRIGUEZ, RTD Com 2006, p. 619, note L. GROSCLAUDE.

⁹⁴ V. not. H. DURAND, La gouvernance des associations, Dalloz, 2015.

praticiens plaçaient les fusions d'associations sous le régime des fusions de sociétés, en l'absence de disposition dans la loi de 1901⁹⁶.

8. Limites du raisonnement par analogie. Néanmoins, il ne faut pas se risquer au mélange des genres. Toutes les règles du droit des sociétés ne peuvent pas être totalement appliquées aux autres personnes morales, *a fortiori* à celles de droit public. Il est nécessaire de « *conformer sa méthode aux particularités de son objet spécial* »⁹⁷. Les différentes formes de personnes morales doivent impérativement être distinguées. Chacune a un régime spécifique. Plus encore, la distinction entre personne morale de droit public et de droit privé apparaît fondamentale⁹⁸.

D'une part, elle est marquée par l'étendue des privilèges reconnus à l'administration et par la spécificité de ses moyens d'actions⁹⁹. L'autonomie du droit administratif a été consacrée par la jurisprudence¹⁰⁰. Les personnes morales de droit public ont un régime légal spécifique. Elles ne sont pas éligibles aux procédures collectives¹⁰¹. Leurs prérogatives de puissance publique empêchent que soient suivies contre elles les voies d'exécution de la procédure civile¹⁰². Les créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics se prescrivent par quatre ans¹⁰³. La liste des illustrations pourraient encore être complétée.

D'autre part, la distinction est renforcée par le contrôle imposé aux personnes morales de droit public, et notamment les règles de comptabilité publique et le contrôle de légalité. Pour autant, la distinction entre le droit public et le droit privé n'implique pas la division de ces

⁹⁵ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 71.

⁹⁶ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 9 bis.

⁹⁷ G. JELLINEK, L'élément juridique dans la science de l'État et la méthode juridique, trad. G. FARDIS et C. BOURGOING-DUMONTEIL, Albert Fontemoing, 1903, p. 14.

⁹⁸ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.* § 82, p. 201.

⁹⁹ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.*, p. 214 et s.

¹⁰⁰ TC, 8 févr. 1873, « BLANCO » : D. 1873, 3, 20, concl. DAVID.

¹⁰¹ C. com., art. L. 620-2.

¹⁰² TC, 9 déc. 1899, « ASSOCIATION SYNDICALE DU CANAL DE GIGNAC » : S. 1900, 3, 49, note M. HAURIU.

¹⁰³ L. n° 68-1250, 31 déc. 1968, relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics, art. 1.

droits¹⁰⁴. L'intervention privée en matière d'intérêt général¹⁰⁵ est admise autant que l'intervention publique en matière économique¹⁰⁶. L'importance de la distinction ne doit pas conduire à exclure les personnes morales de droit public. En effet, malgré les particularités du régime qui leur est applicable, les personnes morales de droit public n'en sont pas moins des personnes morales. Cependant, il convient d'être vigilant quant à la méthode juridique d'analyse et de tenir compte des spécificités de chaque personne morale.

9. Intérêt personnel et intérêt social. Sans affirmer une quelconque primauté du droit des sociétés, le raisonnement par analogie permet de se référer au droit des sociétés pour l'étude des différentes personnes morales.

L'intérêt de la personne morale sera d'abord recherché dans un intérêt personnel original puis, à défaut de réponse satisfaisante, par référence à l'intérêt social, très largement identifié par la jurisprudence. L'analyse de l'intérêt social permettra, par analogie, de dégager les principales caractéristiques de l'intérêt de toute personne morale. Seront donc successivement étudiés la notion d'intérêt personnel (**Titre 1**), puis les enseignements de l'intérêt social (**Titre 2**).

¹⁰⁴ L. DUBOUIS, Propos conclusifs, in De l'intérêt de la *summa divisio* droit public – droit privé, B. BONNET et P. DEUMIER (dir.), Dalloz, 2010, p. 296.

¹⁰⁵ V. par ex. L. n° 87-571, 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, art. 18 – L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 10.

¹⁰⁶ CE avis, 8 nov. 2000, n° 222208 : Rec. CE 2000.

TITRE 1 : LA NOTION D'INTÉRÊT PERSONNEL

10. Plénitude de la personnalité morale. « *Les hommes ne sont pas seuls des sujets de droits* »¹⁰⁷. Ce constat révèle bien en quoi consiste la difficulté à appréhender les personnes morales : elles sont généralement définies négativement, par rapport à l'humain. Il est parfois dit de certaines personnes morales qu'elles sont « *doté[es] d'une personnalité juridique plus ou moins complète* »¹⁰⁸ ; d'une petite ou d'une grande personnalité¹⁰⁹. Cette affirmation semble relever de la confusion entre personnalité et capacité. La personnalité est pleine et entière. On est une personne ou l'on ne l'est pas¹¹⁰. Néanmoins, la capacité de chaque personne peut être limitée. Cela est vrai pour les personnes physiques¹¹¹ comme pour les personnes morales¹¹². Toute personne morale est titulaire de droits subjectifs, qui lui sont reconnus et qu'elle exerce dans son intérêt.

11. Finalité de la personne morale. La reconnaissance de la personnalité juridique ne doit pas conduire à l'anthropomorphisation des personnes morales. L'une des différences majeures entre les personnes physiques et morales est que ces dernières n'existent que pour une fin spécifique, « *pour la satisfaction de besoins* »¹¹³. Par conséquent, chaque personne morale a une finalité déterminée ou déterminable. Un auteur parle du « *tronc commun* » des personnes morales¹¹⁴. La finalité de la personne morale définit ce qui lui est possible d'accomplir. Certaines personnes morales ont une compétence générale, qui n'en est pas moins limitée au plan matériel et territorial. Les autres n'ont pas de compétence générale : leur capacité est limitée par leur spécialité, c'est-à-dire l'objet que la loi leur attribue et, le cas échéant, que leurs statuts précisent. L'attribution de droits doit être refusée à une personne

¹⁰⁷ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.* p. 126, § 95.

¹⁰⁸ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.* V° Personne morale.

¹⁰⁹ V. par ex. D. HIEZ, Rép. civ., V° Association, 2016, § 349 et 361.

¹¹⁰ J. PELLERIN, La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privés, RTD Com. 1981, p. 471 ; G. WICKER, Les fictions juridiques, Contributions à l'analyse de l'acte juridique, *op. cit.*, p. 174 § 176 ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.*, § 731 ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 317, § 567.

¹¹¹ Pour les mineurs, C. civ., art. 414 ; Pour les majeurs, C. civ., art. 415 et s.

¹¹² C. civ., art. 1148.

¹¹³ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, § 95.

¹¹⁴ J.-P. GRIDDEL, La personne morale en droit français, RIDC 1990, p. 498.

morale lorsque cela n'est pas nécessaire à l'accomplissement de sa finalité¹¹⁵. Surtout, il y a un lien entre la finalité d'une personne morale et son intérêt¹¹⁶. La finalité d'une personne morale justifie son existence. L'intérêt de la personne morale réside donc dans l'accomplissement de sa finalité. Une identification préalable de la finalité de la personne morale (**Chapitre 1**) est donc nécessaire à l'étude de l'intérêt de celle-ci (**Chapitre 2**).

¹¹⁵ J. HAMEL, La personnalité morale et ses limites, D. 1949, p. 141.

¹¹⁶ G. WICKER, Les fictions juridiques, contributions à l'analyse de l'acte juridique, *op. cit.*, p. 198, § 108.

CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION PRÉALABLE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE

12. Origine de la finalité de la personne morale. Dans la mesure où l'existence de la personne morale est motivée par la satisfaction de certains besoins, il est évident que l'obtention de la personnalité juridique est liée à la détermination de la finalité de la personne morale. Or, l'une des plus fameuses et des plus féroces querelles du droit porte précisément sur la nature de la personnalité morale et sur son origine. La « *querelle de la personnalité* »¹¹⁷, entre réalité et fiction des personnes morales, continue d'agiter la doctrine contemporaine¹¹⁸. Certains auteurs ont essayé de s'en détacher en la déplaçant sur d'autres terrains comme celui de la technique juridique¹¹⁹ ou de l'abstraction de la personne morale¹²⁰. Pourtant, force est de constater que la théorie de la réalité et celle de la fiction trouvent à s'appliquer en droit positif. Dès lors, il ne convient pas tant de s'interroger sur leurs mérites explicatifs et pratiques que sur la place de ces théories dans l'ordre juridique et sur leurs effets, et notamment la manière dont la finalité de la personne morale est déterminée.

Afin d'identifier la finalité des personnes morales, il est donc nécessaire d'étudier l'origine de cette finalité selon la théorie de la réalité (**Section 1**) et selon la théorie de la fiction (**Section 2**).

SECTION 1 : L'ORIGINE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE SELON LA THÉORIE DE LA RÉALITÉ

13. Réalité de la personne morale. Selon la théorie de la réalité, la personne morale apparaît « *comme une entité correspondant à la réalité des phénomènes sociaux. Elle est vraiment un être doué d'une vie propre ; elle est, comme l'homme, une personne* »¹²¹. La réalité de la

¹¹⁷ R. LIBCHABER, Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain, RTD civ. 2003, p. 166.

¹¹⁸ V. not. N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.* ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*

¹¹⁹ V. not. R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op. cit.* ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.*

¹²⁰ J. MOREAU, Droit administratif, PUF, 1989, § 18.

¹²¹ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 205, § 160.

personne morale s'impose à l'ordre juridique, dès lors que certaines conditions sont réunies : l'existence d'un intérêt¹²² ou d'une organisation¹²³. La théorie de la réalité dite « technique » est fondée sur la combinaison des notions d'intérêt et d'organisation. Cette théorie a été consacrée en jurisprudence et n'a pas formellement été remise en cause à ce jour.

Toutefois, si les conditions de la réalité technique (I) trouvent à s'appliquer en droit positif, ce mode d'obtention de la personnalité juridique ne concerne qu'un faible nombre de personnes morales en raison de la faible emprise de la théorie en droit positif (II).

I. Les conditions de la réalité technique

14. Intérêt et organisation. Pour reconnaître la personnalité morale, la théorie de la réalité technique exige la réunion de deux conditions : un intérêt collectif¹²⁴, dans lequel réside la finalité de la personne morale (A) et une organisation propre à exprimer cet intérêt collectif¹²⁵ (B).

A. Un intérêt collectif dans lequel réside la finalité de la personne morale

15. Caractères de l'intérêt collectif. Selon la théorie de la réalité technique, l'intérêt nécessaire à la reconnaissance de la personnalité morale est un intérêt collectif. Il peut s'agir de l'intérêt égoïste des membres de la personne morale ou, pour certaines personnes morales, d'intérêts altruistes¹²⁶. L'intérêt collectif doit être distingué des intérêts individuels des

¹²² Par ex. R. VON JHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. O DE MEULANAERE, Maresq, 2^{ème} éd., 1878, T. IV, p. 337, § 71.

¹²³ Par ex. M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986, p. 96-97.

¹²⁴ L. MICHOU, *ibid.*, p. 113, § 53 ; N. BARUCHEL, *ibid.*, p. 292, § 511.

¹²⁵ L. MICHOU, *ibid.*, p. 118, § 54 ; N. BARUCHEL, *ibid.*, p. 310, § 553.

¹²⁶ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 308, § 544.

membres de la personne morale¹²⁷. Pour certains auteurs, l'intérêt collectif résulte de la sélection de certains « *intérêts égoïstes* » des membres de la personne morale¹²⁸.

L'intérêt collectif nécessaire à la reconnaissance de la personnalité juridique doit présenter une certaine permanence¹²⁹ et donc s'inscrire dans la durée¹³⁰. Cette durée, relative, doit permettre d'exploiter pleinement le statut de la personne morale¹³¹. *A contrario*, « *pour les œuvres d'un jour, l'idée de personnalité est inutile* »¹³². Des techniques juridiques telles que la société en participation peuvent permettre les partenariats éphémères. À titre d'illustration, en droit belge des sociétés, la « *société momentanée* » est une société dépourvue de personnalité juridique qui a pour objet de « *traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées* »¹³³.

L'intérêt collectif doit également être licite. Il ne saurait contrarier une règle de droit ou l'ordre public¹³⁴.

16. Intérêt collectif et finalité de la personne morale. En reconnaissant la personnalité juridique au regard d'un intérêt collectif, la théorie de la réalité consacre cet intérêt et lui confère une unité qui réside dans la personne morale. La finalité de cette personne morale est contenue dans l'intérêt collectif. La personne morale aura pour finalité la satisfaction de l'intérêt collectif. Il peut s'agir des intérêts égoïstes des membres issus de la sélection de leurs mobiles personnels¹³⁵. L'exemple le plus topique est celui de la société de droit commun, qui est instituée en vue de profiter d'un bénéfice ou d'une économie¹³⁶. L'intérêt commun des associés est de participer au résultat de la société d'une certaine manière, ce qui d'une part

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *Economica*, 1985, p. 196, § 297 ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 306, § 540.

¹²⁹ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 113, § 53 ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 310, § 552.

¹³⁰ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Permanence.

¹³¹ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 310, § 550.

¹³² L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 113, § 53.

¹³³ C. sociétés et des associations belge, art. 47.

¹³⁴ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 309, § 548.

¹³⁵ Sur la distinction entre l'intérêt type des membres de la personne et leurs mobiles personnels, cf. *infra* n° 282.

¹³⁶ C. civ., art. 1832.

justifie qu'une société soit créée et d'autre part détermine l'objet social. La satisfaction de l'intérêt collectif peut également impliquer la satisfaction d'intérêts autres que les intérêts de ses membres. En droit positif, certaines personnes morales peuvent avoir pour but exclusif de satisfaire un intérêt différent de celui de ses fondateurs ou de ses membres. Une association déclarée en préfecture peut par exemple avoir un tel objet. D'autres personnes morales peuvent avoir une finalité mixte, et ont pour objectif de satisfaire l'intérêt de leurs membres et un autre intérêt. C'est le cas des entreprises de l'économie sociale et solidaire qui sont constituées sous forme sociétaire et ayant pour objet le partage du bénéfice et la recherche d'une utilité sociale¹³⁷.

17. Exemple de l'intérêt collectif conduisant à la personnalisation de l'État et des collectivités territoriales. « *Tout le monde voit ce qu'est l'État dans son principe* »¹³⁸. En revanche, nul ne s'accorde quant à l'origine de sa personnalité. La théorie de la fiction implique le monopole du législateur sur la personnalité morale. Par conséquent, elle peut difficilement expliquer la reconnaissance de la personnalité morale de l'État¹³⁹. Toutefois, suivant une logique proche de celle de la théorie de la fiction, un auteur considère que l'État est une « *structure générative spécifique* »¹⁴⁰ dont l'existence, contrairement aux autres personnes morales, ne procède pas d'un « *acte-condition* »¹⁴¹ mais d'une succession de règles qui, en se superposant, « *ont donné du Pouvoir une image proche de celle des autres sujets de droit* »¹⁴².

Selon la théorie de la réalité, la personnalité de l'État est la conséquence de son existence¹⁴³. L'État serait alors le sujet primaire et initial de l'ordre juridique¹⁴⁴. Ainsi, un auteur estime que « *le premier intérêt qui puisse prétendre à [la personnalisation] est celui de chaque nation indépendante groupée sur un territoire déterminé : c'est cet intérêt qui est représenté par la personne morale État. Il est infiniment complexe car il embrasse tous les droits qui*

¹³⁷ Sur les sociétés de l'économie sociale et solidaire, cf. *infra* n° 98 et s.

¹³⁸ R.-E. CHARLIER, L'État et son droit, *Economica*, 1984, p. 16.

¹³⁹ V. *contra* D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, 2^{ème} éd., 2010, p. 11.

¹⁴⁰ F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administrative*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 65 et s.

¹⁴² *Ibid.*, p. 104.

¹⁴³ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, *op. cit.*, § 12, p. 27 ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, *op. cit.*, § 36, p. 23.

¹⁴⁴ B. PLESSIX, *JCl Admin. Fasc. 135, Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle*, 2014, § 10.

sont destinés à assurer la vie et la prospérité de la nation »¹⁴⁵. Cet intérêt collectif conduisant à reconnaître la personnalité de l'État peut se concevoir comme l'intérêt général¹⁴⁶, intérêt qui constitue donc à la fois la raison de la reconnaissance de la personnalité de l'État et la finalité de ce dernier¹⁴⁷.

Toujours selon la théorie de la réalité, la reconnaissance de la personnalité juridique aux différentes collectivités territoriales résulte de l'existence d'intérêts locaux, qui reflètent les besoins d'une population occupant un territoire déterminé¹⁴⁸. Ces intérêts collectifs, d'assise territoriale¹⁴⁹, justifient la reconnaissance d'une personne morale ayant pour finalité la satisfaction de besoins locaux¹⁵⁰.

Quelle que soit la substance de l'intérêt collectif permettant la reconnaissance de la personnalité juridique selon la théorie de la réalité, la finalité de la personne morale pourra être mise en œuvre grâce à son organisation, seule à même de permettre l'expression de l'intérêt collectif.

B. Une organisation propre à exprimer l'intérêt collectif

18. Organisation et finalité. Pour la théorie de la réalité technique, l'existence de l'intérêt collectif est insuffisante pour permettre la reconnaissance de la personnalité morale. La volonté n'est pas le fondement de la personnalité morale. Elle n'en est pas moins nécessaire à l'action de la personne morale¹⁵¹. L'organisation contribue à la réalisation de la finalité de la personne morale à deux titres.

D'une part, l'organisation assure, sauf cas particulier de blocage, l'émergence d'une seule volonté commune : celle de réaliser la finalité collectivement choisie, et non la volonté

¹⁴⁵ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, § 52, p. 113 et s.

¹⁴⁶ Sur les conceptions de l'intérêt général, cf. *infra* n° 64.

¹⁴⁷ Sur la finalité de l'État, cf. *infra* n° 64.

¹⁴⁸ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, § 52, p. 114.

¹⁴⁹ Sur l'intérêt public local, cf. *infra* n° 70.

¹⁵⁰ Sur les affaires locales, cf. *infra* n° 69.

¹⁵¹ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 118, § 54.

individuelle des membres, chacun pouvant avoir une idée très personnelle de cette finalité¹⁵². Par la création d'organes d'expression des volontés, la volonté des membres devient « *transcendante et non immanente* »¹⁵³.

D'autre part, l'organisation permet la dévolution du pouvoir d'agir au nom de la personne morale, soit directement par la collectivité de ses membres, soit par l'intermédiaire d'organes de gestion et de représentation.

19. Exemple de la commune, du département et de la région. La commune s'organise autour du conseil municipal, du maire et d'un ou plusieurs adjoints¹⁵⁴. Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune, et donne son avis toutes les fois que cet avis est requis par les lois et règlements, ou qu'il est demandé par le représentant de l'État dans le département¹⁵⁵.

Le département s'organise autour d'un conseil départemental, du président de ce dernier, d'une commission permanente et d'un bureau. Chaque département est divisé en cantons, circonscriptions électorales pour l'élection des conseillers départementaux¹⁵⁶. Le conseil départemental règle par ses délibérations les affaires du département, dans les domaines de compétence qui lui sont attribués, et notamment en matière d'aide sociale, de solidarité et de cohésion territoriale¹⁵⁷.

La région a pour mission de contribuer au développement économique, social et culturel de son territoire et de la population¹⁵⁸. Son organisation est similaire à celle du département : un conseil régional, le président de ce dernier, une commission permanente et un bureau. Le conseil régional a notamment compétence pour promouvoir le développement économique, social, sanitaire, culturel et scientifique de la région¹⁵⁹.

¹⁵² Sur la distinction entre intérêt type et mobiles personnels, cf. *infra* 282.

¹⁵³ L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 118, § 53.

¹⁵⁴ CGCT, art. L. 2121-1.

¹⁵⁵ CGCT, art. L. 2121-29.

¹⁵⁶ C. élec., art. L. 191 et L. 192.

¹⁵⁷ CGCT, art. L. 3211-1.

¹⁵⁸ CGCT, art. L. 4211-1.

¹⁵⁹ CGCT, art. L. 4221-1.

20. Emprise de la théorie de la réalité en droit positif. La théorie de la réalité des personnes morales a pour vertu principale de pouvoir expliquer l'origine de certaines personnes morales, et notamment celle de l'État et des collectivités territoriales, de manière plus satisfaisante que la théorie de la fiction. Outre cette importance théorique, il n'est pas possible de nier sa place en droit positif, du fait de la consécration jurisprudentielle dont elle a fait l'objet. Toutefois, cette consécration ne doit pas faire oublier la faible emprise de la théorie de la réalité en droit positif.

II. La faible emprise de la réalité technique en droit positif

21. Réalité et jurisprudence. La théorie de la réalité technique est entrée dans le droit positif à la suite d'un arrêt « COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND » rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation. Si cet arrêt (A) n'a pas été remis en question depuis, sa portée est aujourd'hui extrêmement limitée (B).

A. L'arrêt « COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND »

22. Ordonnance du 22 février 1945. Une ordonnance du 22 février 1945 a institué les comités d'entreprise, les comités interentreprises et les comités d'établissement¹⁶⁰. Un décret prévoyait que les comités d'entreprise et les comités interentreprises jouissaient de la personnalité civile, sans la reconnaître expressément aux comités d'établissement¹⁶¹.

23. Arrêt « COMITE D'ETABLISSEMENT SAINT-CHAMOND ». La Compagnie des Forges et Aciéries de la Marine et d'Homécourt a constitué plusieurs comités d'établissement. L'un d'entre eux, le comité d'établissement de Saint-Chamond, passe une commande de vêtements au Sieur Ray, en paye le prix, mais n'en reçoit pas livraison. Le comité d'établissement de Saint-Chamond assigne le Sieur Ray en remboursement du prix. Au fond, l'action est déclarée irrecevable, au motif qu'un groupement n'a la personnalité civile que si celle-ci lui a été expressément reconnue, et que le silence de la loi relativement

¹⁶⁰ Ord. n° 45-280, 22 févr. 1945, instituant des comités d'entreprise.

¹⁶¹ D. n° 45-2751, 2 nov. 1945, portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 22 février 1945 instituant des comités d'entreprise.

aux comités d'établissements dans une matière où une disposition expresse est indispensable, ne peut s'interpréter que comme étant l'expression de la volonté de ne reconnaître la personnalité civile qu'aux seuls comités d'entreprises¹⁶².

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation censure cette décision dans une décision du 28 janvier 1954¹⁶³. Elle énonce, dans un premier attendu, que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* ».

Cet attendu de principe dépasse le droit social et est applicable à tous les groupements de personnes – l'intérêt est forcément collectif – candidats à la reconnaissance de la personnalité morale. S'y retrouvent les conditions de la théorie de la réalité technique – l'intérêt collectif et l'organisation propre à l'exprimer, visée ici par la formule « *possibilité d'expression collective* » – attestant de l'adhésion de la deuxième Chambre civile à la théorie de la réalité technique.

Néanmoins, un deuxième attendu nuance immédiatement cette adhésion. Ainsi, « *si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* ». Cet attendu pose une présomption de personnalité. Tout organisme se voit reconnaître implicitement la personnalité morale dès lors que c'est la loi qui en a prévu l'existence et qui détermine sa spécialité. La formulation de cet attendu ne remet pas en cause le rattachement à la théorie de la réalité technique. Les conditions de celle-ci – intérêt et organisation – sont bien présentes. Il n'en demeure pas moins que la volonté publique de sélectionner un intérêt et de le protéger juridiquement par la reconnaissance de la personnalité morale, élément fondamental de la théorie de la fiction des personnes morales, est requise.

Cette décision est fondamentale pour le droit des personnes morales puisqu'elle a consacré la théorie de la réalité technique dans le droit positif, sans avoir été remise en question depuis. Toutefois, la portée de cette jurisprudence est limitée

¹⁶² CA Lyon, 30 oct. 1950.

¹⁶³ Civ. 2^e, 28 janv. 1954, n° 54-07.081 : Bull. 1954, II, n° 32 ; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

B. La portée limitée de la jurisprudence « COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND »

24. Postérité de l'arrêt « COMITE D'ÉTABLISSEMENT SAINT-CHAMOND ». L'arrêt du 28 janvier 1954 est à l'origine d'un courant jurisprudentiel qui a reconnu la personnalité morale à certains groupements qui réunissaient les critères de la réalité technique et l'a refusée à d'autres.

Dans un arrêt du 17 janvier 1956, la Chambre commerciale a jugé que « *la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent* »¹⁶⁴. Cette reconnaissance, bien que non motivée, est fidèle à l'arrêt du 28 janvier 1954, dont la conception de la personnalité morale correspond à la masse des créanciers¹⁶⁵. Ultérieurement, la personnalité morale a été reconnue à la masse des créanciers¹⁶⁶ - implicitement en prévoyant sa représentation¹⁶⁷ - avant que celle-ci ne soit supprimée par la loi¹⁶⁸.

Dans un arrêt du 18 janvier 2005, la première Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu la personnalité morale de la Compagnie des commissaires-priseurs de Paris¹⁶⁹ au motif qu'en tant qu'« *organisme privé créé par la loi avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant le caractère de droits susceptibles d'être invoqués en justice, [la Compagnie] possède la personnalité morale* »¹⁷⁰. Il faut signaler que le droit positif ne reconnaît toujours pas explicitement la personnalité morale des compagnies des futurs commissaires de justice¹⁷¹.

¹⁶⁴ Com., 17 janv. 1956 : D. 1956, p. 256, note R. HOUIN.

¹⁶⁵ R. HOUIN, note précitée, D. 1956, p. 256.

¹⁶⁶ L. n° 67-563, 13 juil. 1967, relative au règlement judiciaire, à la liquidation de bien, à la faillite personnelle et aux banqueroutes, art. 13.

¹⁶⁷ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 70, § 122.

¹⁶⁸ L. n° 85-98, 25 janv. 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, art. 238.

¹⁶⁹ Ord. n° 45-2593, 2 novembre 1945, relative au statut des commissaires-priseurs judiciaires, art. 4.

¹⁷⁰ Civ. 1^e, 18 janv. 2005, n° 01-17.059 : Bull. 2005, I, n° 28.

¹⁷¹ Ord. n° 2016-728, 2 juin 2016, relative au statut de commissaire de justice.

La portée de la reconnaissance de la personnalité morale conformément à la théorie de la réalité a été assez importante en droit social. Outre le comité d'établissement, le comité de groupe et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail se sont vus reconnaître la personnalité morale dans des décisions très fidèles à l'arrêt du 28 janvier 1954¹⁷².

25. Limites de l'application de la réalité technique en droit positif. Sans se prononcer sur l'influence de ce courant jurisprudentiel sur les évolutions législatives qui ont suivi, il est clair que la question est désormais tranchée, pour certaines de ces personnes morales, en raison de la reconnaissance légale de la personnalité à ces institutions représentatives du personnel, conformément à la théorie de la fiction. Ainsi, les comités d'entreprise et le comité central d'entreprise jouissent « *de la personnalité civile* »¹⁷³. La loi reconnaît aussi la personnalité morale au comité social et économique issu de la fusion des comités d'entreprise et les comités d'hygiène et de sécurité¹⁷⁴.

Par ailleurs, l'application de la théorie de la réalité est expressément exclue en droit communautaire des sociétés. Il a ainsi été jugé que « *contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées en vertu d'un ordre juridique et, en l'état actuel du droit communautaire, d'un ordre juridique national [et qu'] elles n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement* »¹⁷⁵.

Surtout, le caractère collectif de l'intérêt nécessaire à la reconnaissance de la personnalité morale doit être remis en question depuis l'introduction en droit français des sociétés unipersonnelles en 1985¹⁷⁶. Avant cette date, la personnalité morale supposait nécessairement une pluralité de membres. La théorie de l'unité du patrimoine n'y était sans doute pas étrangère¹⁷⁷, bien que cette théorie admette des exceptions au principe d'unité et

¹⁷² Pour le comité de groupe, Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : Bull. civ. 1990, V, n° 20 ; Rev. sociétés 1990, p. 144, note R. VATINET ; Pour le CHSCT, Soc., 17 avr. 1991, n° 89-17.993 : Bull. 1991, V, n° 206.

¹⁷³ Pour le comité d'entreprise, C. trav., anc. art. L. 2325-1 ; Pour le comité d'établissement, C. trav., anc. art. L. 2327-18 ; Pour le comité central d'entreprise, C. trav., anc. art. L. 2327-12.

¹⁷⁴ C. trav., art. L. 2315-23.

¹⁷⁵ CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87 : Rec. CJCE 1988, 5505.

¹⁷⁶ L. n° 85-697, 11 juil. 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

¹⁷⁷ C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, 1917, *op. cit.*, T. IX, § 574, p. 336 et s.

d'indivisibilité du patrimoine¹⁷⁸. La création de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, puis celle de la société par actions simplifiée unipersonnelle ont contribué au succès des sociétés unipersonnelles¹⁷⁹. Ainsi, en 2016, près de la moitié des entreprises créées sous forme sociétaire l'ont été sous la forme d'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou de société par actions simplifiée unipersonnelle¹⁸⁰. L'unipersonnalité n'est pas l'apanage de ces formes sociales ; ainsi, une fondation d'entreprise peut n'être constituée et ne comprendre qu'un seul membre¹⁸¹. Il n'y a donc plus nécessairement plusieurs membres au sein d'une personne morale. L'on signalera le cas de la fondation, qui ne comprend aucun membre¹⁸². L'exigence d'un intérêt collectif doit donc être dépassée aujourd'hui, sauf à refuser la personnalité juridique aux personnes morales unipersonnelles¹⁸³. C'est l'idée souscrite par un auteur¹⁸⁴. Cette idée paraît critiquable. Des techniques de substitution à la personne morale unipersonnelle existent¹⁸⁵. Toutefois, elles ne paraissent pas aussi avantageuses, *a fortiori* pour la gestion d'une entreprise. Ainsi, la personnalité de la société unipersonnelle permet notamment de limiter la responsabilité personnelle de l'associé unique à ses apports et de ne pas contracter en nom ; également, la cession d'une société unipersonnelle présente des avantages que n'a pas la cession d'actifs. Il n'en demeure pas moins que le caractère collectif est essentiel pour la reconnaissance de la personnalité morale selon la théorie de la réalité technique. Aussi, les personnes morales unipersonnelles relèvent exclusivement du domaine de la fiction.

Par ailleurs, les juridictions semblent réticentes à reconnaître la personnalité de groupements qui, pourtant, semblent satisfaire aux conditions de la réalité technique.

26. Exemple de l'indivision. Ainsi en est-il notamment de l'indivision. Elle consiste pour plusieurs personnes - les indivisaires - à détenir des droits identiques sur un bien ou d'une

¹⁷⁸ C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, *op. cit.*, § 574, p. 338 ; A. DENIZOT, L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, RTD civ. 2014, p. 547.

¹⁷⁹ L. n° 99-587, 12 juil. 1999 sur l'innovation et la recherche, art. 3.

¹⁸⁰ INSEE Première, Les créations d'entreprises en 2016, 24 janv. 2017, n° 1631, p. 2.

¹⁸¹ L. n° 87-571, 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, art. 19.

¹⁸² *Ibid.*, art. 18.

¹⁸³ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 26.

¹⁸⁴ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 361, § 666.

¹⁸⁵ *Contra* N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 361, § 668.

masse de biens, en étant tenus à certaines obligations vis-à-vis des créanciers de l'indivision et entre eux¹⁸⁶. L'indivision est un groupement de personnes. Sa raison d'être est la propriété collective d'un bien ou d'une masse de biens ; elle suppose donc un rapport entre plusieurs personnes¹⁸⁷. L'indivision est reconnue par loi¹⁸⁸. Elle est pourvue d'une possibilité d'expression collective, cette organisation résultant du régime légal¹⁸⁹ ou d'une convention¹⁹⁰. Cette organisation est assez élaborée. En sont autant de preuves la possibilité de conclure une convention relative à l'expression des droits indivis¹⁹¹ et la règle majoritaire des deux tiers dans la gestion des biens indivis¹⁹². L'indivision vise à la défense d'intérêts licites, l'intérêt commun des indivisaires, qui est, par nature, un intérêt collectif. Ainsi, un indivisaire peut être autorisé par le juge à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun¹⁹³. De même, le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun¹⁹⁴. La réunion des conditions de la réalité technique semble acquise¹⁹⁵.

Pourtant, la Cour de cassation a refusé pourtant de reconnaître la personnalité juridique à l'indivision¹⁹⁶, bien que le doute soit permis quant à la position de la première Chambre civile, qui a rendu un arrêt ambigu en 2008¹⁹⁷.

¹⁸⁶ C. civ., art. 815-8 et s.

¹⁸⁷ C. ALBIGES, Rép. civ., V° Indivision (Généralités), 2018, § 1.

¹⁸⁸ C. civ., art. 815-1 et s.

¹⁸⁹ Pour les actes accomplis par les indivisaires, C. civ., art. 815-2 et 815-3.

¹⁹⁰ C. civ., art. 1873-1 et s.

¹⁹¹ C. civ., art. 1873-1 et s.

¹⁹² C. civ., art. 815-3.

¹⁹³ C. civ., art. 815-5.

¹⁹⁴ C. civ., art. 815-6.

¹⁹⁵ *Contra* N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.* p. 357, § 656 et s.

¹⁹⁶ Civ. 1^e, 25 oct. 2005, n° 03-20.382 : Bull. 2005, I, n° 388 ; D. 2006, p. 79, note P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS - Civ. 3^e, 3 oct. 2007, n° 06-16.716 : Bull. 2007, III, n° 165 ; JCP G 2008, I, p. 127, note H. PÉRINET-MARQUET - Civ. 2^e, 9 juin 2011, n° 10-19.241 : Bull. 2011, II, n° 129 ; D. 2011, p. 2188, note F. JULIENNE.

¹⁹⁷ Civ. 1^e, 15 mai 2008, n° 07-17.645 : Bull. 2008, I, n° 131 ; RTD Civ. 2008, p. 515, note T. REVET.

27. Conclusion de la Section 1. Les personnes morales se voient reconnaître la personnalité juridique en application de la théorie de la réalité dite « *technique* » lorsque leur organisation permet l'expression d'un intérêt collectif. La finalité de ces personnes morales est contenue dans cet intérêt collectif. En dépit des vertus explicatives de la théorie de la réalité, celle-ci connaît plusieurs limites, notamment son inapplicabilité aux personnes morales unipersonnelles, et a une faible emprise en droit positif. Pour cela, il est nécessaire d'étudier également la reconnaissance de la personnalité morale conformément à la théorie de la fiction.

SECTION 2 : L'ORIGINE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE SELON LA THÉORIE DE LA FICTION

28. Fiction de la personne morale. La fiction peut être définie comme « *l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* »¹⁹⁸. Selon la théorie de la fiction, l'idée de personnalité appliquée à d'autres entités que des humains ne peut être expliquée que par le recours à une fiction juridique. Sous l'angle de cette théorie, une personne morale est « *un sujet du droit des biens créé artificiellement* »¹⁹⁹, un être fictif, « *abstrait* »²⁰⁰, une personne purement « *artificielle* »²⁰¹ dont l'existence n'est motivée « *que pour des fins juridiques* »²⁰².

Une fois les conditions de la fiction exposées (I), il conviendra d'en relever les effets (II).

I. Les conditions de la fiction

29. Existence d'une volonté. Un auteur relève qu'en droit des activités économiques, l'organisation juridique repose sur la volonté « *politique* » publique ou privée d'organiser une

¹⁹⁸ G. WICKER, Les fictions juridiques, Contributions à l'analyse de l'acte juridique, *op. cit.*, p. 12, § 2.2.

¹⁹⁹ F. VON SAVIGNY, Traité de droit romain, trad. C. GUENOUX, Firmin Didot Frères, 1855, T. II, p. 233.

²⁰⁰ F. MOURLON, Répétitions écrites sur le code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques, *op. cit.*, T. 1, p. 72, § 97.

²⁰¹ A. HEISSER, Étude sur les personnes morales en droit romain, dans l'ancien droit et en droit français moderne, *op. cit.*, p. 13.

²⁰² F. VON SAVIGNY, Traité de droit romain, *op. cit.*, p. 230.

activité²⁰³. Pour la théorie de la fiction des personnes morales, ce constat peut être généralisé. La fiction repose sur la volonté : d'une part, la volonté du législateur de reconnaître la personnalité juridique à une personne morale ou à une catégorie de personnes morales (A) et, d'autre part, la volonté privée de constituer une personne morale (B).

A. La volonté publique de reconnaître la personnalité juridique à une personne morale ou à une catégorie de personnes morales

30. Monopole législatif de la personnalité morale. La théorie de la fiction repose entièrement sur la volonté publique. La personnalité morale est une création de la loi, la volonté du législateur de conférer la personnalité juridique est essentielle. Le législateur maîtrise les conditions de reconnaissance de la personnalité morale²⁰⁴ ; il est le « *maître de la personnalité morale* »²⁰⁵. Ce monopole du législateur se justifie dans la mesure où la création d'une personne morale « *comporte des conséquences pour la société dans son ensemble, et qu'il convient de décider, au regard de l'intérêt général, si telle ou telle activité peut ou non être exercée par une personne morale* »²⁰⁶. Pour un auteur, un acte aussi important que la création d'une personne morale implique le contrôle de l'État²⁰⁷.

Tant que la loi ne reconnaît pas la volonté, « *elle ne protège l'intérêt que d'une façon indirecte, elle ne le protège pas pour lui-même mais en considération d'un autre intérêt général ou particulier* »²⁰⁸. La volonté privée seule est insuffisante²⁰⁹. Un auteur considère ainsi qu'il n'existe pas de personnalité morale de plein droit²¹⁰.

²⁰³ J. PAILLUSSEAU, Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle, D. 2003, p. 260.

²⁰⁴ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administrative, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁵ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V^o Personne morale, 2016, § 15.

²⁰⁶ J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.

²⁰⁷ A. HEISSER, Étude sur les personnes morales en droit romain, dans l'ancien droit et en droit français moderne, *op. cit.*, p. 14.

²⁰⁸ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, Caractère et conséquences, *op. cit.*

²⁰⁹ P. MALAURIE, L. AYNÈS, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017, § 430.

²¹⁰ R. LIBCHABER, Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain, RTD civ. 2003, p. 166.

31. Exemple des autorités publiques indépendantes. Les autorités administratives indépendantes ne sont pas définies par la loi mais partagent les caractéristiques suivantes : elles sont dotées du pouvoir de prendre des décisions individuelles ou réglementaires au nom de l'État et d'une autonomie statutaire et fonctionnelle vis-à-vis du gouvernement, sans pour autant être des juridictions²¹¹. La notion forme une catégorie qui englobe les autorités administratives indépendantes à proprement parler ainsi que les autorités publiques indépendantes²¹². Un rapport de 2015 identifiait quarante-trois autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, formant une véritable « mosaïque » d'autorités²¹³. Jusqu'en 2017, il n'existait aucun texte commun aux différentes autorités. Une loi du 20 janvier 2017 a créé un socle commun. Désormais, il est expressément affirmé que toute autorité administrative indépendante ou autorité publique indépendante est instituée par la loi²¹⁴.

Les autorités administratives indépendantes bénéficient d'une certaine autonomie liée à leur mission. Néanmoins, elles ne jouissent pas de la personnalité juridique. Seules les autorités publiques indépendantes disposent de la personnalité morale²¹⁵ : l'Agence française de lutte contre le dopage²¹⁶, l'Autorité des marchés financiers²¹⁷, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières²¹⁸, le Conseil supérieur de l'audiovisuel²¹⁹, la Haute autorité de santé²²⁰, le Haut Conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur²²¹, le Haut conseil du commissariat aux comptes²²² et la Haute autorité pour la diffusion des

²¹¹ CE, Les autorités administratives indépendantes, Rapp. 2001, La Documentation Française, p. 257 et s.

²¹² J.-L. AUTIN et E. BREEN, JCl Admin, Fasc. 75, Autorités administratives indépendantes, 2018, § 1.

²¹³ Rapp. comm. enquête sur le bilan et le contrôle de la création, de l'organisation, de l'activité et de la gestion des autorités administratives indépendantes, nov. 2015, p. 10.

²¹⁴ L. n° 2017-55, 20 janv. 2017, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, art. 1.

²¹⁵ L. n° 2017-55, 20 janv. 2017, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, art. 2.

²¹⁶ C. sport, art. L. 232-5.

²¹⁷ C. monét. fin., art. L. 621-1.

²¹⁸ C. trans., art. L. 2131-1.

²¹⁹ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, art. 3-1.

²²⁰ CSS, art. L. 161-37.

²²¹ C. recherche, art. L. 114-3-1.

²²² C. com., art. L. 821-1.

œuvres et la protection des droits sur Internet²²³. Une disposition reconnaît expressément la personnalité juridique à chacune de ces autorités.

Le législateur peut aussi créer une catégorie de personnes morales, et laisser à ceux qui en ressentent le besoin le soin de constituer une personne morale et d'accomplir les formalités nécessaires à l'obtention de la personnalité juridique. Autrement dit, pour ces personnes morales, la volonté publique se conjugue à la volonté privée de constituer une personne morale.

B. La volonté privée de constituer une personne morale

32. Volonté de constituer une personne morale. Lorsque la loi ne reconnaît pas directement la personnalité juridique à une personne morale, elle offre la possibilité de constituer une personne morale. Cette exigence de volonté privée concerne les personnes pour lesquelles le législateur a créé des catégories de personnes morales pouvant être constituées sous certaines conditions. Cette faculté de constituer une personne morale est mise en œuvre lorsqu'en est ressenti le besoin. Un tel besoin se manifeste notamment lorsqu'il est jugé utile de se grouper à une fin spécifique, tout en bénéficiant de l'autonomie juridique de la personnalité morale.

La personnalité morale peut être considérée comme une « *faveur* »²²⁴. Elle présente de nombreux avantages qui expliquent que l'on constitue volontairement une personne morale. En personnifiant un intérêt, « *on lui donne une sécurité non seulement juridique, mais psychologique plus grande* »²²⁵. Certains auteurs nuancent les avantages de la personnalité morale²²⁶, quand un autre propose même que la personnalité morale soit reconnue à titre de sanction par le juge, afin qu'un groupement de fait se voit attribuer la capacité passive et reconnaître un certain nombre d'obligations²²⁷. C'est pourtant l'autonomie juridique qui est recherchée à travers le recours à la personnalité morale, et sa négation la sanction²²⁸. Ainsi, la

²²³ CPI, art. L. 331-12.

²²⁴ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 16, § 6.

²²⁵ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 20.

²²⁶ P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, *op. cit.*, p. 173, § 364.

²²⁷ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 348, § 634.

²²⁸ Sur la dérogation au principe d'autonomie juridique à titre de sanction, cf. *infra* n° 318 et s..

création d'un établissement public comme l'immatriculation d'une société se justifient par le besoin d'autonomie juridique de l'activité.

La personnalité morale a des effets positifs, qui sont précisément recherchés par le ou les créateurs d'une personne morale. Il s'agit bien d'une faveur, ce qui explique que l'on puisse vouloir constituer une personne morale.

Cette exigence de volonté de constituer une personne morale en considération d'un besoin a été qualifiée d'« *évolution fondamentale* » de la conception de la personnalité morale²²⁹. Le choix de la personne morale à constituer sera effectué en considération du besoin du ou des membres fondateurs, en fonction de la finalité de la personne morale envisagée et, à finalité identique, de ses caractéristiques. Ainsi, s'agissant du choix entre formes sociales, la forme de société anonyme pourra être préférée à celle de société en nom collectif en raison de la limitation de la responsabilité personnelle des actionnaires à leur apport²³⁰ ou à la possibilité de faire appel public à l'épargne²³¹. Inversement, la forme de société en nom collectif pourra être privilégiée pour sa transparence fiscale²³².

33. Exemple des fondations, fondations d'entreprise et fonds de dotation. La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes décident d'affecter des biens ou des droits à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif²³³. La fondation n'acquiert la capacité juridique – et donc, implicitement, la personnalité morale – qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret pris en Conseil d'État lui accordant la reconnaissance d'utilité publique à la suite d'une procédure initiée par les fondateurs. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique²³⁴.

La fondation d'entreprise peut être définie comme l'acte par lequel une ou plusieurs personnes morales – sociétés, établissements publics à caractère industriel et commercial, coopératives, institutions de prévoyance ou mutuelles – décident d'affecter des biens ou des

²²⁹ J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.

²³⁰ C. com., art. L. 225-1.

²³¹ C. com., art. L. 225-2 et s.

²³² CGI, art. 8.

²³³ L. n° 87-571, 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, art. 18, al. 1^{er}.

²³⁴ L. n° 87-571, 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, art. 18, al. 2.

droits à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif²³⁵. Elle peut être unipersonnelle²³⁶. La fondation d'entreprise est comparable à la fondation quant à sa spécialité. Elle présente toutefois avec cette dernière des différences assez significatives, et notamment l'obtention de la personnalité morale par déclaration en préfecture par les fondateurs²³⁷.

Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et capitalise les biens et droits qui lui sont apportés à titre gratuit en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général, réalisée par elle ou par une autre personne morale de droit privé à but non lucratif²³⁸. Il jouit de la personnalité morale à compter de la date de publication au Journal officiel de sa déclaration faite à la préfecture par les fondateurs²³⁹.

34. Domaine de la fiction. Pour diverses raisons, en tête desquelles un certain opportunisme législatif, le domaine de la fiction des personnes morales n'a de cesse de croître. La théorie de la fiction ne peut donc pas être laissée de côté. Afin d'identifier la finalité des personnes morales relevant du domaine de la théorie de la fiction, il convient donc d'en étudier les effets.

II. Les effets de la fiction

35. Protection par la fiction. La reconnaissance de la personnalité juridique conformément à la théorie de la fiction permet de déterminer la finalité de la personne morale (A) et assure la protection des tiers (B).

²³⁵ L. n° 87-571, 23 juil. 1987 sur le développement du mécénat, art. 19.

²³⁶ *Ibid.*, art. 19.

²³⁷ *Ibid.*, art. 19-1.

²³⁸ L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie, art. 140, I.

²³⁹ *Ibid.*, art. 140, II.

A. La reconnaissance de la personnalité juridique et la détermination de la finalité de la personne morale

36. Sélection et promotion d'intérêts légitimes dignes d'être personnifiés. La théorie de la fiction, comme celle de la réalité, inclut la protection d'intérêts. Sont protégés en premier lieu les intérêts légitimes ayant conduit à la création de la personne morale. Pour la théorie de la fiction, la fonction de sélection des intérêts est exercée exclusivement par le législateur, là où elle peut être partagée avec le juge dans les théories réalistes.

La fiction permet toutefois d'aller plus loin que la simple protection d'intérêts légitimes. La sélection des intérêts peut éventuellement être accompagnée de leur promotion. Le législateur peut mettre en place des régimes de faveur au bénéfice d'une certaine catégorie de personnes morales pour encourager le recours à ladite catégorie. Ainsi en est-il de l'avantage fiscal que l'apport de biens à des personnes morales à but non lucratif peut attribuer à l'apporteur²⁴⁰.

37. Détermination de la finalité. Dans le même temps que la personnalité juridique est reconnue conformément à la théorie de la fiction, un texte détermine la finalité de la personne morale. Ainsi, la finalité de certaines personnes morales est directement déterminée par la loi. C'est par exemple le cas des autorités publiques indépendantes et des établissements publics. Pour d'autres personnes morales, la finalité n'est déterminée que de manière générale, et devra être précisée par les statuts, afin d'être limitée à un certain objet. C'est par exemple le cas des sociétés²⁴¹ et des associations²⁴².

38. Exemple des établissements publics. À l'origine, l'établissement public était la structure privilégiée de gestion de service public, un « *service public personnifié* »²⁴³. La gestion d'un service public n'est plus l'apanage de l'établissement public²⁴⁴, aussi celui-ci peut être défini comme une « *personne morale de droit public à vocation spéciale qui est le prolongement d'au moins une autre personne publique* »²⁴⁵. Chaque établissement public est rattaché à une

²⁴⁰ CGI, art. 200, 1.

²⁴¹ V. par ex., pour les sociétés de droit commun, C. civ., art. 1833 et 1835.

²⁴² L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 1^{er}.

²⁴³ M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 12^{ème} éd., 1933, p. 280.

²⁴⁴ Sur la gestion d'un service public par un groupement d'intérêt public, cf. *infra* n° 272.

²⁴⁵ B. PLESSIX, JCl Admin. Fasc. 135, Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle, 2014, § 8.

autre personne publique, État ou collectivité territoriale, dont il est le prolongement²⁴⁶. Surtout, les établissements publics sont régis par le principe de spécialité²⁴⁷. Ils ne sont chargés que de « *fonctions de droit public d'ordre spécial* »²⁴⁸. Ainsi, la Régie Autonome des Transports Parisiens est un établissement public à caractère industriel et commercial chargé de l'exploitation des réseaux et des lignes de transport en commun de voyageurs dans la région parisienne²⁴⁹. L'Institut National de la Propriété Intellectuelle est un établissement public administratif ayant notamment pour mission d'appliquer les lois et règlements en matière de propriété industrielle²⁵⁰.

Cette détermination de la finalité par un texte permet la sélection d'intérêts légitimes pour profiter des avantages de la personnalité morale. Dans une certaine mesure, cette détermination permet également la protection des tiers à la personne morale.

B. La protection des tiers à la personne morale

39. Connaissance de la personne morale. Une personne morale est un être abstrait. Pourtant, cette abstraction peut être amenée à entrer en relation avec d'autres personnes. Or, la capacité de certaines personnes morales est limitée, et elles ne peuvent exercer leurs droits que par l'intermédiaire d'un représentant. La nécessité d'un encadrement et d'une maîtrise des caractéristiques de la personne morale est un aspect essentiel. Cette maîtrise permet une certaine connaissance de la personne morale et assure une relative sécurité juridique aux tiers conduits à agir avec la personne morale. En effet, la forme de la personne morale détermine pour partie sa finalité et donc, pour les personnes régies par le principe de spécialité, sa capacité et les pouvoirs de ses représentants²⁵¹.

²⁴⁶ *Ibid.*, § 69.

²⁴⁷ CE, 4 juin 1954 «ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION» : Rec. CE 1954, p. 337.

²⁴⁸ L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, § 98 p. 241.

²⁴⁹ L. n° 48-506, 21 mars 1948, relative à la réorganisation et coordination des transports de voyageurs dans la région parisienne : création de l'Office régional des transports parisiens et de la RATP, art. 2 - Ord. n° 59-151, 7 janv. 1959, relative à l'organisation des transports de voyageurs en Ile de France, art. 2.

²⁵⁰ CPI, art. L. 411-1.

²⁵¹ Sur le principe de spécialité, cf. *infra* n° 71 et s.

40. Opposabilité de la personne morale. Comme le souligne un auteur, « *la personnalité morale n'existe donc que par rapport au monde environnant : sans opposabilité, l'être collectif en tant que tel n'existe pas juridiquement* »²⁵². L'opposabilité de la personnalité est l'un des principaux enjeux du monopole législatif de sa reconnaissance²⁵³. Cette opposabilité peut résulter de la reconnaissance de la personnalité morale directement par la loi. Tel est le cas, par exemple, des autorités publiques indépendantes. Par exemple, la loi confère directement la personnalité morale à l'Autorité des marchés financiers²⁵⁴. L'opposabilité peut également résulter de l'accomplissement de formalités préalables à la reconnaissance de la personnalité morale comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés pour les sociétés²⁵⁵ ou de la déclaration en préfecture pour les associations²⁵⁶.

41. Conclusion de la Section 2. Un nombre significatif de personnes morales jouit de la personnalité juridique en application de la théorie de la fiction, c'est-à-dire en raison d'une disposition reconnaissant expressément la personnalité juridique à une personne donnée ou une catégorie de personnes. La reconnaissance de la personnalité juridique conformément à la théorie de la fiction s'accompagne de la détermination de la finalité de la personne morale ou de la catégorie de personnes morales, finalité qui devra éventuellement être précisée par les statuts de la personne morale.

42. Conclusion du Chapitre 1. L'étude de l'intérêt de la personne morale suppose d'identifier préalablement l'origine de sa personnalité. En effet, l'origine de la personnalité juridique est déterminante de l'origine de la finalité de la personne morale et permet d'identifier cette finalité : soit la satisfaction de l'intérêt collectif justifiant la reconnaissance de la personnalité morale, soit la finalité définie par le texte lui attribuant la personnalité juridique. Une fois cette finalité identifiée, il devient alors possible de déterminer l'intérêt de chaque personne morale.

²⁵² J. DUCLOS, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), LGDJ, 1984, p. 274, § 241.

²⁵³ G. WICKER, Les fictions juridiques, Contributions à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ 1997, p. 173, § 175

²⁵⁴ Pour l'Autorité des marchés financiers, C. monét. fin., art. L. 621-1.

²⁵⁵ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1842 ; Pour les sociétés commerciales, C. com., art. L. 210-6.

²⁵⁶ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 5.

CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT DE LA PERSONNE MORALE

43. Intérêt personnel. L'intérêt social est une des notions les plus étudiées du droit des sociétés²⁵⁷. Pour autant, la société n'est pas la seule personne morale dont l'intérêt est protégé par le droit. L'existence de l'intérêt d'autres personnes morales que les sociétés est régulièrement invoquée devant les tribunaux. Ainsi, le membre d'un groupement d'intérêt économique qui, « *en plaçant un père Noël, en installant un arbre de Noël et une boîte aux lettres dans le mail partie commune [...] a constitué un précédent qui, s'il avait été suivi par ceux-ci, aurait rendu sans objet l'animation collective incombant au GIE, et a provoqué une confusion dans l'esprit des enfants concernés, croyant à l'unicité du père Noël ; [...] qu'en ce faisant, [il] a procédé à une animation contraire à l'intérêt du GIE* »²⁵⁸. De même, est justifiée la révocation du président d'une association « *suspecté de sacrifier l'intérêt de [l'association]* »²⁵⁹. Au-delà de ces affirmations ponctuelles, toute personne morale a un intérêt, que l'on peut qualifier de personnel, c'est-à-dire qui « *concerne une personne, [et] lui appartient en propre* »²⁶⁰.

Une fois démontrée l'existence d'un intérêt personnel chez toute personne morale (**Section 1**), se posera la question de la substance de cet intérêt (**Section 2**).

SECTION 1 : L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT CHEZ TOUTE PERSONNE MORALE

44. Personnalité et intérêt. En se voyant reconnaître la personnalité juridique, la personne morale devient un sujet de droit, c'est-à-dire le support d'un « *agrégat de droits subjectifs* »²⁶¹. Ces droits sont reconnus à leur titulaire afin « *d'assurer certaines jouissances*

²⁵⁷ V. not. G. SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, th. Lyon III, 1974 ; H. EL MEHI, La protection de l'intérêt social (étude du rôle respectif des actionnaires et des salariés), th. Nantes, 1990 ; B. DUPUIS, La notion d'intérêt social, th. Paris 13, 2001 ; S. ZEIDENBERG, L'intérêt social : Étude du particularisme du contrat de société, th. Bordeaux 4, 2004 ; M.-A. MOUTHIEU, L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, 2009 ; A. BENNINI, Le voile de l'intérêt social, LEJEP, 2013.

²⁵⁸ CA Paris ch. 15, 7 mai 1991 : Bull. Joly Sociétés 1991, p. 724, note M. JEANTIN.

²⁵⁹ Civ. 1^e, 5 mars 2009, n° 08-11.643 : inédit ; RTD Com. 2009 p. 751, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

²⁶⁰ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Personnel.

²⁶¹ J. CARBONNIER, Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, *op. cit.*, p. 231

matérielles ou morales »²⁶². Autrement dit, les droits subjectifs sont reconnus au sujet de droit dans son intérêt. Après avoir vérifié l'existence d'un intérêt personnel en présence d'un sujet de droit (I), l'on ne pourra que constater qu'à l'inverse, un tel intérêt est inexistant en l'absence d'un sujet de droit (II).

I. L'existence d'un intérêt personnel en présence d'un sujet de droit

45. Intérêt d'une personne. Par intérêt personnel, il faut entendre celui d'une personne morale. La question de la personnalité est moins délicate s'agissant des personnes morales que des personnes physiques, pour lesquelles un certain état peut conduire à discuter de leur personnalité : « *l'être humain ne coïncide pas toujours avec le statut de personne* »²⁶³. C'est notamment le cas de l'enfant à naître. En revanche, que la personnalité juridique soit reconnue selon la théorie de la réalité ou celle de la fiction, la personne morale est indiscutablement et pleinement une personne. L'intérêt personnel naît avec la personne morale et lui est personnel. Cet intérêt est donc conséquent (A) et inhérent (B) à la personne morale.

A. Un intérêt conséquent à la personne morale

46. Sujet de droit, personne et droits subjectifs. Le sujet de droit est le « *support [...] d'un agrégat de droits subjectifs* » et est « *dynamiquement émetteur et récepteur d'actes et de faits juridiques* »²⁶⁴. Il est « *un être capable d'avoir des droits subjectifs lui appartenant en propre* »²⁶⁵. L'équivalence entre les notions de personne et de sujet de droit est consensuelle²⁶⁶.

²⁶² R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 5.

²⁶³ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 269, § 468.

²⁶⁴ J. CARBONNIER, Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 231, *op. cit.*, p. 232.

²⁶⁵ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 7, § 2.

²⁶⁶ V. not. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 6, § 1 ; R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, *op. cit.*, p. 541 et s. ; J. CARBONNIER, Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, *op. cit.*, p. 233 ; J.-P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif, LGDJ, 1977 ; R. MARTIN, Personne et sujet de droit,

Pour un auteur, les droits subjectifs sont des « *intérêts juridiquement protégés* »²⁶⁷ ; pour un autre, « *un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome* »²⁶⁸ ; pour un troisième, « *l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes, juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de le représenter et de le défendre* »²⁶⁹. Quelle que soit la définition retenue des droits subjectifs, il est un principe fondamental selon lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droits²⁷⁰. Ainsi, « *le contenu de la définition du sujet de droit est renfermée dans la définition du droit subjectif* »²⁷¹. Le sujet de droit est nécessairement et passivement titulaire de droits subjectifs de par son propre état, sans que cela suppose une quelconque manifestation de volonté de sa part²⁷².

Par syllogisme, la personne morale, en tant que sujet de droit, est titulaire de droits subjectifs. Autrement dit, « *le siège des droits subjectifs est la personnalité juridique* »²⁷³. Reste à savoir qui peut être qualifié de personne, ce qui suppose de déterminer, laquelle de la théorie de la réalité ou de la fiction trouve à s'appliquer.

47. Exemple de l'État sujet de droit. L'État présente une dualité importante. Il a deux faces : l'État-souverain et l'État-personne²⁷⁴. Selon le principe *Kompetenz-Kompetenz*, le souverain dispose de l'aptitude à se donner à soi-même ses propres règles et à décider seul²⁷⁵.

RTD civ. 1981, p. 785 ; J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705 ; E. SAVAUX, La personnalité morale en procédure civile, RTD civ. 1995, p. 1 ; F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.*, p. 221 ; J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, Arch. Phil. Dr. 2000, p. 181 ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale en droit privé, *op. cit.* ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 275, § 473 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, *op. cit.*, § 1.

²⁶⁷ R. VON JHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, *op. cit.*, § 71, p. 337.

²⁶⁸ R. SALEILLES, De la personnalité juridique, Histoire et théories, *op. cit.*, p. 548.

²⁶⁹ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 105, §48.

²⁷⁰ Civ. 1^e, 22 juil. 1987, n° 85-13.907 : Bull. 1987, I, n° 258.

²⁷¹ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, Caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 5.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705.

²⁷⁴ V. not. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 114, § 52 ; M. HAURIOU, Principes de droit public, Sirey, 2^{ème} éd., 1916, XIII et s.

²⁷⁵ G. JELLINEK, Théorie juridique de l'État in L'État moderne et son droit, trad. G. FARDIS, éd. M. GIARD & É. BRIÈRE, 1913, p. 72 et s.

Le souverain a la « *puissance de donner et casser la loi* »²⁷⁶. La souveraineté dote l'État d'une « *puissance suprême de domination* »²⁷⁷. La puissance de l'État se manifeste à travers l'existence et l'exercice des prérogatives de puissance publique. Son pouvoir d'action d'office permet à l'administration de prendre des décisions unilatérales qui sont exécutoires, et de procéder à leur exécution forcée sans recours au juge²⁷⁸.

L'État-souverain, bien que source du droit, est en même temps une personne, à la fois sujet de droit et source du droit²⁷⁹. Il est individualité objective et personnalité subjective²⁸⁰. La théorie du fait du prince révèle cette dualité²⁸¹ lorsque l'État-souverain fait usage de prérogatives de puissance publique et bouleverse l'équilibre du contrat pour son co-contractant²⁸². Les conséquences de la personnalité de l'État sont évidentes : comme tout sujet de droit, l'État est titulaire de droits subjectifs²⁸³. Il peut agir comme toute personne juridique, et l'on peut agir contre l'État comme contre toute personne juridique. L'État peut être responsable des « *dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public* »²⁸⁴ lorsque celles-ci commettent une « *faute de service* »²⁸⁵. L'État a un domaine privé, il peut être actionnaire d'une société²⁸⁶. Il peut ester en justice ou conclure des contrats.

48. Intérêt et droits subjectifs. Un auteur relève que « *le droit subjectif est un intérêt d'ordre matériel ou intellectuel, protégé par le Droit objectif qui donne, à cet effet, à celui qui en est investi le pouvoir de faire les actes nécessaires pour obtenir la satisfaction de cet intérêt* »²⁸⁷. Les droits subjectifs ne sont effectifs que pour autant que leur titulaire peut en

²⁷⁶ J. BODIN, Les Six Livres de la République, Paris, 1576, Livre I, chap. X.

²⁷⁷ J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, Arch. Phil. Dr. 2000, p. 181.

²⁷⁸ TC, 2 déc. 1902, « SOCIÉTÉ IMMOBILIERE DE SAINT-JUST » : D. 1903, 3, 41, concl. ROMIEU.

²⁷⁹ D. TRUCHET, Le droit public, PUF, 2010, 2^e éd., p. 15.

²⁸⁰ M. HAURIOU, Principes de droit public, *op. cit.*, p. 41 et s.

²⁸¹ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.*, p. 115

²⁸² CE, 4 mai 1949, « VILLE DE TOULON » : Rec. CE 1949, p. 197.

²⁸³ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, *op. cit.*, p. 175 et s.

²⁸⁴ TC, 8 févr. 1873, « BLANCO » : D. 1873, 3, 20, concl. DAVID.

²⁸⁵ TC, 30 juil. 1873, « PELLETIER » : D. 1874, 3, 5, concl. DAVID.

²⁸⁶ <https://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat>, consulté le 16 sept. 2018.

²⁸⁷ R CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 107, § 74

disposer d'une manière qui lui soit avantageuse. Ils sont reconnus à un sujet de droit dans son intérêt propre²⁸⁸. Ils permettent à leur titulaire « *de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui* »²⁸⁹. Ainsi, la possibilité d'ester en justice est ouverte à toute personne morale pour défendre son intérêt²⁹⁰, y compris celles dont la capacité est la plus limitée²⁹¹. Ainsi, l'intérêt de la personne morale naît en même temps que celle-ci, au moment où elle se voit attribuer des droits subjectifs. Cette circonstance est l'un des éléments qui permet de distinguer l'intérêt de la personne morale de l'intérêt qui justifie sa création²⁹².

Du point de vue des droits subjectifs, la personne morale se distingue de la personne physique. Ces droits ne lui sont consentis qu'en raison et en considération de la finalité qui lui est dévolue. La personne morale ne dispose de ses droits subjectifs que pour permettre de parvenir à cette finalité. Autrement, elle ne peut pas en disposer librement, du moins aussi librement que le pourrait une personne physique. Elle est tenue d'en disposer dans son intérêt, intérêt qui ne peut, par conséquent, que lui être inhérent.

B. Un intérêt inhérent à la personne morale

49. Personnel, individuel et propre. L'adjectif « *personnel* » qualifie ce qui « *concerne une personne, lui appartient en propre* »²⁹³. Ces deux caractéristiques se retrouvent dans l'intérêt personnel, qui est un intérêt individuel (1) propre à la personne morale (2).

²⁸⁸ V. not. G. MICHAELIDES-NOUARIOS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTD civ. 1966, p. 216 ; E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 21, § 20.

²⁸⁹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° Droit.

²⁹⁰ E. SAVAUX, La personnalité morale en procédure civile, RTD civ. 1995, p. 1.

²⁹¹ V. par ex. L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 6.

²⁹² Sur la distinction de l'intérêt personnel de l'intérêt type des membres de la personne morale, cf. *infra* n° 282 et s.

²⁹³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Personnel.

1. Un intérêt individuel

50. Individualisation. La définition du sujet et de la personne renvoie à l'idée d'individu : un être juridique unique²⁹⁴, « celui » qui dispose de droit subjectif²⁹⁵. Le droit subjectif a « son siège dans l'individu »²⁹⁶. Or, s'il y a bien un intérêt à créer une personne morale, c'est précisément la création d'une individualité autonome²⁹⁷. Comme le dit un auteur, à propos de la création d'établissements publics par l'État et les collectivités territoriales, « rien ne remplace la conjonction d'un budget propre, de l'autonomie de décision et gestion et de la faculté personnelle d'agir en justice »²⁹⁸. Cela vaut pour l'ensemble des personnes morales. Par exemple, si la société consiste en l'affectation de biens ou d'industrie à une entreprise commune, elle n'en demeure pas moins une personne, un individu. La nature collective de la société ne rejaillit pas sur sa personnalité. De même, l'État est une « unité »²⁹⁹, « un ensemble unifié, une entité unique »³⁰⁰, une « individualité corporative »³⁰¹. L'existence de l'intérêt personnel est due à la subjectivation de la personne morale, que celle-ci comporte plusieurs membres ou non.

51. Indifférence du caractère collectif de la personne morale. Une personne morale peut avoir plusieurs membres, lors de sa création comme au cours de son existence. L'intérêt type de ces membres, issu de la sélection de leurs mobiles personnels, est à l'origine de la personne morale et justifie sa création³⁰². Toutefois, l'intérêt de la personne morale, en raison de l'autonomie de celle-ci, se distingue de l'intérêt type. C'est bien la personne morale, individu autonome, qui est titulaire des droits subjectifs nécessaires à la réalisation de sa

²⁹⁴ L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 7, § 2 ; J.-P. GRIDEL, La personne morale en droit français, RIDC, 1990, p. 498.

²⁹⁵ J. CARBONNIER, Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, *op. cit.*, p. 232.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 194.

²⁹⁷ V. not. J.-P. GASTAUD, Personnalité morale et droit subjectif, *op. cit.*, p. 5 ; G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 23.

²⁹⁸ J.-P. GRIDEL, La personne morale en droit français, RIDC. 1990, p. 507.

²⁹⁹ B. DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'État, LGDJ, 1976.

³⁰⁰ J. CHEVALLIER, L'obligation en droit public, Arch. Phil. Dr. 2000, p. 186.

³⁰¹ M. HAURIOU, Principes de droit public, *op. cit.*, XV.

³⁰² Sur l'intérêt type des membres d'une personne morale, cf. infra n° 283 et s..

finalité. L'intérêt de la personne morale est donc un intérêt individuel³⁰³. Par conséquent, cet intérêt est nécessairement propre à la personne morale.

2. Un intérêt propre à la personne morale

52. Volonté propre et intérêt propre. Chaque personne morale est organisée de manière à pouvoir exprimer sa volonté³⁰⁴. Cette organisation permet l'« *efficacité dans l'action* » par « *l'indépendance* » de la personne morale³⁰⁵. Par exemple, il a été jugé qu'une société est un « *corps social dépassant les volontés individuelles* »³⁰⁶.

L'existence d'une volonté propre à la personne morale doit être doublement nuancée. D'abord, la volonté de la personne morale se limite à sa finalité, à la réalisation de l'œuvre ou de l'entreprise qui lui incombe³⁰⁷. Ensuite, elle est incapable de parole. En raison de son abstraction, la personne morale ne peut ni décider par elle-même de disposer des droits subjectifs dont elle est titulaire, ni manifester cette volonté. Sa volonté ne se manifeste que par le truchement d'un organe. Un auteur met en évidence l'opposition entre le droit subjectif et le pouvoir, « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »³⁰⁸. Or, le pouvoir d'exprimer un intérêt est confié à une autre personne, tenue d'agir dans l'intérêt de la personne morale³⁰⁹. Le titulaire du pouvoir a lui-même un intérêt, qui peut être distinct de celui de la personne morale³¹⁰.

³⁰³ *Contra* N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 291, § 510.

³⁰⁴ V. not. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 80, § 37 ; M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, *op. cit.*, p. 96 et s.

³⁰⁵ J.-P. GRIDEL, La personne morale en droit français, RIDC. 1990, p. 507.

³⁰⁶ CA Reims 24 avr. 1989 : JCP E 1990, II, n° 15677, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

³⁰⁷ M. HAURIOU, La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, *op. cit.*, pp. 96-97.

³⁰⁸ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 232.

³⁰⁹ Sur la direction de la personne morale, cf. *infra* n° 297 et s. ; Sur la représentation de la personne morale, cf. *infra* n° 299 et s.

³¹⁰ Sur la distinction des intérêts à l'échelle d'une personne morale, cf. *infra* n° 280.

Cette circonstance explique que l'autonomie de la volonté de la personne morale soit parfois remise en question, particulièrement en matière économique. C'est le cas en matière d'ententes anticoncurrentielles. Sont prohibées les ententes qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, ainsi que l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise de sa position dominante sur le marché ou de l'état de dépendance économique d'un de ses clients ou fournisseurs³¹¹. Des interdictions similaires existent en droit communautaire³¹². L'entente prohibée se matérialise par un accord de volonté des entreprises parties à l'entente³¹³. La Cour de Justice des Communautés Européennes a relevé que « *la circonstance que la filiale ait une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère [...] notamment lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société-mère* »³¹⁴. Autrement dit, la Cour permet de sanctionner au titre de l'entente la société associée de la société partie à l'entente lorsque la seconde n'a pu qu'agir sur instruction de la première. Allant plus loin, la Cour de Justice a instauré une présomption d'influence sur les sociétés dont la totalité du capital est détenue par un même associé³¹⁵. Cette présomption permet à la Commission européenne de rapporter de la preuve de l'exercice d'une influence déterminante d'un associé sur la société, influence exclusive de la volonté de cette dernière par la preuve du contrôle capitalistique. Cette présomption ne dispense pas la Commission de l'obligation de motiver ses décisions³¹⁶. Surtout, cette présomption peut être renversée, l'existence d'un groupe n'impliquant pas la perte d'autonomie, y compris décisionnelle, des sociétés en faisant partie³¹⁷. Il existe une présomption similaire en droit français de la concurrence³¹⁸.

³¹¹ Pour les ententes, C. com., art. L. 420-1 ; Pour l'abus de position dominante ou de dépendance économique, C. com., art. L. 420-2.

³¹² TFUE, art. 101, 1 et 102.

³¹³ P. ARHEL, Rép. comm., V° Ententes, 2015, § 5.

³¹⁴ CJCE 14 juil. 1972, « IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LTD. C/ COMMISSION », aff. C-48/69 : Rec. CJCE p. 619.

³¹⁵ CJCE, 25 oct. 1983, « ALLGEMEINE ELEKTRIZITÄTS-GESELLSCHAFT AEG-TELEFUNKEN AG C/ COMMISSION », aff. 107/82 : Rec. CJCE p. 3151 ; F. CHAPUT, L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, Contrats, conc. consom. 2010, ét. 1.

³¹⁶ TFUE, art. 253 – v. par ex. Trib. UE, 3e ch., 27 nov. 2014, « ALSTOM C/ COMMISSION » aff. T-517/09.

³¹⁷ Sur la vigueur du principe d'autonomie juridique au sein d'un groupe, cf. *infra* n° 311 et s.

Peut-on dès lors considérer que la personne morale a une volonté autonome, distincte de celle des membres de ses organes ? Il ne faut pas confondre absence de volonté et absence d'expression de la volonté. La personne morale ne peut exprimer sa volonté que par le truchement de ses organes. Cela ne la prive pas pour autant de la volonté de réaliser sa finalité, qui justifie son existence. La volonté de la personne morale ne peut être exprimée que dans son propre intérêt.

53. Patrimoine autonome et intérêt propre. Le patrimoine peut être défini comme « *l'ensemble des biens d'une personne envisagé comme formant une universalité de droit* »³¹⁹. Les personnes morales, en tant que sujets de droit, disposent d'un patrimoine afin de réaliser leur finalité. Elles jouissent et disposent de leur patrimoine dans leur intérêt. En effet, le patrimoine de la personne morale se distingue de celui de ses éventuels membres. La solution est ancienne en droit des sociétés : « *il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun des membres* »³²⁰. À compter de son immatriculation, la société acquiert la personnalité juridique et, par conséquent, un patrimoine dont elle peut disposer pour réaliser son objet³²¹.

Les autres personnes morales disposent également d'un patrimoine, attribut du sujet de droit, à compter de leur personnalisation. Ainsi, toute association déclarée peut posséder et administrer les cotisations de ses membres³²². De même, les personnes morales de droit public disposent d'un domaine privé qu'elles gèrent librement dans le respect des règles qui leur sont applicables³²³. L'autonomie de ce patrimoine se manifeste à l'égard des éventuels membres de la personne morale. Elle est dite « *active* ». Ainsi, l'associé qui apporte une clientèle à une société réalise une transmission à un tiers, quand bien même il en détiendrait la quasi-totalité du capital³²⁴. Le préjudice subi par une société est distinct de celui subi par

³¹⁸ Com. 21 oct. 2014, n° 13-16.602 : Bull. 2014, IV, n° 152; RLDA. 2014, 5381 ; Bull. Joly 2015, p. 16, note J-F. BARBIÈRI ; RTD Com. 2015, p. 84, note E. CLAUDEL - Com. 18 oct. 2017, 16-19.120 : Bull. 2017, IV.

³¹⁹ C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, *op. cit.* T. IX, p. 333, § 573.

³²⁰ Req., 23 févr. 1891.

³²¹ C. civ., art. 1844-4 et 1844-5.

³²² L. 1^{er} juil. 1901, art. 6.

³²³ CGPPP, art. L. 2211-1 et L. 2221-1.

³²⁴ Com. 8 oct. 2013, n° 12-25.787 : inédit ; Rev. Sociétés, 2014, p. 233, note T. MASSART.

ses associés³²⁵, là encore peu important la proportion du capital détenue³²⁶. L'état de cessation des paiements s'apprécie au regard de la situation individuelle du débiteur, nonobstant son appartenance à un groupe³²⁷. L'autonomie du patrimoine de la personne morale se manifeste aussi à l'égard des tiers. Cette autonomie, dite « *passive* », implique que les créanciers de la personne morale ne peuvent exercer leur droit de gage que sur le patrimoine du débiteur³²⁸ et que les personnes morales ne sont pas de « *simples organismes gestionnaires* », émanations de leurs membres³²⁹. Par exception, le patrimoine des associés d'une société à risque illimité peut être engagé après de vaines et préalables poursuites contre la société³³⁰.

Il est aujourd'hui admis que les notions de patrimoine et de personne sont dissociées. Ainsi en est-il du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou du patrimoine fiduciaire³³¹. L'existence d'un tel patrimoine n'implique pas l'existence d'un intérêt analogue à celui d'une personne morale. Par ailleurs, de nombreuses voix s'élèvent pour reconnaître des droits aux choses vivantes. Quelles que soient les convictions de chacun sur la dissociation de la personne et du patrimoine et sur les droits à reconnaître au vivant, l'on ne peut que constater l'inexistence d'intérêt personnel en l'absence de sujet de droit.

II. L'inexistence d'un intérêt personnel en l'absence d'un sujet de droit

54. Opportunité de la personnification. Un auteur souligne qu'en personnifiant un intérêt, « *on lui donne une sécurité non seulement juridique, mais psychologique plus grande* »³³². Dès lors que la personnification d'une masse de biens est admise, il est tentant d'accorder la

³²⁵ V. par ex. Civ. 3^e, 8 juin 2010, n° 09-66.802 : Bull. civ. III, n° 113.

³²⁶ Com., 14 avr. 2015, n° 13-28.377 : inédit.

³²⁷ V. par ex. Com., 3 juil. 2012, n° 11-18.026 : Bull. 2012, IV, n° 146 ; D. 2012, p. 2212, note R. DAMMANN et S. FRANÇOIS – Sur ce point, cf. *infra* n° 315.

³²⁸ C. civ., art. 2284.

³²⁹ Civ. 1^e, 6 juil. 1988, n° 86-11.153 : Bull. 1988, I, n° 227 ; RTD com. 1991, p. 465, note E. DU PONTAVICE.

³³⁰ V. par ex. Com. 4 juin 2009, n° 08-12.805 : Bull. 2009, IV, n° 135 ; Dr. sociétés 2009, comm. 156, note R. MORTIER ; Rev. Sociétés 2009, p. 846, note J.-F. BARBIÈRI.

³³¹ Sur les patrimoines d'affectation, cf. *infra* n° 56.

³³² R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 20.

« *promotion symbolique* » de la personnalité juridique³³³, surtout aux êtres sensibles³³⁴. Le débat est particulièrement animé quant à la condition animale. Il n'est pas question ici de porter un jugement sur l'opportunité de personnifier telle chose ou tel groupement, mais seulement de constater qu'en l'absence de personnalité juridique, les choses (A) et les groupements non personnifiés (B) n'ont pas d'intérêt personnel.

A. Les choses

55. Absence d'intérêt des choses. Les personnes, physiques ou morales, sont les seuls sujets de droit³³⁵. La chose est définie comme « *ce qui est distinct de la personne* »³³⁶, n'a pas les attributs du sujet de droit. Elle ne peut pas avoir de droits subjectifs, et donc pas d'intérêt qui lui soit propre. Sauf à être subjectivisées, et donc personnifiées, les choses inertes ou vivantes n'ont pas d'intérêt personnel.

56. Exemple des patrimoines d'affectation. Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale³³⁷. Le patrimoine affecté est donc juridiquement et comptablement autonome de l'entrepreneur individuel³³⁸. Il n'en est pas pour autant doté de la personnalité juridique, et donc d'un intérêt personnel. Pour autant l'ambiguïté est entretenue par certaines dispositions. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est bien un entrepreneur et non pas une entreprise. C'est une personnification sans doute involontaire qui a conduit à la rédaction des textes relatifs à l'insuffisance d'actif³³⁹ et à la faillite personnelle³⁴⁰. Ainsi, est puni de faillite personnelle l'entrepreneur individuel qui « *fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était*

³³³ A.-M. SOHM-BOURGEOIS, La personnification de l'animal : une tentation à repousser, D. 1990, p. 33.

³³⁴ J.-P. MARGUENAUD, La personnalité juridique des animaux, D. 1998, p. 205.

³³⁵ Sur la relation entre les notions de personne et de sujet de droit, cf. *supra* n° 46.

³³⁶ P. MALAURIE et L. AYNES, Droit des biens, LGDJ, 7ème éd., 2017, p. 21, § 12.

³³⁷ C. com., art. L. 526-6.

³³⁸ C. com., art. L. 526-13.

³³⁹ C. com., art. L. 651-2.

³⁴⁰ C. com., art. L. 653-3.

intéressé directement ou indirectement »³⁴¹. Un auteur relève que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est sanctionné pour faire des biens et du crédit de l'« *entreprise* » un usage contraire à l'intérêt de celle-ci ; « [c]e faisant, [le législateur] *personnifie l'entreprise* »³⁴². Ces dispositions semblent théoriquement inapplicables en l'état³⁴³. Néanmoins, elles s'imposent, et la « *faute de gestion* » à l'origine de l'insuffisance d'actif et l'« *usage contraire* » à l'intérêt du patrimoine doivent être transposés *mutatis mutandis* à la gestion du patrimoine affecté par l'entrepreneur individuel, ce qui implique de personnifier le patrimoine affecté³⁴⁴. Cette personnification est *contra legem*, et les juges du fond qui suivraient ce raisonnement pourraient s'exposer à la censure de la Cour de cassation. En effet, cette dernière a par exemple refusé de personnifier l'activité d'un travailleur indépendant³⁴⁵.

Un raisonnement similaire doit être observé s'agissant du patrimoine fiduciaire³⁴⁶. Non personnifié, le patrimoine fiduciaire ne dispose pas d'un intérêt propre. Le fiduciaire peut engager sa responsabilité contractuelle ou délictuelle pour les « *fautes commises dans l'exercice de sa mission* » respectivement envers le constituant et le bénéficiaire³⁴⁷. Il n'est pas responsable envers la fiducie elle-même.

57. Exemple du vivant. Il est délicat d'affirmer que les êtres vivants n'ont pas d'intérêt. La question doit être traitée sous un angle juridique, et plus précisément sous le seul angle de la technique juridique³⁴⁸. Si la reconnaissance de la personnalité ne doit pas être refusée par principe aux choses vivantes, il convient de s'interroger sur les « *abus* » et « *vanités folles* »

³⁴¹ C. com., art. L. 653-3.

³⁴² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *EIRL et procédures collectives in L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur*, Dr. et patr. avr. 2011, p. 63.

³⁴³ *Contra* M. DOUAOUI-CHAMSEDDINE, *Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et en extension s'appliqueront-elles à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée ?*, RLDA 2010, 54.

³⁴⁴ P. ROUSSEL-GALLE, *Rev. sociétés* 2015, 546, note ss. Com., 30 juin 2015, n° 14-15.984 : Bull. 2015, IV, n° 833.

³⁴⁵ Com., 30 juin 2015, n° 14-15.984 : Bull. 2015, IV, n° 833 ; *Rev. sociétés* 2015, 546, note Ph. ROUSSEL GALLE ; LEDED 2015, n° 8, p. 4, note N. BORGA ; Act. proc. coll. 2015-13, alerte 211 ; Bull. Joly Entr. 2015, p. 307, note T. FAVARIO ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, p. 35, note T. MONTÉLAN ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 598, note E. MOUIAL BASSILANA.

³⁴⁶ C. civ., art. 2011 et s.

³⁴⁷ F. BARRIERE, *Rép. civ.*, V° Fiducie, 2017, § 90.

³⁴⁸ R. DEMOGUE, *La notion de sujet de droit, caractère et conséquences*, *op. cit.*, p. 27.

pouvant en résulter³⁴⁹. Il ne peut y être répondu qu'après s'être demandé si la protection de la personnalité juridique – et donc le droit d'ester en justice et la disposition d'un patrimoine - est plus efficace qu'un corps de règles protectrices. En tout état de cause, en l'état actuel du droit positif, les choses vivantes ne peuvent pas se voir reconnaître un intérêt personnel, n'ayant pas la personnalité juridique.

L'environnement est « *constitué par l'ensemble des conditions et des éléments naturels de la Terre comme le sol, l'eau, et l'air, y compris toutes les couches de l'atmosphère, les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants et les systèmes naturels qui les supportent* »³⁵⁰. La Convention de Lugano de 1993 définit l'environnement comme un ensemble comprenant les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs, les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage³⁵¹.

Dans d'autres systèmes juridiques, l'on constate un mouvement de reconnaissance de la personnalité juridique à l'environnement ou à certains des éléments le composant. Ainsi, le législateur néo-zélandais a reconnu la personnalité juridique au fleuve Whanganui, considéré comme une entité vivante, un membre de l'*iwi* - la tribu - Whanganui étant investi des pouvoirs de représentation du fleuve³⁵². En Inde, c'est une décision de justice qui a reconnu la qualité de sujet de droit au Gange³⁵³.

En droit français, aucune initiative comparable, ni législative, ni judiciaire, n'est à signaler. L'environnement pris comme ensemble, pas plus que les éléments qui le composent, ne sont personnifiés. Ils ne peuvent donc pas se voir reconnaître un intérêt personnel. Cela ne signifie pas pour autant que l'environnement ne bénéficie d'aucune protection. Bien au contraire, il existe tout un corps de règles protectrices de l'environnement, en grande partie codifié dans

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ J.-M. ARBOUR, S. LAVALLÉE, H. TRUDEAU ET J. SOHNLE, *Droit international de l'environnement*, éd. Yvon Blais, 3^{ème} éd., 2016, p. 1.

³⁵¹ Conv. sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, 21 juil. 1993, Lugano, art. 2.

³⁵² A. HUTCHISON, *The Whanganui river as a legal person*, *Alternative Law Journal*, 2014, p. 179.

³⁵³ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ?*, *D.* 2017, p. 1040.

le code de l'environnement³⁵⁴. Toutefois, il ne bénéficie pas des droits inhérents à la personnalité juridique et ne peut pas par conséquent se voir reconnaître un intérêt personnel.

Les animaux sont des êtres vivants « *doués de sensibilité* »³⁵⁵. Bien que soumis au régime des biens, les animaux font l'objet d'un traitement particulier. Ainsi, tout animal doit être placé par son propriétaire dans des conditions compatibles avec les impératifs biologiques de son espèce³⁵⁶. Pour un auteur, l'animal est « *déjà une personne* »³⁵⁷. Un autre relève la sensibilité des animaux et l'existence d'intérêts animaux³⁵⁸. Ces intérêts seraient notamment, selon des associations de défense des animaux, l'intérêt à vivre et l'intérêt à ne pas souffrir³⁵⁹. C'est précisément la sensibilité des animaux qui rend le refus d'un intérêt délicat. L'on comprend que tels ou tels agissements peuvent être bons ou au contraire mauvais pour l'animal, et pour le vivant en général. Il ne faut pas pour autant confondre l'intérêt résultant de la vie et l'intérêt résultant de la personnalité. En droit français, l'animal est protégé notamment contre les sévices et les actes de cruauté³⁶⁰. A défaut de personnalité, l'animal qui est victime d'un tel agissement ne peut pas ester en justice de lui-même. L'action civile sera éventuellement menée par une association de défense et de protection des animaux³⁶¹. En considération de ce régime de protection existant, certains appellent à ce que l'animal, plutôt que d'être personnifié, ne soit pas traité comme une pure chose³⁶².

B. Les groupements non personnifiés

58. Groupement et personne morale. Un groupement est une réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées³⁶³. La

³⁵⁴ Ord. n° 2000-914, 18 septembre 2000, relative à la partie Législative du code de l'environnement.

³⁵⁵ C. civ., art. 515-14.

³⁵⁶ C. rur., art. L. 214-1

³⁵⁷ J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, PUF, 1992 – même auteur, *La personnalité juridique des animaux*, D. 1998, p. 205. p. 205.

³⁵⁸ P.-J. DELAGE, *Sur la condition animale : L'animal, la chose juridique et la chose pure*, D. 2014, p. 1097.

³⁵⁹ V. par ex. <http://www.animal-ethics.org/les-interets-des-animaux/>, consulté le 16 sept. 2018.

³⁶⁰ C. pén., art. 521-1.

³⁶¹ C. proc. pén., art. 2-13.

³⁶² V. par ex. R. LIBCHABER, *La souffrance et les droits, A propos d'un statut de l'animal*, D. 2014, p. 380.

³⁶³ *Vocabulaire juridique*, sous la dir. G. Cornu, PUF, 2015, V° Groupement.

notion de groupement et celle de personne morale ne se recoupent pas. D'une part, il n'est pas de l'essence des personnes morales d'être des groupements de personnes³⁶⁴. Une personne morale n'est pas nécessairement une réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes. Ainsi, les sociétés unipersonnelles n'ont qu'un seul associé³⁶⁵. D'autre part, certains groupements sont dépourvus de personnalité juridique³⁶⁶. Du point de vue de l'intérêt personnel, les groupements non personnifiés font l'objet du même traitement que les choses, vivantes ou non. Leur absence de personnalité exclut qu'ils soient titulaires de droits subjectifs et, par là qu'il leur soit reconnu un intérêt.

59. Exemple des sociétés non immatriculées. Une société ne jouit de la personnalité morale qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Les actes conclus par une société en formation – et non au nom de la société en formation – sont nuls³⁶⁷. Les associés peuvent également convenir de ne pas immatriculer la société. La société est alors dite en participation³⁶⁸. Également, plusieurs personnes peuvent se comporter comme si elles étaient associées, sans avoir expressément matérialisé la volonté de s'associer. Elles forment entre elles une société créée de fait. La société en participation relève d'une volonté assumée de s'associer ; la société créée de fait est quant à elle inconsciente. Un auteur propose même que cette dernière soit qualifiée de société en participation tacite³⁶⁹. Enfin, une société peut se poursuivre entre ses associés alors même qu'elle avait perdu sa personnalité morale : l'on parlera alors de société devenue de fait³⁷⁰.

La société qui ne jouit pas de la personnalité morale ne peut pas prétendre à la qualité de sujet de droit. Elle est donc privée de droits subjectifs. Elle n'a pas de patrimoine propre³⁷¹. Elle ne peut pas être créancière d'une obligation³⁷² ou propriétaire. Les biens apportés à la société ne

³⁶⁴ J. PAILLUSSEAU, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705.

³⁶⁵ C. civ., art. 1832.

³⁶⁶ B. DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale, PUAM, 2006.

³⁶⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 5 oct. 2011, n° 09-70.571 : inédit ; Rev. sociétés 2011, p. 691, note S. PREVOST - Com. 21 févr. 2012, n° 10-27.630 : Bull. 2012, IV, n° 49 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 472, note B. DONDERO.

³⁶⁸ C. civ., art. 1871.

³⁶⁹ G. KESSLER, Société créée de fait : les leçons du droit comparé, D. 2005, p. 86.

³⁷⁰ M. ZOLOMIAN, Les sociétés devenues de fait, Rev. sociétés 2016, p. 407.

³⁷¹ Com. 15 mai 2012, n° 11-30.192 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 88, note B. DONDERO.

³⁷² Com., 20 mai 2008, n° 07-13.202 : Bull. 2008, IV, n° 104 ; Rev. sociétés 2008, p. 620, note B. DONDERO.

peuvent pas lui appartenir³⁷³. Chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société³⁷⁴. La société qui n'est pas immatriculée ne dispose donc pas d'intérêt personnel. Ainsi, les biens affectés à la société ne sont pas utilisés par celle-ci, mais par son apporteur, dans l'intérêt commun des associés, et non pas dans l'intérêt social, inexistant³⁷⁵. Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers, sauf à révéler l'existence de la société et de ses associés³⁷⁶. Chaque associé agit donc dans son intérêt, tout en étant tenu de respecter l'intérêt commun³⁷⁷. En cas de faute commise dans la gestion de la société, le gérant engage sa responsabilité directement envers les associés³⁷⁸.

60. Conclusion de la Section 1. En raison de sa nature de sujet de droit, chaque personne morale est titulaire de droits subjectifs qui lui sont reconnus dans son intérêt. Cet intérêt, qui est individuel et propre à chaque personne morale, peut être qualifié de personnel. On ne retrouve pas un tel intérêt en l'absence de sujet. Les choses et les groupements non personnifiés en sont ainsi dépourvus.

Si l'existence d'un tel intérêt est commune à toutes les personnes morales, l'on verra que cet intérêt diffère d'une personne morale à une autre quant à sa substance.

SECTION 2 : LA SUBSTANCE DE L'INTÉRÊT PERSONNEL

61. Égoïsme. L'égoïsme d'un individu est sa tendance à privilégier son intérêt plutôt qu'un autre³⁷⁹. L'on ne fait quelque chose que dans la mesure où cela est dans notre intérêt : il n'y a pas de pur altruisme. Bien sûr, une personne peut se proposer comme but une chose qui sera

³⁷³ B. DONDERO, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012 § 37 - v. *contra* Com., 21 juin 1988, n° 86-14.062 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1988 p. 689, note P. LE CANNU.

³⁷⁴ C. civ., art. 1872.

³⁷⁵ *Contra* B. DONDERO, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012, § 37.

³⁷⁶ C. civ., art. 1872-1.

³⁷⁷ C. civ., art. 1833.

³⁷⁸ Com., 6 mai 2008, n° 07-12.251 : Bull. 2008, IV, n° 96.

³⁷⁹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française*, *op. cit.*, V° Égoïsme.

agréable à un tiers « *par pure sympathie, par intérêt moral* »³⁸⁰. Ce faisant, cette personne en y trouve un intérêt, au moins « *moral* ».

L'égoïsme individuel est exacerbé chez les personnes morales. Une personne morale est un être finalisé, qui n'a vocation qu'à satisfaire le besoin ayant motivé sa création. Elle ne peut pas agir par pure sympathie. Toutefois, en raison de la souplesse de l'intérêt, la personne morale peut trouver un intérêt dans des actes qui, en apparence, ne correspondent pas à sa finalité. Aussi, s'il est évident que l'intérêt de la personne morale inclut sa finalité (I), son intérêt peut également résider dans des actes dépassant la finalité (II).

I. L'inclusion de la finalité de la personne morale

62. Moyens de réaliser la finalité. La variété des personnes morales se manifeste dans la différence entre les finalités des différentes catégories de personnes mais également par une profonde différence quant aux moyens de réaliser cette finalité.

Ainsi, tandis que certaines personnes morales ont une compétence générale, d'autres sont régies par le principe de spécialité, et voient ainsi leur capacité limitée par cette spécialité, cette dernière pouvant varier d'une catégorie de personnes morales à une autre, voire au sein d'une même catégorie. Un auteur relève l'identité de nature entre compétence et capacité, qui consistent toutes deux « *dans le pouvoir légal de faire des actes juridiques* »³⁸¹. Il distingue cependant les deux notions en raison des spécificités de la compétence, qu'il réserve à la sphère du droit public. D'abord, le principe est l'incompétence de l'autorité administrative, sa compétence n'existant que pour les matières prévues par la loi³⁸². Ensuite, la compétence est nécessairement mise en œuvre dans une certaine opportunité, le « *bon fonctionnement du service public* »³⁸³. Enfin, la mise en œuvre de la compétence n'est pas libre : elle doit être exercée dès lors que l'intérêt général le commande³⁸⁴.

³⁸⁰ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 9.

³⁸¹ G. JEZE, Essai de théorie générale de la compétence, RDP 1923, p. 58.

³⁸² *Ibid.*, p. 67

³⁸³ *Ibid.*, p. 61

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 59

Un autre auteur critique la distinction de la compétence et de la capacité³⁸⁵. Pour lui, compétence et capacité coexistent³⁸⁶. Il écarte les critères relatifs à la finalité de la compétence et au morcellement, le premier en raison de son applicabilité à la capacité - l'on ne peut déroger par conventions aux lois et règles qui intéressent l'ordre public³⁸⁷ -, le second du fait du morcellement similaire de la capacité des personnes morales entre capacité de jouissance et d'exercice³⁸⁸. Il écarte également l'absence d'opportunité dans la mise en œuvre de la capacité³⁸⁹. Il retient comme critères de distinction le mode de détermination – attribution de compétence et capacité de principe – et le contrôle juridictionnel de l'opportunité des actes réalisés, inexistant pour la capacité³⁹⁰. Ensuite, cet auteur démontre que la compétence structure la capacité dans la mesure où la capacité, notion interne à la compétence, est le moyen d'exercice de celle-ci³⁹¹. La compétence précise les moyens de réaliser la finalité de la personne morale, et ce qu'elle soit de droit public ou de droit privé³⁹². Ainsi, certaines personnes morales ont une capacité d'intervention générale - mais non absolue -, tandis que d'autres ont une capacité strictement limitée à une certaine spécialité. Le principe dit de spécialité gouverne l'activité des personnes morales dont la compétence n'est pas générale. En droit administratif, il est étroitement lié à l'établissement public³⁹³

De ce point de vue, la différence de situation est telle qu'il convient d'étudier distinctement l'intérêt des personnes morales dont la compétence est générale (**A**) et celui des personnes morales régies par le principe de spécialité (**B**).

³⁸⁵ F. LINDITCH, Recherche sur la personnalité morale en droit administrative, *op. cit.*, p. 189.

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 185.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 190.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 191.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 192.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 192 et s.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 202.

³⁹² *Ibid.*, p. 199.

³⁹³ V. not. R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrétien, 14^{ème} éd., 2000, T. 1, p. 366, §518.

A. L'intérêt des personnes morales à compétence générale

63. Intérêt personnel et intérêt local. Bien que la compétence de certaines personnes morales soit générale, cette compétence n'est pas absolue, et reste limitée à une certaine finalité. Dans un État de droit, l'État n'exerce pas sa compétence générale de manière absolue. Les prérogatives de puissance publiques sont mises en œuvre dans un certain cadre, défini par l'État lui-même, et qui constitue les limites de la compétence de l'État.

D'abord, la compétence générale de l'État est limitée au plan matériel. L'État exerce son pouvoir « *sous le régime d'une loi intérieure et sous la domination d'un statut* »³⁹⁴. Le principe de la limitation de la compétence de l'État est partagé en doctrine, sans que la raison en soit clairement arrêtée. Pour certains, la légitimité de l'État repose sur le respect du droit naturel³⁹⁵. Pour d'autres, l'État « *se limite lui-même en s'imposant de n'exercer sa domination que dans certaines conditions et certaines règles* »³⁹⁶. Ce serait l'objet même du droit public que de limiter la souveraineté de l'État³⁹⁷.

Ensuite, la compétence de l'État est limitée à un territoire. Par exemple, en matière de droit de la mer, la souveraineté d'un État est limitée à certaines zones³⁹⁸ ; en cas d'incident de navigation en haute mer qui engage la responsabilité d'un membre d'équipage, il ne peut être intenté de poursuites que devant les autorités judiciaires ou administratives soit de l'État du pavillon, soit de l'État dont l'intéressé a la nationalité³⁹⁹.

Par ailleurs, le territoire que recouvre l'État est partagé entre plusieurs échelons territoriaux⁴⁰⁰. Bien que la question fasse l'objet d'un vif débat, les collectivités territoriales disposent, comme l'État, d'une compétence générale qui est également limitée à un territoire. La différence de niveau suppose une différence de finalité, qui justifie que la finalité de l'État **(1)** et celle des collectivités territoriales **(2)** soient étudiées séparément.

³⁹⁴ M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, XV.

³⁹⁵ V. par ex. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 1933, p. 4 et s.

³⁹⁶ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1920, rééd. CNRS, 1962, p. 25.

³⁹⁷ D. TRUCHET, *Le droit public, op. cit.*, p. 14.

³⁹⁸ V. par ex. Conv. Nations-Unies, 10 déc. 1982, sur le droit de la mer, art. 2.

³⁹⁹ *Ibid.*, art. 97.

⁴⁰⁰ J.-M. PONTIER, *Intérêt national, intérêt local*, AJDA 2007, p. 1617 ; D. BORDIER, *Les chassés croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national*, AJDA 2007, p. 2188.

1. La finalité de l'État

64. Intérêt général. L'État est à la fois souverain et personne⁴⁰¹. En tant que souverain, l'État est « *l'organisation de la nation* »⁴⁰². Pris comme une personne morale, l'existence de l'État se justifie, comme toute personne morale, « *pour la satisfaction de besoins* »⁴⁰³.

En philosophie politique, les différentes doctrines de la fonction de l'État identifient plusieurs finalités possibles pour l'État⁴⁰⁴. Historiquement, la conception française de la finalité de l'État est la satisfaction de l'intérêt général. L'exercice du pouvoir du souverain ne peut avoir pour but que le repos et l'utilité publique⁴⁰⁵. Dans un rapport du Conseil d'État, l'intérêt général est présenté comme « *la pierre angulaire de l'action publique, dont [elle] détermine la finalité* »⁴⁰⁶, ce qui est la position dominante en doctrine contemporaine⁴⁰⁷. Pour un auteur, l'intérêt général est « *indéfinissable* »⁴⁰⁸. Pour d'autres, il est une construction idéologique⁴⁰⁹.

L'intérêt général peut être conçu d'au moins deux manières. Selon la conception dite « volontariste », l'intérêt général est l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société. Il est un intérêt commun dépassant les intérêts particuliers. Selon la conception dite « utilitariste », l'intérêt général est en réalité l'intérêt public, soit l'ensemble des intérêts de la société en tant que telle. Ainsi entendu, l'intérêt général est un intérêt collectif qui résulte de la somme des intérêts particuliers⁴¹⁰. Dans la conception

⁴⁰¹ V. not. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 114, § 52 ; M. HAURIOU, Principes de droit public, *op. cit.*, XIII et s.

⁴⁰² M. HAURIOU, Principes de droit public, *op. cit.*, XV.

⁴⁰³ R. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, p. 126, § 95.

⁴⁰⁴ V. par ex. G. JELLINEK Théorie juridique de l'État in L'État moderne et son droit, *op. cit.*, p. 312 et s.

⁴⁰⁵ C. LE BRET, De la souveraineté du Roy, Paris, 1632.

⁴⁰⁶ CE, L'intérêt général, Rapp. 1999, La Documentation française, p. 361.

⁴⁰⁷ D. LINOTTE, Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, th., Bordeaux, 1975 - D. TRUCHET, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, LGDJ, 1977 - J. CHEVALLIER (dir.), Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, PUF, 1978 - J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, D. 1998, p. 327.

⁴⁰⁸ G. VEDEL, Préface in F. RANGEON, L'idéologie de l'intérêt général, Economica, 1986, p. 3.

⁴⁰⁹ J. CHEVALLIER, (dir.), Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, *op. cit.* ; F. RANGEON, L'idéologie de l'intérêt général, Economica, 1986, *op. cit.*

⁴¹⁰ CE, L'intérêt général, Rapp. 1999, La Documentation française.

volontariste comme dans la conception utilitariste, l'intérêt général a une dimension collective. Dès lors, il ne peut être assimilé à l'intérêt de l'État-personne morale qui est un intérêt personnel.

Comme pour toute personne morale, l'intérêt de l'État réside dans la réalisation de sa finalité. Si l'on admet que l'État est le « *service des fins supérieures communes* »⁴¹¹, sa finalité est la satisfaction de l'intérêt général, sans que l'intérêt de l'État, intérêt individuel et lui étant propre, ne puisse être assimilé à l'intérêt général. Un auteur va même jusqu'à affirmer que l'État « *établit la loi fiscale dans son intérêt* »⁴¹². Toutefois, la situation de l'État est particulière puisqu'en application du principe *Kompetenz-Kompetenz*⁴¹³, l'État maîtrise sa compétence et, partant, sa finalité : il détermine lui-même les « *fins supérieures communes* » qu'il doit servir⁴¹⁴. Par exemple, l'État a décidé qu'il ne servirait les intérêts d'aucun culte⁴¹⁵.

À la finalité de l'État se superposent, à des niveaux différents, celles des collectivités territoriales de la République.

2. La finalité des collectivités territoriales

65. Définition des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer⁴¹⁶. Le terme de collectivité territoriale, d'assise constitutionnelle, sera préféré à celui de collectivité locale. Sont assimilés aux départements Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon et les collectivités à statut particulier et aux régions la Corse et collectivités d'outre-mer⁴¹⁷. Il est admis que les collectivités territoriales disposent d'organes

⁴¹¹ R.-E. CHARLIER, L'État et son droit, *op. cit.*, p. 16.

⁴¹² R. VON JHERING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, *op. cit.*, p. 337, § 71.

⁴¹³ G. JELLINEK, Théorie juridique de l'État in L'État moderne et son droit, *op. cit.*, p. 72 et s.

⁴¹⁴ R.-E. CHARLIER, L'État et son droit, *op. cit.*, p. 17.

⁴¹⁵ L. 9 déc. 1905, concernant la séparation des Églises et de l'État, art. 2.

⁴¹⁶ Const. 4 oct. 1958, art. 72.

⁴¹⁷ CGCT, art. LO. 1114-1.

aptes à les représenter dans la vie juridique et qu'elles sont dotées de la personnalité juridique⁴¹⁸.

66. Principe de libre administration. Les collectivités territoriales bénéficient du principe constitutionnel de libre administration : elles « *s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* »⁴¹⁹. Ce principe constitutionnel est repris par la loi au titre des principes généraux de la décentralisation pour les communes, les départements et les régions⁴²⁰. Il signifie que les collectivités territoriales ne sont pas sous la tutelle de l'État. Deux nuances sont à apporter néanmoins. D'abord, l'absence de tutelle ne signifie pas l'absence de contrôle de l'État, puisqu'un pouvoir de contrôle est dévolu à un représentant de l'État. Par exemple, les actes pris par les autorités de la commune sont transmis au préfet, qui opère un contrôle de légalité⁴²¹. Ensuite, le principe de libre administration ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire⁴²².

Le principe de libre administration implique également que les organes des collectivités territoriales soient indépendants d'autres collectivités territoriales. La répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles⁴²³.

67. Clause de compétence générale. Par ailleurs, la clause de compétence générale permet aux collectivités territoriales d'agir dans des domaines non attribués par le législateur dès lors qu'ils n'ont pas été attribués à une strate précise et que les collectivités peuvent justifier d'un intérêt local⁴²⁴. Le Conseil d'État a énoncé que « *le principe de spécialité concernait les personnes morales de droit public ayant une compétence limitée ou précisée par les textes les*

⁴¹⁸ J.-C. DOUENCE, *Encycl. collectiv. loc.*, folio n° 63, 2018, § 37.

⁴¹⁹ Const. 4 oct. 1958, art. 72, al. 3.

⁴²⁰ CGCT, art. L. 1111-1 et L. 1111-2.

⁴²¹ CGCT, art. L. 2131-1 et L. 2131-6.

⁴²² Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC.

⁴²³ CGCT, art. L. 1111-3.

⁴²⁴ S. DYENS et T. MAUREL, *Encycl. collectiv. loc.*, folio n° 4260, 2017, § 117.

instituant »⁴²⁵. Ainsi, cette clause permet aux collectivités territoriales d'avoir une compétence générale, sans préjudice des domaines de compétences énumérés par le législateur⁴²⁶.

Les critiques récurrentes relatives à l'organisation territoriale ont sans doute conduit le législateur à limiter la portée de la clause de compétence générale, une première fois en 2010⁴²⁷, puis en 2015⁴²⁸. Depuis, il est fait une distinction entre la commune, dont le « *conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune* »⁴²⁹ et la région et le département, dont les organes délibérants règlent les affaires, « *dans les domaines de compétences que la loi [leur] attribue* »⁴³⁰. Ensuite, des compétences sont partagées entre l'État et les collectivités territoriales, notamment dans les domaines de la culture, du sport, du tourisme, de la promotion des langues régionales et de l'éducation populaire⁴³¹. Enfin et surtout, le recours à la pratique du « chef de file » est accru. Lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles à organiser, en tant que chef de file, les modalités de leur action commune⁴³². La philosophie du recours au chef de file est de « *de rationaliser l'action commune en œuvrant à la coordination des différentes initiatives locales* »⁴³³. Concrètement, les régions, les départements et les communes sont chargées respectivement d'organiser, en qualité de chef de file, les modalités de l'action commune dans des compétences énumérées⁴³⁴.

68. Conséquences de la suppression. Il est indéniable que la volonté du législateur est de supprimer la clause de compétence générale pour les régions et les départements, et de la

⁴²⁵ CE, 29 avr. 1970, n° 77935 « SOCIÉTÉ UNIPAIN » : RDP 1970, p. 1423, note M. WALINE.

⁴²⁶ R. CHAPUS, Droit administratif général, *op. cit.*, T. 1, p. 195, § 248 ; J. GIRARDON, Les collectivités territoriales, Ellipses, 2^{ème} éd., 2011, p. 91 et s. – *contra* J. FERSTENBERT, Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques, th. Paris II, 1976 (*nota* : antérieur aux lois de décentralisation)

⁴²⁷ L. n° 2010-1563, 16 déc. 2010, de réforme des collectivités territoriales.

⁴²⁸ L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République.

⁴²⁹ CGCT, art. L. 2121-9.

⁴³⁰ Pour la région, CGCT, art. L. 4221-1 ; Pour le département, CGCT, art. L. 3211-1

⁴³¹ L. n° 2015-991, 7 août 2015, portant nouvelle organisation territoriale de la République, art. 103 et s.

⁴³² Const. 4 oct. 1958, art. 72, al. 5.

⁴³³ S. DYENS et T. MAUREL, Encycl. collect. loc., folio n° 4260, 2017, § 169.

⁴³⁴ CGCT, art. L. 1111-9.

maintenir pour les communes⁴³⁵. Ainsi, seules ces dernières pourraient être considérées comme ayant une compétence générale, les autres collectivités voyant leur capacité limitée par la limitation de leur compétence. Néanmoins, plusieurs éléments laissent planer le doute quant à la portée de la suppression de la clause de compétence générale.

Tout d'abord, les résistances des collectivités. Il est inutile d'insister sur le caractère hautement politique de la limitation de la compétence d'une collectivité territoriale, *a fortiori* lorsque sa suppression est envisagée⁴³⁶. À titre d'illustration, la liste relative aux chefs de file a déjà été modifiée plusieurs fois depuis la publication de la loi NOTRe. Ensuite, les pouvoirs du chef de file ne sont pas absolus. La collectivité chef de file peut « *organiser* » les modalités d'action commune mais elle ne peut pas décider à la place des autres⁴³⁷, conformément au principe de libre administration⁴³⁸. Le dispositif, qui consiste en l'articulation des compétences partagées plutôt qu'en une répartition exclusive des compétences, et l'imprécision des compétences énumérées ne remettent pas en cause, selon certains, l'architecture des compétences des différentes collectivités territoriales. Par exemple, la « *solidarité territoriale des départements a vocation à s'exprimer à travers leur capacité à financer des opérations ne relevant pas strictement de leurs compétences d'attribution* »⁴³⁹, Aussi s'agissant des affaires locales, les collectivités territoriales conservent toutes un « *pouvoir d'initiative implicite* »⁴⁴⁰.

69. Affaires locales. La sphère de compétence des collectivités territoriales est limitée non pas fonctionnellement par l'attribution de compétences mais territorialement, sous réserve des conséquences de la suppression de la clause générale de compétences. Les affaires locales désignent de manière générale les affaires de la collectivité territoriale considérée, et

⁴³⁵ Instr. Gouv., 22 décembre 2015, NOR INTB1531125J, relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi NOTRe.

⁴³⁶ D. MALECOT, Ile-de-France : la Cour des comptes préconise la disparition des départements, Les Échos, 11 janv. 2018.

⁴³⁷ L. JANICOT, La fonction de collectivité chef de file, RFDA 2014, p. 472.

⁴³⁸ Const. 4 oct. 1958, art. 72, al. 5.

⁴³⁹ Instr. Gouv., 22 décembre 2015, NOR INTB1531125J, relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi NOTRe.

⁴⁴⁰ S. DYENS et T. MAUREL, Encycl. collectiv. loc., folio n° 4260, 2017, § 134 et s.

notamment de la commune⁴⁴¹, du département⁴⁴² ou de la région⁴⁴³. Elles se définissent par référence à l'existence d'un intérêt public local identifié à la satisfaction des besoins de la population⁴⁴⁴.

70. Intérêt public local. Un auteur relève que la distinction entre intérêt général et intérêt public local remonte à la Révolution, époque où les affaires locales ne sont que des affaires domestiques, totalement étrangères à la grande administration nationale⁴⁴⁵. La question de l'intérêt public local est avant tout communale, marginalement départementale, et théoriquement régionale⁴⁴⁶. Le conseil municipal est habilité à statuer sur toutes les questions d'intérêt public communal – il est parfois fait référence à l'« *intérêt public municipal* »⁴⁴⁷ - sous réserve qu'elles ne soient pas dévolues par la loi à l'État ou à d'autres personnes publiques et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur les attributions conférées au maire⁴⁴⁸. L'intervention de la collectivité territoriale en matière économique peut se justifier au regard de l'intérêt public local. Elle se justifie lorsque « *en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* »⁴⁴⁹. Un intérêt public communal a notamment été admis pour le tir d'un feu d'artifice⁴⁵⁰, la création d'un cabinet dentaire⁴⁵¹ ou l'organisation de consultations juridiques gratuites⁴⁵². Ainsi, la capacité de la commune, comme celle des autres collectivités territoriales n'est pas limitée, comme c'est le cas des personnes morales régies par le principe de spécialité.

⁴⁴¹ CGCT, art. L. 2121-29.

⁴⁴² CGCT, art. L. 3211-1.

⁴⁴³ CGCT, art. L. 4221-1.

⁴⁴⁴ J. C. DOUENCE, Les incidences du caractère national ou local du service public, AJDA, 1997, p. 113.

⁴⁴⁵ D. BORDIER, Les chassés croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, AJDA 2007, p. 2188.

⁴⁴⁶ J.-C. DOUENCE, Les incidences du caractère national ou local du service public, AJDA, 1997, p. 113.

⁴⁴⁷ CE, 27 févr. 1931, « GIACCARDI » : Rec. CE 1931, p. 225.

⁴⁴⁸ CE, 29 juin 2001, n° 193716, « COMMUNE DE MONS-EN-BARŒUL » : AJDA 2002, p. 42, note Y. JEGOUZO.

⁴⁴⁹ CE, 30 mai 1930, « CHAMBRE SYNDICALE DU COMMERCE EN DETAIL DE NEVERS » : Rec. CE 1930, p. 583 ; RDP 1930, p. 530, concl. JOSSE.

⁴⁵⁰ CE, 22 nov. 1946, n° 74725, « COMMUNE DE SAINT-PRIEST-LA-PLAINE » : Rec. CE 1946, p. 279.

⁴⁵¹ CE, sect., 20 nov. 1964, n° 57435, « VILLE DE NANTERRE » : Rec. CE 1964, p. 562.

⁴⁵² CE, sect., 23 déc. 1970, n° 79410, « COMMUNE DE MONTMAGNY » : Rec. CE 1970, p. 788.

B. L'intérêt des personnes morales régies par le principe de spécialité

71. Intérêt et spécialité. Les personnes morales régies par le principe de spécialité ne sont pas incapables. Cependant, leur compétence limite leur capacité à une spécialité donnée, qui justifie ou a justifié leur création. Autrement dit, les personnes morales régies par le principe de spécialité ne disposent pas d'une capacité d'intervention générale. Aussi, l'intérêt de ces personnes morales inclut la finalité qui leur est attribuée par la loi, leur spécialité légale (1) spécialité qui est éventuellement précisée par leurs statuts, leur spécialité statutaire (2).

1. La spécialité légale

72. Notion de spécialité légale. La spécialité légale s'entend de la finalité de la personne morale telle que définie par le législateur lors de la création d'une personne morale ou d'une catégorie de personnes morales. Par ailleurs, lorsque la loi crée une catégorie d'établissement public, un décret précise la spécialité légale⁴⁵³. La spécialité légale de la personne morale est sa finalité première. Elle détermine si la personne a une finalité lucrative ou non, si elle est en charge d'un service public administratif ou industriel et commercial, etc. Elle est, à ce titre, la part la plus substantielle de son intérêt personnel.

73. Effets de la spécialité légale. La spécialité légale de la personne morale limite sa capacité à la finalité qui lui est attribuée. L'importance du principe de spécialité a été particulièrement soulignée en droit administratif⁴⁵⁴, à propos des établissements publics⁴⁵⁵. Ainsi, il a été jugé qu'il est « *de la nature même des établissements publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, de n'avoir d'autre objet que celui qui leur a été spécialement attribué par leurs règles constitutives ; qu'ils ne peuvent avoir d'activités que s'inscrivant dans les limites que définit ledit objet* »⁴⁵⁶.

⁴⁵³ V. par ex. D. n° 2009-1348, 29 oct. 2009, modifiant le décret n° 82-993 du 24 novembre 1982 portant organisation et fonctionnement du Centre national de la recherche scientifique.

⁴⁵⁴ V. not. CE sect. 4 mars 1938, n° 55677, « CONSORTS LECLERC » : Rec. CE 1938, p. 229– V. ég. J. C. DOUENCE, La spécialité des personnes publiques en droit administratif français, RDP 1972, p. 753.

⁴⁵⁵ CE, 4 juin 1954 « ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION » : Rec. CE 1954, p. 337.

⁴⁵⁶ TA Paris, 25 mai 1994, n° 9204850/3 : S. RODRIGUES, Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques, RFDA 1994, p. 1146.

La limitation de la capacité de la personne morale par la spécialité légale est de deux ordres. D'une part, la personne morale ne peut agir positivement que dans la limite de sa spécialité légale ; les personnes morales régies par le principe de spécialité ne bénéficient pas d'une clause de compétence générale. D'autre part, certaines personnes morales doivent s'abstenir d'accomplir les actes qui leur sont éventuellement interdits. Cette limitation est particulièrement apparente en matière associative, dans la mesure où une association simplement déclarée en préfecture ne peut pas en principe accepter les dons et les legs⁴⁵⁷.

Par ailleurs, en droit administratif, la spécialité légale d'un établissement public détermine sa nature, selon la nature du service public dont la gestion lui est confiée. La nature du service public est déterminée en considération de son objet, de son mode de financement et du mode de fonctionnement du service⁴⁵⁸. Toutefois, un établissement peut exercer une activité d'une nature différente de la sienne. Il est à « *double visage* » s'il exerce une activité supplémentaire d'une nature différente à la sienne⁴⁵⁹ ou à « *visage inversé* » lorsqu'il exerce une activité différente de sa nature⁴⁶⁰.

2. La spécialité statutaire

74. Notion de spécialité statutaire. Lorsque le législateur crée non pas directement une personne morale mais une catégorie de personnes morales, la spécialité légale de cette catégorie est définie de manière très générale. Dans ce cas, la loi peut permettre de préciser dans l'acte constitutif de la personne morale l'objet de la personne morale⁴⁶¹. Un auteur parle de l'objet social comme du « *programme* » de la société⁴⁶². Plus largement, l'objet statutaire d'une personne morale est son « *programme* ». Il détermine les modalités et les moyens par lesquels la spécialité légale de la personne morale sera réalisée. Il ne peut s'agir que d'une précision de la spécialité légale et non d'une dérogation, sous peine d'illicéité.

⁴⁵⁷ L. 1^{er} juil. 1901, art. 6.

⁴⁵⁸ CE, 16 nov. 1956, « UNION SYNDICALE DES INDUSTRIES AERONAUTIQUES » : Rec. CE 1956, p. 434 ; D. 1957, p. 38.

⁴⁵⁹ B. PLESSIX, JCl Admin. Fasc. 135, Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle, 2014, § 12.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, § 14.

⁴⁶¹ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 74.

⁴⁶² Y. CHAPUT, Rép. sociétés, V° Objet social, 2005, § 14.

Effets de la spécialité statutaire. La spécialité statutaire d'une personne morale peut avoir une incidence sur sa nature. Par exemple, toute société est par défaut une société civile, à moins que la loi ne lui attribue une nature différente, notamment en raison de son objet⁴⁶³.

De plus, les actes d'un représentant liés à sa fonction doivent être conformes à l'objet de la personne morale dirigée, sous peine de dépassement de pouvoir⁴⁶⁴. Par ailleurs, la spécialité statutaire peut limiter les pouvoirs des dirigeants n'agissant pas *ès* qualité dans la mesure où ceux-ci sont tenus, en raison de leur devoir de loyauté, de ne pas concurrencer la société⁴⁶⁵.

Surtout, les précisions apportées par les statuts à la spécialité légale limitent la finalité de la personne morale et déterminent la substance de l'intérêt de la personne morale plus précisément que la seule spécialité légale. La spécialité statutaire limite la compétence de la personne morale, limitation d'intensité variable en fonction de l'étendue de l'objet choisi. À la suite de la publication de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de la preuve, la spécialité statutaire a été formellement le critère de capacité des personnes morales⁴⁶⁶; critère abandonné depuis l'entrée en vigueur de la loi de ratification de cette ordonnance⁴⁶⁷. Ainsi, un établissement public ne peut pas, en principe, passer de marché dans un domaine qui ne relève pas de sa spécialité⁴⁶⁸. Toutefois, et ce quel que soit la personne morale considérée, celle-ci peut trouver un intérêt dans un acte qui dépasse sa finalité.

⁴⁶³ C. civ., art. 1845.

⁴⁶⁴ C. civ., art. 1156.

⁴⁶⁵ Sur le devoir de loyauté des dirigeants de société, cf. *infra* n° 304 et s.

⁴⁶⁶ Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; C. civ., anc. art. 1145.

⁴⁶⁷ L. n° 2018-287, 20 avr. 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; C. civ., art. 1145.

⁴⁶⁸ CE, 28 sept. 1984, « CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES ARCHITECTES DE BOURGOGNE » : Rec. CE 1984, p 309.

II. Le dépassement de la finalité de la personne morale

75. Prise en compte d'autres intérêts. Chaque personne morale a pour finalité la satisfaction d'un besoin spécifique⁴⁶⁹. Il peut s'agir d'un besoin ressenti par les membres de la personne morale, celui d'autres personnes, voire un intérêt plus large comme l'intérêt public local et l'intérêt général. La réalisation directe de sa finalité est évidemment dans l'intérêt de la personne morale. Cela ne soulève pas de question : nul ne critiquera un acte réalisé par une personne morale dans le but qui justifie son existence. Si l'on en restait là, l'intérêt de la personne morale serait réductible à la satisfaction du besoin qui a justifié sa création. Pourtant, la personne morale peut très bien trouver un intérêt dans le dépassement de sa finalité, et ce que le dépassement soit imposé (A) ou volontaire (B).

A. L'intérêt dans le dépassement imposé de la finalité

76. Prise en compte imposée d'un autre intérêt. Dans certaines circonstances, une personne morale peut être tenue de tenir compte d'un intérêt qui la conduit à dépasser sa finalité. Si l'existence et les actions d'une personne morale ne se justifient qu'au regard de sa finalité, il n'est pour autant pas possible d'admettre qu'une personne morale puisse trouver un intérêt à violer une obligation légale, quand bien même cette violation lui permettrait de réaliser sa finalité. Par exemple, en droit pénal des sociétés, que quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la société au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation⁴⁷⁰. En droit commercial, exposer la société au risque de mise en jeu de sa responsabilité contractuelle est contraire à l'intérêt social⁴⁷¹.

Aussi, lorsqu'une disposition impose à une personne morale de prendre en compte un intérêt qui n'est pas celui correspondant à la réalisation de sa finalité, ce dépassement de la finalité de la personne morale n'est pas en lui-même contraire à son intérêt.

⁴⁶⁹ R CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, *op. cit.*, § 95.

⁴⁷⁰ Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698 : Bull. crim. 1997, n° 352 : Bull. crim. 1997, n° 352; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. BOULOC.

⁴⁷¹ Com. 20 janv. 2015, n° 13-27.189 : inédit ; Rev. sociétés 2015, 242, note J.-F. BARBIÈRI ; Gaz. Pal. 12 mai 2015, p. 19, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2015, comm. 71, note M. ROUSSILLE.

77. Exemple de la prise en compte de l'intérêt des salariés lors de l'information-consultation du comité social et économique. Le comité social et économique est informé et consulté sur la gestion et la marche générale de la personne morale employeur⁴⁷², mais également sur ses orientations stratégiques et sur sa situation économique et financière⁴⁷³ et, plus généralement, sur toute mesure susceptible d'affecter l'emploi en son sein⁴⁷⁴. Cette procédure permet aux salariés, *via* le comité social et économique, d'être informés et associés au sort de la personne morale. En cela, cette procédure invite la personne morale-employeur à tenir compte, dans une certaine mesure, des intérêts de ses salariés. La procédure d'information-consultation doit être rigoureusement respectée, sous peine de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du non-respect de la procédure⁴⁷⁵ voire d'une amende pour délit d'entrave aux missions du comité⁴⁷⁶.

78. Exemple de la prise en compte de l'intérêt des salariés par la représentation dans les organes sociaux. La désignation de représentants des salariés ou du comité social et économique dans les organes sociaux traduit une volonté nette du législateur d'associer les salariés à la vie et au devenir de la société qui les emploie et donc d'aligner les intérêts des salariés et l'intérêt social.

Plusieurs représentants du comité social et économique peuvent assister avec voix consultative aux séances du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe statutairement désigné, ainsi qu'aux assemblées générales, durant lesquelles ils peuvent, à leur demande être entendus lors de toutes les délibérations qui requièrent l'unanimité des associés⁴⁷⁷.

Dans les sociétés cotées, deux membres du conseil d'administration ou de surveillance sont élus par les actionnaires afin de représenter dans ces organes les salariés actionnaires de la société⁴⁷⁸. Également, les sociétés anonymes, les sociétés européennes et les sociétés en

⁴⁷² C. trav., art. L. 2312-8.

⁴⁷³ C. trav., art. L. 2312-17.

⁴⁷⁴ C. trav., art. L. 2312-8.

⁴⁷⁵ V. par ex. CA Versailles 20 sept. 2012, n° 11/05426.

⁴⁷⁶ C. trav., art. L. 2317-1.

⁴⁷⁷ C. trav., art. L. 2312-72 et s.

⁴⁷⁸ Pour le conseil d'administration, C. com., art. L. 225-23 ; Pour le conseil de surveillance, C. com., art. L. 225-71.

commandite par actions qui emploient, seules ou avec leurs filiales, cinq mille salariés en France ou dix mille salariés en France et à l'étranger, ont l'obligation de désigner un ou deux membres représentant les salariés au conseil d'administration ou de surveillance, en fonction du nombre total d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance⁴⁷⁹. Les sociétés qui ne remplissent pas ces critères ont toutefois la faculté de procéder à la désignation de tels administrateurs⁴⁸⁰.

Il faut rappeler que les missions et les prérogatives des membres du conseil d'administration ou de surveillance représentant les salariés sont les mêmes que les autres membres de ces organes. Par conséquent, les représentants des salariés encourent des responsabilités identiques à celles des autres membres de l'organe en cas de violation de l'intérêt social, ce qui implique, en théorie du moins, de tenir compte de l'intérêt de la personne morale⁴⁸¹.

79. Exemple de la prise en compte de l'intérêt des salariés par leur association au capital. L'actionnariat salarié a participé également à la prise en compte de l'intérêt des salariés. L'intéressement de salariés peut se faire, dans les sociétés par actions, au moyen d'actions attribuées gratuitement⁴⁸² ou de bons de souscription de parts de créateur d'entreprise⁴⁸³. Certaines formes sociales ont été créées pour être contrôlées par leurs salariés, liant d'autant plus intérêt social et intérêt des salariés. Il s'agit notamment des sociétés coopératives de production⁴⁸⁴, et des sociétés coopératives d'intérêt collectif⁴⁸⁵. Toutefois, même pour ces sociétés, l'intérêt des salariés ne peut être pris en compte que dans une certaine limite, les associés pouvant engager leur responsabilité en cas de non-respect de l'intérêt social lors de l'exercice de leur droit de vote⁴⁸⁶.

⁴⁷⁹ Pour le conseil d'administration, C. com., art. L. 225-27-1 ; Pour le conseil de surveillance, C. com., art. L. 225-79-1.

⁴⁸⁰ Pour le conseil d'administration, C. com., art. L. 225-27 ; Pour le conseil de surveillance, C. com., art. L. 225-79 - L. n° 2015-994, 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, art. 10 et 11 : Dr. Sociétés 2015, comm. 197, comm. D. GALLOIS-COCHET.

⁴⁸¹ Sur cette question, cf. *infra* n° 297.

⁴⁸² C. com., art. L. 225-197-1.

⁴⁸³ CGI, art. 163 *bis* G.

⁴⁸⁴ L. n° 78-763, 19 juil. 1978, portant statut des sociétés coopératives ouvrières de production.

⁴⁸⁵ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947 portant statut de la coopération, art. 19 *quinquies*.

⁴⁸⁶ Sur la responsabilité pour abus de droit de vote, cf. *infra* n° 182 et s.

80. Justification du dépassement. L'existence d'une règle de droit imposant à une personne morale de tenir compte d'un certain intérêt justifie le dépassement de sa finalité. Autrement dit, il est dans l'intérêt de la personne morale de respecter une obligation de tenir compte d'un autre intérêt, pour autant que l'application concrète de cette obligation ne la détourne pas de sa finalité. Indépendamment de ce dépassement imposé, une personne morale peut parfaitement décider volontairement de tenir compte d'un intérêt dépassant sa finalité.

B. L'intérêt dans le dépassement volontaire de la finalité

81. Prise en compte volontaire d'un autre intérêt. Les circonstances peuvent conduire une personne morale à prendre des actes qui ne consistent pas directement en la réalisation de sa finalité. La personne morale se comporte anormalement en apparence : l'État satisfait un intérêt privé, une société procède à une donation, *etc.* La pratique est relativement répandue et plutôt tolérée. Ainsi, en 2016, un quart des entreprises françaises ont reconnu que leur activité avait un impact « *fort* » ou « *très fort* » sur l'environnement, ce qui a conduit une partie d'entre elles à agir en faveur de l'environnement⁴⁸⁷.

Comme il est possible pour une personne physique de trouver un intérêt au moins moral à rendre service à autrui, une personne morale peut trouver un intérêt à dépasser sa finalité dans une certaine limite. L'acte de la personne morale qui dépasse sa finalité peut se justifier au regard du contexte et des conditions dans lesquelles il est réalisé, et présenter alors un intérêt pour la personne morale.

Le dépassement ne se justifie que s'il permet en réalité à la personne morale de réaliser sa finalité. L'acte doit donc être utile à la réalisation de cette finalité, c'est-à-dire satisfaire un besoin, être avantageux ou profitable⁴⁸⁸. La personne morale qui dépasse sa finalité en réalisant un acte ne se comporte pas anormalement lorsque cet acte lui est utile. Elle réalise sa finalité par un moyen détourné. La généralité de la définition de l'intérêt – ce qui est utile, ce qui est avantageux – lui confère une certaine souplesse. Sauf à ce que le dépassement de la finalité soit interdit, la personne morale peut trouver un intérêt dans des actes qui, s'ils ne sont pas en lien direct avec sa finalité, sont utiles à sa réalisation.

⁴⁸⁷ INSEE Première, Les pratiques environnementales des entreprises, Nov. 2017, n° 1673, p. 1.

⁴⁸⁸ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française, op. cit.*, V° Utile.

À l'inverse, le dépassement qui ne permet pas la réalisation de la finalité ne se justifie pas. L'acte inutile ne peut pas être dans l'intérêt de la personne morale, puisqu'elle ne satisfait pas le besoin qui justifie son existence. L'anormalité du comportement de la personne morale est alors avérée : il l'éloigne de sa finalité, alors que le dépassement n'est toléré que pour autant que « [t]ous les moyens [restent] au service de l'objet principal » de la personne morale⁴⁸⁹.

82. Exemple de l'altruisme de la société. L'altruisme est à l'opposé de la finalité de la société, qui a vocation à faire profiter les seuls associés d'un bénéfice ou d'une économie⁴⁹⁰. Toutefois, un altruisme relatif est toléré, lorsque cet altruisme permet la réalisation de la finalité de la société, sous le contrôle des juridictions⁴⁹¹ voire de l'administration fiscale⁴⁹². La recherche du profit par une société n'est pas exclusive de la satisfaction de l'intérêt général⁴⁹³. Les sociétés sont constituées par les associés afin que ceux-ci participent au résultat. Cela n'interdit pas tout acte qui ne profiterait pas directement aux associés. Cet état du droit positif participe d'une certaine vision du profit : ce n'est pas tant parce que la société aurait une responsabilité sociale – au sens de société humaine - et donc pour vocation de satisfaire un autre intérêt que celui des associés qu'elle peut se permettre un certain altruisme, mais bien parce que cet altruisme est, à sa manière, générateur de valeur comme peut l'être l'activité de la société⁴⁹⁴. Ce n'est pas sans rappeler, en droit britannique des sociétés, la formule du *Lord Justice* lors d'une affaire « HUTTON V WEST CORK RAILWAY CO. » : « *The law does not say that there are to be no cakes and ale, but there are to be no cakes and ale except such as are required for the benefit of the company* »⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ CE, 7 juil. 1994, n° 356089, avis : RFDA 1994, p. 1156.

⁴⁹⁰ C. civ., art. 1832.

⁴⁹¹ Sur la responsabilité civile du dirigeant de société, cf. *infra* n° 175 et s. ; Sur la responsabilité pénale du dirigeant de société, cf. *infra* n° 185 et s.

⁴⁹² Sur le traitement fiscal de l'acte anormal de gestion, cf. *infra* n° 368 et s.

⁴⁹³ A. FRÉROT et N. MAESTRACCI, *Entreprise et pauvreté, in Intérêt général : que peut l'entreprise ?* Institut Montaigne, J. DAMON (dir.), Manitoba, 2013.

⁴⁹⁴ V. not. M. FRIEDMAN, *The Social responsibility of business is to increase its profits*, *New York Times Magazine*, 13 sept. 1970.

⁴⁹⁵ *Court of Appeal of England and Wales*, 15 mars 1883, « HUTTON V WEST CORK RAILWAY CO » (1883) 23 Ch D 654.

C'est un altruisme relatif qui a motivé le développement de la protection sociale dans les « *entreprises chrétiennes* »⁴⁹⁶. Cet altruisme a permis sans aucun doute d'améliorer les conditions de travail des salariés. Nul doute non plus quant à l'incidence de telles mesures sur la productivité et les résultats de l'entreprise, notamment par la stabilisation de la main d'œuvre⁴⁹⁷. C'est également un altruisme relatif, puisqu'accompagné de contreparties, qui conduit des sociétés à réaliser des actions de mécénat⁴⁹⁸ ou à consentir des abandons de créances au profit d'un partenaire clé⁴⁹⁹ ou d'une société appartenant au même groupe⁵⁰⁰. C'est encore un altruisme relatif qui conduira certaines sociétés à préciser leur « *raison d'être* » dans leurs statuts pour leur permettre de tenir compte de considérations sociales et environnementales⁵⁰¹.

Toutefois, l'altruisme de la société n'est dans son intérêt que s'il lui permet effectivement de réaliser son objet. Ainsi, n'est pas réalisée dans l'intérêt social la donation sans contrepartie à une association chargée d'effectuer des recherches historiques sur le nom de famille du dirigeant, quand bien même la société procédait régulièrement à des dons et que ceux-ci étaient d'un montant relativement faible au regard du chiffre d'affaires de la société⁵⁰².

83. Exemple de la satisfaction d'un intérêt privé par l'État. Si l'on admet que l'État a pour finalité la satisfaction de l'intérêt général, il va de soi que les actes pris par les agents publics titulaires de l'État ne peuvent avoir pour objet de satisfaire un intérêt privé, sauf à commettre une prise d'illégalité d'intérêts⁵⁰³. Pourtant, la satisfaction d'un intérêt privé peut permettre la satisfaction d'un intérêt général.

⁴⁹⁶ A. CHARDON, L'influence du patronat chrétien sur la Protection sociale en Isère au début du XX^{ème} siècle, in Il y a 90 ans naissaient les allocations familiales, Colloque, Grenoble, CRHSS-RA, 26 oct. 2006.

⁴⁹⁷ L. JULLIAN, Introduction in Il y a 90 ans naissaient les allocations familiales, Colloque, Grenoble, CRHSS-RA, 26 oct. 2006.

⁴⁹⁸ V. par ex. ADMICAL, Mécénat et contreparties, Les Repères ADMICAL, n° 6, 2013.

⁴⁹⁹ V. par ex. CE, 9 oct. 1981, n° 15553 : Rec. CE 1981.

⁵⁰⁰ V. par ex. CE, 30 avr. 1980, n° 16253 : Rec. CE 1980 - CE., 7 nov. 1981, n° 16814 : Rec. CE 1981 - CE, 27 juin 1984, n° 35030 : Rec. CE 1984 - Sur la communauté d'intérêts pouvant justifier un abandon de créances entre personnes morales d'un même groupe, cf. *infra* n° 380 et s.

⁵⁰¹ Sur ce point, cf. *infra* n° 107 et s.

⁵⁰² V. par ex. Crim. 5 mars 2014, n° 13-80.350 : inédit ; JCP E 2015, 1070, chronique F.-G. TREBULLE.

⁵⁰³ C. pén., art. 432-12 – V. par ex. Crim. 29 sept. 1999, n° 98-81.796 : Bull. crim., 1999, n° 202 ; D. 2000, p. 125, note M. SEGONDS.

Le droit de l'expropriation en a donné un exemple éloquent. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique⁵⁰⁴. L'utilité publique d'un projet d'expropriation est appréciée par l'autorité compétente de l'État⁵⁰⁵ sur la base de la théorie du bilan, le juge administratif mettant en balance les avantages et les inconvénients de l'opération⁵⁰⁶. La satisfaction d'un intérêt privé peut contribuer à l'utilité publique d'un projet d'expropriation, lorsque l'avantage consenti permet incidemment de satisfaire l'intérêt général. Ainsi en est-il lorsqu'une opération d'expropriation ayant pour but de dévier une route nationale et pour effet de procurer un avantage direct et certain à une société privée satisfait à la fois les besoins de la circulation publique et les exigences du développement d'un ensemble industriel qui joue un rôle important dans l'économie régionale⁵⁰⁷.

84. Exemple de l'exercice d'activités économiques autres que celles de sa spécialité par un établissement public. Les établissements publics sont régis par le principe de spécialité⁵⁰⁸. Ils ne peuvent pas en principe s'écarter de leur spécialité. Toutefois, le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un établissement public se livre à d'autres activités économiques lorsque cela est utile à la réalisation de sa spécialité⁵⁰⁹. La solution a ensuite été confirmée, à la double condition d'une part que « *ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale* » et, d'autre part, qu'elles soient à la fois d'intérêt général et « *directement utiles à l'établissement public* »⁵¹⁰. Le Conseil d'État illustre ce que peut être l'utilité : « *adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences* » et précisant, « *tous moyens mis au service de son objet principal* » : l'acte dépassant la finalité de la personne morale ne peut pas avoir pour effet de l'en détourner.

⁵⁰⁴ C. civ., art. 545.

⁵⁰⁵ C. expr., art. 121-1.

⁵⁰⁶ CE, ass. 28 mai 1971, n° 78825 « VILLE NOUVELLE EST » : Rec. CE 1971, p. 409 ; RDP 1972, p. 454, note M. WALINE.

⁵⁰⁷ CE, 20 juil. 1971, n° 80804, « VILLE DE SOCHAUX » : inédit.

⁵⁰⁸ CE, 4 juin 1954, « ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION » : Rec. CE 1954, p. 337.

⁵⁰⁹ CE, 23 juin 1965, n° 59876, « SOCIÉTÉ AÉRIENNE DE RECHERCHES MINIÈRES » : Rec. CE 1965, p. 380.

⁵¹⁰ CE, 7 juil. 1994, n° 356089, avis : RFDA 1994, p. 1156.

85. Conclusion de la Section 2. L'existence d'une personne morale se justifie au regard d'un besoin. Par conséquent, chaque personne morale a une finalité. Partant, l'intérêt de la personne morale consiste nécessairement en la réalisation de la finalité qui justifie son existence. Inversement, les actes qui écartent la personne morale de sa finalité ne sont pas dans son intérêt. Toutefois, la réalisation de cette finalité peut impliquer l'accomplissement d'un acte qui n'en relève pas directement. La personne morale trouve un intérêt à cet acte dès lors qu'il lui permet de réaliser indirectement sa finalité.

86. Conclusion du Chapitre 2. Chaque personne morale a un intérêt qui lui est personnel. Cet intérêt découle de la qualité de sujet de droit de la personne morale. Par ailleurs, dans la mesure où chaque personne morale a une finalité qui justifie son existence, la substance de son intérêt inclut nécessairement la réalisation de cette finalité, encore que la souplesse de l'intérêt en permette un dépassement relatif.

87. Conclusion du Titre 1. L'intérêt d'une personne morale peut être défini comme un intérêt individuel, propre à chaque personne morale et dont la substance est intimement liée à la finalité de la personne morale considérée. Analyser l'intérêt d'une personne morale suppose donc d'identifier sa finalité. En raison de la variété des personnes morales, l'intérêt personnel ne peut être défini que de manière très générale.

Défini aussi abstraitement, l'intérêt personnel pourrait se limiter à un concept insusceptible d'application concrète. Il n'en est rien. L'intérêt personnel est bien une notion susceptible d'être utilisée. Ses potentielles utilisations peuvent être précisées à partir de l'étude d'un intérêt personnel spécifique : celui de la société.

TITRE 2 : LES ENSEIGNEMENTS DE L'INTÉRÊT SOCIAL

89. Intérêt personnel et intérêt social. L'intérêt social est l'intérêt personnel d'une société. En tant qu'intérêt personnel, l'intérêt social est un intérêt individuel, propre à la société.

L'intérêt social est le plus éprouvé des intérêts de personne morale, celui qui a le plus attiré l'attention de la doctrine⁵¹¹. L'analyse de sa fonction et de ses manifestations en droit positif peut aider, par analogie, à mieux cerner les autres intérêts personnels et éventuellement à emprunter des solutions au droit des sociétés.

Le raisonnement par analogie n'est pas une méthode juridique infaillible. Il est nécessaire de garder à l'esprit le particularisme de la situation juridique sur laquelle il s'appuie et les particularismes des situations voisines⁵¹². La nécessité de ces précautions est d'autant plus évidente s'agissant des différences entre les sociétés et les personnes morales de droit public. En effet, les principes de droit constitutionnel et de droit administratif font que la représentation de l'État et des collectivités n'est absolument pas comparable avec celle d'une société. Par ailleurs, des mécanismes spécifiques de contrôle et de protection des personnes morales existent en droit administratif. Le contrôle de légalité et de l'excès de pouvoir, le régime de conclusion et d'exécution des contrats administratif, le régime de responsabilité des fonctionnaires ou les règles de comptabilité publique trouveront naturellement à s'appliquer dans les cas prévus, limitant d'autant la portée du raisonnement par analogie.

Toutefois, en l'absence de tels mécanismes, il est possible de déterminer les principales caractéristiques de l'intérêt de toute personne morale à partir des enseignements de l'intérêt social.

90. Fonction de l'intérêt social. Un auteur considérait que la voie de fait appartenait « à cette espèce de catégories juridiques dont l'unité est plus fonctionnelle que conceptuelle »⁵¹³. Plus précisément, certaines catégories juridiques n'ont d'unité que si elles sont envisagées du

⁵¹¹ V. not. G. SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, *op. cit.* ; H. EL MEHI, La protection de l'intérêt social (étude du rôle respectif des actionnaires et des salariés), *op. cit.* ; B. DUPUIS, La notion d'intérêt social, *op. cit.* ; S. ZEIDENBERG, L'intérêt social : Étude du particularisme du contrat de société, *op. cit.* ; M.-A. MOUTHIEU, L'intérêt social en droit des sociétés, *op. cit.* ; A. BENNINI, Le voile de l'intérêt social, *op. cit.*

⁵¹² G. JELLINEK, L'élément juridique dans la science de l'État et la méthode juridique, *op. cit.*, p. 14.

⁵¹³ G. VEDEL, De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires, JCP 1948. I. 682.

point de vue de la fonction qu'elle joue. « Elles permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir »⁵¹⁴. Par la suite, la distinction entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles a largement prospéré en doctrine⁵¹⁵ au-delà du droit administratif⁵¹⁶.

Des qualificatifs similaires à ceux employés pour définir la notion conceptuelle - « vague », « sans unité »⁵¹⁷ - ont été employés à propos de l'intérêt social⁵¹⁸. Pourtant, envisagé comme notion fonctionnelle, le rôle de l'intérêt social devient tangible. Sa fonction est de protéger la société contre les éventuels détournements de pouvoir des dirigeants et des associés. Après avoir identifié cette fonction de protection de la société assumée par l'intérêt social (**Chapitre 1**), il conviendra d'étudier les moyens de protection mis en œuvre au motif de l'intérêt social (**Chapitre 2**).

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ G. TUSSEAU, Critique d'une métonymie fonctionnelle, La notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle, RFDA 2009, p. 641, not. §17.

⁵¹⁶ V. par ex. N. REBOUL, Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis*, Rev. sociétés 2000, p. 425.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ V. par ex. G. SOUSI, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1975, 11816, p. 382 ; M. GERMAIN, L'intérêt commun des actionnaires, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 13 ; A. PIROVANO, La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997, p. 189 ; M.-A. MOUTHIEU, L'intérêt social en droit des sociétés, *op. cit.*, p. 17, § 5.

CHAPITRE 1 : LA FONCTION DE PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ ASSUMÉE PAR L'INTÉRÊT SOCIAL

91. Conception de l'intérêt social. Certains auteurs conçoivent l'intérêt social comme une notion « *procédurale* »⁵¹⁹, qui ne se manifesterait que lorsqu'il y est porté atteinte⁵²⁰ et qui se réduirait à un instrument de « *police des sociétés* »⁵²¹. L'intérêt social ne se concevrait « *que violé* »⁵²². Il est possible d'avoir une conception différente de l'intérêt social. En tant qu'intérêt personnel, l'intérêt social est à la fois conséquent et inhérent à la société⁵²³. Il est une notion essentielle de la vie sociale, qui doit être prise en considération en permanence par les organes sociaux. Cela se ressent particulièrement en droit boursier⁵²⁴.

Aussi, la fonction de l'intérêt social réside à la fois dans l'orientation des organes sociaux (**Section 1**) et dans la pérennisation de la société (**Section 2**).

SECTION 1 : LA PROTECTION PAR L'ORIENTATION DES ORGANES SOCIAUX

92. Fonction d'orientation. L'intérêt social « *indique le sens dans lequel doit se déployer l'activité sociale* »⁵²⁵. Il existe un consensus quant à l'orientation des organes sociaux que permet l'intérêt social⁵²⁶. L'orientation des organes sociaux n'est pas l'apanage de l'intérêt social. Le principe de spécialité assume également cette fonction⁵²⁷. Toutefois, l'orientation

⁵¹⁹ A. BENNINI, Le voile de l'intérêt social, *op. cit.*, p. 187, § 224.

⁵²⁰ G. SOUSI, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1975, 11816, p. 382 ;

⁵²¹ V. par ex. J. SCHAPIRA, L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD Com. 1971, p. 957 ; A. CONSTANTIN, L'intérêt social : quel intérêt ? in Études offertes à Barthélémy Mercadal, Francis Lefebvre, 2002, p. 317, § 9.

⁵²² A. VIANDIER, OPA, OPE et autres offres publiques, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2014.

⁵²³ Sur les caractères de l'intérêt personnel, cf. *infra* n° 45 et s.

⁵²⁴ V. not. N. RONTCHEVSKY, L'utilisation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés, en droit pénal et en droit boursier, Bull. Joly Bourse 2010, p. 355.

⁵²⁵ M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, Sociétés de personnes - SARL, SA, SAS - Sociétés cotées, *op. cit.*, p. 52, § 1559.

⁵²⁶ V. not. D. SCHMIDT, De l'intérêt social, JCP E 1995, p. 488 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 253, § 564.

⁵²⁷ P. MOUSSERON, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016 p. 906.

par le principe de spécialité est insuffisante (I), l'intérêt social permettant une orientation plus précise des organes sociaux (II).

I. L'orientation insuffisante des organes sociaux par le principe de spécialité

93. Insuffisance de la spécialité. La société de droit commun a pour finalité la participation au résultat, qui peut consister pour les associés à partager le bénéfice ou à profiter de l'économie résultant de l'entreprise commune⁵²⁸. Par ailleurs, certaines formes sociales peuvent avoir une finalité qui ne se limite pas à la recherche du profit, voire qui est radicalement opposée à l'idée de profit. Le principe de spécialité limite la capacité des sociétés et les pouvoirs de leurs dirigeants à un objet donné⁵²⁹.

Malgré les effets du principe de spécialité sur la société et sur les pouvoirs des dirigeants, il ne permet pas une orientation suffisante des organes sociaux, et ce que la spécialité relève du droit commun des sociétés (A) ou du droit spécial (B).

A. L'insuffisance de la spécialité de droit commun

94. Bénéfice ou économie. La société est instituée pour que les associés partagent ou que l'associé unique profite du résultat de l'activité de la société. Il s'agit de l'essence même de la société⁵³⁰. À défaut, la société serait nulle⁵³¹. Cette spécialité est, à elle seule, insuffisante pour permettre l'orientation effective des organes sociaux vers des actes permettant la réalisation de l'objet social, qu'il s'agisse de réaliser un bénéfice ou de profiter d'une économie.

95. Insuffisance du principe de spécialité des sociétés ayant pour objet le partage d'un bénéfice. Le bénéfice est un « *gain financier réalisé dans une opération ou une*

⁵²⁸ C. civ., art. 1832.

⁵²⁹ Sur le principe de spécialité, cf. *supra* n° 71 et s.

⁵³⁰ Y. CHAPUT, Rép. sociétés, V° Objet social, 2005, § 8.

⁵³¹ Y. GUYON, Traité des contrats, Les sociétés, *op. cit.*, p. 287, § 189.

entreprise »⁵³². En droit des sociétés, le bénéfice a été défini dans un arrêt « CAISSE RURALE DE MANIGOD » comme un « *gain pécuniaire ou [...] matériel qui ajouterait à la fortune des associés* »⁵³³. Le bénéfice est donc l'utilité que les associés aspirent à retirer de la société.

Pour les sociétés dont l'objet est ponctuel, le bénéfice se matérialise à la réalisation de cet objet, réalisation qui marque, en principe, la fin de la société en provoquant sa dissolution⁵³⁴. La dissolution de la société entraîne sa liquidation⁵³⁵. Après paiement des dettes et remboursement du capital social, le partage de l'actif est effectué entre les associés, sui un *boni* est constaté, dans les mêmes proportions que leur participation aux bénéfices, sauf clause ou convention contraire⁵³⁶. Dans les sociétés dont l'objet n'est pas ponctuel, c'est-à-dire qui ont vocation à maintenir ou développer l'exercice d'une activité, le bénéfice réside dans les bénéfices, au sens comptable, qui renvoient aux résultats annuels d'une entreprise⁵³⁷ et qui peuvent être distribués aux associés en fin d'exercice sous certaines conditions⁵³⁸.

L'intérêt des sociétés qui ont pour finalité le bénéfice n'est pas tant de réaliser un bénéfice pour elle-même - la société n'a pas vocation à s'enrichir - que de permettre aux associés d'en profiter par le partage du résultat. Le partage d'un bénéfice a été la spécialité légale historique de la société, l'économie n'ayant été introduite dans l'article 1832 du Code civil qu'en 1978⁵³⁹, et la possibilité donnée à une personne seule de constituer une société en 1985⁵⁴⁰. Pour l'associé unique d'une société, il n'est pas question de partager le bénéfice puisqu'il est le seul ayant vocation à profiter du bénéfice réalisé par la société.

La spécialité de la société est précisée dans ses statuts. Plus exactement, l'objet social peut doublement limiter la spécialité de la société. D'abord, la clause statutaire relative à l'objet

⁵³² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française, op. cit.*, V° Bénéfice.

⁵³³ Cass. ch. réun. 14 mars 1914 : inédit.

⁵³⁴ C. civ., art. 1844-7.

⁵³⁵ C. civ., art. 1844-8.

⁵³⁶ C. civ., art. 1844-9.

⁵³⁷ T. MASSART, *Rép. sociétés, V° Société (Contrat de)*, 2016, § 64

⁵³⁸ V. par ex. C. com., art. L. 232-12 et s.

⁵³⁹ L. n° 78-9, 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du code civil, art. 1^{er}.

⁵⁴⁰ L. n° 85-697, 11 juil. 1985, relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

social peut restreindre l'activité de la société à un territoire donné. Cette limitation est assez théorique, puisqu'il est de pratique répandue de prévoir que l'objet de la société est mis en œuvre en France et à l'étranger. Ensuite et surtout, la clause des statuts définissant l'objet social contient une limitation matérielle de la spécialité de la société. Cette clause se présente généralement sous la forme d'une liste d'activités ou de domaines d'activités, dont la limitation peut être très relative, par une clause prévoyant la réalisation de toute activité ou opération se rattachant au domaine d'activité de la société.

Toutefois, la spécialité de la société et son objet ne sont qu'un programme⁵⁴¹. Ce programme doit être mis en œuvre par les organes de la société. Si ce programme représente la finalité de la société, et donc la raison de son existence, il reste très général. Sa mise en œuvre peut n'avoir aucune logique, notamment lorsque la réalisation de ce qui semble être, *in abstracto*, la finalité de la société dessert, *in concreto*, cette réalisation et éloigne la société de la réalisation de sa finalité. C'est le cas lorsque la société en arrive à une situation où elle ne peut plus permettre aux associés de profiter d'un bénéfice, particulièrement, lorsque son existence est compromise⁵⁴². Aussi, la spécialité visant à la recherche du bénéfice n'est pas un instrument d'orientation suffisamment précis pour les organes sociaux. Cela se vérifie également pour les sociétés dont la spécialité consiste en la recherche d'une économie.

96. Insuffisance du principe de spécialité des sociétés ayant pour objet la réalisation d'une économie. Depuis 1978, une société peut être constituée en vue de profiter d'une économie⁵⁴³. L'économie est la gestion qui permet d'éviter la dépense inutile⁵⁴⁴. L'économie qu'une société peut avoir pour objet n'ajoute pas à la fortune des associés, « *mais l'empêche de diminuer* »⁵⁴⁵. En principe, la recherche de l'économie n'est pas exclusive de celle du bénéfice, une société pouvant « *avoir pour objectif de profiter d'une économie, sans pour autant s'interdire de créer des bénéfices* »⁵⁴⁶. Certaines formes de sociétés ont pour finalité de rendre service à leurs associés par la mise en commun des moyens nécessaires à l'exercice d'une activité économique. Elles permettent aux associés de profiter d'une forme spécifique

⁵⁴¹ Y. CHAPUT, Rép. sociétés, V° Objet social, 2005, *op. cit.*, §14.

⁵⁴² Sur le risque de disparition de la société, *cf. infra* n° 118 et s.

⁵⁴³ L. n° 78-9, 4 janvier 1978, modifiant le titre IX du livre III du code civil, art. 1^{er}.

⁵⁴⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française, op. cit.*, V° Économie.

⁵⁴⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Économie.

⁵⁴⁶ CA Paris ch. 23, 10 mai 1995, n° 93/10447 : Bull. Joly Sociétés 1995, 742, note M. JEANTIN.

d'économie. Ainsi en est-il par exemple des sociétés coopératives, constituées en vue de « *satisfaire [aux] besoins économiques ou sociaux [des associés] par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires* »⁵⁴⁷. Ainsi en est-il encore des sociétés de moyens, qui ont « *pour objet exclusif de faciliter à chacun de leurs membres l'exercice de son activité* »⁵⁴⁸. Ce qui a été évoqué pour le bénéfice se vérifie également pour l'économie. L'application du programme social ne permet pas nécessairement de réaliser la finalité de la société, dans la mesure où certaines opérations peuvent, dans les faits, éloigner la société de la réalisation de sa finalité.

De ce point de vue, les spécialités de droit spécial souffrent de la même faiblesse.

B. L'insuffisance des spécialités de droit spécial

97. Spécialité autre que le bénéfice ou l'économie. La recherche du profit peut s'accompagner d'une finalité désintéressée, et vient tempérer la spécialité lucrative de la société de droit commun. Pour autant, le principe de spécialité ne permet pas une meilleure orientation des organes de ces sociétés. C'est le cas pour les sociétés de l'économie sociale et solidaire qui poursuivent une utilité sociale (1), ainsi que des sociétés ayant un autre objet que le partage du résultat (2).

1. L'insuffisance de la poursuite de l'utilité sociale

98. Économie sociale et solidaire. La loi relative à l'économie sociale et solidaire l'a définie comme « *un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine auquel adhèrent des personnes morales de droit privé, qui remplissent [plusieurs] conditions [dont notamment] un but poursuivi autre que le seul partage des bénéfices [et] une gouvernance démocratique [...]* »⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 1.

⁵⁴⁸ L. n° 66-879, 29 nov. 1966, relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 36.

⁵⁴⁹ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, I.

L'économie sociale et solidaire ainsi définie préexistait à cette reconnaissance légale. La société coopérative permettait déjà de constituer une société pour satisfaire des besoins économiques ou sociaux⁵⁵⁰. Plus encore, les sociétés coopératives d'intérêt collectif avaient déjà pour objet « *la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale* »⁵⁵¹.

Un des principaux apports de la loi relative à l'économie sociale et solidaire réside dans les statuts d'entreprise de l'économie sociale et solidaire et d'entreprise solidaire d'utilité sociale. Il ne s'agit pas de formes sociales, mais d'une « *qualité* » pour le statut d'entreprise de l'économie sociale et solidaire⁵⁵² et d'un « *agrément* » pour celui d'entreprise solidaire d'utilité sociale⁵⁵³. Cette qualité peut être reconnue et cet agrément délivré aux sociétés, y compris commerciales, qui remplissent certaines conditions. Les sociétés qualifiées d'entreprise de l'économie sociale et solidaire ou d'entreprise solidaire d'utilité sociale poursuivent une double finalité : la participation des associés au résultat, avec une nuance relative à un objet statutaire permettant à la société de poursuivre une utilité sociale. L'imprécision de la notion d'utilité sociale empêche la spécialité des sociétés de l'économie sociale et solidaire de jouer le rôle d'instrument d'orientation des organes sociaux, pour les mêmes raisons que les sociétés de droit commun.

99. Exemple des sociétés qualifiées d'entreprises de l'économie sociale et solidaire. Une société peut être qualifiée d'entreprise de l'économie sociale et solidaire. Pour cela, elle doit satisfaire pas moins de douze conditions relatives notamment à son objet – la poursuite d'une utilité sociale, c'est-à-dire la satisfaction de « *besoins peu ou pas satisfaits par les secteurs public et marchand de personnes fragilisées en manque d'autonomie* »⁵⁵⁴ -, à son organisation ou à son financement⁵⁵⁵. La généralité de l'objet de ces sociétés ne permet pas une orientation suffisante des organes sociaux.

⁵⁵⁰ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 1.

⁵⁵¹ *Ibid.*, art. 19 *quinquies*.

⁵⁵² L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1, III.

⁵⁵³ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 11 ; D. n° 2015-719, 23 juin 2015 relatif à l'agrément « entreprise solidaire d'utilité sociale » régi par l'article L. 3332-17-1 du code du travail.

⁵⁵⁴ A. EUILLET, L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général, RDSS 2002 p. 207.

⁵⁵⁵ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 1.

100. Exemple des sociétés qualifiées d'entreprises solidaires d'utilité sociale. Une société qualifiée d'entreprise de l'économie sociale et solidaire peut recevoir l'agrément d'entreprise solidaire d'utilité sociale, délivré par le préfet⁵⁵⁶. Elle doit rechercher, à titre principal, l'utilité sociale.

La recherche de l'utilité sociale doit se traduire par un impact significatif des charges financières liées à la recherche de l'utilité sociale sur le compte de résultat de la société - les charges d'exploitation liées aux activités participant à la recherche d'une utilité sociale, doivent représenter au moins les deux tiers de l'ensemble des charges d'exploitation - et sur sa rentabilité financière - les dividendes et les intérêts servis aux comptes courants d'associés ne doivent pas excéder un seuil réglementaire⁵⁵⁷. En outre, la politique salariale appliquée dans la société doit satisfaire un certain nombre de conditions⁵⁵⁸.

La recherche de l'utilité sociale, telle que définie par la loi relative à l'économie sociale et solidaire, relève de l'altruisme intéressé. Cela est particulièrement vrai chez les entreprises solidaires d'utilité sociale : leur situation financière doit - c'est une condition d'obtention de l'agrément - être grevée par la réalisation de leur objet social. La recherche de l'utilité sociale implique que soient pris en compte un ou plusieurs autres intérêts que celui de la société⁵⁵⁹.

Là encore, et malgré les prescriptions légales quant aux modalités de gestion de la société, l'objet social des entreprises solidaires d'utilité sociale n'est pas suffisante pour orienter les organes sociaux avec précisions vers des actes utiles. Le problème est identique même lorsque la spécialité est définie avec précision, comme c'est le cas pour certaines formes sociales qui ont un autre objet que le partage du résultat.

2. L'insuffisance des spécialités autres que le partage du résultat

101. Insuffisance. En revanche, certaines sociétés ont une finalité spécifique différente de la recherche du profit. Pour autant, quelle que soit la précision de leur spécialité, cette dernière

⁵⁵⁶ C. trav., art. R. 3332-21-3.

⁵⁵⁷ C. trav., art. R. 3332-21-1.

⁵⁵⁸ C. trav., art. L. 3332-17-1.

⁵⁵⁹ L. n° 2014-856, 31 juil. 2014, relative à l'économie sociale et solidaire, art. 2.

reste trop imprécise – car trop objective – pour permettre une orientation adaptée des organes sociaux.

102. Exemple des SAFER. Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural prennent la forme de société anonyme⁵⁶⁰. Leurs missions incluent notamment la protection des espaces agricoles, naturels et forestiers, des ressources naturelles, le maintien de la diversité biologique ou la transparence du marché foncier rural. Malgré leur forme de société anonyme, ces sociétés « *ne peuvent avoir de buts lucratifs* »⁵⁶¹. Pour ces sociétés comme pour les autres, seule la considération de l'intérêt social permettra une orientation satisfaisante des organes sociaux.

II. L'orientation plus précise des organes sociaux grâce à l'intérêt social

103. Dépassement de la spécialité. La spécialité de la société, quelle qu'elle soit, est trop générale pour servir d'instrument satisfaisant d'orientation. D'une part, l'objet social n'est qu'un programme. Il n'a pas à être entièrement réalisé. Il a même été jugé que des actes étrangers à l'objet social n'étaient pas en eux-mêmes contraire à l'intérêt social⁵⁶². Surtout, il ne doit pas être réalisé au mépris de la situation de la société. D'autre part, bien que l'intérêt social intègre la satisfaction de la spécialité de la société, spécialité et intérêt ne coïncident pas parfaitement. D'une part, l'intérêt social peut dépasser la spécialité de la société⁵⁶³. D'autre part, tout acte accompli dans le respect de la spécialité de la société n'est pas nécessairement dans son intérêt, notamment quand cet acte met en péril l'existence de la société⁵⁶⁴. L'intérêt social permet une orientation plus efficace, car il est plus subjectif que la spécialité. Un auteur a qualifié l'intérêt social de « *donnée factuelle* »⁵⁶⁵, un autre de « *notion plastique* »⁵⁶⁶. En effet, l'intérêt social est factuel et plastique, puisqu'il dépasse la spécialité,

⁵⁶⁰ C. rur., art. L. 141-1.

⁵⁶¹ C. rur., art. L. 141-7.

⁵⁶² Crim., 24 oct. 1996, n° 95-85.683 : inédit ; Rev. sociétés 1997, p. 373, note B. BOULOC ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 201, § 75, note J.-F. BARBIÈRI.

⁵⁶³ Sur le dépassement de la finalité, cf. *supra* n° 81.

⁵⁶⁴ Com. 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bull. 2014, IV, n° 142 ; J.-F. BARBIÈRI, Appréciation de l'intérêt social : à la seule convenance du juge !, Journ. sociétés 2014, n° 124, p. 46.

⁵⁶⁵ D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶⁶ B. SAINTOURENS, La flexibilité du droit des sociétés, RTD com. 1987, p. 483.

pour y intégrer ce qui est concrètement utile pour une société. Il est la « *concrétisation* [du but de la société] *dans la durée* »⁵⁶⁷.

Ainsi, l'intérêt social permet d'orienter les organes sociaux vers la réalisation d'actes utiles à la société (**A**) tout en luttant contre les actes inutiles (**B**).

A. L'orientation vers des actes utiles à la société

104. Place de l'utilité. La question de l'intérêt social fait particulièrement débat en droit des sociétés⁵⁶⁸. L'étude de la fonction d'orientation en droit positif (**1**) doit être mise en perspective avec les évolutions envisagées du droit des sociétés (**2**).

1. L'orientation en droit positif

105. Orientation des actes de la société. Les actes conclus au nom et pour le compte de la société par ses organes doivent l'être dans l'intérêt de la société. Cette règle est affirmée de manière éparse par la loi. Par exemple, en matière de conventions réglementées conclues par une société anonyme, l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance doit être motivée en justifiant de l'intérêt de la convention pour la société, « *notamment en précisant les conditions financières qui y sont attachées* »⁵⁶⁹.

Surtout, la question de l'intérêt des actes d'une société a pris un tour nouveau avec la réforme du droit des contrats intervenue en 2016. Cette modification du Code civil a eu pour effet de limiter la capacité des personnes morales « *aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles* »⁵⁷⁰. S'agissant des sociétés, la référence à l'utilité

⁵⁶⁷ M. GERMAIN et V. MAGNIER, Les sociétés commerciales, Sociétés de personnes - SARL, SA, SAS - Sociétés cotées, *op. cit.*, p. 52, § 1559

⁵⁶⁸ Sur ce point, cf. *infra* n° 3.

⁵⁶⁹ Pour les SA à conseil d'administration, C. com., art. L. 225-38 ; Pour les SA à conseil de surveillance, C. com., art. L. 225-86.

⁵⁷⁰ C. civ., art. 1145.

renvoie à l'intérêt social⁵⁷¹, bien que cela n'ait pas été, semble-t-il, l'intention du législateur⁵⁷².

La société est capable de réaliser les seuls actes qui sont dans son intérêt, c'est-à-dire qui contribuent à la réalisation de son objet statutaire, lui-même nécessairement conforme à la spécialité légale de la société. L'acte qui est dans l'intérêt de la société est utile à la réalisation de son objet. La jurisprudence en droit des sociétés fait déjà application de ce principe en recherchant l'intérêt de l'acte pour la société, à savoir s'il lui procure un avantage. En raison de la plasticité de l'intérêt, l'avantage retiré par la société peut être « *quelconque* »⁵⁷³. Il est admis qu'un acte conforme à l'objet social puisse ne pas être dans l'intérêt de la société, par exemple lorsque la contrepartie est disproportionnée avec l'engagement de la société⁵⁷⁴. Dans ce cas, l'acte n'est pas opportun, il ne se justifie pas en ce qu'il ne contribue pas à la réalisation de son objet.

De nombreux auteurs ont souligné les risques d'insécurité juridique de la rédaction de la règle de capacité des personnes morales. Ce risque paraît devoir être tempéré. En effet, la règle de capacité s'applique au droit des sociétés dans le respect des règles spéciales leur étant applicables, et notamment les règles relatives aux nullités⁵⁷⁵. La règle de capacité n'a donc pas pour effet de rendre le droit des contrats moins protecteur des cocontractants d'une société. Par ailleurs, la règle de capacité ainsi rédigée présente une certaine souplesse. Les

⁵⁷¹ D. GALLOIS-COCHET, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142 ; M. MEKKI, Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? : Rev. sociétés 2016, p. 483 ; G. CANIVET, A. PIETRANCOSTA, D. SENECHAL, Améliorer le droit des contrats..., AJ contrat 2017, p. 505 ; A.-F. ZATTARA-GROS, La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales : JCP N 2017, 1269 – *Contra* P. Mousseron, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016, p. 906.

⁵⁷² Sénat, 27 oct. 2018, sess. 2017-2018, JORF, 3825.

⁵⁷³ S. SCHILLER, N. DUCROCQ-PICARROUGNE et L. GAYET, Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux, JCP N 2015, 1100.

⁵⁷⁴ Civ. 3e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348 : inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 744, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 1er déc. 2015, p. 17, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 10 déc. 2015, p. 16, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

⁵⁷⁵ D. GALLOIS-COCHET, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142 ; G. CANIVET, A. PIETRANCOSTA, D. SENECHAL, Améliorer le droit des contrats..., AJ contrat 2017, p. 505 – *Contra* D. PORRACHIA, Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la lumière du code civil, RTDF n° 3-2016, p. 90 ; B. DONDERO, Contrats et obligations, La réforme du droit des contrats, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP E 2016, 1283 ; ANSA, La modification des dispositions du code civil sur la capacité et la représentation a-t-elle un effet en droit des sociétés ?, n° 16-039, 2016-V, oct. 2016 ; J.-R. ANDRE, Sociétés civiles et article 1145 nouveau du code civil : validité de la vente n'entrant pas dans l'objet social mais autorisée à l'unanimité des associés, JCP N 2017, ét. 1316.

actes doivent être utiles, et non pas nécessaires ou conformes. Ils peuvent dépasser l'objet social. La conception retenue est « *dynamique* » et confirme qu'il est permis de dépasser de manière limitée les contraintes de la spécialité⁵⁷⁶. Enfin, la règle de capacité, ainsi que les dispositions relatives à la représentation, applicables à la société sous les mêmes réserves semble davantage avoir une vertu pédagogique qu'un véritable impact sur l'état du droit positif. Elles viennent rappeler que la simple conformité objective à l'objet de la société n'est pas suffisante, et qu'il faut tenir compte de son intérêt à toute occasion. Cela souligne bien la fonction d'instrument d'orientation des organes sociaux assumée par l'intérêt social.

La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 ayant réformé le droit des contrats, des obligations et de la preuve a supprimé la référence à l'utilité des actes⁵⁷⁷. La règle de capacité des personnes morales a donc été resserrée en se limitant désormais à un renvoi à la *lex societatis*⁵⁷⁸. De la même manière que l'on pouvait s'interroger quant à la nouveauté représentée par la rédaction initiale de la règle de capacité, la portée de sa modification est discutable. En effet, l'appréciation de l'utilité d'un acte au regard de l'intérêt qu'il présente pour la société était effectuée avant la référence à l'utilité dans la règle de capacité. Dans la mesure où la règle de capacité n'ajoute aucune exigence nouvelle à l'état du droit ancien, sa modification semble surtout avoir le mérite de rassurer ceux qui en ont peut-être exagéré les conséquences.

106. Utilité des actes et délibérations des organes sociaux. Ce qui est vrai pour les actes de la société l'est aussi pour ceux de ses organes. Les organes sociaux ne peuvent exercer les pouvoirs qui leurs sont confiés que dans l'intérêt de la société. Ainsi, par exemple, le gérant de société civile peut accomplir « *tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* »⁵⁷⁹ ; de même, pendant la période d'offre publique visant une société dont des actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le conseil d'administration ou le

⁵⁷⁶ G. WICKER ET J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 74

⁵⁷⁷ L. n° 2018-287, 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 6.

⁵⁷⁸ A. PIETRANCOSTA (dir.), Le Droit des contrats réformé, Édition revue et augmentée, Fauves Éditions, 2018, T. 1, p. 56.

⁵⁷⁹ C. civ., art. 1848.

directoire d'une société anonyme peut prendre toute décision dont la mise en œuvre est susceptible de faire échouer l'offre, « dans la limite de l'intérêt social de la société »⁵⁸⁰.

Par ailleurs, de manière plus générale l'utilité de décisions de gestion⁵⁸¹ comme de décisions d'associés⁵⁸² est parfois discutée devant les juridictions. Dans ces décisions, les références à l'utilité renvoient en réalité à l'intérêt social⁵⁸³. Pour qu'un acte ou une délibération soit annulé, il doit donc être contraire à l'intérêt social. Plus précisément, il doit échouer à un test d'utilité pour la société : s'il favorise la majorité et, sans être forcément délétère pour la société, il lui est inutile, l'acte peut être annulé. L'instrumentalisation de l'organe social par celui qui y détient la majorité des voix suppose un but égoïste, et écarte toute utilité pour la société.

Ces principes sont plutôt bien arrêtés en droit positif. Néanmoins, on peut redouter qu'ils soient remis en question au vu des évolutions envisagées du droit des sociétés.

2. Les évolutions envisagées du droit des sociétés

107. Intérêt social et inclusion des intérêts catégoriels. Depuis quelques années, il a été régulièrement proposé de modifier les articles 1832 et 1833 du Code civil conformément à la doctrine de l'entreprise⁵⁸⁴. Pour certains, l'entreprise a une « *triple mission sociale, environnementale et économique* »⁵⁸⁵. Ils considèrent que la définition actuelle du contrat de société ne prend pas en compte les nouveaux enjeux du développement durable⁵⁸⁶.

⁵⁸⁰ C. com., art. L. 233-32.

⁵⁸¹ V. par ex. Soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.573 : Bull. 2014, V, n° 180 ; D. 2014 p. 1552 ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M-P. SCHRAMM ; Cah. soc. 2014, p. 511, note J. ICARD ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 398, note E. MOUIAI-BASSILANA.

⁵⁸² V. par ex. Civ. 3^e, 8 juil. 2015, n° 13-14.348 : Bull. 2015, III, n° 834 ; LEDC oct. 2015, p. 6, note M. CAFFIN-MOI ; RTD Com. 2015, p. 533, note A. CONSTANTIN ; Rev. sociétés 2016, p. 169, note E. SCHLUMBERGER.

⁵⁸³ S. SCHILLER, Rép. Sociétés, V° Pacte d'actionnaires, 2017, §108.

⁵⁸⁴ Sur cette doctrine, cf. *infra* n° 344 et s.

⁵⁸⁵ V. not. J. ATTALI (dir.), Pour une économie positive, Documentation Française, 2013, p. 79 ; Y. QUEINNEC, W. BOURDON, Réguler les entreprises transnationales, Cahier de propositions, déc. 2010 ; B. BADRE *et alia*, Pour une économie de marché responsable, Le Monde, 17 nov. 2016, p. 23.

⁵⁸⁶ J. ATTALI (dir.), Pour une économie positive, *op. cit.*, p. 82.

Une proposition de modification a été faite dans un rapport relatif à « *l'économie positive* »⁵⁸⁷ reprise par plusieurs amendements déposés lors de l'examen parlementaire de la Loi relative à la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques⁵⁸⁸. Il était proposé de compléter l'article 1833 du Code civil comme suit :

*« Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. Elle doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental »*⁵⁸⁹.

Un député qui défendait les amendements en question les justifiait en énonçant qu'une telle évolution de l'article 1833 du Code civil permettrait « *aux parties prenantes, notamment aux administrateurs et aux partenaires du dialogue social, de s'emparer pleinement des impacts environnementaux et sociétaux de leur entreprise [et] contribuerait à faire de l'intérêt social de l'entreprise un avantage compétitif* »⁵⁹⁰. Ces amendements ont été abandonnés, contre la promesse toutefois qu'un projet de loi sur la question serait présenté au Parlement⁵⁹¹.

Par la suite, dans une tribune datée de 2016, un collectif de personnalités a proposé une modification des articles 1832 et 1833 du Code civil permettant la responsabilisation de l'économie de marché⁵⁹². Ces propositions étaient ainsi rédigées :

« La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent d'affecter des actifs, sous la forme d'apports en numéraire, en nature ou en industrie, à une entreprise commune en vue de développer un projet d'entreprise et de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie susceptible d'en résulter ».

« Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 83

⁵⁸⁸ L. n° 2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

⁵⁸⁹ V. not. Projet de loi AN, n° 2498, La croissance et l'activité, am. N° 1555 (rect), 22 janv. 2015

⁵⁹⁰ Ass. Nat., 13 févr. 2015, sess. 2014-2015, JORF 1571.

⁵⁹¹ *Ibid.*

⁵⁹² B. BADRE *et alia*, Pour une économie de marché responsable, Le Monde, 17 nov. 2016, p. 23.

être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs ».

Dans une proposition de loi « *Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances* » déposée en décembre 2017, il est envisagé de compléter l'article 1833 d'un alinéa ainsi rédigé : « *La société est gérée conformément à l'intérêt de l'entreprise, en tenant compte des conséquences économiques, sociales et environnementales de son activité* »⁵⁹³.

Pour les rédacteurs de cette proposition, « *la définition des sociétés, issue du code Napoléon, se concentre sur les associés et ne rend compte ni de la réalité de l'entreprise, ni de la recherche d'objectifs autres que le profit* ». Pareillement rédigé, l'article 1833 du Code civil « *connecte[rait] ainsi la société et l'entreprise et incite[rait] ses dirigeants à internaliser les externalités négatives qu'elle peut produire* ».

Ces différentes propositions sont critiquables à plusieurs titres.

D'abord, elles sont réductrices, dans la mesure où elles appréhendent la société comme une catégorie uniforme de personnes morales. C'est loin d'être vrai, et il est difficilement envisageable d'imposer les mêmes règles à toutes les sociétés, indépendamment de la prise en compte de leur importance et de leur sphère d'influence⁵⁹⁴. Il est de plus en plus attendu des sociétés les plus importantes qu'elles prennent en compte d'autres intérêts que le leur⁵⁹⁵. À ce titre, rien n'empêche d'imposer des obligations exigeantes en matière sociale ou environnementale aux plus grandes sociétés, *a fortiori* lorsqu'elles font partie d'un groupe à la sphère d'influence étendue. Par exemple, les sociétés par actions qui emploient au moins cinq mille salariés en France ou au moins dix mille salariés en France et à l'étranger en leur sein et dans leurs filiales sont désormais tenues de mettre en place un plan de vigilance⁵⁹⁶ contenant les « *mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la*

⁵⁹³ Prop. Loi AN, n° 476 (rect.), *Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances*, 6 déc. 2017.

⁵⁹⁴ A. COURET, *Faut-il récrire les articles 1832 et 1833 du code civil*, D. 2017, p. 222.

⁵⁹⁵ V. par ex. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE*, sept. 2015, p 43.

⁵⁹⁶ S. SCHILLER, *Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre*, JCP E 2017, 1193 - S. MAC CIONNAITH, G. JAZOTTES et S. SABATHIER, *Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de soft law et de hard law*, RLDA 2017/124, n° 6168 ; C. MALECKI, *Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ?*, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 298.

*sécurité des personnes ainsi que l'environnement [...] »*⁵⁹⁷. De tels dispositifs sont inadaptés aux plus petites sociétés, et même aux sociétés de taille moyenne, dont la situation et la sphère d'influence ne sont en rien comparables⁵⁹⁸. De même, les propositions assimilent volontairement société et entreprise, alors même que l'existence d'une société n'implique pas celle d'une entreprise⁵⁹⁹. Ainsi en est-il par exemple des sociétés immobilières⁶⁰⁰

Ensuite, ces propositions sont dangereuses, car elles sont loin d'être de simples déclarations d'ordre philosophique. Elles auraient une incidence profonde sur le droit⁶⁰¹ et sur l'économie⁶⁰². Une des limites de la doctrine de l'entreprise est qu'elle envisage une synthèse des différents intérêts concernés par le devenir de la société, envisagée comme une entreprise, synthèse qui est impossible⁶⁰³. La société devrait être « *gérée dans l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part [...] au développement de l'entreprise* »⁶⁰⁴. Cette gestion dans l'intérêt général commun implique que chaque catégorie d'intérêts soit représentée au sein des organes sociaux, et que l'ensemble des catégories bénéficie d'une égalité de traitement⁶⁰⁵. L'intérêt étant commun, il ne pourrait y avoir de hiérarchie d'une catégorie sur l'autre. Il serait donc attendu du dirigeant de société qu'il procède à une analyse *in concreto* de chaque catégorie d'intérêts et qu'il réalise la synthèse. Cette attente repose sur le postulat discutabile que les intérêts catégoriels sont homogènes, tant entre catégories qu'au sein d'une même catégorie. Cet exercice de synthèse, outre son caractère artificiel, serait être extrêmement lourd et pourrait être à l'origine d'une inertie des organes sociaux disproportionnée par rapport aux avantages que l'on peut espérer de la synthèse. Le risque d'inertie est d'autant plus probable qu'en droit positif, la contrariété à l'intérêt social permet, en droit positif, d'engager la responsabilité des dirigeants.

⁵⁹⁷ C. com., art. L. 225-102-4.

⁵⁹⁸ P. BISSARA, R. FOY et A de VAUPLANE, Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, Joly Éditions, 2007, p. 27 et s. ; D. SCHMIDT, La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380.

⁵⁹⁹ Sur les concepts d'entreprise, cf. *infra* n° 339 et s.

⁶⁰⁰ D. GALLOIS-COCHET et M. LAROCHE, Projet PACTE, quel impact ?, Gaz. Pal., 3 avr. 2018, p. 42.

⁶⁰¹ V. not. D. SCHMIDT, La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380.

⁶⁰² V. not. A. PIETRANCOSTA et E. BOURSICAN, Vigilance : un devoir à surveiller !, JCP G 2015, 553.

⁶⁰³ Sur l'intérêt de l'entreprise résultant de la synthèse des intérêts catégoriels, cf. *infra* n° 344 et s.

⁶⁰⁴ D. SCHMIDT, La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

Enfin, la protection des intérêts catégoriels que prétendent offrir ces propositions ne paraît pas aussi efficace que la protection autonome offerte par une règle de droit spécifique, qui peut être adaptée ou renforcée si ses effets ne sont pas jugés assez significatifs. Ainsi, les tiers de bonne foi ne peuvent se voir opposer la nullité du contrat pour dépassement et détournement de pouvoir du représentant⁶⁰⁶ pas plus que celle des actes et délibérations d'organes sociaux⁶⁰⁷. Les salariés sont représentés dans les organes sociaux⁶⁰⁸, et leurs institutions représentatives sont informées sur la marche générale de leur employeur⁶⁰⁹, de ses orientations stratégiques et de sa situation économique et financière⁶¹⁰ et consultées sur toute mesure susceptible d'affecter l'emploi en son sein⁶¹¹. Chaque associé dispose du droit de participer aux décisions collectives⁶¹² et d'un droit à l'information⁶¹³. Les créanciers d'un débiteur en procédure collective peuvent, sous certaines conditions, solliciter la dilution ou l'exclusion forcée du ou des associés s'opposant au plan de redressement⁶¹⁴. Les partenaires commerciaux et les distributeurs d'une société sont protégés contre la rupture brutale des relations commerciales établies⁶¹⁵ et contre l'abus de leur dépendance économique⁶¹⁶. Ces différentes règles, prises collectivement, sont sans aucun doute plus efficaces que la protection que pourrait offrir un intérêt défini abstraitement.

108. Intérêt social et prise en compte des intérêts catégoriels. Le problème de ces propositions n'est pas insoluble, puisqu'il s'agit, avant tout, d'un problème de méthode, et plus exactement de choix de fondement. En effet, l'intérêt social n'est pas le support adéquat de politiques sociétales. L'intérêt social est un intérêt personnel. S'il est plastique, cela ne signifie pas que l'on peut lui conférer tel ou tel attribut selon les besoins du moment. Sa substance est fonction de ce qui a motivé la création de la société, la participation des

⁶⁰⁶ C. civ., art. 1156 et 1157.

⁶⁰⁷ Sur la nullité des actes et délibérations en droit des sociétés, cf. *infra* n° 168 et s.

⁶⁰⁸ Sur la représentation des salariés dans les organes sociaux, cf. *supra* n° 78.

⁶⁰⁹ C. trav., art. L. 2312-8.

⁶¹⁰ C. trav., art. L. 2312-17.

⁶¹¹ C. trav., art. L. 2312-8.

⁶¹² C. civ., art. 1844.

⁶¹³ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-105.

⁶¹⁴ C. com., art. L. 631-19-2.

⁶¹⁵ C. com., art. L. 442-6.

⁶¹⁶ C. com., art. L. 420-2.

associés au résultat. La protection des différentes catégories d'intérêts devrait plutôt passer par des règles spécifiques à chaque intérêt, précisant en quoi il doit être protégé, et surtout de quelle manière il doit l'être. Si une société ou un dirigeant ne respecte pas ces règles spécifiques, alors il en subira les conséquences. Une règle *ad hoc*, adaptée à l'intérêt protégé et prescrivant la méthode de protection est sans nul doute plus efficace et moins dangereuse qu'une disposition *balai* amalgamant tous les intérêts, sans que cela ne s'accompagne des autres modifications de fond nécessaires⁶¹⁷.

Outre cette démarche, le droit des sociétés pourrait être adapté pour mieux tenir compte des intérêts catégoriels, tout en préservant les spécificités de chaque société. Pour ce faire, ce n'est pas les contours de l'intérêt social qu'il faut définir, mais les contours de la spécialité de la société qu'il faut redéfinir. La société, comme toute personne morale, est égoïste. Sa capacité est limitée par le principe de spécialité, et son seul intérêt est de parvenir à réaliser sa finalité. Par ailleurs, s'agissant d'une personne morale dont la spécialité est la participation des associés au résultat, elle ne peut pas être exclusivement altruiste.

Pour intégrer les intérêts des parties prenantes dans l'activité de la société, il faut donc les inclure dans la spécialité. Cette inclusion pourrait être radicale, et remplacer la recherche du profit. Ce serait porter un sérieux coup à l'une des structures juridiques les plus importantes en matière économique, et cela n'est pas souhaitable.

Plus raisonnablement, plutôt que de figer telle ou telle catégorie d'intérêts dans la spécialité, au risque de devoir en ajouter ou en supprimer en fonction des circonstances, la spécialité de la société pourrait être complétée de manière négative, en offrant la possibilité aux associés de constituer la société dans un but n'étant pas exclusivement limité à la participation au résultat. À cette fin, l'on pourrait utilement s'inspirer du droit belge des sociétés, selon lequel « *l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect* »⁶¹⁸.

C'est la philosophie d'un rapport rendu en mars 2018⁶¹⁹ dont l'essentiel des propositions ont été reprises dans un projet de loi⁶²⁰. Ce projet prévoit de préciser, à l'article 1833 du Code

⁶¹⁷ D. SCHMIDT, La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380.

⁶¹⁸ C. sociétés et des associations belge, art 1^{er}.

⁶¹⁹ N. NOTAT et J.-D. SENARD, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapp., mars 2018.

⁶²⁰ Projet de loi AN, n° 1088, relatif à la croissance et la transformation des entreprises, 19 juin 2018.

civil, que « *la société doit être gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». La référence à l'intérêt social est conforme à l'état du droit positif : la société, comme toute personne morale, doit être gérée dans son intérêt personnel. La référence aux enjeux et environnementaux n'appelle pas davantage de commentaires. En l'état actuel, elle semble se limiter à un rappel du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, ce que confirment le rapport, en précisant que « *la société ne peut en effet être comptable de ses activités que dans les régimes de responsabilités déjà prévus par la loi* »⁶²¹ et l'avis du Conseil d'État, saisi à propos du projet de loi⁶²².

Le projet de loi envisage également de compléter l'article 1835 du Code civil, et de préciser que « *les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité* ». Cette raison d'être est semblable à « *une devise pour un État* », soit « *une indication, qui mérite d'être explicitée, sans pour autant que des effets juridiques précis y soient attachés* »⁶²³. Elle s'entend de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objet social. Dans la mesure où cette raison d'être de l'entreprise serait incluse dans l'objet social, elle serait élaborée par les associés. Elle ne concurrencerait donc pas l'objet social mais le préciserait. Les conseils d'administration et de surveillance de sociétés anonymes, ainsi que les « *organes stratégiques* » d'autres formes sociales détermineraient les orientations stratégiques de la société en considération de la raison d'être de l'entreprise.

La raison d'être permettrait aux sociétés qui le souhaitent de devenir des « *entreprises à mission* », leur permettant d'avoir un objet non entièrement lucratif. Ce statut serait volontaire, et réservé aux sociétés dont la raison d'être de l'entreprise est « *un impact mesurable positif pour la Société et l'environnement* ». Le fait que ce statut soit volontaire devrait empêcher ou limiter d'éventuels effets secondaires négatifs. Néanmoins, l'absence d'étude d'impact sur cette question empêche de se prononcer avec certitude. Cette question est pourtant cruciale, puisqu'outre les actes nécessaires à la réalisation de la finalité de la société, les modifications envisagées du Code civil auront une incidence sur les actes inutiles pour celle-ci et contre lesquels la fonction de protection de l'intérêt social permet de lutter.

⁶²¹ N. NOTAT et J.-D. SENARD, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapp., mars 2018, p. 46.

⁶²² CE ass., 14 juin 2018, n° 394599 et 395021, avis, § 100.

⁶²³ N. NOTAT et J.-D. SENARD, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapp., mars 2018, p. 49.

B. La lutte contre les actes inutiles

109. Degré d'inutilité. L'acte qui n'est pas dans l'intérêt de la société est inutile et l'acte, comme son auteur, peut en subir les conséquences. Néanmoins, il y a une tendance générale à ne se concentrer que sur la sanction de l'inutilité nocive (1) et à tolérer les actes malheureux (2).

1. L'inutilité nocive

110. Élimination de l'acte inutile. Le droit des sociétés comprend toute une batterie de solutions pour lutter contre les actes qui sont contraires à l'intérêt social, qu'il s'agisse d'actes d'organes sociaux ou d'acte de la société elle-même⁶²⁴. S'agissant des actes d'organes sociaux, la jurisprudence rendue en matière d'abus de majorité est riche d'exemples éloquentes. Comme le relève un auteur, « *sanctionner la moindre faute dans l'exercice d'un droit équivaut à nier ce droit* »⁶²⁵, ce qui justifie que la théorie de l'abus des droits demeure « *un mécanisme correcteur d'application exceptionnelle* »⁶²⁶.

Appliqués au droit des sociétés, ces principes ont conduit la jurisprudence à élaborer la notion d'abus de majorité. Dans une affaire « SOCIÉTÉ DES ANCIENS ÉTABLISSEMENTS PIQUARD », une résolution d'assemblée générale des actionnaires d'une société anonyme décidant du report à nouveau des bénéfices avait été annulée, au motif que la mise en réserve se traduisait par une « *capitalisation occulte [empêchant] la valorisation corrélative des actions et [faussant] leur cours sur le marché* ». La Chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré la décision en relevant qu'il ne ressortait pas de ces motifs que la résolution ait été adoptée « *contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires* »⁶²⁷. L'intérêt social permet

⁶²⁴ Sur cette question, cf. *infra* n° 168 et s.

⁶²⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, *op. cit.*, p. 26, § 26.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 27, § 27.

⁶²⁷ Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175; D. 1961, p. 661.

d'apprécier l'utilité des actes et, dans les cas d'abus du droit de vote par un associé, la finalité de son vote⁶²⁸

111. Exemple de la mise en réserve des bénéfices. Par essence, la mise en réserve des bénéfices présente un intérêt au moins patrimonial pour la société. Dans l'arrêt « SOCIÉTÉ DES ANCIENS ÉTABLISSEMENTS PIQUARD », le report à nouveau des bénéfices - cas proche de la mise en réserve – avait certes privé les minoritaires du droit au bénéfice, mais il avait permis le développement de l'affaire⁶²⁹. Sa systématisme peut être constitutive d'un abus de majorité. Tel est le cas lorsque la mise en réserve systématique des bénéfices d'une société à responsabilité limitée porte le montant des réserves sociales à vingt-deux fois le montant du capital, sans que les sommes ne soient réinvesties⁶³⁰. Plus largement, des mises en réserves systématiques ont pu être annulées lorsqu'elles ne se justifiaient ni au regard de l'activité de la société, ni de sa situation⁶³¹.

112. Exemple des opérations sur le capital social. Une décision d'augmentation de capital peut dégénérer en abus de majorité. C'est par exemple le cas lorsqu'elle n'a pas d'autre cause que la dilution de la participation d'un associé minoritaire⁶³². Le cas le plus topique est toutefois la réduction du capital social motivée par des pertes combinée à une augmentation de capital, mécanisme dit du *coup d'accordéon*. Par opportunité pour l'investisseur, la réduction du capital précède l'augmentation. Dans le cas contraire, sa participation serait diluée *ab initio*, ce qui réduirait l'intérêt de son investissement.

Toutefois, en procédant en premier à la réduction du capital social, le coup d'accordéon peut permettre d'évincer un ou plusieurs associés ou actionnaires minoritaires lorsqu'a été votée la suppression du droit préférentiel de souscription. La suppression du droit préférentiel de souscription ne requiert pas l'unanimité des associés ou actionnaires, sauf clause contraire des statuts de certaines formes sociales. La validité de l'opération ne fait pas de doute

⁶²⁸ J.-P. DOM, Les montages en droit des sociétés, Joly, 1998, p. 378, § 616.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Com., 6 juin 1990, n° 88-19.420 : Bull. 1990, IV, n° 171 : Bull. Joly Sociétés 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE ; RTD com. 1990, p. 592, note Y. REINHARD ; Rev. sociétés 1990, p. 606, note Y. CHARTIER.

⁶³¹ Civ. 3^e, 12 nov. 2015, n° 14-23.716 : inédit ; Rev. Sociétés 2016, p. 526, note E. SCHLUMBERGER.

⁶³² Civ. 3^e, 8 juil. 2015, n° 13-14.348 : Bull. 2015, IV, n° 834 ; LEDC oct. 2015, p. 6, note M. CAFFIN-MOI ; RTD Com. 2015, p. 533, note A. CONSTANTIN ; Rev. sociétés 2016, p. 169, note E. SCHLUMBERGER.

lorsque, justifiée par la pérennité de la société, les minoritaires conservent le droit de souscrire des titres émis à l'occasion de l'augmentation de capital : dans cette hypothèse, « *le mécanisme utilisé [est] sans conséquence sur la situation des actionnaires minoritaires* »⁶³³ qui ne peuvent pas être évincés contre leur gré⁶³⁴. Même en cas de suppression du droit préférentiel de souscription au profit d'un ou plusieurs investisseurs, il a pu être jugé que « *l'opération litigieuse avait été décidée par l'assemblée générale des actionnaires pour reconstituer les fonds propres de la société, afin d'assurer la pérennité de l'entreprise, sans cela condamnée au dépôt de bilan, sans nuire aux actionnaires, fussent-ils minoritaires qui, d'une façon ou d'une autre - réalisation de l'opération ou dépôt de bilan - auraient eu une situation identique, les actionnaires majoritaires subissant par ailleurs le même sort, faisant ainsi ressortir que la réduction de capital à zéro ne constituait pas une atteinte au droit de propriété des actionnaires mais sanctionnait leur obligation de contribuer aux pertes sociales dans la limite de leurs apports* »⁶³⁵. Comme pour la mise en réserve systématique, l'instrumentalisation du mécanisme pour évincer un associé ou nuire à un tiers le rend abusif, et ouvre la possibilité de solliciter la nullité de la délibération l'ayant décidé⁶³⁶. La décision en elle-même peut ne pas être contraire à l'intérêt social, notamment lorsqu'elle vise à reconstituer les capitaux propres la société. En revanche, l'instrumentalisation de son pouvoir par l'associé constitue un détournement de pouvoir et vicie la décision adoptée.

Si la fonction de protection assumée par l'intérêt social permet la lutte contre les actes inutiles à la réalisation de l'objet social, elle n'implique pas nécessairement de réaction face aux actes inutiles qui résultent d'une gestion malheureuse.

2. L'inutilité malheureuse

113. Sanction de la seule contrariété à l'intérêt social. La faute de gestion peut être définie comme un acte ou une abstention d'un dirigeant en contrariété à l'intérêt social⁶³⁷. Dans cette

⁶³³ Com., 17 mai 1994, n° 91-21.364 : Bull. 1994, IV, n° 183.

⁶³⁴ Com., 10 oct. 2000, n° 98-10.236 : inédit.

⁶³⁵ Com., 18 juin 2002, n° 99-11.999 : Bull. 2002, IV, n° 108 ; D. 2002, p. 3264, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 2002, p. 496, note J.-P. CHAZAL.

⁶³⁶ V. par ex. Com., 26 févr. 2006, n° 04-17.556 ; inédit ; Dr. sociétés 2006, comm. 75, H. HOVASSE - Com., 11 janv. 2017, n° 14-27.052 : inédit.

⁶³⁷ Sur la faute de gestion, cf. *infra* n° 175 et s.

définition, la contrariété à l'intérêt social est un élément essentiel. La faute de gestion est une faute. Elle suppose un véritable manquement à son devoir par le dirigeant, un détournement de son pouvoir, que ce détournement soit actif - action contraire à l'intérêt social ou inactif en cas de négligence coupable ou d'omission délibérée.

La seule circonstance que l'action du dirigeant ne soit pas *parfaitement* dans l'intérêt de la société ne devrait pas permettre de retenir une faute de gestion à son encontre. Bien sûr, le dirigeant doit diriger la société dans l'intérêt de celle-ci, c'est-à-dire avec pour objectif la réalisation de son objet et ce de manière diligente⁶³⁸. Néanmoins, une action ou une inaction qui ne contribue pas parfaitement à ces objectifs ne devrait pas, *per se*, être fautive, sauf à démontrer le manque de diligence du dirigeant dans l'accomplissement de sa mission, même après la réforme du droit des contrats. Autrement dit, la neutralité d'une décision comme la circonstance qu'une autre décision aurait pu mieux permettre la réalisation des spécialités légales et statutaires ne permettent pas seules d'engager la responsabilité du dirigeant. Les juges écartent le grief de contrariété à l'intérêt social lorsqu'il n'est pas démontré qu'un acte « ait causé l'appauvrissement de la société ou l'ait exposée à un risque de perte »⁶³⁹. L'acte simplement inutile, qui est sans intérêt pour la société, n'en est pas pour autant contraire à son intérêt⁶⁴⁰. L'intérêt social permet d'éliminer les actes nocifs mais ne permet pas d'apprécier la qualité relative des actes normaux⁶⁴¹.

Plus encore, il y a une certaine réticence des tribunaux à s'immiscer dans la gestion et à remettre en cause les choix des dirigeants contraints de prendre des décisions périlleuses. Une affaire récente l'illustre parfaitement⁶⁴². Des procédures de sauvegarde avaient été ouvertes au bénéfice de plusieurs sociétés d'un même groupe, dont faisait partie une société civile immobilière. Celle-ci s'est portée « *garant solidaire hypothécaire à première demande* » des engagements pris par sa principale associée dans le cadre d'un protocole d'accord avec les créanciers. Les procédures de sauvegarde sont converties en procédures de redressement puis de liquidation judiciaire, et la société civile invoquent la nullité de son engagement pour

⁶³⁸ Sur le devoir de diligence du dirigeant de société, cf. *infra* n° 302.

⁶³⁹ Crim., 11 mars 1971, n° 70-91.840 : Bull. crim. 1971, n° 86.

⁶⁴⁰ V. par ex. Com. 17 déc. 2003, n° 02-11.245 : inédit.

⁶⁴¹ P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5

⁶⁴² Com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 234, note F. DANOS ; Bull. Joly Sociétés., p. 260, note P. DUPICHOT ; Gaz. Pal. 28 juil. 2015 p. 26 note J.-M. MOULIN.

contrariété son intérêt. Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont relevé que d'une part, la société civile avait reçu une certaine somme en contrepartie de son engagement et que, d'autre part, sans son engagement, la procédure de sauvegarde était vouée à l'échec et, incidemment, son existence mise en péril. En revanche, l'administration fiscale fait preuve d'une plus grande sévérité dans son contrôle de la conformité des décisions de gestion à l'intérêt de l'entreprise⁶⁴³.

114. Droit à l'erreur. Ceci porte à croire qu'il existe un droit à l'erreur des dirigeants, qui permet à la fois de ne lutter que contre les actes réellement nocifs pour la société et d'empêcher une trop grande immixtion du juge dans l'appréciation de la conduite des affaires sociales.

Outre le courant jurisprudentiel enclin à ne sanctionner au titre de la faute de gestion que les comportements les plus graves venant d'être évoqué, plusieurs évolutions législatives de ces dernières années semble confirmer l'existence de ce droit à l'erreur. La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a restreint le champ d'application du prononcé de la faillite personnelle et des mesures d'interdiction de gérer en le limitant aux seules omissions délibérées de déclaration d'état de cessation des paiements par les dirigeants⁶⁴⁴. La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique rend désormais irrecevable l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif « *en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société* »⁶⁴⁵.

À ce titre, il est intéressant de remarquer que la philosophie du système français diffère de celle d'autres systèmes juridiques. Ainsi, en *common law*, la mise en jeu de la responsabilité des dirigeants est rendue plus complexe par l'existence d'une présomption simple dite « *Business Judgement Rule* »⁶⁴⁶. En droit du Delaware, les dirigeants de sociétés sont présumés avoir agi de manière informée, de bonne foi conformément à leurs devoirs

⁶⁴³ Sur le traitement fiscal de l'acte anormal de gestion, cf. *infra* n° 368 et s.

⁶⁴⁴ C. com., art. L. 653-8.

⁶⁴⁵ C. com., art. L. 651-2.

⁶⁴⁶ V. not. en *common law* britannique, A. TUNC, Le droit anglais des sociétés anonymes, *Economica*, 4^{ème} éd., 1997, § 113 – V. not. en *common law* américaine, R. F. BALOTTI and J. J. HANKS, Jr.; *Rejudging the Business Judgement Rule*, *The Business Lawyer*, 1993, p. 1337 ; J. M. PEREZ, Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain, *Rev. Sociétés* 2003, p. 195.

fiduciaires (*fiduciary duties*)⁶⁴⁷, le devoir de diligence (*duty of care*) et de loyauté (*duty of loyalty*)⁶⁴⁸. Les actes des dirigeants ne peuvent être remis en cause – et leur responsabilité engagée – que si la preuve du non-respect d'un devoir fiduciaire est apportée, soit en cas de fraude, de violation de la loi, de conflit d'intérêts, d'absence d'un objectif commercial rationnel (*rational business purpose*) ou d'une contre-prestation (*corporate waste*), d'une omission ou encore d'une faute grave⁶⁴⁹.

115. Conclusion de la Section 1. La fonction de protection de la société assumée par l'intérêt social consiste en premier lieu en l'orientation des organes sociaux. Plus précisément, l'intérêt social est un critère permettant de distinguer les actes utiles à la société, c'est-à-dire lui permettant de réaliser son objet, de ceux qui sont actes inutiles. Par analogie, l'intérêt personnel permet la distinction entre actes utiles et inutiles pour la personne morale et peut être un critère de gouvernance pour les organes d'une personne morale.

Outre l'orientation des organes sociaux, l'on verra que l'intérêt social permet la protection de la société en assurant sa pérennité.

SECTION 2 : LA PROTECTION PAR LA PÉRENNISATION DE LA SOCIÉTÉ

116. Fonction de pérennisation. L'intérêt social permet la protection de la société par sa pérennisation. Cette facette de la protection de la société est régulièrement rappelée en jurisprudence dans des domaines variés, comme lorsqu'est mise en place une administration provisoire sollicitée dans « *l'intérêt du devenir de la société* »⁶⁵⁰ ou à l'occasion de la réalisation d'une opération sur capital « *effectuée afin de préserver la pérennité de l'entreprise* »⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ V. par ex. *Supreme Court of Delaware*, 1^{er} mars 1984, « ARONSON v. LEWIS », 473 A.2d 805 (Del. 1984) ; même juridiction, 29 janv. 1985, « SMITH v. VAN GORKOM », 488 A.2d 858 (Del. 1985).

⁶⁴⁸ Sur ces devoirs en droit français, cf. *infra* n° 301 et s.

⁶⁴⁹ J. M. PEREZ, Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain, *Rev. Sociétés* 2003, p. 195.

⁶⁵⁰ V. par ex. Com., 16 juin 1990, n° 89-14.092 : Bull. 1990, IV, n° 186 – Sur l'administration provisoire, cf. *infra* n° 144 et s.

⁶⁵¹ Com., 18 juin 2002, n° 99-11.999 : Bull. 2002, IV, n° 108 ; D. 2002, p. 3264, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 2002, p. 496, note J.-P. CHAZAL.

Une fois le principe de la pérennisation exposé (I), il conviendra d'en envisager les limites (II).

I. La pérennisation de la société

117. Existence et continuité de la société. La pérennité est le caractère de ce qui dure⁶⁵². La fonction de pérennisation de la société assumée par l'intérêt social permet à la société de durer le temps nécessaire à la réalisation de sa finalité. Pour cela, l'intérêt social permet d'assurer à la fois l'existence de la société (A) et sa continuité (B).

A. L'existence de la société

118. Mise en péril de l'existence de la société. L'intérêt social permet la protection de la société contre les actes de nature à mettre en péril son existence, notamment par l'annulation de tels actes⁶⁵³. Les décisions rendues en matière de sûreté pour autrui en fournissent de parfaits exemples.

119. Exemple des sûretés pour autrui. Les sûretés pour autrui sont parmi les engagements les plus lourds de conséquences, à tel point qu'en matière de cautionnement donné par une personne physique, une mention manuscrite est requise, à peine de nullité de l'engagement, de celui qui s'engage⁶⁵⁴. Dans le cadre de leur activité, il peut être demandé d'une société qu'elle garantisse l'engagement d'un tiers. La pratique est fréquente au sein d'un groupe de sociétés, mais elle ne leur est pas exclusive. Ainsi, les tribunaux sont régulièrement confrontés à de nombreuses demandes de nullité de sûretés pour autrui consenties par des sociétés, demandes motivées par leur contrariété à l'intérêt social.

Un des enseignements des décisions rendues en la matière est que la sûreté consentie par une société « *qui l'expos[e] à une disparition totale sans aucune contrepartie pour elle, au risque donc de [son] existence même* » est plus qu'inutile : elle met en péril la société et est donc

⁶⁵² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française, op. cit.*, V° Pérennité.

⁶⁵³ Sur cette question, cf. *infra* n° 168 et s.

⁶⁵⁴ C. cons., art. L. 341-2 et L. 341-3.

contraire à son intérêt⁶⁵⁵. Lorsque la sûreté implique, en cas de mise en œuvre, la réalisation de l'entier patrimoine de la société, mettant en péril son existence même, elle est nécessairement contraire à l'intérêt social⁶⁵⁶. Dans certaines décisions, le fait que la sûreté grève « *lourdement* » le patrimoine immobilier de la société se portant caution, « *sans aucune contrepartie* »⁶⁵⁷ ou la disproportion entre la sûreté et les avantages retirés⁶⁵⁸ ont été des motifs suffisants pour que la sûreté soit considérée comme contraire à l'intérêt social.

Lorsqu'à l'inverse, l'acte ne met pas en péril l'existence de la société, la demande de nullité est rejetée⁶⁵⁹. Même en présence d'un risque pour l'existence de la société, l'avantage retiré par la société peut exclure la contrariété à l'intérêt social si cet avantage est suffisant, c'est-à-dire proportionné au risque assumé par la société⁶⁶⁰.

Ces principes sont parfaitement transposables aux actes qui sans remettre en cause l'existence de la société compromettent sa continuité.

B. La continuité de la société

120. Principe de continuité. Le principe de continuité du service public permet le fonctionnement régulier du service⁶⁶¹, sans à-coups ou interruption⁶⁶². L'intérêt social

⁶⁵⁵ Com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 : inédit ; Rev sociétés 2012, p. 238, note A. VIANDIER.

⁶⁵⁶ Com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bull. 2014, IV, n° 142 ; J-F. BARBIÈRI, Appréciation de l'intérêt social : à la seule convenance du juge !, Journ. sociétés 2014, n° 124, p. 46 - Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : Bull. 2012, III, n° 121 ; Rev. sociétés 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; D. 2013, p. 1706, note P. CROCQ. - Com., 3 juin 2008, n° 07-11.785 : inédit - Civ. 3^e 9 déc. 2014, n° 13-25.219 : inédit.

⁶⁵⁷ V. par ex. Com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : inédit ; Dr. Sociétés 2008, n° 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER – Civ. 3^e 13 oct. 2016, n° 15-22.824 : inédit ; Rev. sociétés 2017, p. 98, note P. PISONI.

⁶⁵⁸ Civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348 : inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 744, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 1^{er} déc. 2015, p. 17, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 10 déc. 2015, p. 16, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

⁶⁵⁹ V. par ex. Com., 28 mars 2000, n° 96-19.260 : Bull. 2000, IV, n° 69 - Com., 18 mars 2003, n° 00-20.041 : Bull. 2003, IV, n° 46 - Com., 12 mai 2015, n° 13-28.504 : Bull. 2015, IV, n° 80 ; D. 2015, 1096, note A. LIENHARD ; LEDC n° 6, p. 7, note M. CAFFIN-MOI ; RLDA 2015, 5651, note S. SOLTANI ; Rev. sociétés 2015, p. 515, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 9, note A.-F. ZATTARA-GROS ; RTD Com 2015, p. 663, note P. CROCQ ; RLDC 2015, 5972, note R. DALMAU.

⁶⁶⁰ Com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363 : inédit ; Dr. et patr. mai 2017, p. 90, obs. A. AYNES ; Banque et Droit janv.-févr. 2017, p. 63, obs. N. RONTCHEVSKY ; D. 2017, p. 1996, note P. CROCQ.

⁶⁶¹ CE, ass. 7 juill. 1950, n° 01645, « DEHAENE » : Rec. CE 1950, p. 426 ; RDP 1950, p. 691, note M. WALINE.

permet, dans une certaine mesure, une protection analogue en assurant le fonctionnement régulier des organes sociaux et en permettant l'élimination des éléments de nature à entraver son fonctionnement.

121. Fonctionnement régulier des organes sociaux. Plus précisément, lorsqu'il existe un risque de blocage des organes sociaux, ou que ce blocage est avéré, il est possible de solliciter la désignation d'un mandataire de justice : un administrateur provisoire ou un mandataire *ad hoc*⁶⁶³. La désignation d'un administrateur provisoire ne se justifie qu'au regard de la préservation de la société, en cas de carence des organes sociaux⁶⁶⁴ ou en cas de mésentente au sein d'un de ces organes⁶⁶⁵. Dans l'hypothèse de la carence comme dans celle de la mésentente, la préservation de la continuité relève de l'évidence : sans organe fonctionnant régulièrement, la société est condamnée à une inertie remettant en cause sa continuité, inertie lui étant forcément préjudiciable. Le juge, pour accéder à la demande de désignation d'un mandataire, doit « *s'inspirer par préférence* » de l'intérêt social⁶⁶⁶. Ce point peut être illustré par une espèce où trois associés sollicitaient la désignation d'un mandataire *ad hoc* aux fins de convoquer une assemblée générale devant porter sur des « *questions restées sans réponse* [suite à une précédente assemblée] ». La Chambre commerciale a validé la désignation du mandataire *ad hoc* dans cette situation, en considérant « *que c'était dans un but légitime d'information et dans l'intérêt du devenir de la société* » que la demande avait été formée⁶⁶⁷.

122. Élimination des entraves au fonctionnement. Une fois l'intérêt de la mesure avéré, le droit des sociétés permet l'élimination des sources d'entrave au fonctionnement régulier de la société et de ses organes. Ainsi, la clause d'un pacte d'associés « *rédigé[e] en des termes trop vagues et trop généraux portant atteinte au pouvoir de décision de l'associé et ne prenant pas en compte, pas plus que les instructions de vote, l'intérêt social* » a pu être annulée⁶⁶⁸. Dans

⁶⁶² P. ESPLUGAS-LABATUT, JCl Adm., Fasc. 149, Notion de service public – Droit interne et droit de l'Union européenne, 2017, § 121.

⁶⁶³ Sur la désignation d'un administrateur provisoire ou d'un mandataire *ad hoc*, cf. *infra* n° 143 et s.

⁶⁶⁴ V. par ex. Com., 5 fév. 1985, n° 82-15.119 ; Bull. 1985, IV, n° 44 ; JCP E 1985, 14534, note A. VIANDIER.

⁶⁶⁵ V. par ex. CA Paris, 22 mai 1965 : R. CONTIN, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968, p. 147.

⁶⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁶⁷ Com., 16 juin 1990, n° 89-14.092 ; Bull. 1990, IV, n° 186.

⁶⁶⁸ CA Lyon, 11 juin 2015, n° 14/02049.

cette espèce, la nullité a vraisemblablement été prononcée au regard de la mise en œuvre de la clause, qui a conduit aux rejets injustifiés de l'approbation des comptes et d'une modification des statuts sans laquelle la société était « *pratiquement ingérable* »⁶⁶⁹. De même, la mésentente grave entre un dirigeant et les associés peut justifier sa révocation⁶⁷⁰. Dans une telle situation, il est évident que le bon fonctionnement de la société est compromis. L'intérêt social peut justifier d'y remédier. Dans d'autres situations en revanche, sa fonction de protection par la pérennisation de la société n'a plus lieu d'être.

II. Les limites à la pérennisation

123. Fin de la personne morale. Comme toute personne morale, la société a une « *nature surhumaine* »⁶⁷¹. Les conventions perpétuelles sont prohibées, mais la faculté de proroger les sociétés font que leur existence peut largement dépasser celle d'un être humain. À l'inverse, les pouvoirs reconnus aux associés sur le devenir et l'existence de la société leur permettent surtout décider de mettre fin à son existence (A) bien que dans certaines situations, les associés perdent ce pouvoir et puissent se voir imposer – au moins certains d'entre eux - la fin de la société (B).

A. La fin volontaire de la société

124. Disparition volontaire de la personnalité morale. L'intérêt social a pour fonction de pérenniser la société, durant un certain temps. Toutefois, cette fonction ne fait pas obstacle au droit des associés de mettre fin à la société(1), sauf abus (2).

1. Le droit de mettre fin à l'existence de la société

125. Variété des moyens de mettre fin à la société. La fin volontaire de la société peut survenir de diverses manières. Les associés peuvent ne pas proroger la société comme en

⁶⁶⁹Ibid.

⁶⁷⁰ Com. 4 févr. 2014, n° 13-10.778 : inédit.

⁶⁷¹ G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *op. cit.*, § 46.

décider la dissolution de manière anticipée. La personnalité morale de la société peut également disparaître suite à une transmission universelle de patrimoine consécutive à une fusion ou une scission.

126. Droit de ne pas proroger une société. La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans⁶⁷². Hormis cette limitation, les associés sont parfaitement libres dans la détermination de la durée de la société. Le droit de constituer une société implique celui de ne pas la proroger lorsque le terme survient⁶⁷³. La survenance du terme de la société entraîne sa dissolution avec liquidation⁶⁷⁴, la prorogation ne pouvant être tacite⁶⁷⁵. Les associés doivent être consultés quant à la prorogation de la société au moins un an avant la survenance du terme, soit sur convocation du dirigeant, soit, en cas de carence du dirigeant, d'un mandataire désigné judiciairement⁶⁷⁶. La décision de proroger la société est, le cas échéant, prise par les associés à l'unanimité ou à la majorité prévue par les statuts⁶⁷⁷. La survenance du terme de la société, comme la réalisation de son objet, constitue une fin naturelle de la société. Aussi, la licéité de l'absence de prorogation de la société soulève moins de doute que celle d'une décision de dissolution anticipée. Un abus dans l'exercice du droit de vote pourrait cependant vicier la décision de prorogation ou son rejet par les associés.

127. Droit de décider la dissolution anticipée d'une société. Cette fin est moins naturelle, puisque provoquée par les associés⁶⁷⁸. Par ailleurs, les règles de contrôle de la sous-capitalisation - lorsque les capitaux propres d'une société deviennent inférieurs à la moitié de son capital social – prévues pour certaines formes sociales imposent de consulter les associés sur la dissolution anticipée⁶⁷⁹. La dissolution anticipée implique la liquidation de la société⁶⁸⁰. Les associés peuvent tout à fait prévoir une cause de dissolution dans les statuts, à la

⁶⁷² Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1838 ; Pour les sociétés commerciales, C. com., art. L. 210-2.

⁶⁷³ M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 289, § 657.

⁶⁷⁴ C. civ., art. 1844-8.

⁶⁷⁵ Com. 13 sept. 2017, n° 16-12.479 : Bull. 2017, IV ; RTD Com. 2017, p. 925, note A. LECOURT.

⁶⁷⁶ C. civ., art. 1844-6.

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ C. civ., art. 1844-7.

⁶⁷⁹ Pour les sociétés à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-42 ; Pour les sociétés par actions, C. com., art. L. 225-248.

⁶⁸⁰ C. civ., art. 1844-8.

constitution ou en cours de vie sociale⁶⁸¹. Il peut paraître contradictoire de considérer que l'intérêt social est l'intérêt de la société, qu'il a pour objectif la pérennisation de la personne morale, tout en admettant la validité de la décision de dissolution anticipée. La question se pose d'autant plus que la décision de dissolution anticipée n'intervient pas dans un cadre judiciaire, comme c'est le cas pour d'autres mécanismes de dissolution avec liquidation. Une telle décision porte nécessairement atteinte à la société, puisqu'elle provoque sa disparition et est donc théoriquement contraire à son intérêt. Ce n'est pas pour autant qu'il faut sanctionner systématiquement les associés qui en prennent la décision. Le droit de constituer d'une société implique de pouvoir y mettre fin. Seul l'usage abusif de ce droit par les associés doit être sanctionné.

L'associé unique d'une société peut également en décider la dissolution anticipée. Si cet associé est une personne morale, la dissolution n'entraîne pas la liquidation de la société, mais la transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique⁶⁸².

128. Fusion et scission. Les associés peuvent décider la fusion de deux sociétés ou la scission d'une société en deux sociétés⁶⁸³. Ces opérations doivent être décidées par les associés dans les conditions requises pour la modification des statuts. Elles ont pour conséquence la dissolution sans liquidation des sociétés et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires⁶⁸⁴. La transmission universelle du patrimoine entraîne la dissolution sans liquidation de la société⁶⁸⁵. La loi permet de procéder à de telles opérations, sous conditions et éventuellement sous le contrôle d'un commissaire aux comptes⁶⁸⁶. Il faut admettre, du point de vue de l'intérêt social, la licéité de ces opérations, quand bien même elles impliquent la disparition de la société. En revanche, l'abus de l'exercice du droit de mettre fin à la société est illicite.

⁶⁸¹ C. civ., art. 1844-7.

⁶⁸² C. com., art. 1844-5.

⁶⁸³ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1844-4 ; Pour les sociétés commerciales, C. com. art. L. 236-1.

⁶⁸⁴ C. com., art. L. 236-3.

⁶⁸⁵ C. civ., art. 1844-8.

⁶⁸⁶ C. com., art. L. 236-10.

2. L'abus du droit de mettre fin à l'existence de la société

129. Limite de la liberté. Seul l'exercice fautif du droit de mettre fin à l'existence de la société le rend illicite. C'est le cas lorsque les associés abusent de leur droit de vote, ou lorsqu'ils mettent fin à la société en fraude aux droits d'un créancier. Alors que la société est sur le point de disparaître, la défense de son intérêt permet de contrer le détournement de pouvoir des associés.

130. Abus dans l'exercice du droit de vote. Les associés peuvent mettre fin à l'existence de la société en abusant de leur droit de vote. Concernant la prorogation de la société, l'abus sera plutôt caractérisé en présence d'un blocage malveillant de la décision de prorogation, soit donc en cas d'abus de minorité⁶⁸⁷. S'agissant de la décision de dissolution anticipée d'une société comprenant plusieurs associés, l'abus consistera plutôt en un abus de majorité. La décision de dissolution anticipée est contraire à l'intérêt social si elle est décidée sans motif sérieux, autre que nuire à un ou plusieurs associés minoritaires⁶⁸⁸. Ainsi, la décision de dissolution d'une société ne constitue pas un abus de majorité dès lors qu'elle est conforme à l'intérêt social et que le préjudice en résultant, soit la perte de chance de percevoir des dividendes, est le même pour tous les associés⁶⁸⁹. En matière de fusion et de scission, l'abus devrait là encore consister en un abus de majorité.

131. Fraude aux droits d'un créancier. Les associés peuvent aussi avoir mis fin à la société pour ne pas respecter les engagements contractés par la société à l'égard d'un créancier de la société.

Si le créancier est un associé, il pourra se prévaloir de la contrariété de la décision de dissolution anticipée à l'intérêt de la société, et solliciter l'annulation de la décision, sur le fondement de l'abus de majorité sans avoir à faire la démonstration d'une fraude. Si le créancier est un tiers à la société, il pourra obtenir réparation, par exemple directement sur le terrain de la fraude⁶⁹⁰ ou sur celui de la rupture abusive d'une relation commerciale établie⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ *Contra* C. CHAMPAUD et D. DANET, RTD Com. 2005, p. 532, note ss. CA Paris, 19 avr. 2005.

⁶⁸⁸ V. par ex. Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 288, note F.-X. Lucas ; JCP E 2011, 1367, note B. DONDERO.

⁶⁸⁹ Com., 7 mars 2018, n° 16-10.727 : inédit.

⁶⁹⁰ V. par ex. Com., 21 sept. 2004, n° 01-00.866 : inédit ; RJDA 2005, n° 147.

⁶⁹¹ Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366 : inédit ; JCP E 2012, 1443, note F. BUY.

La protection par la pérennisation de la société trouve également une limite dans les cas où la fin de la société est imposée.

B. La fin imposée de la société

132. Intervention du juge. Le droit positif n'est pas jusqu'au-boutiste et refuse de maintenir les activités économiques devenues non viables, en raison du risque que font peser ces dernières sur leur sphère d'influence et notamment leurs créanciers. L'intervention du juge implique un contrôle de légalité et, dans une certaine mesure, d'opportunité. De la même manière que les sociétés moribondes ne sont pas maintenues artificiellement en vie, il n'est pas procédé à la dissolution d'une société pour laquelle cette décision ne se justifie pas. La dissolution de la société peut être prononcée pour justes motifs (1) ou survenir à l'issue d'une procédure de liquidation judiciaire du Livre VI du Code de commerce (2).

1. La dissolution anticipée pour justes motifs

133. Justes motifs de dissolution. La société peut prendre fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé « *pour justes motifs* »⁶⁹². Tout associé peut, dans certaines circonstances, solliciter la dissolution de la société. Si la volonté de dissoudre est partagée par les associés, elle sera plutôt décidée collectivement. Seul, un associé n'a pas ce pouvoir, d'où l'existence de ce mode de dissolution. La justesse du motif de dissolution sera appréciée par le tribunal, qui prononcera la dissolution si le fonctionnement de la société est compromis. C'est notamment le cas lorsqu'une mésentente grave et sérieuse entre associés est telle qu'elle paralyse le fonctionnement de la société⁶⁹³. Dans une telle situation, la société ne peut plus réaliser son objet. Son existence n'est plus justifiée. La situation financière de la société n'a pas à être obérée⁶⁹⁴, la paralysie des organes

⁶⁹² C. civ., art. 1844-7.

⁶⁹³ Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813 : Bull. 1996, IV, n° 86 ; JCP N 1996, 1515, note Y. PACLOT - Civ. 3° 23 févr. 2017, n° 15-28.792 : inédit - Civ. 3°, 14 sept. 2017, n° 16-20.160 : inédit.

⁶⁹⁴ Com., 7 janv. 1969, n° 66-13.671 ; Bull. 1969, IV, n° 7 - Com. 17 mars 2015, n° 13-14.113 ; inédit - Com. 23 juin 2015, n° 14-16.065 ; inédit.

est suffisante, sans qu'il ne soit nécessaire de « *caractériser un état de péril ou la ruine de la société* »⁶⁹⁵.

134. Refus de la dissolution. Si la situation n'empêche pas la société de réaliser son objet, sa dissolution est refusée. Par exemple, de simples désaccords entre associés ne suffisent pas pour prononcer la dissolution anticipée⁶⁹⁶. Pourquoi ce refus ? En l'absence de justes motifs, la société peut fonctionner, non sans difficulté en raison des tensions entre organes et au sein des organes, mais elle peut réaliser son objet. La dissolution ne peut pas être la réponse à tous les conflits entre associés⁶⁹⁷. Les associés ont le pouvoir de mettre fin à la société ; il n'en demeure pas moins qu'une fois constituée et immatriculée, la société existe de manière autonome. Ils ne peuvent pas en disposer librement, *a fortiori* lorsqu'est ouverte une procédure collective de liquidation judiciaire.

2. La liquidation judiciaire du Livre VI du code de commerce

135. Champ d'application. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise en difficultés ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens⁶⁹⁸. Elle est applicable à « *toute personne morale de droit privé* » et donc à toute société personnifiée⁶⁹⁹. Elle est ouverte à tout débiteur en état de cessation des paiements et dont le redressement est impossible⁷⁰⁰.

136. Cessation des paiements. L'état de cessation des paiements est une condition d'ouverture de procédure commune au redressement et à la liquidation judiciaire⁷⁰¹. Elle est

⁶⁹⁵ Com., 7 juill. 2009, n° 08-17.753 : inédit.

⁶⁹⁶ Com. 24 juin 2014, n° 13-20.044 : inédit.

⁶⁹⁷ S. SCHILLER et J.-M. LEPRÊTRE, Les solutions en cas de mésentente entre actionnaires, Actes Prat. Ing. Soc., Nov. 2008, doss. 11.

⁶⁹⁸ C. com., art. L. 640-1.

⁶⁹⁹ C. com., art. L. 640-2.

⁷⁰⁰ C. com., art. L. 640-1.

⁷⁰¹ C. com., art. L. 631-1 et L. 640-1.

caractérisée par l'impossibilité pour le débiteur de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible⁷⁰².

137. Redressement impossible. Il appartient au tribunal de vérifier que le redressement de la société est impossible : cela a été le cas pour une société dont l'exploitation avait cessé depuis plusieurs mois pour laquelle aucune proposition réelle de reprise de l'activité n'était avancée⁷⁰³.

La liquidation judiciaire peut être prononcée par le tribunal lorsque le redressement de la société apparaît comme manifestement impossible à tout moment de la période d'observation faisant suite à l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, sur demande du débiteur⁷⁰⁴, soit sans période d'observation⁷⁰⁵.

138. Conclusion de la Section 2. La fonction de protection de la société assumée par l'intérêt social comprend l'assurance de la pérennité de la société. L'intérêt social permet de lutter contre les actes de la société et de ses organes qui mettent en péril l'existence de la société ou compromettent sa continuité. Par analogie, l'intérêt personnel peut permettre la protection de la personne morale contre les actes ou les comportements qui l'empêchent de réaliser sa finalité, en la pérennisant le temps nécessaire à la réalisation de cette finalité.

139. Conclusion du Chapitre 1. L'intérêt social permet de protéger la société, d'une part en orientant les organes sociaux vers les actes lui permettant de réaliser sa spécialité et, d'autre part, en assurant la pérennité de la société le temps nécessaire à la réalisation de sa spécialité. Ce constat peut être généralisé à l'ensemble des personnes morales. Comme l'intérêt social, l'intérêt de chaque personne morale permettra la protection de celle-ci, si tant est qu'un mécanisme ou qu'une notion relevant de règles spéciales n'assume pas un rôle similaire.

Ce premier enseignement précise la fonction de la notion d'intérêt personnel. Les possibles utilisations de cette notion peuvent être déduites de l'étude des moyens de protection de la société mis en œuvre au motif de l'intérêt social.

⁷⁰² C. com., art. L. 631-1.

⁷⁰³ V. par ex. Com., 29 mai 2001, n° 98-16.201 : inédit.

⁷⁰⁴ C. com., art. L. 622-10 et L. 631-15.

⁷⁰⁵ C. com., art. L. 640-1.

CHAPITRE 2 : LES MOYENS DE PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ MIS EN ŒUVRE AU MOTIF DE L'INTÉRÊT SOCIAL

140. Protection exogène et endogène. Le raisonnement par analogie va permettre, après avoir déterminé la fonction de l'intérêt personnel à travers celui de l'intérêt social, d'identifier les moyens permettant la mise en œuvre de cette fonction. Les moyens de protection du droit des sociétés reposant sur l'intérêt social pourront alors être empruntés par les autres personnes morales, étant entendu que les règles particulières applicables à certaines personnes empêcheront l'emprunt ou le rendront ineffectif.

Certains moyens de protection de la société supposent l'intervention d'un tiers, qui va intervenir dans l'intérêt de la société pour prévenir ou faire cesser une situation préjudiciable (**Section 1**) lorsque d'autres reposent sur la réaction des organes sociaux ou de leurs membres (**Section 2**).

SECTION 1 : L'INTERVENTION D'UN TIERS

141. Intervention d'un tiers. Selon les circonstances, l'intérêt social peut justifier qu'un tiers à la société intervienne afin de prévenir ou de faire cesser un trouble social. La protection de la société peut être le fait de l'intervention d'un mandataire désigné en justice (**I**) ou résulter d'une intervention spontanée (**II**).

I. L'intervention d'un mandataire de justice

142. Étendue de la mission du mandataire. Malgré le principe de non-immixtion du judiciaire dans la gestion des entreprises, la désignation de mandataires de justice peut être sollicitée, sur le fondement de l'intérêt social. Au motif de l'intérêt social, certains de ces mandataires se substituent à un organe social ou à l'un de ses membres (**A**) tandis que d'autres se voient confier une mission conservatoire (**B**).

A. La substitution à un organe social ou à l'un de ses membres

143. Mandataire *ad hoc* et administrateur provisoire Le plus souvent, la distinction entre administration provisoire et mandat *ad hoc* est claire⁷⁰⁶. Si les deux missions sont justifiées par l'intérêt social, l'administrateur provisoire se substitue à un organe de direction et le mandataire *ad hoc* à un ou plusieurs associés. Cette différence implique d'étudier successivement la mission de l'administrateur provisoire et celle du mandataire *ad hoc*.

1. La mission de l'administrateur provisoire

144. Objet de l'administration provisoire. L'administrateur provisoire est un mandataire de justice désigné « *en vue d'assurer, à titre temporaire, la gestion d'une personne morale, civile ou commerciale* »⁷⁰⁷. Il peut disposer de pouvoirs limités par la décision l'ayant désigné ou être chargé provisoirement de la gestion et de l'administration de la personne morale, ce qui emporte dans ce cas dessaisissement de l'organe en question⁷⁰⁸. Il est à rapprocher de l'administrateur judiciaire désigné lors de l'ouverture d'une procédure collective⁷⁰⁹, qui a le même statut et la même mission⁷¹⁰ et est choisi en principe sur la liste des administrateurs judiciaires⁷¹¹.

Outre le dessaisissement des organes sociaux, la désignation d'un administrateur provisoire est difficilement dissimulable aux partenaires de la société, et peut avoir des conséquences redoutables en termes de réputation. Aussi, le recours à l'administration provisoire a un caractère exceptionnel⁷¹². Il ne peut être sollicité que dans l'intérêt de la société, et ne se justifie que dans les situations où la continuité de la société est compromise. L'administration provisoire n'est pas un remède à chaque crise sociale : la crise doit être grave et faire peser sur la société un péril imminent. À l'origine, la désignation d'un administrateur provisoire

⁷⁰⁶ *Contra* Civ. 3^e, 16 déc. 2009, n° 09-10.209 : Bull. 2009, III, n° 287 - Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-13.212 : Bull. 2018, IV.

⁷⁰⁷ B. DELCOURT, Rép. sociétés, V° Administrateur provisoire, 2018, § 2.

⁷⁰⁸ Civ. 3^e, 25 oct. 2006, n° 05-15.393 : Bull. 2006, III, n° 210 ; D. 2006, p. 2792.

⁷⁰⁹ C. com., art. L. 621-4.

⁷¹⁰ C. com., art. L. 622-1.

⁷¹¹ C. com., art. L. 811-2.

⁷¹² B. DELCOURT, Rép. sociétés, V° Administrateur provisoire, 2018, § 13.

était destinée à remplacer les dirigeants d'entreprises « *placés dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions* »⁷¹³. Par la suite, la désignation d'un administrateur provisoire a pu être demandée lorsque, malgré la présence de dirigeants, le processus décisionnel était empêché par la mésentente entre organes de direction ou entre associés ou actionnaires.

145. Carence *stricto sensu* des organes de direction. La première hypothèse de désignation d'un administrateur provisoire est la carence à proprement parler d'organe de direction, rendant nécessaire la désignation d'un administrateur provisoire afin de diriger la société. Au cas contraire, l'inertie résultant de la carence d'organe de direction mettrait en péril l'existence même de la société. L'intérêt de la mesure pour la société est alors évident. C'est par exemple le cas lorsqu'un dirigeant est emprisonné. Dans une affaire où le président personne physique d'une société « *animait* » plusieurs sociétés du groupe a été incarcéré, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, suivant les juges du fond, a estimé que « *la présence et l'action du président de la société était si "nécessaire" aux sociétés du groupe que celles-ci avaient, dès son incarcération, sollicité par une requête commune que leur soit désigné un administrateur provisoire commun, [et que] la cour d'appel qui constatait ainsi "la carence des organes sociaux" de chacune des sociétés du groupe a, en outre relevé que cette carence mettait "en péril les intérêts sociaux" de chacune des sociétés du groupe* »⁷¹⁴.

146. Mésentente de nature à paralyser le fonctionnement normal de la société. La seconde hypothèse est la mésentente des membres d'un organe social. Cette forme de carence a pu être qualifiée de « *voulue* »⁷¹⁵. Là encore, la carence fait courir le risque à la société d'une inertie lui étant préjudiciable, l'intérêt de la société justifiant qu'un tiers intervienne. À l'occasion de l'affaire « *FRUEHAUF* », la Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que seules des « *circonstances exceptionnelles* » aboutissant à la paralysie de la société pouvaient justifier la substitution d'un mandataire de justice aux organes sociaux en place⁷¹⁶. La paralysie ne doit toutefois pas être irrémédiable, auquel cas la dissolution anticipée de la société pour juste motif s'imposera⁷¹⁷.

⁷¹³ L. 10 sept. 1940, prévoyant la nomination d'administrateurs provisoires des entreprises privées de leurs dirigeants, art. 1.

⁷¹⁴ Com., 5 fév. 1985, n° 82-15.119 ; Bull. 1985, IV, n° 44 ; JCP E 1985, 14534, note A. VIANDIER.

⁷¹⁵ A. VIANDIER, JCP E 1985, 14534, note ss. Com. 5 fév. 1985, n° 82-15.119.

⁷¹⁶ CA Paris, 22 mai 1965 : R. CONTIN, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968, p. 147.

⁷¹⁷ Sur la dissolution anticipée pour juste motif, cf. *supra* n° 133 et s.

Dans les situations moins critiques, l'intérêt social pourra justifier la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

2. Le mandataire *ad hoc*

147. Recours au mandat *ad hoc*. La désignation d'un mandataire *ad hoc* participe du même esprit que celle d'un administrateur provisoire. Elle est sollicitée afin de résoudre un blocage des organes sociaux, sans pour autant impliquer leur dessaisissement⁷¹⁸. Le mandataire *ad hoc* désigné sera, selon les cas, chargé de convoquer une assemblée, d'en déterminer l'ordre du jour voire de voter en lieu et place d'associés à l'origine du blocage. La possibilité de demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer les associés est expressément ouverte pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, soit aux associés remplissant certaines conditions de détention du capital, soit, en cas d'urgence, à tout intéressé⁷¹⁹. Pour les autres formes sociales, la désignation d'un mandataire *ad hoc* pourra être obtenue sur le fondement d'un trouble manifestement illicite⁷²⁰.

148. Absence d'intérêt pour la société. La mesure est repoussée chaque fois que l'intérêt de la société ne le justifie pas, c'est-à-dire lorsque face à une crise sociale, l'intervention d'un mandataire n'est pas nécessaire. C'est notamment le cas lorsque le dépôt d'une plainte pour abus de biens sociaux n'a pas eu d'incidence sur le fonctionnement des organes sociaux et la tenue régulière des assemblées générales d'actionnaires⁷²¹ ou, lorsque la querelle de dirigeants n'est pas à même de compromettre la vie sociale⁷²².

La même solution s'applique aux mesures conservatoires, bien que celles-ci soient moins radicales que l'administration provisoire ou le mandat *ad hoc*.

⁷¹⁸ V. par ex. Com. 15 mars 2017, n° 15-12.742 : Bull. 2017, IV ; RTD Com. 2017, p. 389, note A. LECOURT.

⁷¹⁹ Pour les sociétés à responsabilité limitées, C. com., art. L. 223-27 ; Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-120.

⁷²⁰ Com., 4 févr. 2014, n° 12-29.348 : Bull. 2014, IV, n° 31 ; Rev. sociétés 2014, p. 426, note B. SAINTOURENS.

⁷²¹ V. par ex. CA Paris, 30 avr. 2014, n° 13/22911.

⁷²² V. par ex. CA Paris, 10 avr. 1989, n° 89/5398 : Bull. Joly Sociétés 1989, p. 529.

B. La mission conservatoire

149. Mesures conservatoires motivées par l'intérêt social. Toutes les mesures conservatoires du droit des sociétés n'ont pas à être motivées par la préservation de l'intérêt social. Par exemple, la demande de désignation d'un huissier audiencier pour assister à une assemblée générale n'est justifiée que par l'intérêt de la mesure pour l'associé demandeur, en l'occurrence se préserver des preuves dans le cadre d'un litige.

La variété des situations de conflit et l'imagination de la pratique aboutit aux désignations de mandataires aux missions variées : un contrôleur de gestion, qui se voit confier une mission de préservation de la société sans dessaisissement de ses organes⁷²³, un enquêteur-conciliateur, au titre éloquent⁷²⁴, etc. L'on se limitera ici à l'exemple du séquestre judiciaire (1) et à celui de l'expert de gestion (2).

1. L'exemple du séquestre judiciaire

150. Propriété litigieuse. Le séquestre judiciaire peut être ordonné pour des meubles saisis sur un débiteur, un bien dont la propriété ou la possession est litigieuse ou des choses qu'un débiteur offre pour sa libération⁷²⁵. En matière de sociétés, le juge pourra prononcer la mise sous séquestre de titres dès lors qu'il existe une contestation sérieuse de leur propriété, par exemple si une action en nullité d'un protocole de cession de titres est en cours « *afin de garantir le maintien du statu quo pendant la durée de l'instance* »⁷²⁶. Ainsi, le séquestre de titres peut être sollicité en vue d'empêcher la création d'une situation irréversible ; toutefois, cette demande semble être davantage justifiée par l'intérêt du demandeur – par exemple, un associé – que dans celui de la société⁷²⁷.

⁷²³ V. par ex. Com., 10 janv. 1972, n° 70-11.161 : Bull. 1972, IV, n° 13 - CA Paris, 27 oct. 1999, n° 1999/13848 - CA Poitiers, 24 janv. 2012, n° 11/01571.

⁷²⁴ V. par ex. T. com. Paris, ord. réf., 14 févr. 1990 : JCP E 1990, 15826, note A. VIANDIER - CA Paris, 7 mars 1990, n° 90/3515.

⁷²⁵ C. civ., art. 1961.

⁷²⁶ Com., 15 févr. 1983, n° 82-10.782 ; Bull. 1983, IV, n° 67.

⁷²⁷ V. par ex. Com., 25 sept. 2012, n° 11-20.061 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 152, note A. COURET.

151. Séquestre s'imposant dans l'intérêt social. Par ailleurs, la désignation d'un séquestre de titres sans contestation sérieuse relative à la propriété a été admise, dans le but de préserver l'intérêt de deux sociétés liées. Dans une affaire, l'actionnaire de deux sociétés décide, en son nom et en qualité de porteur d'autres actionnaires, d'en céder les titres. Les cessionnaires lui consentent quatre promesses d'achat échelonnées sur plusieurs années. Une première cession est réalisée, conférant aux cessionnaires la majorité dans chacune des sociétés dont les titres étaient cédés. Après la première levée d'option, une expertise dévoile un important passif social. Malgré cela, le cédant a levé les autres options, sans toutefois remettre les titres aux cessionnaires, qui, quant à eux, ont refusé de payer le prix convenu, soutenant que les sommes déjà versées par eux excèdent la valeur des titres. Cette situation aboutit à une paralysie des sociétés, qui a notamment compromis l'entrée d'un nouvel investisseur et aggravé leurs difficultés. Les cessionnaires ont alors sollicité une mesure de séquestre portant sur les titres non encore payés. Les juges du fond accèdent à cette demande, considérant que « *l'attitude des cédants devant la situation financière des deux sociétés [...] justifie que soit examinée la nécessité d'une mesure conservatoire propre à prévenir un dommage imminent, [...] cette attitude révèle un désintérêt des affaires sociales* », et que « *la mesure de séquestre [...] est de nature à sauvegarder les intérêts respectifs des parties comme de permettre la poursuite de l'activité des sociétés dont la survie est en péril* »⁷²⁸. Le cédant se pourvoit en cassation en soulevant le moyen selon lequel la mesure de séquestre de titres de société ne peut être prononcée qu'en cas de contestation sérieuse sur la propriété de ceux-ci. La Chambre commerciale reprend mot pour mot la motivation de la décision d'appel et rejette le pourvoi⁷²⁹.

Le principe de la solution n'est pas nouveau. Le juge peut, en référé, prononcer une mesure conservatoire de séquestre en dehors des cas énumérés, c'est-à-dire, s'agissant de titres d'une société, en fait de meuble, en dehors de toute contestation en matière de propriété ou de possession⁷³⁰. En revanche, la justification de la mesure par la sauvegarde des intérêts des parties, dont ceux des sociétés, et la poursuite de leur activité est semble-t-il inédite. La solution est assez originale, puisque la mesure de séquestre ne se justifie pas tant dans l'intérêt du propriétaire des titres que dans celui de la société.

⁷²⁸ CA Paris, 27 juin 1985.

⁷²⁹ Com., 19 mai 1987, n° 85-16.342 : inédit ; JCP E 1987, 16959, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁷³⁰ Civ. 2^e, 27 nov. 1963 : Bull. 1963, II, n° 772.

152. Exercice des droits de vote par le séquestre. Une fois les titres séquestrés, le séquestre ne devrait pas en principe s'en servir et exercer les droits de vote y étant attachés⁷³¹. Toutefois, il peut se voir confier le soin d'exercer les droits de vote, pour prévenir la société d'un péril imminent pour la société ou pour empêcher la création d'une situation irréversible⁷³².

En matière de prévention d'un péril imminent, la règle est identique à celle qui vaut pour la désignation d'un mandataire *ad hoc* : le péril imminent concerne le devenir de la société, et la mesure doit se justifier au regard de l'intérêt qu'elle présente pour la société. Ce principe a été posé par la Chambre commerciale. Pour confier l'exercice du droit de vote en assemblée au séquestre, le juge des référés doit « *rechercher si cette mesure [est] commandée par la nécessité de préserver d'un péril imminent le bon fonctionnement ou les intérêts de la société* » dont les titres sont séquestrés⁷³³. Ce fut le cas dans un des volets de l'affaire « RIVOIRE ET CARRET », où l'exercice par le séquestre des droits de vote permettait le maintien d'un *statu quo* pendant la durée d'une instance au fond sur la propriété des titres séquestrés⁷³⁴.

2. L'exemple de l'expert de gestion

153. Expertise de gestion *stricto sensu*. La désignation d'un expert de gestion est une possibilité offerte aux associés de société à responsabilité limitée et aux associés ou actionnaires de sociétés par actions⁷³⁵. Ces derniers peuvent solliciter la désignation un ou plusieurs experts chargés d'établir et de leur présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion, réalisées par les dirigeants de la société dans laquelle ils détiennent une participation. La notion d'opération de gestion au sens de ces textes est large et peut

⁷³¹ C. civ., art. 1963, 1956 et 1930.

⁷³² M. MICHINEAU, Qualification de la mesure de séquestre et sort du droit de vote attaché aux actions litigieuses séquestrées, Rev. sociétés 2016, p. 7.

⁷³³ Com., 15 févr. 1983, n° 80-11.968 ; Bull. 1983, IV, n° 66.

⁷³⁴ Com., 15 févr. 1983, n° 82-10.782 ; Bull. 1983, IV, n° 67

⁷³⁵ Pour les sociétés à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-37 ; Pour les sociétés par actions, C. com., art. L. 225-231.

concerner le financement de la restructuration d'un groupe de sociétés⁷³⁶, ou les prix de transfert et les prestations facturées à la société par un de ses principaux actionnaires⁷³⁷. En revanche, l'expertise de gestion ne peut pas être ordonnée pour remettre en cause la régularité et la sincérité des comptes sociaux⁷³⁸.

Ce n'est pas une atteinte avérée à l'intérêt social qui justifie la mesure d'expertise. Si l'associé ou actionnaire était en mesure de prouver la matérialité de l'atteinte, la mesure d'expertise serait inutile, et cet associé solliciterait une autre mesure d'urgence ou agirait au fond en nullité ou en responsabilité. Toutefois, c'est bien la protection de la société qui conduit à demander la désignation d'un expert de gestion, puisque la mesure doit permettre d'établir la preuve du non-respect de celui-ci par le dirigeant dans le cadre de l'opération de gestion⁷³⁹.

154. Expertise *in futurum*. En l'absence de texte spécifique, l'intérêt social peut motiver la désignation d'un expert chargé d'une mission analogue à celle de l'expert de gestion à proprement parler. En effet, en procédure civile, il est possible de solliciter des mesures d'instruction afin de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige⁷⁴⁰. Le juge peut désigner une personne afin de procéder à des constatations, mesure fréquente en matière de concurrence déloyale⁷⁴¹, mais également une personne chargée de procéder à une expertise à proprement parler, similaire dans les faits à l'expertise de gestion⁷⁴². Il y a concurrence entre l'expertise de gestion *stricto sensu* et l'expertise *in futurum*⁷⁴³. En effet, la désignation d'un expert de gestion ne fait pas obstacle à ce qu'un expert soit désigné au titre des mesures d'instruction *in futurum* soit ordonnée, ni

⁷³⁶ V. par ex. Com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509 : Bull. 2013, IV, n° 130 ; JCP E 2013, 1652, note F. DUQUESNE.

⁷³⁷ V. par ex. Com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275 ; inédit; Dr. Sociétés 2016, comm. 8, note D. GALLOIS-COCHET.

⁷³⁸ V. par ex. CA Paris, 7 mars 1990, n° 89/22135.

⁷³⁹ V. par ex. Com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509 : Bull. 2013, IV, n° 130 ; JCP E 2013, 1652, note F. DUQUESNE.

⁷⁴⁰ CPC, art. 145.

⁷⁴¹ V. par ex. Civ. 2^e 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : Bull. 2006, II, n° 44 - Civ. 2^e, 20 mars 2014, n° 12-29.913 : Bull. 2006, II, n° 74.

⁷⁴² Com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275: inédit; Dr. Sociétés 2016, comm. 8, note D. GALLOIS-COCHET.

⁷⁴³ J. MOURY, Expertise de gestion, la concurrence indélégatée de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 301, § 8.

que l'associé ne réunissant pas les conditions de participation au capital pour obtenir le prononcé d'une expertise de gestion puisse obtenir le prononcé d'une expertise *in futurum*⁷⁴⁴.

155. Mandataire judiciaire et raisonnement par analogie. L'intérêt social peut motiver la désignation de mandataires de justice chargés de répondre à une crise sociale avec des moyens parfois très étendus. Dans la mesure où ces désignations ne sont pas strictement limitées au droit des sociétés, il paraît alors parfaitement possible d'emprunter ces solutions protectrices pour les appliquer, dans le respect des règles leur étant applicables, aux autres personnes morales sur le fondement de leur intérêt personnel. Il en sera de même pour les tiers à la société qui interviennent spontanément.

II. L'intervention spontanée

156. Origine de la protection. Les tiers à la société qui ne sont pas désignés judiciairement interviennent sur le fondement de l'intérêt social soit de manière directe, leur mission impliquant la protection directe de la société (**A**), soit de manière incidente à l'exercice de leur mission (**B**).

A. La protection directe de la société

157. Alerte. De leur propre initiative, éventuellement en application d'une obligation légale, des tiers à une société peuvent lancer une alerte ayant pour objet ou pour effet de protéger la société, selon la procédure de droit commun (**1**) ou une procédure de droit spécial (**2**).

1. La procédure d'alerte de droit commun

158. Whistleblowing. Un lanceur d'alerte est défini par la loi comme une « *personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement*

⁷⁴⁴ Com., 7 déc. 1981, n° 80-11.853 : Bull. 1981, IV, n° 425.

d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »⁷⁴⁵. Cette définition et le dispositif de protection qui accompagne le lanceur d'alerte ainsi entendu ont suscité des réactions plutôt mitigées⁷⁴⁶. Le lanceur d'alerte doit informer son supérieur hiérarchique ou son employeur ou encore un référent désigné par ce dernier. En l'absence de réponse satisfaisante aux faits objets de l'alerte, ces faits peuvent être signalés aux autorités judiciaires, administratives ou professionnelles et, à défaut de traitement du signalement, rendus publics dans un délai de trois mois⁷⁴⁷. Les mesures disciplinaires contre la personne physique à l'origine de l'alerte ou contre les personnes mises en cause par l'alerte fondées seulement sur l'alerte, notamment le licenciement, sont interdites, et peuvent être annulées.

159. Whistleblowing et intérêt social. Le régime du lanceur d'alerte n'a pas pour objet la protection de la société. Néanmoins, le lanceur d'alerte peut dénoncer des crimes ou des délits dont il a eu personnellement connaissance. Or, quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des moyens de la société pour commettre une infraction est contraire à l'intérêt social, en ce qu'elle expose la société à un risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants, et porte atteinte à son crédit et à sa réputation⁷⁴⁸. Ainsi, le lanceur d'alerte qui dénonce la commission d'une infraction commise grâce aux moyens de la société contribue à la protection de la société.

2. La procédure d'alerte de droit spécial

160. Devoir d'alerte du commissaire aux comptes. Les fonctions du commissaire aux comptes lui permettent d'être particulièrement bien placé pour découvrir les difficultés des

⁷⁴⁵ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 6.

⁷⁴⁶ E. ALT, Lanceurs d'alerte. De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte, JCP 2017, p. 90 ; S. DYENS, Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l'oeil, AJCT 2017, p. 127 ; X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance, D. 2017, p. 1619.

⁷⁴⁷ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 8.

⁷⁴⁸ Crim., 24 avril 1992, n° 90-85125 : Bull. crim, n° 169 ; Rev. sociétés 1993, p. 124, note B. BOULOC - Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698 : Bull. crim. 1997, n° 352 ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. BOULOC.

entreprises⁷⁴⁹. Lorsque le commissaire aux comptes d'une société relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il est tenu d'en informer le dirigeant⁷⁵⁰. Cette alerte a pour objet d'empêcher que la continuité de la société soit compromise. La procédure d'alerte est donc mise en œuvre dans l'intérêt de la société. Si le dirigeant ne donne pas suite à l'information du commissaire aux comptes, la procédure d'alerte se poursuit. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial destiné aux associés ; dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration ou le directoire aura été préalablement entendu. En l'absence de délibérations des associés, ou si malgré leurs délibérations la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes en informe le président du tribunal de commerce.

161. Droit d'alerte économique du comité social et économique. De la même manière que la procédure d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes, le comité économique et social peut alerter l'employeur de certains faits en matière économique dans le but de protéger la société et, incidemment, les emplois et les conditions de travail⁷⁵¹. Ainsi, lorsque le comité a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. Si le comité n'a pu obtenir de réponse suffisante de l'employeur ou si la réponse donnée confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport, transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes, ce qui déclenchera éventuellement une nouvelle procédure d'alerte.

À côté de ces alertes, l'intérêt social peut permettre la protection de la société de manière plus incidente.

B. La protection incidente de la société

162. Protection incidente à la protection de l'intérêt général. À la différence des lanceurs d'alerte, certaines institutions permettent la protection de la société à l'occasion de l'exercice de leur mission de protection d'un autre intérêt, tout en se référant à l'intérêt social. C'est par exemple le cas du ministère public (1) et de l'Autorité des marchés financiers (2).

⁷⁴⁹ J. PAILLUSSEAU, L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS, JCP E 2000, p. 1697.

⁷⁵⁰ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 234-1 ; pour les autres sociétés, C. com., art. L. 234-2.

⁷⁵¹ C. trav., art. L. 2312-63 et s.

1. L'exemple du ministère public

163. Ordre public et intérêt social. En procédure civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi⁷⁵² et, en dehors de ces cas, pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits portant atteinte à celui-ci⁷⁵³. En procédure pénale, il exerce l'action publique et requiert l'application de la loi⁷⁵⁴.

Le ministère public peut intervenir lorsqu'une atteinte à l'intérêt social se superpose à un trouble à l'ordre public. Ce serait le cas dans la situation où l'absence d'organes de direction d'une société crée un trouble à l'ordre public, justifiant la désignation d'un administrateur provisoire par le ministère public⁷⁵⁵. Également, le ministère public est partie principale lors des procès en matière d'abus de biens sociaux, d'abus de confiance ou de banqueroute⁷⁵⁶. Par ailleurs, le ministère public dispose de prérogatives en droit des sociétés permettant la protection de celle-ci. Il peut par exemple demander la désignation d'un expert de gestion dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes non cotées⁷⁵⁷, désignation motivée par l'intérêt social⁷⁵⁸.

2. L'exemple de l'Autorité des marchés financiers

164. Protection des marchés et intérêt social. Les missions de l'Autorité de marchés financières sont énumérées par la loi. Elle veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers, et apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et

⁷⁵² CPC, art. 422.

⁷⁵³ CPC, art. 433.

⁷⁵⁴ CPP, art. 31.

⁷⁵⁵ B. DELCOURT, Rép. sociétés, V° Administrateur provisoire, 2018, § 75.

⁷⁵⁶ Sur ces infractions, cf. *infra* n° 185 et s.

⁷⁵⁷ Pour les sociétés à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-37 ; pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-131.

⁷⁵⁸ Sur cette question, cf. *supra* n° 153.

international⁷⁵⁹. Une intervention de l'Autorité relative à sa mission de veille au bon fonctionnement des marchés peut participer également à la protection de l'intérêt social. Ce pourrait être le cas en présence d'un rachat d'actions constitutif d'une manipulation de cours d'un émetteur⁷⁶⁰. En effet, il a été admis qu'un rachat de parts sociales pouvait être réalisé au mépris de l'intérêt de la société, réalisé en contrariété de l'intérêt social⁷⁶¹. Dans une telle situation, l'action de l'Autorité des marchés financiers aurait pour finalité première d'assurer le bon fonctionnement des marchés mais permettrait également, par incidence et dans une certaine mesure, de protéger la société émettrice. Par ailleurs, l'Autorité émet des recommandations, dont certaines ont incidemment pour effet la protection la société⁷⁶².

165. Conclusion de la Section 1. L'intérêt social peut justifier qu'un tiers intervienne dans la vie de la société. L'intervention d'un tiers peut être sollicitée auprès d'une juridiction, cette dernière déterminant alors le périmètre de la mission du tiers et l'étendue de ses pouvoirs. Un tiers peut également agir spontanément, dans le cadre de ses prérogatives. Étant donné que ces mesures de protection ne sont pas strictement limitées au droit des sociétés, celles-ci peuvent être envisagées pour les autres personnes morales, toujours sous la réserve des règles spécifiques applicables à chaque personne morale.

Les moyens de protection permis par l'intérêt personnel peuvent encore être complétés par d'autres mesures justifiées par l'intérêt social mises en œuvre par les organes sociaux ou certains de leurs membres.

SECTION 2 : LA RÉACTION DES ORGANES SOCIAUX OU DE LEURS MEMBRES

166. Actes et acteurs. La réaction motivée par l'intérêt social peut permettre d'éliminer à la fois la cause du mal, à savoir les actes (A) et ceux qui en sont à l'origine, les acteurs (B)

⁷⁵⁹ C. monét. fin., art. L. 621 1.

⁷⁶⁰ V. not. AMF, DOC 2017-04, Position-recommandation relative aux interventions des émetteurs cotés sur leurs propres titres et aux mesures de stabilisation.

⁷⁶¹ V. par ex. CE 15 févr. 2016, n° 376739, « SNC PHARMACIE SAINT-GAUDINOISE » : Rec. CE 2016, tables.

⁷⁶² V. par ex. AMF, DOC 2015-05, Position-recommandation relative aux cessions et acquisitions d'actifs significatifs, 17 juin 2015 : Gaz. Pal. 28 juil. 2015, p. 3, note B. DONDERO.

I. La protection contre les actes

167. Violation de l'intérêt social. La protection de la société implique non seulement de traiter les actes qui violent l'intérêt social en les annulant (A) mais aussi de neutraliser les conséquences préjudiciables pour la société (B).

A. La nullité des actes pour violation de l'intérêt social

168. Actes, délibérations et contrats. Différentes catégories d'actes de la société peuvent porter atteinte à son intérêt. D'abord, il peut s'agir des actes relevant du droit des sociétés - c'est-à-dire les manifestations de volonté de la société destinées à produire des effets de droit dans les rapports avec les associés - et les délibérations des organes sociaux, soit les décisions émanant d'organes sociaux délibérants. Ensuite, il peut s'agir des actes de la société elle-même. En tant que personne, la société a en effet la capacité de réaliser certains actes, et par exemple de conclure des contrats. La nullité de ces différents types d'actes n'est pas soumise au même régime. Aussi, en cas de violation de l'intérêt social, il convient de distinguer le régime applicable en droit des sociétés (1) de celui du droit des contrats (2).

1. En droit des sociétés

169. Régime de la nullité. Le régime de la nullité des actes et délibérations est fonction de la nature de la société. Dans une société civile, la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une « *disposition impérative* » du Titre IX du Livre III du Code civil, relatif à la société, ou « *de l'une des causes de nullité des contrats en général* »⁷⁶³. Dans une société commerciale, il faut distinguer selon que l'acte ou la délibération modifie les statuts ou non. La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une « *disposition expresse* » du Livre II du Code de commerce relatif aux sociétés commerciales ou « *des lois qui régissent la nullité des contrats* ». La nullité d'actes ou délibérations ne modifiant pas les statuts ne peut résulter que de la violation

⁷⁶³ C. civ., art. 1844-10.

d'une « *disposition impérative* » du Livre II du Code de commerce relatif aux sociétés commerciales ou « *des lois qui régissent les contrats* »⁷⁶⁴.

170. Nullité et intérêt social. Il n'y a, ni dans le Livre II du Code de commerce, ni dans le Titre IX du Livre III du Code civil, de dispositions prévoyant la nullité d'un acte ou d'une délibération pour contrariété à l'intérêt social. C'est sur le fondement des nullités du droit des contrats que la contrariété à l'intérêt social d'un acte ou d'une délibération pourra être sanctionnée, soit le détournement de pouvoir ou la fraude. Le pouvoir d'un organe social peut être défini comme la prérogative qui lui permet d'exprimer l'intérêt de la société par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui⁷⁶⁵. Ce pouvoir doit donc être exercé dans l'intérêt de la société⁷⁶⁶. Dans le cas contraire, il détournerait son pouvoir, justifiant l'annulation de son acte ou de sa délibération⁷⁶⁷. Le régime de la représentation en droit des contrats confirme cette analyse : « *lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli* »⁷⁶⁸.

Le détournement de pouvoir peut se manifester en cas d'abus de droit de vote en assemblée⁷⁶⁹. Depuis l'arrêt « SOCIÉTÉ DES ANCIENS ETABLISSEMENTS PIQUARD »⁷⁷⁰, il est admis que l'abus commis dans l'exercice du droit de vote lors d'une assemblée générale affecte par lui-même la régularité des délibérations de cette assemblée⁷⁷¹. L'associé qui agit en annulation d'un acte ou d'une délibération doit faire la démonstration de son intérêt à agir. Sans grief, il n'y a pas d'intérêt à agir ; sans intérêt à agir, la nullité ne peut être prononcée. Ainsi, la demande d'annulation de décisions d'assemblée de l'associé « *qui ne manifestent aucunement, de la part des majoritaires, une volonté de nuire à l'associé*

⁷⁶⁴ C. com., art. L. 235-1.

⁷⁶⁵ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 232.

⁷⁶⁶ G. WICKER et J-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, *op. cit.*, § 31.

⁷⁶⁷ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 114, n° 182.

⁷⁶⁸ C. civ., art. 1157

⁷⁶⁹ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.* p. 79 et s.

⁷⁷⁰ Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175 ; D. 1961, p. 661.

⁷⁷¹ Com., 6 juin 1990, n° 88-19.420 : Bull. 1990, IV, n° 171 ; Bull. Joly Sociétés 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE ; RTD com. 1990, p. 592, note Y. REINHARD ; Rev. sociétés 1990, p. 606, note Y. CHARTIER.

minoritaire ou de le spolier de ses droits, et ne sont pas contraires à l'intérêt de la société » doit être rejetée⁷⁷².

Ces principes ne trouvent pas à s'appliquer aux contrats conclus en violation de l'intérêt social, leur nullité relevant du régime du droit des contrats.

2. En droit des contrats

171. Régime de la nullité. Sont nécessaires à la validité d'un contrat le consentement des parties au contrat, leur capacité de contracter et un contenu licite et certain⁷⁷³. Un contrat qui ne remplit pas ces conditions est nul⁷⁷⁴. Par ailleurs, un contrat peut être annulé s'il est conclu au mépris de l'intérêt social. Seulement, le fondement de la nullité sera différent selon que la société est partie au contrat ou non.

172. Contrat auquel la société est partie. L'intérêt social et la spécialité de la société sont liés. L'intérêt social permet d'orienter les organes sociaux vers les décisions utiles à la société. Il définit la capacité de la société⁷⁷⁵ qui elle-même détermine les pouvoirs de ses représentants. La contrariété d'un contrat à l'intérêt social implique donc que la société ne réalise pas son objet et que ce contrat a été conclu en dépassement ou en détournement de ses pouvoirs par le représentant de la société⁷⁷⁶. Sa capacité à conclure un contrat s'arrête là où s'arrête son intérêt. La contrariété d'un contrat à l'intérêt social peut permettre d'en obtenir la nullité. Néanmoins, si objet et intérêt social sont liés, l'intérêt de la société n'est pas réductible à son objet. De plus, pour des raisons de sécurité juridique, la violation de l'intérêt personnel de la société ne permet pas d'obtenir systématiquement la nullité de contrat conclu avec des tiers à la société. Le droit français et le droit communautaire des sociétés protègent

⁷⁷² Com., 7 juil. 2015, n° 14-18.705 : inédit ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 5, note J.-M. Moulin ; Rev. sociétés 2016, p. 237, note B. SAINTOURENS.

⁷⁷³ C. civ., art. 1128.

⁷⁷⁴ C. civ., art. 1178.

⁷⁷⁵ D. GALLOIS-COCHET, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142 - *contra* P. MOUSSERON, Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016 p. 906.

⁷⁷⁶ C. civ., art. 1156 et 1157.

les tiers des causes de non-validité des engagements pris au nom de la société⁷⁷⁷. Pour ce faire, la Directive européenne du 16 septembre 2009 énonce que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions sont engagées vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par leurs organes, même si ces actes ne relèvent pas de leur objet social, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes⁷⁷⁸. Si cette règle régit la représentation des sociétés et non leur capacité, elle formule une règle de représentation qui façonne la capacité de la société. En conséquence, même si une société n'a pas la capacité de conclure un contrat qui soit en contrariété à son intérêt, cette incapacité ne permettra pas, en principe, dans les sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions, le prononcé de la nullité⁷⁷⁹. La Directive du 16 septembre 2009 a été invoquée par la Cour de cassation pour éclairer les dispositions relatives aux pouvoirs des organes sociaux des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions. La Chambre commerciale en a fait une application stricte en énonçant qu'« à la lumière de celles de l'article 10 de la directive 2009/101/CE, [...] serait-elle établie, la contrariété à l'intérêt social ne constitue pas, par elle-même, une cause de nullité des engagements souscrits par le gérant d'une société à responsabilité limitée à l'égard des tiers »⁷⁸⁰.

Toutefois, il en sera autrement si le tiers n'ignore pas la contrariété à l'intérêt social du contrat, et donc l'incapacité de son cocontractant. *Probatio diabolica* ? Pas nécessairement, si le tiers est un associé⁷⁸¹ ou un dirigeant de la société⁷⁸² ou, comme cela a été admis, un

⁷⁷⁷ Pour le droit français, v. not. C. com., art. L. 235-12 ; Pour le droit communautaire, v. not. PE et Cons. CE, dir. 2009/101/CE, 16 sept. 2009, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, consid. 9.

⁷⁷⁸ PE et Cons. CE, dir. 2009/101/CE, 16 sept. 2009, précitée, art. 10.

⁷⁷⁹ D. GALLOIS-COCHET, Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142.

⁷⁸⁰ Com., 12 mai 2015, n° 13-28.504 : Bull. 2015 IV, n° 80 ; D. 2015, 1096 A. LIENHARD ; LEDC n° 6, p. 7, note M. CAFFIN-MOI ; RLDA 2015, 5651, note S. SOLTANI ; Rev. sociétés 2015, p. 515, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 9, note A.-F. ZATTARA-GROS ; RTD Com 2015, p. 663, note P. CROCQ ; RLDC 2015, 5972, note R. DALMAU.

⁷⁸¹ Com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bull. 2014, IV, n° 142 ; JCP G 2014, note 1043 ; Gaz. Pal. 16 oct. 2014, p. 24 ; RLDA, nov. 2014, 5337, note. M. DE MONTAIGNE ; Rev. sociétés 2014 p. 714, note A. VIANDIER ; LPA 26 fév. 2015, p. 9, note J. ATTARD ; RTD Com. 2015, p. 123, note M.-H. MONSERIE-BON - Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-11.785 : inédit - Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : Bull. 2012, III, n°121 ; Rev. sociétés 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; D. 2013, p. 1706, note P. CROCQ. - Com. 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : inédit ; Dr. Sociétés 2008, n° 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

établissement de crédit qui « dans le cadre de ses relations commerciales et des concours par elle apportés aux sociétés du groupe [et], après une étude globale de la situation économique et financière du groupe » avait bénéficié d'un cautionnement consenti par une société anonyme⁷⁸³. Par ailleurs, pour les formes sociales qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Directive du 16 septembre 2009, le contrat conclu en contrariété de l'intérêt social pourra être annulé⁷⁸⁴. La jurisprudence en matière de sûreté pour autrui en fournit de nombreuses illustrations⁷⁸⁵.

173. Contrats auxquels la société n'est pas partie. La protection de la société s'étend également à des contrats auxquels elle n'est pas partie. Certains contrats, conclus entre membres d'un même organe, visent à organiser le fonctionnement de cet organe par l'instauration de règles de vote. En pratique, les associés ou actionnaires peuvent y procéder par les stipulations d'un « pacte » ou d'un acte *ad hoc*. Certaines clauses de ces contrats peuvent porter atteinte à l'intérêt de la société. C'est le cas des clauses d'inaliénabilité des parts ou actions⁷⁸⁶ et surtout des clauses qui organisent le droit de vote⁷⁸⁷. Ces dernières doivent respecter les règles de droit des sociétés, et particulièrement ne pas porter atteinte au droit de chaque associé de participer aux décisions collectives⁷⁸⁸, ne pas tomber sous la prohibition des clauses léonines⁷⁸⁹ ou ne pas donner lieu à rétribution⁷⁹⁰. Elles sont également soumises au droit commun des contrats, et doivent avoir un contenu licite⁷⁹¹. Pour cela, elles ne doivent pas être contraires à l'intérêt social. La solution est partagée en doctrine⁷⁹² et bien

⁷⁸² Civ. 1^e, 8 nov. 2007, n° 04-17.893 : Bull. 2008, I, n° 345..

⁷⁸³ Com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : inédit ; Dr. Sociétés 2008, n° 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

⁷⁸⁴ D. GALLOIS-COCHET Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142 ; J.-R. ANDRE et M. STORCK, La capacité juridique des sociétés civiles, JCP N 2017, 1310.

⁷⁸⁵ Sur cette jurisprudence, cf. *supra* n° 119.

⁷⁸⁶ C. FERRY, Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions, JCP E 2010, 1327, § 13.

⁷⁸⁷ S. SCHILLER, Rép. sociétés, V° Pacte d'actionnaires, 2017, §108.

⁷⁸⁸ C. civ., art. 1844.

⁷⁸⁹ C. civ., art 1844-1.

⁷⁹⁰ Pour les sociétés commerciales, C. com., art. L. 242-9.

⁷⁹¹ C. civ., art. 1128.

⁷⁹² G. PARLEANI, Les pactes d'actionnaires, Rev. sociétés 1991, p. 1 - S. SCHILLER, Rép. sociétés, V° Pacte d'actionnaires, 2017, § 108 - C. FERRY Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions, JCP E 2010, 1327.

établie en jurisprudence⁷⁹³. Ainsi, une clause pourra être annulée si elle est contraire à l'intérêt social, notamment lorsque « *rédigé[e] en des termes trop vagues et trop généraux portant atteinte au pouvoir de décision de l'associé et ne prenant pas en compte, pas plus que les instructions de vote, l'intérêt social* »⁷⁹⁴.

Outre l'annulation de l'acte lui-même, l'intérêt social permet la protection de la société par la neutralisation des conséquences des actes qui lui sont préjudiciables.

B. La neutralisation des conséquences

174. Agissement susceptibles d'engager la responsabilité. L'intérêt social permet la neutralisation des actes préjudiciables à la société par la mise en cause de la responsabilité civile de leurs auteurs. Il peut s'agir de la responsabilité civile des dirigeants de la société, pour faute commise dans la gestion (1) ou de celle des associés pour abus du droit de vote (2).

1. La responsabilité civile des dirigeants pour faute commise dans la gestion

175. Faute de gestion. À l'occasion de l'exercice de ses fonctions, le dirigeant peut commettre une faute susceptible d'engager sa responsabilité. Au regard de la jurisprudence, la faute de gestion peut être définie comme un acte ou une abstention d'un dirigeant en contrariété à l'intérêt social, soit que l'acte ou l'abstention ne lui procure aucun avantage ou lui est préjudiciable, soit qu'il ne lui procure qu'un avantage réduit au regard de ce qu'elle pouvait espérer. Il s'agit donc d'une faute commise à l'occasion de l'exercice des fonctions de direction et rattachable à celles-ci. Un auteur propose la typologie suivante : choix stratégiques « *aventureux* »⁷⁹⁵, omissions, abstentions ou négligences⁷⁹⁶ et actes

⁷⁹³ V. not. T. com. Paris, 1^{er} août 1974 : Rev. sociétés 1974, p. 685, note B. OPPETIT ; RTD com. 1974, p. 130, note R. HOUIN - Com. 19 déc. 1983, n° 82-12.179 : Bull. 1983, IV, n° 353 ; Rev. sociétés 1985, p. 105, note D. SCHMIDT - CA Paris, 30 juin 1995 : JCP E 1996, p. 795, note J.-J. DAIGRE - CA Paris, 4 déc. 2012, n° 11/15313 : RTD com. 2013, 94, note B. DONDERO et P. LE CANNU.

⁷⁹⁴ CA Lyon, 11 juin 2015, n° 14/02049.

⁷⁹⁵ S. HADJI-ARTINIAN, La faute de gestion en droit des sociétés, Litec, 2001, p. 27 et s.

⁷⁹⁶ *Ibid.* p. 53 et s.

malveillants⁷⁹⁷. L'existence de cette faute supposant la *contrariété* à l'intérêt social, elle ne pourra être caractérisée que par une analyse factuelle du fait reproché et de son contexte ; le sous-jacent de la faute de gestion étant l'intérêt social, la faute de gestion est donc nécessairement aussi subjective que celui-ci. Du point de vue du régime de la responsabilité, il convient de distinguer la faute de gestion commise dans une société qui est *in bonis* (a) de celle qui conduit à une insuffisance d'actif (b).

a. La faute de gestion dans une société *in bonis*

176. Fondement de la responsabilité. Pour la plupart des formes sociales, une disposition légale prévoit expressément que chaque dirigeant est responsable envers la société et envers les tiers des fautes commises dans la gestion. Sont ainsi expressément visés les gérants de société civile⁷⁹⁸, de société à responsabilité limitée⁷⁹⁹ et de société en commandite par actions⁸⁰⁰, les directeurs généraux et administrateurs de société anonyme⁸⁰¹ et les membres du directoire⁸⁰², les présidents, les directeurs généraux et les dirigeants statutaires de sociétés par actions simplifiées⁸⁰³.

Même sans référence expresse à la faute de gestion, il est possible de retenir la responsabilité civile d'un dirigeant pour des actes contraires à l'intérêt social, réalisés dans le cadre des fonctions sociales par le jeu de la responsabilité délictuelle de droit commun. Par exemple, il n'existe de disposition relative à la faute de gestion du gérant de sociétés en nom collectif ; tout au plus est-il prévu que dans les rapports internes, et sauf clauses contraires des statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société⁸⁰⁴. Toutefois, les actes d'un gérant de société en nom collectif commis dans la gestion peuvent engager sa responsabilité s'ils sont contraires à l'intérêt de la société. Ainsi, les gérants d'une société en nom collectif

⁷⁹⁷ *Ibid.* p. 73 et s.

⁷⁹⁸ C. civ., art. 1850

⁷⁹⁹ C. com., art. L. 223-22.

⁸⁰⁰ C. com., art. L. 226-12.

⁸⁰¹ C. com., art. L. 225-251.

⁸⁰² C. com., art. L. 225-256.

⁸⁰³ C. com., art. L. 227-8.

⁸⁰⁴ C. com., art. L. 221-4.

en liquidation ont été condamnés à indemniser la société du montant payé à une victime causé par un accident de la circulation causé par un véhicule de la société, préjudice causé par leur faute, qui consistait à ne pas avoir souscrit d'assurance pour les dommages causés aux tiers par les véhicules de la société⁸⁰⁵.

177. Faute de gestion, faute de dirigeant. Les actions de la compétence des associés ne relevant pas de la gestion, elles ne peuvent pas être qualifiées de faute de gestion⁸⁰⁶, même s'il est du devoir du dirigeant d'attirer l'attention des associés sur la possible contrariété des décisions qu'ils envisagent de prendre à l'intérêt de la société⁸⁰⁷. Ainsi en est-il de la décision de distribuer les bénéfices qui, si elle est souvent à l'initiative des dirigeants, qui convoquent les associés et arrêtent l'ordre du jour des décisions collectives, incombe *in fine* aux associés eux-mêmes⁸⁰⁸. Il en est de même s'agissant de la sous-capitalisation de la société dès sa constitution⁸⁰⁹ ou en cours de vie sociale⁸¹⁰, circonstance imputable aux associés et non aux dirigeants, encore que l'on puisse reprocher une faute de gestion aux dirigeants qui « *ne tentent pas d'obtenir une telle augmentation [du capital social], lorsqu'elle s'avère nécessaire à la survie de la société* »⁸¹¹.

Par ailleurs, il pèse sur les membres d'organe collégiaux de direction une présomption de responsabilité en cas de faute de gestion. Ceux-ci sont présumés responsables de la prise d'une décision collective fautive, sauf à démontrer qu'ils s'y sont opposés. Dans une affaire « CRÉDIT MARTINQUAIS », les membres d'un conseil d'administration ont arrêté des comptes infidèles. Leur responsabilité civile pour faute de gestion est mise en jeu, par le Fonds de garantie des dépôts et de résolution en réparation du préjudice personnellement subi⁸¹². Saisie d'un arrêt rendu dans cette affaire, la Chambre commerciale a énoncé que

⁸⁰⁵ T. com. Seine, 8 janv. 1952 : D. 1952, p. 192.

⁸⁰⁶ CA Paris, ch. 12, 11 juin 1998, n° 1996/346 : Bull. Joly Sociétés 1998, p. 1168, note R. BAILLOD.

⁸⁰⁷ Com., 9 nov. 2010, n° 09-71.284 ; inédit : Rev. sociétés 2011, 420, note J.-F. BARBIÈRI.

⁸⁰⁸ Com., 9 déc. 2014, n° 13-12.437 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015 p. 85.

⁸⁰⁹ Com., 10 mars 2015, n° 12-15.505 : Bull. 2015, IV, D. 2015, p. 678, note A. LIENHARD ; Gaz Pal., 26 mars 2015 n° 85, p. 27 ; JCP E 2015, 1261, note B. DONDERO ; LPA 11 juin 2015, p. 16, note E. GARAUD ; Dr. sociétés 2015, comm. 164 note R. Mortier – *Contra* Com. 19 mars 1996, n° 94-12.004 : Bull. 1996, IV, n° 91.

⁸¹⁰ Com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755 : inédit.

⁸¹¹ Com., 12 juil. 2016, n° 14-23.310 : inédit.

⁸¹² C. monét. fin., art. L. 312-4 et L. 312-6.

« commet une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participe à la prise d'une décision fautive de cet organe, sauf à démontrer qu'il s'est comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision »⁸¹³. La collégialité d'un organe de direction ne permet à ses membres d'échapper à toute responsabilité personnelle pour violation de l'intérêt social, et ce n'est pas en cela que la décision commentée innove. Déjà, en 1956, il était jugé à l'occasion d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif engagée contre les administrateurs d'une société anonyme, que ce n'était pas seulement la mauvaise gestion du président-directeur général qui avait conduit à la déconfiture, mais également « la carence de l'ensemble des administrateurs qui a conduit à l'état de choses actuel » et que ceux-ci « se sont contentés, dans l'accomplissement de leur mandat, des explications erronées fournies par [le P-DG], sans prendre soin de les vérifier ; qu'ils auraient dû avoir leur attention plus éveillée ; et qu'ils pouvaient s'apercevoir des malversations [du P-DG] beaucoup plus rapidement qu'ils ne l'ont fait ; que s'ils n'ont pas aperçu ces malversations plus rapidement, la raison en est qu'ils n'ont pas accompli leur mandat en bon père de famille »⁸¹⁴. La Chambre commerciale s'était également déjà prononcée sur la question⁸¹⁵.

Cette décision a marqué un tournant dans le régime de la responsabilité des membres d'un organe collégial de direction, en instaurant une présomption de responsabilité de chacun des membres de l'organe collégial de direction en cas d'adoption d'une décision fautive - en tête desquelles les décisions contraires à l'intérêt de la société – qui implique que pour ne pas être condamné, le membre de l'organe collégial prouve qu'il s'est opposé à la décision, soit en votant contre, soit en démissionnant.

178. Faute caractérisée par l'action d'un dirigeant. La faute de gestion peut être caractérisée par l'action du dirigeant, lorsque celui-ci réalise un acte en violation de l'intérêt social. Ainsi en est-il du montage qui, dans un groupe dont les personnes morales sont dirigées par la même personne physique, consistent à leur faire verser des redevances à une troisième société, permettant à cette dernière de dégager un bénéfice substantiel, sans réelle

⁸¹³ Com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : Bull. civ. 2010, IV n° 69 ; D. 2010, p. 1678, note B. DONDERO ; Rev. sociétés 2010, p. 304, note P. LE CANNU.

⁸¹⁴ T. com. Roubaix, 26 sept. 1956.

⁸¹⁵ Com. 3 janv. 1995, n° 91-18.044 : inédit.

valeur ajoutée pour les sociétés débitrices de la redevance⁸¹⁶. Il en est de même des avances consenties par une société à une filiale dans un contexte tel que ces avances étaient clairement irrécouvrables⁸¹⁷. Est également dénué d'intérêt pour une société l'acte ne lui procurant qu'une contrepartie moindre que ce qu'elle pourrait espérer par ailleurs⁸¹⁸.

Par ailleurs, le droit boursier comprend un certain nombre de règles protectrices de la société, tout particulièrement les mesures susceptibles de faire échouer une offre publique d'achat des titres d'une société cotée⁸¹⁹. Ainsi, la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire peut être mise en cause en cas d'adoption d'une mesure de défense contre les offres publiques d'acquisition n'étant pas dans l'intérêt de la société⁸²⁰. Parmi toute la variété de mesures de défense contre les offres, les cessions et les acquisitions d'actifs font l'objet d'une régulation protectrice de la société⁸²¹. Dans le cas de la cession comme de l'acquisition, l'objectif de la mesure est de faire perdre à la société cible de l'offre tout intérêt pour son auteur : soit en se séparant d'un actif clé, soit en acquérant un actif qui, sans désorganiser l'activité de la société, lui fait perdre en cohérence. Dans un cas comme dans l'autre, il faudra que les membres du conseil d'administration ou du directoire justifient de l'intérêt soit de la perte de pouvoir et donc de valeur dans le cas d'une cession, soit de la dépense engagée dans le cas d'une acquisition⁸²².

179. Faute caractérisée par l'inaction du dirigeant. La faute de gestion peut également résulter de l'inaction du dirigeant, qu'il s'agisse de négligences ou d'omissions délibérées, lorsque cette inaction est préjudiciable à la société. Ont été ainsi jugés responsables du préjudice causé à la société le dirigeant d'une société créancière ayant sciemment omis de déclarer la créance de la société au mandataire judiciaire de son débiteur⁸²³ et celui n'ayant

⁸¹⁶ Crim. 25 oct. 2006, n° 05-85.998 : Bull. crim. 2006, n° 254.

⁸¹⁷ Com. 7 oct. 1974, n° 73-13.067 : inédit.

⁸¹⁸ Com. 13 déc. 2005, n° 03-18.002 : inédit.

⁸¹⁹ A. PIETRANCOSTA et J.-F. PRAT, Offres publiques et droit des sociétés, *in* Les offres publiques d'achat, Litec, 2009.

⁸²⁰ C. com., art. L. 233-32 – V. not. V. LAGENBACH et P.-A. MARQUET, Intérêt social et responsabilité des administrateurs dans l'adoption des mesures de défense anti-OPA, RD&A 2015, p. 62.

⁸²¹ AMF, DOC 2015-05, position-recommandation relative aux cessions et acquisitions d'actifs significatifs, 17 juin 2015 : Gaz. Pal. 28 juil. 2015, p. 3, note B. DONDERO.

⁸²² A. PIETRANCOSTA et J.-F. PRAT, Offres publiques et droit des sociétés, *op. cit.*, § 319.

⁸²³ Com. 4 nov. 2014, n° 13-23.070 : Bull. 2014, IV, n° 164.

volontairement pas exécuté le contrat de distribution exclusive conclu par lui au nom de la société, ce qui a fait subir à cette dernière des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle⁸²⁴.

Plus largement, à l'image de la jurisprudence « CARIGNON » en droit pénal⁸²⁵, la négligence du dirigeant, même sans mauvaise foi, quant à l'exécution des engagements conclus par la société peut, en cas de responsabilité contractuelle de la société, engager sa propre responsabilité pour faute de gestion⁸²⁶.

b. La faute de gestion contribuant à une insuffisance d'actif

180. Insuffisance d'actif. Lorsque la liquidation judiciaire d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, éventuellement solidairement, par les dirigeants ayant contribué à la faute de gestion⁸²⁷. Le tribunal dispose à cet égard d'une faculté d'appréciation et de modulation de la sanction⁸²⁸. Selon la gravité de la faute et le degré de sa causalité avec l'insuffisance d'actif, il peut ne faire peser la responsabilité de la faute que sur certains des dirigeants, ne retenir qu'une responsabilité partielle ou, au contraire, condamner le dirigeant à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif⁸²⁹. Les sommes versées par le dirigeant entrent dans le patrimoine du débiteur. Elles sont réparties au marc le franc entre tous les créanciers sauf le dirigeant condamné à raison de l'insuffisance d'actif s'il est également associé⁸³⁰. Bien qu'ayant pour effet de permettre de désintéresser les créanciers, l'action en responsabilité pour insuffisance

⁸²⁴ Com. 20 janv. 2015, n° 13-27.189 : inédit ; Rev. sociétés 2015, 242, note J.-F. BARBIÈRI ; Gaz. Pal. 12 mai 2015, p. 19, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2015, comm. 71, note M. ROUSSILLE.

⁸²⁵ Crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 : Bull. crim. 1997, n° 352 ; Bull. crim. 1997, n° 352 ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. BOULOC.

⁸²⁶ J.-F. BARBIÈRI, Rev. sociétés 2015, p. 242, note ss. Com. 20 janv. 2015, n° 13-27.189.

⁸²⁷ C. com., art. L. 651-2.

⁸²⁸ V. not. Cons. const., 12 sept. 2014, n° 2014-415 QPC.

⁸²⁹ V. par ex. Com., 21 juin 2005, n° 04-12.087 : Bull. 2005, IV, n° 134 – Com., 20 avr. 2017, n° 15-23.600 : inédit.

⁸³⁰ C. com., art. L. 651-2.

d'actif a bien pour objet la réparation du préjudice subi par la société en raison d'une ou plusieurs fautes de gestion du dirigeant, appréciée au regard de l'intérêt social.

181. Illustrations. Le dirigeant qui ne déclare pas l'état de cessation des paiements de la société est responsable en cas d'insuffisance d'actif⁸³¹, comme celui qui s'attribue une rémunération excessive au regard de la situation financière de la société⁸³².

Ont été également condamnés pour leur passivité les administrateurs d'une société à la tête d'un groupe au sein duquel un montage frauduleux - et ruineux - de financement avait été mis en place⁸³³ comme ceux qui sont restés totalement passifs face aux nombreux signes d'aggravation de la situation de la société⁸³⁴.

Outre la responsabilité civile dans l'exercice des fonctions de direction, l'intérêt social permet de mettre en cause la responsabilité des associés qui exercent fautivement leur droit de vote.

2. La responsabilité civile des associés pour abus du droit de vote

182. Situations concernées. Une décision comme une absence de décision peut être préjudiciable à la société. La décision adoptée en contrariété à l'intérêt social peut être annulée⁸³⁵. Elle constitue également un préjudice pour la société susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'associé à l'origine de l'abus de droit de vote. Il en est de même de l'obstruction du fait d'un associé minoritaire qui empêche la prise de décision: en s'abstenant de participer, y compris physiquement, aux délibérations, l'associé qui empêche la prise de décision commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité personnelle⁸³⁶.

⁸³¹ Com., 10 mars 2015, n° 12-16.956 : Bull. 2015, IV, n° 44 ; Bull. Joly Entr., p. 249, note T. FAVARIO.

⁸³² Com., 19 mai 2015, n° 14-10.348 : inédit ; Gaz. Pal. 28 juil. 2015, p. 23, note. B. DONDERO.

⁸³³ Com., 3 janv. 1995, n° 91-18.044 : inédit.

⁸³⁴ Com., 31 mai 2011, n° 09-13.975 : Bull. civ. 2011, IV, n° 87.

⁸³⁵ Sur la nullité des actes et délibérations, cf. *supra* n° 169 et s.

⁸³⁶ V. par ex. Com., 9 mars 1993, n° 91-14.685 : Bull. 1993, IV, n° 101 ; JCP G 1993, 326, note Y. PACLOT-Civ. 3°, 16 déc. 2009, n° 09-10.209 : Bull. 2009, III, n° 287 - Com. 19 mars 2013, n° 12-16.910 : inédit.

Les membres d'organes de direction ne sont pas concernés par la responsabilité pour abus de droit de vote. Certes, leur décision résulte d'un vote, et l'application du principe un homme, une voix peut être propice au blocage, notamment s'il existe un droit de veto⁸³⁷. Toutefois, l'obstruction du membre d'un organe collégial de direction relève plutôt de la responsabilité pour faute de gestion. Son vote négatif, s'il empêche la prise d'une décision s'imposant dans l'intérêt de la société, est bien constitutif d'une telle faute. La responsabilité pour abus de droit de vote est donc une responsabilité d'associé.

183. Illustrations. Il est tout à fait possible de solliciter la nullité de la décision adoptée et, dans le même temps, d'agir en responsabilité contre l'associé majoritaire ayant abusé de son droit de vote. Par exemple, la décision de mise en réserve se traduisant par une « *capitalisation occulte [empêchant] la valorisation corrélative des actions et [faussant] leur cours sur le marché* », est constitutive d'un abus de majorité pourrait justifier d'engager la responsabilité de son auteur⁸³⁸.

Quant à l'abus de minorité, la variété de situation a d'autant moins de limite que la liberté contractuelle peut conduire à soumettre n'importe quelle décision à une majorité qualifiée ou à l'unanimité des voix. Par exemple, a abusé de son droit de vote l'associé qui a empêché la modification de l'objet statutaire de la société « *nécessaire à la survie de [celle-ci]* » suite à la résiliation d'un contrat de licence⁸³⁹.

Dans les cas les plus graves, l'intérêt social permet la protection de la société non plus seulement contre les actes mais contre les personnes qui en sont à l'origine.

II. La protection contre les acteurs

184. Responsabilité pénale et éviction. Pour être efficace, la protection de la société ne peut pas se limiter à la neutralisation de certains actes. Elle doit également permettre de sanctionner ceux qui en sont à l'origine. Ainsi, en cas de violation de l'intérêt social, peuvent

⁸³⁷ V. par ex. CE, 6 oct. 2004, n° 260898 et a. « SOCIÉTÉ TF1 » : Rec. CE 2004; Rev. sociétés 2005, p. 158, concl. CHAUVAUX, note P. LE CANNU..

⁸³⁸ Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175; D. 1961, p. 661.

⁸³⁹ Com., 19 mars 2013, n° 12-16.910 : inédit.

être envisagées la mise en cause de la responsabilité pénale des dirigeants (A) et l'éviction du dirigeant ou de l'associé (B).

A. La mise en cause de responsabilité pénale du dirigeant en cas de violation de l'intérêt social

185. Légalité des infractions et des peines. Le principe de légalité des infractions et des peines limite le champ de la responsabilité pénale des dirigeants de société à certains agissements relevant nécessairement de leurs pouvoirs. Ceci étant rappelé, s'agissant de la responsabilité pénale pour agissement en violation de l'intérêt social, les solutions sont similaires à celles retenues en matière de faute de gestion. Ainsi, sont directement sanctionnés, au titre des violations de l'intérêt social, l'abus de biens sociaux ou l'abus de confiance (1) et la banqueroute (2).

1. L'abus de biens sociaux et l'abus de confiance

186. Abus de biens sociaux et intérêt social. Est incriminé le fait pour le gérant de sociétés à responsabilité limitée⁸⁴⁰ et de société en commandite par actions⁸⁴¹, le président du conseil d'administration, les membres du conseil d'administration, du directoire ou du conseil de surveillance et les directeurs généraux de société anonyme⁸⁴² et le président et les dirigeants de société par actions simplifiées⁸⁴³ de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, ou des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins égoïstes : soit que le dirigeant en profite directement, soit qu'il favorise une entreprise dans laquelle il a un intérêt. Il en est de même pour le dirigeant de fait de ces sociétés⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ C. com., art. L. 241-3.

⁸⁴¹ C. com., art. L. 243-1.

⁸⁴² C. com., art. L. 242-6 et L. 242-20.

⁸⁴³ C. com., art. L. 244-1

⁸⁴⁴ V. par ex. Crim. 27 sept. 2016, n° 14-29.278 : Bull. crim. 2016 ; Rev. sociétés 2017, p. 104, note B. BOULOC.

187. Abus de confiance et intérêt social. L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé⁸⁴⁵. Il n'existe pas d'incrimination de l'abus de biens sociaux pour les formes sociales et les dirigeants autres que ceux visés ci-dessus. L'abus de confiance peut permettre de sanctionner les dirigeants commettant un détournement de pouvoir alors même que l'abus de biens social n'est pas incriminé pour leur fonction⁸⁴⁶. Ainsi en est-il du gérant d'une société en nom collectif qui détourne des fonds sociaux à son profit en faisant prendre en charge par la société des dépenses personnelles⁸⁴⁷.

2. La banqueroute

188. Banqueroute et intérêt social. La banqueroute est l'infraction la plus grave qui puisse être relevée à l'égard d'un débiteur dans le cadre des procédures collective. Le droit répressif des affaires, et celui des procédures collectives en tête, connaît depuis de nombreuses années une tendance à la reconnaissance d'une seconde chance pour les dirigeants et les entrepreneurs. Il n'en demeure pas moins qu'un dispositif de sanctions des comportements les plus graves est nécessaire. La qualification d'un de cas de banqueroute est exclusive de l'abus de biens sociaux⁸⁴⁸

La banqueroute peut être caractérisée à l'encontre du dirigeant d'une société – en ce compris le liquidateur - dans cinq cas de figure : l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds et donc retarder la cessation des paiements, le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif de la société débitrice, l'augmentation frauduleuse du passif de cette dernière, et la tenue d'une comptabilité fictive, incomplète ou irrégulière ou l'absence de comptabilité⁸⁴⁹. Les trois premiers cas englobent des agissements qui portent clairement atteinte à l'intérêt de la société en l'appauvrissant et en aggravant les conséquences de la procédure collective, augmentant ses chances d'être liquidée. Les deux cas de banqueroute

⁸⁴⁵ C. pénal, art. 314-1.

⁸⁴⁶ C. MASCALA, Rép. pénal, V° Abus de confiance, 2018, §33.

⁸⁴⁷ Crim., 10 avr. 2002, n° 01-81.282 : inédit ; D. 2002, p. 2536.

⁸⁴⁸ Crim., 30 juin 2004, n° 03-87.427 : inédit ; RSC 2004, p. 895, note D. REBUT.

⁸⁴⁹ C. com., art. L. 654-1.

relatifs aux manquements aux obligations comptables visent des situations où l'intérêt social est plus indirectement atteint, soit que l'absence de comptabilité empêche de connaître sa situation financière, soit que les manquements comptables dissimulent d'autres manquements⁸⁵⁰.

Enfin, la protection de la société peut impliquer d'éliminer l'auteur de l'acte réalisé en violation de l'intérêt social en l'évinçant de la société.

B. L'éviction du dirigeant ou de l'associé en cas de violation de l'intérêt social

189. Révocation et exclusion. La contrariété d'un acte à l'intérêt social permettra, selon la qualité de son auteur, de mettre fin à son mandat par sa révocation (1) ou à sa participation au capital de la société par son exclusion (2).

1. La révocation du dirigeant

190. Motif de révocation. En droit positif, l'intérêt social peut servir de mètre-étalon pour apprécier la cause légitime de révocation judiciaire (a) ou le juste motif de révocation des dirigeants (b).

a. La cause légitime de révocation

191. Fondement de la cause légitime. La révocation pour cause légitime est une action judiciaire ouverte aux associés de certaines sociétés⁸⁵¹. Cette action a été également admise en l'absence de fondement textuel au profit d'associés de sociétés de personne dans lesquelles le dirigeant peut être *de facto* inamovible⁸⁵². Elle se distingue en cela de la révocation pour juste motif, qui résulte d'une décision d'associés prise en assemblée, et en cela soumise aux règles légales ou statutaires de majorité. La cause légitime permet à un

⁸⁵⁰ A. MIHMAN, Rép. pénal, V° Banqueroute et infractions annexes, 2017, § 99.

⁸⁵¹ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1851 ; Pour les sociétés à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-2 ; Pour les sociétés en commandite par actions, C. com., art. L. 226-2.

⁸⁵² Com., 8 févr. 2005, n° 01-14.292 : inédit.

associé ou à un bloc minoritaire d'obtenir la révocation d'un dirigeant sans suivre la procédure de l'organe qui l'a désigné.

192. Cause légitime et intérêt social. L'étude de la jurisprudence révèle les liens qu'entretient la cause légitime avec l'intérêt social. Ont été considérés comme des causes légitimes de révocation la convocation très tardive d'une assemblée générale d'approbation des comptes⁸⁵³ voire l'absence de convocation des associés⁸⁵⁴, le refus d'exécuter une décision de justice comme le paiement des sommes dues au titre de marchandises livrées⁸⁵⁵, le non-respect des engagements contenus dans un plan de continuation adopté lors d'une procédure de redressement judiciaire⁸⁵⁶, le non-respect d'une clause incluse dans les statuts⁸⁵⁷, ou encore une action intentée à titre personnel contre la société au sein de laquelle les fonctions de gérant sont exercées⁸⁵⁸. Ces décisions motivent la révocation du gérant par l'atteinte à l'intérêt de la société, explicitement visés pour certaines d'entre elles.

A contrario, le fait, même fautif, sans incidence négative sur la situation de la société ne sera pas considéré par les juges comme une cause légitime de révocation. Ainsi, le gérant d'une société avait renégocié un prêt bancaire, sans l'autorisation des associés, mais à des conditions plus avantageuses que celles espérées avec la banque pour laquelle les associés avaient donné leur accord, et de surcroît en se portant caution personnelle et solidaire des engagements de la société. La Cour a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une cause légitime de révocation⁸⁵⁹.

De même, la simple mésentente entre associés et dirigeant ne saurait constituer une cause légitime, sauf à paralyser la société ou à compromettre son existence. Ainsi, la désobéissance du dirigeant qui a affecté des sommes à une fin différente de celle prévue par les associés,

⁸⁵³ CA Orléans, 7 déc. 2006, n° 06/00643.

⁸⁵⁴ CA Paris, 25 avril 2000, n° 1998/16203.

⁸⁵⁵ Com., 8 fév. 2005, n° 01-14.292 : inédit.

⁸⁵⁶ Com., 15 janv. 2013, n° 11-28.510 ; inédit.

⁸⁵⁷ Com., 26 juin 2012, n° 11-21.991 ; inédit.

⁸⁵⁸ Civ. 3^e, 29 janv. 2014, n° 12-29.972 ; inédit.

⁸⁵⁹ CA Paris, 17 mars 2015, n° 14/07179 : Dr. Sociétés 2015, comm. 132, note D. GALLOIS-COCHET ; Rev. sociétés 2015, p. 588, note A. LECOURT..

mais permettant la pérennité de la société ne constitue pas une cause légitime de révocation⁸⁶⁰.

Les cas constitutifs d'une cause légitime coïncident avec les cas de figure de mise en cause de la responsabilité d'un dirigeant. De tels agissements « nuisent à la poursuite efficace de sa mission » et caractérisent « l'incompatibilité entre la situation soumise au juge et le maintien en fonction du gérant »⁸⁶¹.

b. Le juste motif de révocation

193. Notion de juste motif. Le juste motif est celui qui justifie que le dirigeant soit démis de ses fonctions par l'organe qui l'a désigné. Sans juste motif, le dirigeant révoqué peut solliciter des dommages-intérêts en réparation de son préjudice, hors les cas où sa révocation peut être décidée arbitrairement. La mésentente entre un dirigeant et les associés peut, lorsqu'elle est de nature à compromettre l'intérêt social, constituer un juste motif de révocation, pour les formes sociales où ce mode de révocation est admis. Il n'est en revanche pas nécessaire de démontrer que le gérant a commis une faute de gestion⁸⁶². Par exemple, repose sur un juste motif la révocation du dirigeant qui « avait montré ses limites dans l'accompagnement de la croissance du nouvel ensemble » formé par la société qu'il dirigeait, suite à sa forte croissance et son développement à l'international⁸⁶³.

194. Distinction avec la cause légitime. Juste motif et cause légitime doivent donc être distingués, même si une étude de la jurisprudence montre que cette distinction est difficile. En effet, qui peut le plus peut le moins. Une cause légitime peut tout à fait constituer un juste motif de révocation en assemblée générale. Toutefois, il faut garder à l'esprit que les contextes de la demande de révocation pour juste motif et cause légitime sont profondément différents. Un juste motif, suffisant en assemblée, légitimé par la collectivité de la décision, ne saurait suffire au succès de la demande faite devant les tribunaux d'un associé ou d'un

⁸⁶⁰ Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.867; inédit.

⁸⁶¹ J.-F. BARBIÈRI, Rev. sociétés 2014, p. 391, note ss. Civ. 3^e, 12 mars 2014, n° 13-14.374 : Bull. 2014, III, n° 39.

⁸⁶² Com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778 : inédit.

⁸⁶³ Com., 3 mars 2015, n° 14-11.840 : inédit ; Dr. Sociétés 2015, comm. 90, note D. GALLOIS-COCHET.

actionnaire ou d'un bloc minoritaire. Le cas le plus topique est la perte de confiance ou la mésentente entre le dirigeant et la majorité des associés⁸⁶⁴.

195. Protection de la société. La distinction entre la cause légitime et le juste motif doit donc s'opérer d'après un critère de gravité. Dans le cas de la révocation pour juste motif, l'atteinte à l'intérêt social n'est que potentielle : la mésentente entre les associés et un dirigeant, ou le dirigeant ayant montré ses limites en sont de bons exemples. La finalité de la révocation pour cause légitime et de celle pour juste motif sont identiques. Elles permettent toutes deux de démettre un dirigeant de ses fonctions, pour une raison objective – la cause légitime – ou subjective la mésentente constitutive d'un juste motif – et par là de préserver l'intérêt social.

2. L'exclusion de l'associé

196. Exclusion conventionnelle. Les associés peuvent parfaitement organiser une procédure d'exclusion à l'issue de laquelle un associé sera tenu de céder ses titres. Une telle procédure peut être organisée dans les statuts. La loi valide expressément les clauses statutaires d'exclusion pour certaines formes sociales. C'est le cas pour la société par actions simplifiée⁸⁶⁵. La jurisprudence l'admet dans les autres formes sociales⁸⁶⁶. En revanche, l'exclusion ne peut pas être organisée dans un acte extrastatutaire, la Cour de cassation considérant que ne s'analyse pas en une clause d'exclusion l'engagement de céder ses titres dans une série de cas contractuellement visés à un prix déterminé aux associés ou à la société⁸⁶⁷. La validité de la clause d'exclusion, comme toutes conventions conclues entre associés, suppose le respect de l'intérêt social. En outre, la clause ne peut pas prévoir la

⁸⁶⁴ V. par ex. Com., 12 févr. 2013, n° 11-23.610 : inédit - Com., 4 fév. 2014, n° 13-10.778 : inédit – Com., 26 avr. 2017, n° 15-12.560 : inédit.

⁸⁶⁵ C. com., art. L. 227-16.

⁸⁶⁶ V. not. Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 : Bull. 1994, IV, n° 384 : RJDA 1995, p. 200, note H. LE NABASQUE - Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692 : Bull. 2005, IV, n° 47 – Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343 : inédit ; JCP E 2016, 1341, note Y. PACLOT.

⁸⁶⁷ Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349 : inédit ; RTD civ. 2014, p. 642, note H. BARBIER ; Rev. sociétés 2015, p. 36, note M. MICHINEAU.

suppression du droit de vote de l'associé, au nom du droit de participer aux décisions collectives⁸⁶⁸.

La protection de l'intérêt social n'est pas l'objet premier d'une telle clause. Toutefois, la liberté contractuelle permet, sous réserve des principes exposés ci-dessus, de prévoir comme cause d'exclusion un motif tiré de l'intérêt social, comme par exemple protéger la société de la concurrence de l'un de ses associés⁸⁶⁹ ou le redressement judiciaire d'un associé de société en nom collectif⁸⁷⁰.

197. Exclusion légale. Dans certaines situations, la loi prévoit qu'un associé peut être tenu de céder ses titres. Un auteur parle à ce propos d'expropriation pour « *cause d'intérêt social* »⁸⁷¹. Cette exclusion s'assimile dans certains cas à une sanction du comportement de l'associé, en contrariété de l'intérêt social. Ainsi en est-il lorsque l'actionnaire n'a pas libéré les actions souscrites dans les délais requis⁸⁷².

Dans d'autres cas, ce n'est pas tant la sanction de l'associé que la protection de l'intérêt social qui prime. C'est notamment le cas lorsqu'une action en nullité d'une société commerciale pour vice du consentement d'un associé. Une fois l'action introduite, la société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le « *toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux* »⁸⁷³. Le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires, le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé étant sans influence sur la décision de la société.

Le droit des procédures collectives connaît également des mécanismes d'exclusion qui permettent la protection de l'existence de la société, même s'ils sont avant tout motivés par le maintien de l'activité de la société débitrice dans l'intérêt de ses créanciers, dont les salariés.

⁸⁶⁸ V. not. Com., 23 octobre 2007, n° 06-16.537 : Bull. 2007, IV, n° 225 ; Rev. sociétés 2007, p. 814, note P. LE CANNU - Com., 9 juil. 2013, n° 11-27.235 : Bull. 2013, IV, n° 123.

⁸⁶⁹ Com. 6 mai 2014, n° 13-14.960 : inédit ; D. 2014, p. 1485, note B. DONDERO.

⁸⁷⁰ Com. 8 mars 2005, n° 02-17.692 : Bull. 2005, IV, n° 47.

⁸⁷¹ J.-J. DAIGRE, Qu'est-ce qu'un actionnaire ?, Rev. sociétés 1999, p. 535.

⁸⁷² C. com., art. L. 228-27.

⁸⁷³ C. com., art. L. 235-6.

Lorsque le redressement de la société le requiert, le tribunal peut ordonner la cession des titres détenus par un associé si celui-ci exerce par ailleurs des fonctions de direction au sein de la société⁸⁷⁴. Ensuite et surtout, lorsque la cessation d'activité d'une société en redressement judiciaire « *est de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et au bassin d'emploi [et que] la modification du capital apparaît comme la seule solution sérieuse permettant d'éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l'activité* » le refus d'un ou plusieurs associés de modifier le capital social peut justifier son exclusion, au bénéfice d'une ou plusieurs personnes qui se sont engagées à exécuter le plan de redressement⁸⁷⁵.

198. Conclusion de la Section 2. Les organes sociaux disposent de plusieurs moyens permettant de protéger la société sur le fondement de l'intérêt social. Ils peuvent ainsi demander la nullité des actes contraires à l'intérêt social, mettre en jeu la responsabilité civile ou pénale de leurs auteurs, voire les évincer de la société. Cette protection dépasse largement le droit des sociétés puisqu'elle repose notamment sur le droit des contrats, le droit pénal et la responsabilité civile. Aussi, par analogie, un certain nombre de mécanismes de protection de la société par l'intérêt social peuvent être envisagés pour les autres personnes morales.

199. Conclusion du Chapitre 2. L'étude des moyens de protection de la société, qu'il s'agisse de l'intervention d'un tiers ou de la réaction des organes sociaux montre que ces moyens ne sont pas réservés aux seules sociétés. C'est heureux, puisque certaines mesures pourraient utilement être employées pour d'autres personnes morales que les sociétés. Lorsque le droit applicable à une personne morale ne s'y oppose pas, il est parfaitement possible d'emprunter un remède au droit des sociétés, et de justifier cet emprunt par leur intérêt personnel.

200. Conclusion du Titre 2. L'intérêt social n'est qu'un intérêt personnel parmi les autres. En raison des spécificités de chacune des personnes morales, l'intérêt social ne peut pas servir de base à un droit commun des personnes morales. Toutefois, en raison de l'importance de la jurisprudence et de la pratique en droit des sociétés, l'intérêt social peut servir de référence. Ainsi, une étude de l'intérêt social permet de préciser la notion d'intérêt personnel, et d'en identifier la fonction de protection et les potentialités en tant que notion juridique. Au

⁸⁷⁴ C. com., art. L. 631-19-1.

⁸⁷⁵ C. com., art. L. 631-19-2.

regard de l'état du droit positif en matière d'intérêt social et des utilisations qui en sont faites, l'intérêt personnel paraît être une notion susceptible d'apporter des solutions à l'ensemble des personnes morales, dans le respect des règles leur étant applicables. Les enseignements de cette étude révèlent également les limites de la notion, en raison de son inapplicabilité à certaines personnes morales, et notamment à l'État et aux collectivités territoriales. En effet, les spécificités de l'organisation de ces personnes morales conjuguées à la rigueur des règles relatives à leur gouvernance excluent non seulement l'application de mécanismes empruntés au droit des sociétés mais également la pertinence d'un tel emprunt.

201. Conclusion de la première Partie. Les personnes morales ont pour point commun d'être des sujets de droit à part entière. En cette qualité, chaque personne morale est titulaire de droits subjectifs, qui lui sont reconnus dans son seul intérêt, intérêt que l'on peut donc qualifier de personnel. Cependant, et c'est une de leurs caractéristiques essentielles, les personnes morales ont toutes une finalité spécifique qui justifie leur existence. Aussi, leur intérêt réside nécessairement dans la réalisation de sa finalité. Au regard de la généralité de la définition de l'intérêt personnel, celui-ci pourrait se limiter à un simple concept, partagée par l'ensemble des personnes morales en raison de l'existence d'une finalité, mais propre à chacune en raison de la différence de finalité d'une personne morale à une autre. Toutefois, l'intérêt personnel peut être envisagé comme une notion juridique qui, elle, est cohérente. En effet, l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt personnel d'une société, est une notion essentielle du droit des sociétés. Il permet la protection de la société et justifie un certain nombre de mesures telles que la nullité d'actes ou la mise en cause de la responsabilité. Par analogie, il est possible de déduire la nature de notion de l'intérêt personnel et ses potentielles utilisations en droit des personnes morales.

En raison des effets de l'organisation en groupe sur la personne morale, la notion d'intérêt personnel identifiée dans cette première Partie doit maintenant être confrontée au groupe de personnes morales.

SECONDE PARTIE : L'INTÉRÊT DE CHAQUE PERSONNE MORALE AU SEIN D'UN GROUPE

202. Effet de l'organisation en groupe sur l'intérêt personnel. La théorie du sujet de droit est « *une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets* »⁸⁷⁶. L'individu est la référence du droit et son autonomie juridique le principe.

Néanmoins, malgré ce principe d'autonomie juridique, l'organisation groupée des personnes morales a une influence sur leur individualité et par conséquent sur leur intérêt. Cette influence se matérialise à travers l'« *intérêt de groupe* », que l'on retrouve notamment en droit des sociétés à propos de l'abus de biens sociaux⁸⁷⁷. La reconnaissance de l'intérêt de groupe est discutée depuis plusieurs années en droit des sociétés⁸⁷⁸. Pourtant, cette question dépasse le droit des sociétés, dans la mesure où l'organisation groupée n'est pas l'apanage des sociétés.

Reste à identifier ce qu'est cet intérêt de groupe. La reconnaissance de l'existence d'un groupe peut avoir pour effet d'individualiser l'ensemble des personnes qui le compose. Dès lors, il est tentant de considérer l'intérêt de groupe comme l'intérêt *du* groupe pris comme un individu.

Toutefois, quelle que soit la conception retenue du groupe, ce dernier ne jouit pas de la personnalité juridique, et l'autonomie juridique des personnes morales qui composent le groupe demeure. Le groupe de personnes morales est donc un groupe d'intérêts, chaque intérêt personnel au sein du groupe étant influencé par la présence d'autres intérêts, personnels ou non. L'incidence du groupe sur l'intérêt personnel est donc une influence

⁸⁷⁶ R. DEMOGUE, La notion de sujet de droit, Caractère et conséquences, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁷⁷ T. corr. Paris, 16 mai 1974 : D. 1974, p. 37 ; G. SOUSI, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1976, II, 11816, p. 382.

⁸⁷⁸ V. not. *FORUM EUROPAEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIÉTÉS*, Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe, Rev. sociétés 1999, p. 43 ; Comm. UE, COM(2012)0740, 12 déc. 2012, Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises ; P.-H. CONAC, Le groupe de sociétés, Rev. sociétés 2013, p. 417 ; CLUB DES JURISTES (COMMISSION EUROPE), Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'union européenne ?, juin 2015 ; *Informal Company Law Expert Group*, Report on the recognition of the interest of the group, oct. 2016.

diffuse, qui se manifeste en raison de la coexistence des intérêts au sein d'un groupe de personnes morales.

Ainsi, après avoir constaté, en l'absence de personnalité juridique du groupe, l'inexistence d'intérêt personnel du groupe (**Titre 1**), il faudra donc rechercher l'intérêt de groupe dans la coexistence d'intérêts personnels au sein du groupe (**Titre 2**).

TITRE 1 : L'INEXISTENCE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL DU GROUPE

203. Absence de personnalité juridique du groupe. L'approche notionnelle du groupe de personnes morales ne permet pas de caractériser l'existence de celui-ci⁸⁷⁹. Selon cette approche, le groupe, tel que défini par une des nombreuses notions de groupe, ne se matérialise que le temps nécessaire à l'application de cette notion, par exemple le temps nécessaire à la désignation d'un comité de groupe, à la consolidation des comptes, à l'intégration fiscale, à l'appréciation d'une concentration économique ou à la dérogation au cumul des mandats d'administrateur⁸⁸⁰. Il en va différemment si le groupe est appréhendé de manière empirique, non pas comme une ou plusieurs notions mais comme un concept général. L'observation de la situation factuelle dans laquelle se trouvent plusieurs personnes morales permet de caractériser, parfois en opportunité, l'existence d'un groupe de personnes morales. La démarche est critiquable sur le principe, mais il ne semble pas y avoir de meilleure manière d'identifier le groupe.

Cette approche serait parfaitement abstraite si elle s'affranchissait totalement des notions de groupe. Pour être cohérent avec le droit positif, le concept de groupe doit se nourrir des différentes notions. La synthèse des différentes notions permet de dégager ce qui est le plus petit dénominateur commun à tous les groupes : l'existence d'un lien entre plusieurs personnes morales. Le lien est l'essence du groupe⁸⁸¹.

En droit positif, le lien entre personnes morales peut être de deux natures. Il peut s'agir d'un lien en capital lorsqu'une personne morale détient une participation, c'est-à-dire une fraction plus ou moins importante, du capital d'une autre personne morale. Le lien peut également être de nature contractuelle, lorsque deux personnes morales sont parties à un même contrat ou sont membres d'un même groupement. Ces liens peuvent se cumuler au sein d'un même groupe, selon l'approche notionnelle comme l'approche conceptuelle,

Quel que soit le lien qui unit les différentes personnes morales, on constatera que le groupe ne jouit pas de la personnalité juridique, qu'il soit formé par un ensemble de personnes liées en capital (**Chapitre 1**) ou par contrat (**Chapitre 2**)

⁸⁷⁹ Sur les différentes approches du groupe en droit français, cf. *supra* n° 5.

⁸⁸⁰ J. BARTHÉLÉMY (dir.), *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz, 1991 ; J. PAILLUSSEAU, *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346.

⁸⁸¹ C. CHAMPAUD, *Les méthodes de groupement des sociétés*, RTD com. 1967, p. 1003.

CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU GROUPE FORMÉ PAR PLUSIEURS PERSONNES LIÉES EN CAPITAL

204. Fonctions et limites du capital. Une des fonctions du capital social est de financer l'activité de la société⁸⁸². Ce n'est pas la seule, puisqu'il est également le gage des créanciers et la clé de répartition des droits et des pouvoirs dans la société⁸⁸³. Toute personne morale peut se voir attribuer, à sa constitution ou au cours de son existence, des moyens nécessaires à son fonctionnement. En revanche, en droit français, la fonction de répartition assumée par une partie du patrimoine de la personne morale ne se retrouve que chez les sociétés⁸⁸⁴ et certains groupements d'intérêt économique⁸⁸⁵. La notion de capital, au sens que l'on donne au capital social, est donc réservée à ces deux formes de personnes morales.

Si le lien en capital entre personnes morales peut permettre la reconnaissance d'un groupe (**Section 1**), ce lien n'est jamais suffisant pour personnifier le groupe (**Section 2**).

SECTION 1 : LE LIEN EN CAPITAL PERMETTANT LA RECONNAISSANCE DU GROUPE

205. Participation au capital. Le simple fait de détenir une fraction du capital d'une personne morale peut être générateur d'effets juridiques autres que ceux attachés à la seule propriété des titres. En revanche, le lien en capital n'est pas toujours suffisant pour permettre la reconnaissance d'un groupe (**I**), les différentes notions de groupe qui reposent sur le lien en capital ne reconnaissant l'existence d'un groupe que dans la mesure où la participation au capital confère le contrôle sur la personne morale (**II**).

⁸⁸² A. LECOURT, Rép. sociétés, V° Capital social, 2018, § 2.

⁸⁸³ M. COZIAN, A. VIANDIER, et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 232, § 522.

⁸⁸⁴ C. civ., art. 1832 et 1835 ; C. com., art. R. 123-53.

⁸⁸⁵ C. com., art. L. 251-3.

I. L'insuffisance du lien capitalistique en l'absence de contrôle

206. Participation au capital sans contrôle. Tout lien en capital ne permet pas de caractériser l'existence d'un groupe. Par exemple, le régime des notifications et informations applicable aux prises de participations dans une société française régit le lien en capital existant entre deux sociétés, sans pour autant considérer que ces sociétés forment un ensemble⁸⁸⁶. Certains régimes reposent sur le lien capitalistique et trouvent donc particulièrement à s'appliquer dans les groupes, sans être eux-mêmes des notions de groupe. Deux régimes l'illustrent parfaitement : le traitement fiscal du produit des participations (**A**) et la rémunération des salariés de sociétés liées (**B**).

A. L'exemple du traitement fiscal des produits des participations

207. Objet du régime mère-fille. Le capital est en principe la clé de répartition des droits dans la société, et donc du bénéfice éventuellement réalisé. Des aménagements contractuels sont possibles, dans la limite des principes du droit des sociétés, dont la prohibition des clauses léonines⁸⁸⁷.

La réalisation d'un bénéfice permet à l'organe social compétent d'en décider la répartition entre les associés, selon les règles choisies par eux⁸⁸⁸. Au plan fiscal, les dividendes versés par des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont des revenus de capitaux mobiliers distribués⁸⁸⁹. Or, dans un groupe de sociétés, le dividende versé peut avoir vocation à circuler, et plus particulièrement à être distribué successivement, de société en société. Pour éviter l'imposition à chaque distribution, le législateur a mis en place un régime d'exonération des produits distribués.

208. Participation éligible au régime mère-fille. Le régime mère-fille peut bénéficier aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés en France, au taux normal, soit de plein

⁸⁸⁶ C. com., art. L. 233-6.

⁸⁸⁷ C. civ., art. 1844-1.

⁸⁸⁸ V. par ex Com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : Bull. 2006, IV, n° 235 - Com., 4 févr. 2014, n° 12-23.894 : inédit ; Rev. sociétés 2014, p. 373, note A. REYGROBELLET – Com., 13 septembre 2017, n° 16-13.674 : Bull. 2017, IV.

⁸⁸⁹ CGI, art. 109.

droit, soit sur option⁸⁹⁰. Il peut donc concerner les sociétés par actions, mais aussi toute personne morale française pouvant être soumise sur option à l'impôt sur les sociétés, ou encore les sociétés étrangères, sauf si la société-mère a son siège dans un État ou un territoire non-coopératif⁸⁹¹. Les titres donnant droit à la distribution doivent être nominatifs, conservés pendant au moins deux ans et représenter au moins le vingtième du capital social⁸⁹².

Si ces conditions sont satisfaites, les produits distribués sont exonérés et peuvent être distribués successivement entre les sociétés du groupe jusqu'à l'ultime personne morale « *sans péage fiscal à s'acquitter à chaque station* »⁸⁹³. Les produits font l'objet d'une déduction extracomptable, défalcation faite d'une quote-part de frais et charges, représentant les frais engagés par la mère dans le cadre de la gestion de ses participations⁸⁹⁴.

La raison d'être du régime mère-fille est d'assurer la transparence fiscale des groupes de sociétés. Pour autant, ce régime ne fait qu'appréhender le lien entre deux personnes morales, sans considérer que celles-ci forment un ensemble pouvant être qualifié de groupe. Paradoxalement, ce régime ne peut donc pas être considéré comme définissant une notion de groupe. Il en est de même s'agissant des règles de rémunération des salariés de sociétés liées.

B. L'exemple de la rémunération des salariés de sociétés liées

209. Exemple de l'attribution d'actions ou d'options de souscription. Les actionnaires d'une société par actions peuvent décider, au profit des membres du personnel salarié de la société ou de certaines catégories d'entre eux, d'attribuer gratuitement des actions ou de consentir des options donnant droit à la souscription d'actions⁸⁹⁵. Les actionnaires peuvent également décider, lorsque la société est liée à une autre société, d'attribuer des actions ou de

⁸⁹⁰ P. SERLOOTEN, Rép. sociétés, V° Groupes de sociétés (régime fiscal), 2017, § 54.

⁸⁹¹ CGI, art. 206.

⁸⁹² CGI, art. 145.

⁸⁹³ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, Précis de fiscalité des entreprises, Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 42^{ème} éd., 2018/2019, p. 417, § 1116.

⁸⁹⁴ CGI, art. 216.

⁸⁹⁵ Pour les attributions gratuites d'actions, C. com., art. L. 225-197-1 ; Pour les attributions d'options de souscription, C. com., art. L. 225-177.

consentir des options de souscriptions aux salariés de cette autre société⁸⁹⁶. Peuvent en bénéficier les salariés des sociétés dont au moins le dixième du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société émettrice des actions ou des options de souscriptions, les salariés des sociétés détenant, directement ou indirectement, au moins le dixième du capital ou des droits de vote de la société émettrice, ou encore les salariés des sociétés dont au moins la moitié du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins la moitié du capital de la société émettrice.

Ce régime trouve particulièrement à s'appliquer dans les groupes les plus intégrés, puisqu'il peut permettre une stratégie de gestion des ressources humaines harmonisée au plan de la rémunération en actions ou en options de souscription d'actions. Pour autant, ce régime ne repose que sur l'existence d'un lien en capital, soit direct, soit indirect sans avoir ni pour objet, ni pour effet, de reconnaître l'existence d'un groupe.

210. Exemple des dividendes du travail. Toute entreprise peut mettre en place un accord d'intéressement collectif ayant pour objet d'associer les salariés aux résultats de leur employeur⁸⁹⁷ ou un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés et anciens salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières⁸⁹⁸. La participation a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de leur employeur. Elle prend la forme d'une participation financière à effet différé, calculée en fonction du bénéfice net de leur employeur et est obligatoire dans certaines entreprises⁸⁹⁹.

L'intéressement, la participation ou le système d'épargne collectif peuvent être mis en place à l'échelle du groupe formé par des sociétés ayant établi entre elles des « *liens financiers et économiques* »⁹⁰⁰. Ces liens peuvent être capitalistiques ou non, puisque « *des coopérations régulières concernant une part importante de l'activité des entreprises pour fabriquer un produit, fournir un service ou un ensemble de services* » peuvent être considérées comme

⁸⁹⁶ Pour les attributions gratuites d'actions, C. com., art. L. 225-197-2 ; Pour les options de souscription d'actions, C. com., art. L. 225-180.

⁸⁹⁷ C. trav., art. L. 3312-1.

⁸⁹⁸ C. trav., art. L. 3332-1 et L. 3332-2.

⁸⁹⁹ C. trav., art. L. 3322-1.

⁹⁰⁰ C. trav., art. L. 3344-1.

constituant des liens économiques et financiers⁹⁰¹. Néanmoins, ce lien n'est pas suffisant pour permettre la reconnaissance de l'existence d'un groupe.

Il en va différemment lorsque le lien en capital requis permet l'exercice d'un contrôle.

II. La reconnaissance du groupe en présence d'un contrôle

211. Contrôle et groupe. L'exercice du contrôle renvoie à la titularité du pouvoir dans la personne morale contrôlée⁹⁰², à « *la domination qu'un individu ou un groupe exerce sur une société* »⁹⁰³. En France, la vocation originelle du contrôle a été d'appréhender les « *puissances ennemies* »⁹⁰⁴, et plus précisément les actifs ennemis situés sur le territoire national, puisqu'une société devait « *être assimilée aux sujets de nationalité ennemie, dès que, notoirement, sa direction ou ses capitaux [étaient], en totalité ou en majeure partie, entre les mains de sujets ennemis, car, en pareil cas, derrière la fiction du droit privé se dissimule, vivante et agissante, la personnalité ennemie elle-même* »⁹⁰⁵. Le contrôle a aussi pu permettre de déterminer la nationalité d'une société établie dans un territoire passé sous une « *souveraineté étrangère* »⁹⁰⁶.

En droit positif, le contrôle est une notion aux usages variés⁹⁰⁷. Il est également propice à la reconnaissance du groupe⁹⁰⁸, à tel point qu'il est considéré en droit des sociétés comme la « *poutre maîtresse du domaine de définition du groupe* »⁹⁰⁹. C'est particulièrement le cas en

⁹⁰¹ Circ. Min. emploi, 14 sept. 2005, relative à l'épargne salariale.

⁹⁰² M. STORCK, Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev. sociétés 1986, p. 385 ; J. PAILLUSSEAU, La cession de contrôle, JCP E 1986, I, 3224 ; M.-P. BLIN FRANCHOMME, Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires, th. Toulouse, 1991.

⁹⁰³ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 96, § 145.

⁹⁰⁴ L. 22 janv. 1916, relative à la déclaration des biens des sujets de puissances ennemies.

⁹⁰⁵ Circ. 29 févr. 1916, relative à l'application de la loi du 22 janvier 1916.

⁹⁰⁶ Civ. 1^e, 30 mars 1971, n° 67-13.873 : Bull. 1971, I, n° 111.

⁹⁰⁷ P. MOUSSERON, Rép. sociétés, V° Cession de contrôle, 2016, § 4.

⁹⁰⁸ M. VANHAECKE, Les groupes de sociétés, LGDJ, 1959 ; M. GERMAIN, Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, th., Nancy, 1974 ; A. LECOURT, Rép. Sociétés, V° Groupe de sociétés, § 11.

⁹⁰⁹ J.-P. DOM, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, Rev. sociétés 2002, p. 1.

matière de groupe de sociétés. Toutefois, il faut impérativement distinguer le contrôle et le groupe. L'existence du groupe n'est reconnue que par certaines règles⁹¹⁰. Le contrôle exercé par une personne sur une autre n'implique pas nécessairement l'existence d'un groupe.

212. Définitions du contrôle. Le pouvoir tiré du capital social se matérialise par l'exercice du droit de vote attaché aux parts ou actions de la société.

En principe, le droit de vote attaché aux actions est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix⁹¹¹. La détention de plus de moitié du capital social implique, en principe, la titularité de plus de la majorité des droits de vote et donc de la majorité des voix pour la prise de décisions collectives. Ainsi, il a été jugé en l'absence de clause précisant ce qu'il faut entendre par « *vente des parts sociales, actions ou autre titre assurant le contrôle de la personne morale* », ne sont concernées par les clauses statutaires de préférence et de préemption les seules cessions portant sur plus de la moitié des titres représentant le capital de la société⁹¹². De même, la cession de la majorité du capital d'une entreprise de presse entraîne un changement de contrôle⁹¹³ permettant la mise en œuvre de la clause de cession prévue dans le contrat de travail d'un journaliste professionnel⁹¹⁴.

Ce principe connaît deux tempéraments. D'abord, il est possible de déroger au principe *une action, une voix*. Par exemple, les sociétés par actions peuvent émettre des actions de préférence sans droit de vote, qui peuvent représenter jusqu'à la moitié du capital social dans les sociétés non cotées⁹¹⁵. Ensuite, l'aménagement du fonctionnement de la société peut permettre l'exercice de prérogatives dont l'importance est sans commune mesure avec la quotité de capital ou de droits de vote détenue. Ainsi, il est possible de prévoir dans les statuts qu'un associé peut désigner un ou plusieurs dirigeants, avantage lui permettant d'avoir une influence considérable sur la gestion de la société.

Le contrôle est donc factuel, ce qui peut le rendre délicat à appréhender. Cela explique vraisemblablement l'absence de définition générale du contrôle et l'existence de plusieurs

⁹¹⁰ C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.*, p. 181, § 237.

⁹¹¹ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-122

⁹¹² Com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721, inédit ; JCP G 2013, p. 563, note S. SCHILLER.

⁹¹³ C. trav., art. L. 7112-5.

⁹¹⁴ Soc., 2 janv. 1994, n° 92-41.137 ; Bull. 1994, V, n° 6.

⁹¹⁵ C. com., art. L. 228-11.

notions de contrôle, chacune le définissant d'une manière différente. Par conséquent, il faut se référer à la règle que le contexte appelle. L'on parlera alors de contrôle « *au sens de* » telle ou telle règle.

Parmi les définitions du contrôle permettant de caractériser l'existence d'un groupe, certaines d'entre elles se distinguent par leur rayonnement, en ce qu'elles servent de référence au-delà de leur domaine d'application initial, là où les autres définitions du contrôle utilisées pour caractériser l'existence d'un groupe, d'application plus limitée. Aussi, parmi les différentes définitions du contrôle permettant de caractériser un groupe, il faut distinguer les définitions matricielles (A) de celles qui ne le sont pas (B).

A. Les définitions matricielles du contrôle

213. Matrices du contrôle. Peuvent être considérées comme matricielles les définitions du contrôle au sens des articles L. 233-3 (1) et L. 233-16 (2) du Code de commerce.

1. La définition du contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce

214. Définition du contrôle par l'article L. 233-3. L'article L. 233-3 du Code de commerce définit deux modalités d'exercice du contrôle : le contrôle exclusif, exercé par une seule personne, et le contrôle conjoint, exercé par plusieurs personnes agissant de concert. Le contrôle défini par cet article suppose nécessairement l'existence d'un lien capitalistique, puisque l'existence du contrôle est appréciée au regard des pouvoirs dont dispose un associé.

Le contrôle exclusif est réputé exister dans quatre cas de figure. Une personne contrôle une société lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales, lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés, lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales ou lorsqu'elle dispose, en tant qu'associé, du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de la

société⁹¹⁶ Le contrôle exclusif est simplement présumé lorsqu'un associé dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à quarante pourcent et qu'aucun autre associé ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne⁹¹⁷.

Le contrôle est conjoint lorsque l'action de concert de plusieurs personnes leur permet de déterminer, en fait, les décisions prises en assemblée générale⁹¹⁸. Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société⁹¹⁹. Par exemple, un tel accord existe entre un associé minoritaire et d'autres associés d'une société par actions simplifiée lorsque certaines décisions collectives ne peuvent être adoptées qu'après décision du conseil d'administration prise à une majorité qualifiée des trois quarts des membres, conseil dont aucune décision ne pouvait être prise sans qu'un membre représentant l'associé minoritaire soit présent⁹²⁰, ou entre un actionnaire majoritaire et un minoritaire d'une société liés par un pacte lorsqu'*« il résulte des stipulations de cette convention que, dans les circonstances habituelles de direction de la société, les deux actionnaires doivent être regardés comme déterminant en commun, dans le cadre d'un accord relatif à leurs droits de vote, les décisions des assemblées générales [d'une société contrôlée par la société dont les deux concertistes sont actionnaires] et comme exerçant ainsi un contrôle conjoint, au sens du III de l'article L. 233-3 du code de commerce, sur cette société et, par l'intermédiaire de celle-ci, sur [ses filiales] »*⁹²¹.

215. Contrôle « au sens de » l'article L. 233-3 et existence d'un groupe. Le domaine premier de l'article L. 233-3 est limité aux notifications et informations obligatoires en matière de prise de participations et à la réglementation des participations réciproques⁹²². Les

⁹¹⁶ C. com., art. L. 233-3, I.

⁹¹⁷ C. com., art. L. 233-3, II.

⁹¹⁸ C. com., art. L. 233-3, III.

⁹¹⁹ C. com., art. L. 233-10.

⁹²⁰ CE., 6 juil. 2007, n° 283319, « SOCIÉTÉ 2003 PRODUCTIONS » : Rec. CE 2007 ; Rev. sociétés 2008, p. 104, note P. LE CANNU.

⁹²¹ CE 6 oct. 2004, n° 260898 « SOCIÉTÉ TF1 » : Rec. CE 2004 ; Rev. sociétés 2005, p. 158, concl. CHAUVVAUX, note P. LE CANNU.

⁹²² Pour la réglementation des prises de participation, C. com., art. L. 233-6 et s. ; Pour la réglementation des participations croisées, C. com., art. L. 233-29 et s.

règles relatives à ces régimes ne reconnaissent pas toutes l'existence d'un groupe en raison du contrôle exercé. Ainsi, s'agissant des notifications et informations les associés d'une société sont informés chaque année des prises de contrôle de sociétés réalisées au cours de l'exercice écoulé⁹²³. De même, lorsqu'une société est contrôlée par une société par actions, elle notifie à cette dernière et à chacune des sociétés participant à ce contrôle le montant des participations qu'elle détient dans leur capital respectif ainsi que les variations de ce montant⁹²⁴. S'agissant des participations réciproques, les droits de vote attachés aux actions d'une société détenues par une ou plusieurs sociétés contrôlées par la première ne peuvent être exercés⁹²⁵. Il y a toutefois reconnaissance du groupe en matière de concert, dans la mesure où l'existence d'un concert est présumée entre des sociétés et la personne les contrôlant, les concertistes étant alors tenus solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements⁹²⁶. Pareillement, la disposition assimilant les actions détenues par une société à celles détenues par la société qui la contrôle pour le calcul des seuils reconnaît l'existence du groupe que ces sociétés forment en raison du contrôle exercé par l'une sur l'autre⁹²⁷.

En revanche, le contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce est visé dans de nombreux autres domaines pour caractériser l'existence d'un groupe. En droit des sociétés, les questions écrites pouvant être posées par les actionnaires d'une société anonyme peuvent porter sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, « *des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3* », auquel cas la demande doit être appréciée au regard de « *l'intérêt du groupe* »⁹²⁸. En droit social, un comité de groupe est constitué « *au sein du groupe formé par une entreprise [française] et les entreprises qu'elle contrôle* » au sens de l'article L. 233-3⁹²⁹. En droit de la presse, la prise de contrôle d'une publication d'information politique et générale est interdite, à peine de nullité lorsque cette opération a pour effet de permettre à une personne de contrôler des publications d'information politique et générale dont le total de la diffusion excède 30 % de la diffusion sur le territoire national de toutes les publications quotidiennes imprimées de même nature, le contrôle

⁹²³ C. com., art. L. 233-6.

⁹²⁴ C. com., art. L. 233-12.

⁹²⁵ C. com., art. L. 233-31.

⁹²⁶ C. com., art. L. 233-10.

⁹²⁷ C. com., art. L. 233-9.

⁹²⁸ C. com., art. L. 225-231.

⁹²⁹ C. trav., art. L. 2331-1.

s'appréciant notamment au regard des critères figurant à l'article L. 233-3 du code de commerce⁹³⁰. En droit audiovisuel, la personne qui contrôle « *au regard des critères figurant à l'article L. 233-3 du code de commerce* » une société titulaire d'autorisation relative à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre est elle-même réputée titulaire d'une autorisation⁹³¹. Ainsi, la définition du contrôle figurant à l'article L. 233-3 du Code de commerce peut être considérée comme une définition matricielle non seulement du contrôle, mais aussi du groupe de personnes morales liées en capital. Il en est de même de la définition du contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce.

2. La définition du contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce

216. Définition du contrôle par l'article L. 233-16. L'article L. 233-16 du Code de commerce distingue lui aussi le contrôle exclusif, exercé par une seule société commerciale sur une ou plusieurs autres entreprises, et le contrôle conjoint, exercé par plusieurs sociétés commerciales.

Il y a contrôle exclusif dans trois cas de figure : la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise, la désignation, pendant deux exercices successifs de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise, soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires⁹³².

Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord⁹³³. Le contrôle au sens de l'article L. 233-16 ne suppose pas nécessairement l'existence d'un lien capitalistique, puisque le contrôle peut résulter d'une clause d'un contrat ou des statuts⁹³⁴. Il doit toutefois être distingué de l'influence notable⁹³⁵ que peut exercer une

⁹³⁰ L. n° 86-897, 1er août 1986, portant réforme du régime juridique de la presse, art. 11.

⁹³¹ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, art. 41-3.

⁹³² C. com., art. L. 233-16, II.

⁹³³ C. com., art. L. 233-16, III.

⁹³⁴ Sur le contrôle résultant d'une clause, cf *infra* n° 249 et s.

⁹³⁵ C. com., art. L. 233-17-2.

société sur une autre⁹³⁶, définie comme le « *pouvoir de participer aux politiques financière et opérationnelle d'une entreprise sans en détenir le contrôle* »⁹³⁷.

217. Contrôle « au sens de » l'article L. 233-16 et existence d'un groupe. L'objet même de l'article L. 233-16 du Code de commerce est de reconnaître l'existence du groupe en raison du contrôle exercé. En effet, cet article impose aux sociétés commerciales qui satisfont certaines conditions d'établir et de publier chaque année des comptes consolidés et un rapport sur la gestion du groupe. L'objet des comptes consolidés est de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de « *l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation* »⁹³⁸.

Il en est de même dans d'autres domaines où la définition du contrôle donnée par l'article L. 233-16 est visée. En droit des sociétés, le contrôle ainsi entendu définit le périmètre du groupe au sein duquel il est permis de déroger à l'interdiction du cumul des mandats de directeur général de sociétés anonymes ou la portée de la clause statutaire de réciprocité en matière de mesures destinées à faire échouer une offre publique d'acquisition⁹³⁹. Il définit également pour partie le périmètre du groupe au sein duquel certaines sociétés par actions doivent mettre en place un plan de vigilance comportant les mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement⁹⁴⁰. En droit social, le groupe au sein duquel est constitué le comité de groupe est formé est défini par rapport au contrôle exclusif au sens de l'article L. 233-16⁹⁴¹. En matière d'urbanisme commercial, les magasins réunis sur un même site « *par une structure juridique commune, contrôlée directement ou indirectement par au moins un associé, exerçant sur elle une*

⁹³⁶ I. ANDERNACK, Rép. sociétés, V° Comptes consolidés (IFRS), 2016 § 73 ; même auteur, Rép. sociétés, V° Comptes consolidés (Règlement CRC no 99-02), 2014, § 27.

⁹³⁷ CRC, Régl. n° 99-02, 19 avr. 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, § 1004.

⁹³⁸ C. com., art. L. 233-21.

⁹³⁹ Pour la dérogation au cumul des mandats, C. com., art. L. 225-54-1 ; pour les mesures de défense, C. com., art. L. 233-33.

⁹⁴⁰ C. com., art. L. 225-102-4.

⁹⁴¹ C. trav., art. L. 2331-1.

influence au sens de l'article L. 233-16 » sont regardés comme faisant partie d'un même ensemble commercial⁹⁴².

En raison de leurs applications, les articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce peuvent être considérés comme des définitions matricielles du contrôle et du groupe, à la différence des définitions employées par d'autres branches du droit.

B. Les définitions non matricielles

218. Définitions limitées à une matière. Certaines notions de contrôle permettent de caractériser l'existence d'un groupe, mais demeurent cantonnées à leur domaine d'application. Ainsi en est-il du contrôle au sens du droit des concentrations (1) et de l'influence dominante en matière d'institutions représentatives du personnel (2).

1. Le contrôle au sens du droit des concentrations

219. Contrôle des concentrations. Le droit de la concurrence contrôle les opérations de concentration entre entreprises⁹⁴³. Si l'opération de concentration est de dimension communautaire, elle sera régie par le droit communautaire et contrôlée par la Commission européenne⁹⁴⁴. À défaut, le droit français trouve à s'appliquer, sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence⁹⁴⁵.

Une opération de concentration est réalisée lorsque plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ou lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique

⁹⁴² C. com., art. L. 752-3.

⁹⁴³ C. com., art. L. 430-1 et s.

⁹⁴⁴ Comm. CE, régl. (CE), n° 139/2004, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement n° 139/2004/CE du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, du 16 avr. 2008.

⁹⁴⁵ C. com., art. L. 430-2.

autonome constitue également une concentration. La notion de concentration est définie de la même manière en droit national et communautaire⁹⁴⁶, et son appréciation identique⁹⁴⁷ par l'Autorité de la concurrence⁹⁴⁸ et la Commission européenne⁹⁴⁹. Si l'opération de concentration excède certains seuils de chiffres d'affaires, elle sera alors notifiée à l'Autorité de la concurrence, ou à la Commission européenne, ou ne sera pas notifiée⁹⁵⁰.

Le contrôle au sens de cette réglementation est l'un des critères du déclenchement du contrôle des concentrations. La prise de contrôle peut déclencher l'obligation de notifier l'opération envisagée. Le contrôle est défini par rapport à l'influence déterminante qui est exercée par une entreprise sur une autre. Plus précisément, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise. L'« *influence déterminante* » sur une entreprise est entendue comme le pouvoir de contrôle sur les décisions stratégiques de l'entreprise⁹⁵¹. La loi française énumère certains des éléments permettant de caractériser l'exercice d'une influence déterminante. Il s'agit notamment des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ou des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise. Les définitions du contrôle et de l'influence déterminante sont identiques en droit national⁹⁵² et communautaire⁹⁵³.

220. Groupe et contrôle des concentrations. Le contrôle au sens de cette réglementation n'est pas simplement le déclencheur de l'obligation de notifier une opération de concentration. Il est aussi employé pour caractériser l'existence d'un groupe en raison des

⁹⁴⁶ Pour la définition nationale, C. com., art. L. 430-1 ; Pour la définition communautaire, Comm. CE, régl. (CE), n° 139/2004, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprise, art. 3

⁹⁴⁷ P. ARHEL, Rép. sociétés, V° Concentrations, 2017, § 12.

⁹⁴⁸ ADLC, Lignes directrices, 10 juil. 2013.

⁹⁴⁹ Comm. CE, Mesures correctrices recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission

⁹⁵⁰ C. com., art. L. 430-2.

⁹⁵¹ ADLC, Lignes directrices, p. 13, §35.

⁹⁵² C. com., art. L. 430-1.

⁹⁵³ Comm. CE, Mesures correctrices recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) no 802/2004 de la Commission

liens existants entre personnes morales. En effet, les seuils de chiffre d'affaire déclenchant l'obligation de notifier l'opération sont calculés à l'échelle du groupe auquel appartient la partie à l'opération, composé notamment de l'entreprise concernée et des entreprises dans lesquelles l'entreprise concernée dispose soit de plus de la moitié du capital ou des droits de vote, soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des dirigeants, soit encore du droit de gérer les affaires de l'entreprise⁹⁵⁴. Si cette définition du contrôle est fondamentale en droit des concentrations pour définir un groupe, celle-ci n'a pas fait d'émule. Il en est de même en matière d'institutions représentatives du personnel.

2. L'influence dominante en matière d'institutions représentatives du personnel

221. Comité de groupe et contrôle de droit des sociétés. Le groupe permettant la désignation d'un comité de groupe peut être défini au regard du contrôle exercé par une entreprise sur une ou plusieurs autres, au sens des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce⁹⁵⁵, définitions ayant déjà fait l'objet de développements spécifiques⁹⁵⁶.

222. Comité de groupe et influence dominante. Le groupe permettant la désignation d'un comité de groupe peut également être défini par référence à l'influence dominante, un critère original propre au droit social. Il y a influence dominante lorsqu'une entreprise détient au moins le dixième du capital d'une autre et, qu'en raison de la permanence et de l'importance de leur relation, elles forment un ensemble économique⁹⁵⁷. Il y a présomption d'influence dominante dans des situations qui ne sont pas sans rappeler celles permettant d'établir le contrôle au sens des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce. Ainsi en est-il par exemple de la détention de la majorité du capital ou des droits de vote, ou du pouvoir de nommer plus de la moitié des dirigeants. Néanmoins, le fait que cette liste ne soit pas limitative et le caractère subjectif de la définition de l'influence dominante en font une définition autonome du contrôle permettant de caractériser le groupe, distincte de celles employées en droit des sociétés.

⁹⁵⁴ Comm. CE, régl. (CE), n° 139/2004, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

⁹⁵⁵ C. trav., art. L. 2331-1, I.

⁹⁵⁶ Sur cette question, cf. *supra* n° 213 et s.

⁹⁵⁷ C. trav., art. L. 2331-1, II.

Conclusion de la section 1. Dans de nombreux cas, l'existence d'un lien en capital entre deux personnes morales permet de les considérer comme formant un groupe. L'existence de ce groupe permet de tenir compte de la situation particulière existant entre deux personnes morales liées, qui diffère de celle d'une personne morale isolée.

Néanmoins, on constatera qu'en droit positif le lien en capital entre deux personnes morales n'est jamais suffisant pour que le groupe formé jouisse de la personnalité juridique.

SECTION 2 : LE LIEN EN CAPITAL INSUFFISANT POUR PERSONNIFIER LE GROUPE

223. Réalité et fiction de la personne morale. Deux théories explicatives de l'origine de la personnalité morale coexistent. Bien que la théorie de la fiction semble l'emporter en droit positif, la théorie de la réalité trouve à s'appliquer à certaines personnes morales⁹⁵⁸. Par conséquent, chacune de ces théories doit être envisagée pour déterminer si le groupe formé par des personnes morales liées en capital jouit de la personnalité juridique.

Or, en dépit du lien capitalistique, la théorie de la réalité refuse la personnalité au groupe en l'absence d'intérêt collectif (I) et celle de la fiction en l'absence de disposition expresse (II).

I. Le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la réalité en l'absence d'intérêt collectif

224. Intérêt collectif. La théorie de la réalité technique repose sur la notion d'intérêt collectif⁹⁵⁹. Selon la théorie de la réalité technique, consacrée en droit positif, la réalité de la personne morale ne peut qu'être constatée en présence d'un intérêt collectif et d'une organisation propre à l'exprimer⁹⁶⁰. Or, s'il y a pluralité d'intérêts au sein du groupe (A), il

⁹⁵⁸ Sur l'application de la théorie de la réalité, cf. *supra* n° 13 et s. ; Sur l'application de la théorie de la fiction, cf. *supra* n° 28 et s.

⁹⁵⁹ V. not. L. MICHOU, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 113, § 53 ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 292, § 511.

⁹⁶⁰ Sur les conditions de la théorie de la réalité technique, cf. *supra* n° 14.

n'existe pas d'intérêt collectif de nature à permettre la reconnaissance de la personnalité juridique au groupe (B).

A. La pluralité d'intérêts au sein du groupe

225. Groupe et intérêts des membres du groupe. Le concept même de groupe implique la réunion de plusieurs personnes. Dans un groupe dont l'existence est reconnue en raison du lien capitalistique entre plusieurs personnes morales, il y a au moins deux personnes, l'une détenant une participation dans le capital de l'autre. En sa qualité de sujet de droit, chacune de ces personnes morales est titulaire d'un intérêt personnel⁹⁶¹.

226. Groupe de personnes. La possibilité pour chaque personne morale de détenir une participation dans une autre permet de lier indirectement plusieurs personnes morales qui forment, selon les règles visées, un groupe plus ou moins important de personnes. Le groupe considéré peut n'être composé que de personnes morales. C'est le cas en matière de consolidation comptable⁹⁶². Dans ce domaine, le groupe est formé par une société commerciale et « *une ou plusieurs autres entreprises* » qu'elle contrôle. Les personnes physiques qui sont associées de la société ou de personnes morales qui contrôlent cette société ne sont pas incluses dans le périmètre du groupe au sens de cette règle.

Dans d'autres domaines, le groupe peut inclure une ou plusieurs personnes physiques. C'est par exemple le cas en droit de la presse. La prise de contrôle d'une publication d'information politique et générale est interdite, à peine de nullité lorsque cette opération a pour effet de permettre à une personne de contrôler des publications d'information politique et générale⁹⁶³. La personne dont il est question ici peut être une personne physique, qui fera donc partie du groupe, au sens de cette règle.

Que le groupe soit formé exclusivement de personnes morales ou de personnes physiques et morales, la pluralité d'intérêts n'implique pour autant pas l'existence d'un intérêt collectif.

⁹⁶¹ Sur la titularité de l'intérêt personnel, cf. *supra* n° 45 et s.

⁹⁶² C. com., art. L. 233-16.

⁹⁶³ L. n° 86-897, 1^{er} août 1986, portant réforme du régime juridique de la presse, art. 11.

B. L'absence d'intérêt collectif de nature à permettre la reconnaissance de la personnalité juridique au groupe

227. Intérêt collectif nécessaire à la reconnaissance de la personnalité juridique. Selon la théorie de la réalité, l'intérêt collectif consiste *a minima* en une sélection d'intérêts individuels⁹⁶⁴. C'est à partir des intérêts individuels d'un ensemble de personnes, physiques ou morales, qu'est caractérisé l'intérêt collectif nécessaire à la reconnaissance de la personnalité morale⁹⁶⁵. À partir des intérêts personnels « *envisagés abstraitement* »⁹⁶⁶ un intérêt « *type* » peut être dégagé⁹⁶⁷. Par exemple, en matière de sociétés, l'intérêt type correspond à la participation des associés au résultat⁹⁶⁸. L'intérêt collectif exigé par la théorie de la réalité technique « *résulte* » de cet intérêt type⁹⁶⁹.

228. Absence d'intérêt collectif dans un groupe. L'absence d'un intérêt collectif implique le refus de la personnalité morale⁹⁷⁰. Cette absence peut résulter de l'hétérogénéité des intérêts en présence⁹⁷¹. Selon la théorie de la réalité, une personne morale réunit plusieurs intérêts spécifiques et distincts. Cependant, ces intérêts sont réunis dans une certaine finalité, « *la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* »⁹⁷². C'est de cette finalité que découle l'homogénéité des intérêts permettant de caractériser l'intérêt collectif et de reconnaître au groupement la personnalité morale⁹⁷³. Au sein d'une personne morale, les mobiles personnels des membres peuvent varier et diverger, mais la poursuite d'une finalité permet de dégager un intérêt type qui est la synthèse de ces mobiles⁹⁷⁴. L'existence d'une finalité empêche qu'il y ait un véritable antagonisme entre les intérêts, sauf hypothèse où c'est un mobile étranger à cette finalité qui a poussé un membre à

⁹⁶⁴ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 305, § 539.

⁹⁶⁵ *Ibid*, p. 307, § 542.

⁹⁶⁶ *Ibid*, p. 306, § 541.

⁹⁶⁷ V. not. E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 196, § 297.

⁹⁶⁸ C. civ., art. 1832.

⁹⁶⁹ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 307, § 541.

⁹⁷⁰ *Ibid*, p. 353, §647.

⁹⁷¹ *Ibid*, p. 353, § 648.

⁹⁷² Civ. 2^e, 28 janv. 1954, n° 54-07.081 : Bull. 1954, II, n° 32 ; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

⁹⁷³ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 25.

⁹⁷⁴ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 195, § 295.

créer ou rejoindre la personne morale. Par exemple, l'intérêt commun des associés réside dans le partage du résultat de la société. Cet intérêt est partagé par tous les associés, sauf à ce que l'un d'entre eux soit rentré pour une autre raison, comme l'organisation de son insolvabilité.

L'absence de finalité du groupe explique l'absence d'homogénéité des intérêts en son sein permettant d'identifier un intérêt collectif. Un groupe est un ensemble de personnes qui n'ont pas nécessairement décidé d'être liées. Par exemple, une société est liée à celle qui l'a constituée, sans avoir décidé d'être la filiale de celle-ci. Elles ont un destin commun, mais pas nécessairement de finalité commune. Chaque personne morale du groupe poursuit sa finalité, sans poursuivre une finalité d'ensemble qui serait propre au groupe. Leurs intérêts peuvent converger⁹⁷⁵. Cependant, ils n'ont pas suffisamment de cohésion⁹⁷⁶ pour qu'il en résulte un intérêt collectif⁹⁷⁷.

Sans se prononcer sur l'hétérogénéité des intérêts, les tribunaux refusent de reconnaître la personnalité du groupe. Ainsi, un groupe de sociétés ne jouissant pas de la personnalité juridique est dépourvu de la capacité de contracter, et ne peut valablement conclure une convention d'ouverture de compte au nom « *du redressement judiciaire du groupe* »⁹⁷⁸.

La personnalité juridique est également refusée au groupe par la théorie de la fiction.

II. Le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la fiction en l'absence de disposition expresse

229. Volonté publique nécessaire à la reconnaissance de la personnalité juridique. La théorie de la fiction repose sur la volonté publique de conférer la personnalité morale. En application de cette théorie, il n'y a de personnalité morale que pour autant qu'une règle le prévoit, le législateur étant le « *maître de la personnalité morale* »⁹⁷⁹. L'existence d'un

⁹⁷⁵ Sur les conséquences de la convergence des intérêts au sein d'un groupe, cf. *infra* n° 380 et s.

⁹⁷⁶ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 355, § 651.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 355, § 653 ; v. ég. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, Droit des sociétés, *op. cit.*, p. 102, § 268.

⁹⁷⁸ Com., 2 avr. 1996, n° 94-16.380 : Bull. 1996, IV, n° 113 ; Rev. sociétés 1996, p. 573, note C. GAVALDA.

⁹⁷⁹ G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civil, V° Personne morale, 2016, § 15.

groupe peut être reconnue pour diverses raisons. Elle n'est jamais reconnue pour conférer la personnalité morale à l'ensemble formé par les personnes morales groupées. Preuves en sont la protection des salariés (A) et la consolidation des comptes des sociétés (B) au sein d'un même groupe.

A. L'exemple de la protection des salariés au sein d'un même groupe

230. Protection des salariés. Le droit tient compte de l'existence du groupe pour assurer une certaine protection aux salariés⁹⁸⁰. Pour autant, ces règles protectrices n'ont ni pour objet, ni pour effet de reconnaître la personnalité juridique au groupe. Deux régimes l'illustrent parfaitement : la représentation des salariés (1) et la réglementation de leur mobilité (2).

1. La représentation des salariés au niveau du groupe

231. Comité de groupe. L'existence d'un groupe d'employeurs implique que le droit de la représentation soit adapté⁹⁸¹ afin que cette représentation soit effective à l'échelle du groupe⁹⁸². Le comité de groupe renforce la représentation des salariés à l'échelle du groupe. Il reçoit des informations sur l'activité et la situation financière du groupe et des entreprises qui le composent, ainsi que les comptes consolidés et des rapports des commissaires aux comptes⁹⁸³.

Le groupe considéré par la réglementation du comité de groupe est constitué par une entreprise « *dominante* » et des entreprises dont elle possède plus de la moitié du capital ou qu'elle contrôle au sens des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce ainsi que

⁹⁸⁰ V. not. B. OPPETIT, Groupe de sociétés et droit du travail, Rev. sociétés 1973, p. 69.

⁹⁸¹ L. n° 82-915, 28 oct. 1982, précitée, art. 38 ; C. trav., art. L. 2331-1 et s. ; v. D. PLANTAMP, L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail, D. 1991, p. 69 - L. n° 96-985, 12 nov. 1996, relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective, art. 1^{er} ; Dir. 94/45/CE, 22 sept. 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs.

⁹⁸² R. DE QUENAUDON, Rép. trav., V° Comité d'entreprise : mise en place, composition, fonctionnement, 2018, § 129 et s.

⁹⁸³ C. trav., art. L. 2332-1.

des entreprises dont elle détient au moins le dixième du capital et sur lesquelles elle exerce une influence dominante⁹⁸⁴.

232. Absence de personnalisation du groupe. La personnalité juridique a été reconnue au comité de groupe par la Chambre sociale de la Cour de cassation en application de la théorie de la réalité technique⁹⁸⁵. Dans cette décision, la Cour a énoncé que les comités de groupe « *sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice* ». Toutefois, ce sont bien les comités de groupe qui sont visés, et non les groupes de personnes morales employeurs au sein desquels ces comités sont constitués. Par ailleurs, aucune disposition relative au comité de groupe ne prévoit que le groupe considéré dispose de la personnalité morale. Par conséquent, les règles relatives à la représentation des salariés au niveau du groupe ne permettent pas la reconnaissance de la personnalité juridique au groupe en application de la théorie de la fiction.

Il en est de même s'agissant des règles relatives au reclassement des salariés au niveau du groupe.

2. Le reclassement des salariés au niveau du groupe

233. Reclassement. La rupture du contrat de travail d'un salarié peut être motivée par un motif économique, c'est-à-dire « *un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail* »⁹⁸⁶. Le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que si le reclassement du salarié au sein de l'entreprise ou du groupe dont celle-ci fait partie est impossible⁹⁸⁷. De même, le licenciement d'un salarié déclaré inapte en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle ne peut être prononcé que si le reclassement du salarié dans l'entreprise ou dans le groupe auquel elle appartient est impossible. L'employeur doit proposer au salarié dont le licenciement

⁹⁸⁴ Sur l'influence dominante au sens de la réglementation du comité de groupe, cf. *supra* n° 222.

⁹⁸⁵ Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : Bull. civ. 1990, V, n° 20 ; Rev. sociétés 1990, p. 144, note R. VATINET.

⁹⁸⁶ C. trav., art. L. 1233-3.

⁹⁸⁷ C. trav., art. L. 1233-4.

économique ou pour inaptitude est envisagé un poste équivalent à celui qu'il occupe au sein du groupe⁹⁸⁸. En matière de reclassement, le groupe est défini par rapport au contrôle des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce, étant précisé que l'obligation de reclassement ne porte, au sein de ce périmètre, que sur les entreprises du groupe dont « l'organisation, les activités ou le lieu d'exploitation assurent la permutation de tout ou partie du personnel »⁹⁸⁹. La définition du « groupe de permutableté » pouvait être considéré comme *sui generis*⁹⁹⁰, mais elle ne peut plus aujourd'hui s'affranchir des définitions du contrôle et du groupe des articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce⁹⁹¹.

234. Absence de personnification. La reconnaissance de l'existence du groupe par la réglementation du reclassement a pour objet d'élargir le périmètre de l'obligation de reclassement des salariés en leur permettant de se voir proposer un poste dans une entreprise distincte de leur employeur. Cette reconnaissance n'a là encore ni pour objet ni pour effet de conférer au groupe ainsi formé la personnalité morale.

Le même constat peut être fait en matière de consolidation comptable.

B. L'exemple de la consolidation des comptes au sein d'un même groupe

235. Régime de la consolidation. Le régime de la consolidation comptable est harmonisé au sein de l'Union européenne⁹⁹². Ces dispositions sont transposées en droit français dans le Code de commerce⁹⁹³. Elles sont complétées par les règlements établis par l'Autorité des

⁹⁸⁸ C. trav., art. L. 1226-10 et L. 1226-12.

⁹⁸⁹ C. trav., art. L. 1233-4 et 1226-12.

⁹⁹⁰ F. FAVENNEC-HÉRY, Groupe de sociétés - Motif économique, reclassement et groupe de sociétés, JCP S 2013, ét. 1078.

⁹⁹¹ Ord. n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, art. 16.

⁹⁹² PE et Cons. UE, dir. 2013/34/UE, 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁹⁹³ C. Com., art. L. 233-16 et s.

normes comptables⁹⁹⁴, issue de la fusion du Conseil national de la comptabilité et du Comité de la réglementation⁹⁹⁵.

Les sociétés commerciales sont tenues d'établir et de publier chaque année des comptes consolidés, comprenant leurs propres comptes et ceux des entreprises qu'elles contrôlent⁹⁹⁶. Sont comprises également les entreprises sur lesquelles est exercée une influence notable⁹⁹⁷. Cette obligation ne s'impose pas lorsque l'ensemble constitué par la société commerciale ou l'établissement public et les entreprises contrôlées ou sous influence notable ne dépasse pas des critères de total de bilan, de chiffre d'affaires ou d'effectif pendant deux exercices comptables successifs⁹⁹⁸. Dans les mêmes conditions, les établissements publics de l'État qui contrôlent ou exercent une influence notable sur une ou plusieurs personnes morales établissent et publient des comptes consolidés⁹⁹⁹.

236. Objet de la consolidation. L'objet de la consolidation comptable est d'agrèger les comptes des différentes entreprises liées afin de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'ensemble formé par les entreprises comprises dans la consolidation¹⁰⁰⁰. Si l'établissement de comptes consolidés a une utilité évidente en interne pour la gestion du groupe, leur publication revêt une importance particulière quant à la protection des associés et des tiers¹⁰⁰¹.

Trois méthodes de consolidation des comptes sont mises en œuvre, en fonction de l'exercice d'un contrôle et de sa nature ou de l'existence d'une influence notable¹⁰⁰².

⁹⁹⁴ V. not. CRC, Régl. n° 99-02, 19 avr. 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques.

⁹⁹⁵ Ord. n° 2009-79, 22 janv. 2009, créant l'Autorité des normes comptables.

⁹⁹⁶ Sur le contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, cf. *supra* n° 217.

⁹⁹⁷ C. com., art. L. 233-17-2.

⁹⁹⁸ C. com., art. R. 233-16.

⁹⁹⁹ L. n° 85-11, 3 janv. 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques, art. 3.

¹⁰⁰⁰ C. com., art. L. 233-21.

¹⁰⁰¹ PE et Cons. UE, dir. 2013/34/UE, 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, consid. 3.

¹⁰⁰² C. com., art. L. 223-18.

Les comptes des entreprises placées sous le contrôle exclusif de l'entreprise consolidante sont consolidés par intégration globale. Cette méthode consiste à intégrer dans les comptes de l'entreprise consolidante les éléments des comptes des entreprises consolidées, après retraitements éventuels¹⁰⁰³. Le cas échéant, le résultat et les capitaux propres des entreprises consolidées sont répartis entre l'entreprise consolidante et les intérêts minoritaires. Les opérations internes, c'est-à-dire celles réalisées entre l'entreprise consolidante et une entreprise consolidée, sont éliminées.

Les comptes des entreprises contrôlées conjointement sont consolidés par intégration proportionnelle. La fraction représentative des intérêts de l'entreprise consolidante dans les comptes de l'entreprise consolidée est intégrée, après retraitements éventuels¹⁰⁰⁴. Il en est de même pour chacune des entreprises qui exercent conjointement le contrôle. Aucun intérêt minoritaire n'est donc constaté. Les opérations internes sont également éliminées.

Enfin, les comptes des entreprises sur lesquelles est exercée une influence notable sont consolidés par mise en équivalence. La mise en équivalence consiste à substituer à la valeur comptable des titres détenus, la quote-part des capitaux propres, y compris le résultat de l'exercice¹⁰⁰⁵.

L'établissement de comptes consolidés revient à reconnaître l'existence comptable du groupe formé par l'entreprise consolidante et les entreprises consolidées¹⁰⁰⁶. Pour autant, ni la Directive comptable unique, ni les règles de droit français qui la transposent, ne confèrent au groupe consolidé la personnalité juridique.

237. Conclusion de la Section 2. En raison de la coexistence des théories de la réalité et de la fiction des personnes morales en droit positif, ces deux théories doivent être envisagées pour déterminer si un groupe de personnes morales liées en capital jouit de la personnalité juridique. Un tel groupe de personnes morales, à défaut d'intérêt collectif ou de disposition lui reconnaissant expressément la personnalité juridique, ne peut être considéré lui-même comme une personne morale.

¹⁰⁰³ CRC, Régl. n° 99-02, 19 avr. 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, § 1100.

¹⁰⁰⁴ *Ibid*, § 1101.

¹⁰⁰⁵ *Ibid*, § 1102.

¹⁰⁰⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 855, § 2085.

238. Conclusion du Chapitre 1. L'intérêt personnel est inhérent à une personne, en raison de sa nature de sujet de droit. Malgré les conséquences que peut avoir le lien en capital entre deux personnes morales, l'absence de personnalité juridique du groupe de personnes morales liées en capital empêche que celui-ci soit considéré comme un sujet de droit et qu'un intérêt personnel lui soit reconnu.

Il convient de vérifier si cette solution est valable pour les groupes formés par des personnes morales liées contractuellement.

CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU GROUPE FORMÉ PAR PLUSIEURS PERSONNES LIÉES PAR CONTRAT

239. Forces et limites du contrat. Certaines notions de groupe reposent en totalité ou pour partie sur l'existence d'un lien contractuel entre deux personnes morales. Ces admissions doivent conduire à inclure le lien contractuel dans le concept de groupe, étant rappelé qu'un groupe peut être caractérisé par des liens capitalistiques et contractuels.

Comme en matière de lien capitalistique, tous les contrats ne peuvent pas permettre de caractériser l'existence d'un groupe. En droit positif, certains contrats spécifiques permettent de caractériser l'existence d'un groupe. Par ailleurs, certains contrats ont pour objet d'instituer un groupement. Celui-ci est une réunion de personnes, d'institutions ou d'organismes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées¹⁰⁰⁷. La définition très générale du groupement ne paraît pas incompatible avec le concept du groupe. Le lien qui unit le membre d'un groupement à ce groupement n'est pas nécessairement capitalistique. Par exemple, les associations n'ont pas de capital, au sens que l'on donne au capital social. Les groupements d'intérêt économique ou d'intérêt public peuvent être constitués sans capital¹⁰⁰⁸. Le lien qui unit une société à ses associés n'est pas que capitalistique. La société pluripersonnelle naît d'un contrat¹⁰⁰⁹ qui régit les rapports entre associés et, si elle est immatriculée, les rapports entre les associés et la société¹⁰¹⁰.

Toutefois, quelle que soit la nature du contrat considéré, l'on ne peut que constater l'absence de personnalité juridique du groupe, en dépit de l'existence d'un contrat (**Section 1**) ou de celle d'un groupement (**Section 2**).

¹⁰⁰⁷ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Groupement.

¹⁰⁰⁸ Pour les groupements d'intérêt économique, C. com., art. L. 251-1 ; Pour les groupements d'intérêt public, L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 104.

¹⁰⁰⁹ C. civ., art. 1832.

¹⁰¹⁰ CJCE, 10 mars 1992, aff. C-214/89 « POWELL DUFFRYN PLC » : Bull. Joly Sociétés 1992, p. 767, note J.-B. BLAISE - Civ. 1^e, 15 juill. 1999, n° 97-13.303 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1115, note A. COURET.

SECTION 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITE JURIDIQUE EN DÉPIT DE L'EXISTENCE D'UN CONTRAT

240. Contrats. L'existence d'un contrat entre plusieurs personnes peut permettre de caractériser l'existence d'un groupe, sans pour autant conférer à ce dernier la personnalité juridique. Cela est vrai pour les contrats qui ont pour objet de former un groupe (**I**), ainsi que pour ceux qui en raison de leurs effets peuvent permettre de caractériser l'existence d'un groupe (**II**).

I. Les contrats ayant pour objet la formation d'un groupe

241. Objet du contrat. Deux contrats produisent un effet remarquable d'individualisation de l'ensemble formé par les parties, sans pour autant conférer à cet ensemble la personnalité juridique. Il s'agit de la convention d'intégration fiscale (**A**) et de la convention de combinaison comptable (**B**).

A. La convention d'intégration fiscale

242. Fiscalité de groupe. Depuis la fin des années 1980¹⁰¹¹, une section du code général des impôts est consacrée aux groupes de sociétés¹⁰¹². Cette section contient le régime de l'intégration fiscale, qui permet à une seule société de se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble du groupe formé par elle et par les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital¹⁰¹³. Ce régime constitue une véritable fiscalité de groupe qui suppose, pour être mis en place, la conclusion d'une convention d'intégration. Le régime de l'intégration fiscale des résultats du groupe est réservé aux sociétés « mères »¹⁰¹⁴ soumises en France, de plein droit ou sur option, à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun sur la totalité des résultats de leurs exploitations françaises¹⁰¹⁵. Toutes les sociétés

¹⁰¹¹ L. fin. 1988, 31 déc. 1997, n° 87-1080, art 68.

¹⁰¹² CGI, art. 223 A et s.

¹⁰¹³ *Ibid.*

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ P. SERLOOTEN, Rép. sociétés, V° Groupe de sociétés (régime fiscal), 2017, § 11.

ne sont donc pas concernées. Inversement, d'autres personnes morales que les sociétés peuvent être « mères » d'un groupe d'intégration dès lors que la totalité de ses résultats est soumise à l'impôt sur les sociétés¹⁰¹⁶. Le capital de cette société ne doit pas être détenu directement à 95 % au moins par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés. Il peut en revanche être détenu à 95 % ou plus par une société étrangère ou par une société soumise à l'impôt sur le revenu¹⁰¹⁷ ou par plusieurs personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés à condition qu'aucune ne dépasse le seuil de 95 % du capital¹⁰¹⁸. Il peut encore être détenu indirectement à 95 % ou plus par une autre personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés lorsque cette participation indirecte est détenue par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales non soumises à cet impôt dans ces mêmes conditions.

Le régime de l'intégration fiscale peut bénéficier aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés dont le capital est détenu directement ou indirectement par la société mère à 95 % au moins¹⁰¹⁹. S'agissant de la détention indirecte, le pourcentage des droits détenus s'apprécie en multipliant entre eux les taux de détention successifs dans la chaîne des participations¹⁰²⁰. Suite à un arrêt du Conseil d'État « SOCIÉTÉ PAPIILLON », rendu après demande de décision préjudicielle de la Cour de justice, il est possible d'intégrer des sociétés françaises soumises à l'impôt sur les sociétés dont le capital est détenu indirectement au moins à 95 % par une société satisfaisant les critères de l'intégration par l'intermédiaire d'une société étrangère¹⁰²¹. Cette solution a été étendue, toujours sous l'impulsion communautaire, aux cas des sociétés détenues à 95 % au moins par une société dont le siège est situé dans un État membre de l'Union européenne et soumise à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés¹⁰²². Enfin, les sociétés intégrées doivent clore leurs exercices sociaux à la même date que la société intégrante¹⁰²³.

¹⁰¹⁶ Instr. 12 sept. 2009, BOI-IS-GPE-10-10-10-20120912, § 50.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, § 12.

¹⁰¹⁸ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, *op. cit.*, p. 428, § 1136.

¹⁰¹⁹ CGI, art. 223 A.

¹⁰²⁰ Instr. 2 mars 2016, BOI-IS-GPE-10-20-10-20160302, § 140.

¹⁰²¹ CE., 10 juil. 2007, n° 284785 « SOCIÉTÉ PAPIILLON » : Rec. CE 2007 ; Dr. Fisc. 2007, n° 42, comm. 916, note J.-L. PIERRE - CJUE, 27 nov. 2008, C-418/07, « SOCIÉTÉ PAPIILLON » : RJF 2009, n° 180.

¹⁰²² CJUE, 12 juin 2014, C-39/14 et a. « SCA GROUP HOLDING BV » : Dr. fiscal n° 2014, comm. 524, note R. SCHNEIDER.

¹⁰²³ CGI, art. 223 A

Le régime de l'intégration fiscale permet donc à des personnes morales qui ne se limitent pas aux sociétés de conclure une convention d'intégration leur permettant de bénéficier d'une fiscalité de groupe.

243. Objet de la convention d'intégration fiscale. Le régime de l'intégration fiscale est optionnel. La société mère notifie à l'administration fiscale sa volonté de bénéficier du régime et l'accord des sociétés satisfaisant les conditions légales qui souhaitent être partie à l'intégration. En pratique, au vu des conditions de l'intégration, la société-mère contrôlera les sociétés intégrées et, sans préjudice de l'autonomie de leur volonté, déterminera elle-même le périmètre du groupe intégré. La société mère et les sociétés intégrées concluent une convention par laquelle elle s'accorde à ce que la société mère se constitue redevable unique du groupe intégré, et définissent les modalités de l'intégration. La répartition de l'impôt peut ainsi être décorrélée du résultat de chaque partie¹⁰²⁴. En application du principe de force obligatoire des contrats, les parties sont tenues d'exécuter la convention d'intégration fiscale conformément à ce qui y est stipulé¹⁰²⁵.

Par ailleurs, la convention doit présenter un intérêt pour chaque société partie à l'intégration¹⁰²⁶. Ainsi, les sociétés intégrées ne doivent pas supporter une imposition supérieure à celle qu'elles auraient supportée en l'absence d'intégration fiscale, et la société mère doit bénéficier de la convention, par exemple en bénéficiant de l'imputation des déficits subis par les sociétés intégrées ou en valorisant ses participations dans les sociétés intégrées¹⁰²⁷.

244. Effets de la convention d'intégration fiscale. Une fois l'intégration mise en œuvre, la société mère se constitue seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés intégrées¹⁰²⁸. Les sociétés intégrées restent soumises à l'obligation de déclarer leurs résultats, et chaque société partie à l'intégration est tenue solidairement au paiement de l'impôt sur les sociétés à raison de la

¹⁰²⁴ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, *op. cit.*, p. 438, § 1170.

¹⁰²⁵ TA Montreuil, 4 juil. 2013, « SAFRAN », n° 1107078.

¹⁰²⁶ Sur la conformité d'une convention à l'intérêt social, cf. supra n° 171 et s.

¹⁰²⁷ CE, 5 juil. 2013, n° 351874, « KINGFISHER ».

¹⁰²⁸ CGI, art. 223 A ; CGI, ann. III, art. 46 quater-0 ZD.

fraction qui correspond à ses résultats¹⁰²⁹. L'application du régime de l'intégration produit ses effets pendant cinq exercices et est tacitement reconduite¹⁰³⁰.

L'intégration permet le paiement de l'impôt sur la base du résultat global des sociétés parties à l'intégration après retraitement : élimination des doubles déductions, neutralisations des distributions de dividendes, des cessions et des aides au sein du groupe, globalisation des plus-values à long terme, etc¹⁰³¹.

Malgré ces effets remarquables, la convention d'intégration fiscale ne confère pas la personnalité juridique à l'ensemble formé par les parties. Ainsi, c'est bien la société-mère qui est redevable de l'impôt dû par les autres membres du groupe, et non le groupe lui-même. De même, les éventuels contrôles fiscaux et rectifications fiscales concerneront une ou plusieurs sociétés du groupe, et non le groupe lui-même.

Un autre exemple de convention ayant pour objet de former un groupe sans conférer à celui-ci la personnalité juridique peut être trouvé dans la convention de combinaison comptable.

B. La convention de combinaison comptable

245. Principe de la combinaison comptable. La combinaison des comptes consiste à agréger et retraiter les comptes de plusieurs entités qui ont un lien résultant « *de relations suffisamment proches* », d'un « *accord* » entre les entités, ou d'un « *comportement social, commercial, technique ou financier commun* », en raison d'une direction commune ou de services communs¹⁰³². La simple poursuite d'objectifs communs, notamment moraux ou sociaux voire économiques, ne suffit pas à présumer ce lien.

L'objet de la combinaison comptable est identique à celui de la consolidation. La combinaison des comptes permet de donner une image fidèle d'un ensemble, ensemble formé par des entités liées, indépendamment de l'exercice d'un contrôle ou de la détention d'une

¹⁰²⁹ CGI, art. 223 A.

¹⁰³⁰ CGI, ann. III, art. 46 quater-0 ZD.

¹⁰³¹ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFAUX, Précis de fiscalité des entreprises, *op. cit.* p. 430, § 1139 et s.

¹⁰³² CRC, Régl. n° 99-02, 19 avr. 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, § 61.

participation. Elle est mise en œuvre *mutatis mutandis* dans le respect des règles de la consolidation comptable¹⁰³³.

Le périmètre de combinaison des comptes est constitué par un ensemble dit « de tête » comprenant les entités qui ont entre elles un lien de combinaison, par les entreprises qui sont consolidées par une des entités de l'ensemble de tête et par les entités qui, sans être comprises dans l'ensemble de tête ou consolidées, sont liées par un lien de combinaison à une des entités de l'ensemble de tête ou une des entreprises consolidées¹⁰³⁴.

246. Combinaison obligatoire. Comme en matière de consolidation des comptes, la combinaison peut résulter d'une obligation légale. Par exemple, sont tenues d'établir des comptes combinés les entreprises d'assurance, les mutuelles et les unions pratiquant des opérations d'assurance, de réassurance et de capitalisation et les institutions de prévoyance, leurs unions et les sociétés de groupe assurantiel de protection sociale¹⁰³⁵. Par ailleurs, le rapport relatif à l'État actionnaire déposé chaque année par le Gouvernement en annexe au projet de loi de finances présente des comptes combinés de toutes les entités significatives, établissements et sociétés, contrôlées par l'État, et « *expose fidèlement la situation financière de l'ensemble de ces entités, y compris les engagements hors bilan, son évolution prévisible, ainsi que les événements importants survenus entre la date de clôture de l'exercice de combinaison et la date à laquelle les comptes combinés ont été établis* »¹⁰³⁶.

247. Combinaison volontaire. La combinaison des comptes peut être mise en œuvre de manière volontaire plusieurs entités ayant un lien de combinaison. Pour ce faire, ces entités concluent une convention dans laquelle est désignée l'entité combinante, chargée d'établir les comptes combinés¹⁰³⁷. La convention doit également préciser les engagements pris afin de garantir une durée suffisante aux accords ou liens conduisant à la combinaison d'un exercice à l'autre et prévoir les conditions et modalités de transmission des informations nécessaires à

¹⁰³³ *Ibid.*, § 62.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, § 61.

¹⁰³⁵ Pour les entreprises d'assurance, C. ass., art. L. 345-2 ; Pour les mutuelles, C. mut., art. L. 212-7 ; Pour les unions et sociétés de groupe assurantiel de protection sociale, CSS, art. L. 931-34

¹⁰³⁶ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, art. 142.

¹⁰³⁷ CRC, Régl. n° 99-02, 19 avr. 1999 relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques, § 610.

l'établissement des comptes combinés¹⁰³⁸. La conclusion d'une convention de combinaison comptable a des effets comparables à la consolidation des comptes : les comptes de chacune des entreprises sont cumulés, après retraitement comptable des opérations internes, de manière à fournir une image fidèle de la situation de l'ensemble formé par les entités au sein du périmètre de combinaison. Comme la consolidation comptable, la combinaison n'a pas pour effet de conférer à l'ensemble formé la personnalité juridique.

Un constat similaire pourra être fait à propos des conventions qui ont non pas pour objet mais pour effet la reconnaissance d'un groupe.

II. Les contrats ayant pour effet la reconnaissance d'un groupe

248. Effet du contrat. Certains contrats permettent, en raison de leurs effets, de reconnaître l'existence d'un groupe, sans pour autant permettre au groupe de jouir de la personnalité morale. C'est le cas lorsque le contrat permet à une partie d'en contrôler une ou plusieurs autres (**A**) ou, de manière plus marginale, lorsque le contrat permet d'établir une relation commerciale entre les parties (**B**).

A. Le cas des contrats permettant l'exercice d'un contrôle

249. Contrôle en vertu d'un contrat. Le contrôle ne résulte pas nécessairement du pouvoir tiré de la détention d'une participation au capital d'une personne morale. Le contrôle peut résulter d'un contrat conclu avec la personne morale contrôlée (**1**) ou avec une ou plusieurs autres personnes (**2**).

1. L'existence d'un lien contractuel avec la personne morale contrôlée

250. Fondement. Le contrôle exercé sur une personne morale peut aussi résulter d'un contrat conclu avec cette personne. Dans ce cas, c'est bien le lien contractuel entre les parties qui peut permettre, en raison du contrôle exercé, de reconnaître l'existence d'un groupe. Ce cas

¹⁰³⁸ *Ibid.*, § 620.

de figure est expressément envisagé par la définition du contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, selon lequel le contrôle exclusif peut résulter du « *droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat* », contrat conclu entre la personne qui contrôle et celle qui est contrôlée.

251. Situations visées. L'exercice du contrôle sans participation a été prévu par la Loi de sécurité financière de 2003¹⁰³⁹, inspirée sur ce point des leçons de l'affaire « ENRON », société américaine qui avait cédé des actifs à des entités situées en dehors de son périmètre de consolidation comptable¹⁰⁴⁰. L'hypothèse n'est pas purement théorique. Plutôt que de laisser un investisseur prendre une participation, il peut être décidé de recourir à un financement externe, par exemple en empruntant auprès d'un établissement de crédit ou, lorsque la forme de la personne morale le permet, en émettant des valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance. Cette seule circonstance ne conduit pas à caractériser l'exercice d'un contrôle : « *ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'octroi de prêt ou de garantie peut conduire à la prise de contrôle d'une société* »¹⁰⁴¹. Néanmoins, l'investisseur peut et va vraisemblablement chercher à garantir son investissement et solliciter un certain nombre de garanties. Ces garanties peuvent notamment consister en l'attribution de droits politiques au sein de la personne morale bénéficiant de l'investissement, telles que l'attribution d'un ou plusieurs sièges dans un organe de surveillance. Or, les pouvoirs conférés à ce membre peuvent, selon ce qui est stipulé et selon le régime applicable à la personne morale en question, permettre de le qualifier de dirigeant de droit¹⁰⁴². Le comportement du membre désigné, s'il s'immisce dans la gestion, peut également impliquer la qualification de dirigeant de fait¹⁰⁴³.

252. Absence de personnalité du groupe formé. La définition du contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce est visée dans de nombreuses situations pour caractériser l'existence d'un groupe. Comme cela a été vu à propos du groupe de personnes morales liées en capital, le groupe formé par les personnes morales liées par un contrat en

¹⁰³⁹ L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003, de sécurité financière, art. 133.

¹⁰⁴⁰ F. GOULARD, Rapp. n° 908, fait au nom de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, sur le Projet de loi de sécurité financière, T. I, p. 109.

¹⁰⁴¹ Com., 29 mars 1994, n° 91-20.394 : Bull. 1994, IV, n° 138; Rev. sociétés 1994, p. 467, note M. PARIENTE.

¹⁰⁴² V. par ex. CA Paris, 23 févr. 2016 n° 14/24308 : Dr. Sociétés 2016, comm. 125, note D. GALLOIS-COCHET.

¹⁰⁴³ V. par ex. CA Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846.

raison de l'influence dominante exercée ne jouit pas de la personnalité morale, puisqu'il ne satisfait ni les conditions de la théorie de la réalité, ni celles de la fiction¹⁰⁴⁴.

2. L'absence de lien contractuel avec la personne morale contrôlée

253. Contrôle en droit des sociétés et influence déterminante. En droit des sociétés, le contrôle exercé sur une société par un associé peut résulter d'un contrat qui n'est pas conclu avec cette société. Dans une telle situation, il n'y a pas de lien contractuel entre l'associé et la société, sauf à ce que cette dernière soit partie au contrat. Toutefois, le pouvoir tiré du contrat permet de caractériser l'existence d'un groupe.

Ainsi, le contrôle exclusif au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce peut résulter d'un accord conclu entre associés permettant à l'un d'entre eux de disposer de la majorité des droits de vote. Il peut aussi résulter du pouvoir d'un associé de nommer ou de révoquer la majorité des dirigeants. Dans la mesure où l'article L. 233-3 du Code de commerce ne limite pas la source de ce pouvoir de désignation et de révocation à la qualité d'associé – et donc à la détention d'une participation – il n'est pas exclu que ce pouvoir puisse résulter d'un accord entre associés instaurant une procédure particulière pour les désignations et révocations, mécanisme valide en principe¹⁰⁴⁵. Il en est de même en matière de contrôle conjoint, contrôle pouvant résulter d'un accord¹⁰⁴⁶.

De même, le contrôle exclusif au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce peut résulter du droit d'exercer une influence dominante en vertu de clauses statutaires, ce qui suppose que la personne exerçant le contrôle soit partie aux statuts de la personne contrôlée, et donc détienne une participation dans celle-ci.

En droit social, l'exercice d'une influence déterminante d'une entreprise sur une autre permet la reconnaissance de l'existence d'un groupe. Cette influence déterminante peut être caractérisée lorsque l'entreprise dominante est en mesure de désigner plus de la moitié des dirigeants d'une autre entreprise, sous réserve que la première détienne au moins un dixième

¹⁰⁴⁴ Sur le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la réalité, cf. *supra* n° 224 et s. ; Sur le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la fiction, cf. *supra* n° 229 et .

¹⁰⁴⁵ S. SCHILLER, Rép. sociétés, V° Pactes d'actionnaires, 2017, § 111.

¹⁰⁴⁶ C. com., art. L. 233-10.

du capital de la seconde¹⁰⁴⁷. Au sein d'une société, le pouvoir de désigner plus de la moitié des dirigeants peut par exemple être tiré d'un accord entre associés conférant à l'un d'entre eux un droit particulier.

254. Absence de personnalité juridique. Ces définitions du contrôle servent de référence pour définir le groupe, dans de nombreuses matières s'agissant de celles données par les articles L. 233-3 et L. 233-16 du Code de commerce. En tout état de cause, le groupe ainsi formé ne peut se voir reconnaître la personnalité juridique ni par la théorie de la réalité en l'absence d'intérêt collectif et ni par celle de la fiction en l'absence de disposition reconnaissant expressément la personnalité juridique.

À côté des contrats permettant l'exercice d'un contrôle, ceux permettant d'établir une relation commerciale peuvent être invoqués pour caractériser un groupe.

B. Le cas des contrats permettant d'établir une relation commerciale

255. Notion de relation commerciale établie. En droit positif, la notion de relation commerciale établie est d'abord envisagée pour encadrer sa rupture. Ainsi, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant les usages en vigueur¹⁰⁴⁸.

Pour être préjudiciable, la rupture doit concerner une relation commerciale, que celle-ci porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service¹⁰⁴⁹. Si l'auteur de la rupture est nécessairement un « *producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* », le statut juridique de la rupture brutale est indifférent¹⁰⁵⁰. Ensuite, la relation doit être établie, c'est-à-dire relativement stable et pérenne. Une succession de contrats peut ainsi permettre de caractériser une relation commerciale établie dès lors que la

¹⁰⁴⁷ C. trav., art. L. 2331-1.

¹⁰⁴⁸ C. com., art. L. 442-6, I, 5°.

¹⁰⁴⁹ Com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 : Bull. 2003, IV, n° 57 ; JCP E 2003, p. 2065, note D. MAINGUY.

¹⁰⁵⁰ Com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463 : Bull. 2007, IV, n° 20 ; D. 2007, p. 1317, note C. CATHIARD ; RTD com. 200, p. 558, note J. GROSCLAUDE ; RTD civ. 2007. 343, note J. MESTRE et B. FAGES.

relation est stable et régulière¹⁰⁵¹. En revanche, la précarité du contrat à durée déterminée sans tacite reconduction¹⁰⁵² ou qualifié de « *contrat de sous-occupation précaire* »¹⁰⁵³ ou le recours permanent à un appel d'offres¹⁰⁵⁴ écartent le caractère établi de la relation.

256. Variété des contrats permettant d'établir une relation commerciale. Certains contrats commerciaux, en raison de leur économie, paraissent particulièrement propices à l'établissement d'une relation commerciale. Ainsi en est-il des contrats de distribution ou d'approvisionnement exclusif, du franchisage et de la concession commerciale, et surtout de la sous-traitance, sur laquelle reposent entièrement certains secteurs de l'industrie¹⁰⁵⁵.

L'application du régime de la rupture brutale de relation commerciale établie, et donc la notion de relation commerciale établie, semble exclue en matière de contrats administratifs¹⁰⁵⁶. En tout état de cause, les conditions d'établissement d'une relation commerciale semblent difficiles à réunir. La difficulté peut tenir au caractère établi de la relation, par exemple en raison de la procédure de mise en concurrence des opérateurs économiques en matière de marchés publics¹⁰⁵⁷. Elle peut également tenir à la qualité des parties. En effet, les contrats administratifs supposent qu'une des parties soit une personne publique, personne publique qui ne pourra pas, en tant que telle, être qualifiée de « *producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers* ». La jurisprudence « PEYROT », qui permettait de considérer qu'un contrat conclu entre deux personnes privées ayant un objet visant un but d'intérêt général revêtait le caractère d'un contrat administratif¹⁰⁵⁸ semble avoir été abandonnée¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵¹ Com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200 : Bull. 2009, IV, n° 110 ; RTD Com. 2009 p. 799, note B. BOULOC - Com., 20 mai 2014, n° 13-16.398 : Bull. 2014, IV, n° 89 ; AJ Contrats 2014, p. 240, note M. NEZAM.

¹⁰⁵² CA Paris, 10 mai 2007 : RJ com 2007, p. 424, note S. LEBRETON-DERRIEN.

¹⁰⁵³ CA Lyon, 15 mars 2007 : Contrats, conc., consom. 2008, n° 11, note N. MATHEY.

¹⁰⁵⁴ Com., 20 sept. 2011, n° 10-15.750 : inédit ; CONTRATS, CONC., CONSOM., 2012, n° 12, note N. MATHEY ; D. 2013, p. 732, obs. D. FERRIER - Com., 4 nov. 2014, n° 13-22.726 : inédit ; CONTRATS, CONC., CONSOM., 2015, n° 35, note N. MATHEY.

¹⁰⁵⁵ V. par ex. M. AMIOT et J. DUPONT-CALBO, L'implacable essor de la sous-traitance automobile, 22 févr. 2016, Les Échos.

¹⁰⁵⁶ CAA Nancy, 27 oct. 2015, « SOCIÉTÉ COGEST », n° 15NC00242 – *contra* CAA Marseille, 13 mai 2008, « SOCIÉTÉ SOTRAPE SUD », n° 05MA02395.

¹⁰⁵⁷ Ord. n° 2015-899, 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, art. 42.

¹⁰⁵⁸ TC., 8 juil. 1963, « SOCIÉTÉ ENTREPRISE PEYROT », n° 01804 : D. 1963, p. 534, concl. LASRY.

257. Relation commerciale établie caractérisant l'existence d'un groupe. La notion de relation commerciale établie est également employée pour définir le périmètre du groupe au sein duquel certaines sociétés par actions doivent mettre en place un plan de vigilance comportant les mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement¹⁰⁶⁰. Toute société par actions qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes en France, ou au moins dix mille salariés en France et à l'étranger, doit établir et mettre en œuvre un plan de vigilance.

Ce plan comporte les « *mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* ». Le plan de vigilance doit viser les activités de la société qui le met en œuvre, celles des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, ainsi que « *des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation* ». Il ressort de l'exposé des motifs d'un amendement déposé lors de l'examen parlementaire du projet de loi relatif au devoir de vigilance que les « *relations commerciales établies* » devaient s'entendre de celles au sens de l'article L. 442-6 du Code de commerce¹⁰⁶¹.

L'existence d'une relation commerciale établie permet donc de caractériser l'existence d'un groupe au sein duquel un plan de vigilance devra être instauré. Le groupe ainsi formé n'en a pour autant pas la personnalité juridique.

258. Conclusion de la Section 1. En droit positif, dans des circonstances très particulières, l'existence d'un contrat peut permettre de caractériser l'existence d'un groupe. Quels que soient son objet et ses effets, un contrat ne peut jamais permettre de reconnaître la personnalité juridique au groupe. Les raisons sont identiques à celles justifiant le refus de personnalité morale du groupe formé par des personnes morales liées en capital : le défaut

¹⁰⁵⁹ TC., 9 mars 2015, n° 3984, « SOCIÉTÉ AUTOROUTES DU SUD DE LA FRANCE » : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 110, note P. DEVILLERS ; JCP A 2015, 2539, note J. MARTIN.

¹⁰⁶⁰ C. com., art. L. 225-102-4.

¹⁰⁶¹ Projet de loi AN, n° 2578, Sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, am. CL 48, 10 mars 2015.

d'homogénéité des intérêts du point de vue de la théorie de la réalité, l'absence d'une disposition reconnaissant la personnalité morale du point de vue de la théorie de la fiction.

Certains contrats ont pour objet de constituer et d'organiser des groupements de personnes. Il est tentant de contourner les difficultés de l'appréhension du groupe en le rapprochant d'une autre notion. L'assimilation du groupe de personnes morales à un groupement de personnes morales permettrait, si ce groupement est personnifié, de conférer un intérêt personnel au groupe, qui serait alors celui du groupement. Pourtant, l'existence d'un groupement, même personnifié, n'implique pas que le groupe formé par les membres du groupement soit doté de la personnalité juridique.

SECTION 2 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN DÉPIT DE L'EXISTENCE D'UN GROUPEMENT

259. Groupements. Plusieurs groupements peuvent de prime abord paraître assimilables à un groupe de personnes morales. D'abord, l'on pourrait être tenté d'assimiler un groupe de personnes morales à un groupement non formalisé des personnes composant le groupe. La société créée de fait apparaît comme le seul groupement correspondant à cette hypothèse¹⁰⁶². Ensuite, l'on pourrait être tenté d'assimiler le groupe à un groupement de personnes qui a été formalisé par ces membres.

Cette tentation d'assimilation doit être repoussée. En effet, il est impossible de qualifier le groupe de société créée de fait (I) ou de l'assimiler à un groupement formalisé (II).

I. L'impossible qualification de société créée de fait

260. Groupe et société créée de fait. La société créée de fait peut être définie comme « *une institution, qui peut conduire à la requalification d'un contrat en contrat de société, et qui se rencontre en présence d'une situation de fait correspondant à l'activité interne d'une* »

¹⁰⁶² V. par ex. P. LE CANNU, À propos des GIE non immatriculés, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 825 - Com., 7 janv. 1997, n° 95-12.603 : Bull. 1997, IV, n° 6 ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 325, note P. LE CANNU ; D. 1997, p. 232, note J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 1997, p. 121, note Y. GUYON ; RTD Com. 1998, p. 629, note M.-H. MONSERIE - CA Colmar, 18 mars 2008 : Dr. sociétés 2008, comm. 175, note R. MORTIER.

société »¹⁰⁶³. Elle est soumise au même régime que la société en participation, elle-même soumise pour partie au droit commun des sociétés¹⁰⁶⁴. Ainsi, elle est « *instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »¹⁰⁶⁵.

La société créée de fait ne jouit pas de la personnalité morale et est donc dénuée d'intérêt personnel¹⁰⁶⁶. Par conséquent, l'assimilation du groupe de personnes morales à une société créée de fait ne permettrait pas la personnification de celui-ci. Néanmoins, certaines décisions ont conféré à la société créée les attributs d'une personne morale, comme la titularité d'un patrimoine¹⁰⁶⁷. Aussi, par précaution, l'hypothèse de l'assimilation du groupe à une société créée de fait doit être envisagée. Toutefois, à l'examen, qualifier un groupe de société créée de fait est impossible. En effet, entre membres d'un groupe de personnes morales, si certains éléments du contrat de société sont possiblement présents (A), le partage du résultat de la société fera systématiquement défaut (B).

A. La possible présence de certains éléments du contrat de société

261. Possible mise en commun d'apports. Comme il n'est de société sans apport¹⁰⁶⁸, il ne peut exister de société créée de fait à défaut de mise en commun d'apports¹⁰⁶⁹. Les différents types d'apport sont admissibles dans une société créée de fait¹⁰⁷⁰. S'agissant d'un groupe, l'apport en industrie paraît le plus approprié. Il consiste dans « *l'engagement pris par l'associé de consacrer tout ou partie de son activité aux affaires sociales et de mettre à la disposition de la société ses connaissances professionnelles* »¹⁰⁷¹. L'associé qui apporte en

¹⁰⁶³ B. DONDERO, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012, § 25.

¹⁰⁶⁴ C. civ., art. 1871 et 1873.

¹⁰⁶⁵ C. civ., art. 1832.

¹⁰⁶⁶ Sur l'absence d'intérêt personnel d'une société créée de fait, cf. *supra* n° 59.

¹⁰⁶⁷ Com., 21 juin 1988, n° 86-14.062 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1988, p. 689, note P. LE CANNU.

¹⁰⁶⁸ V. MAGNIER (dir.), L'apport en société dans tous ses états, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1148 et s.

¹⁰⁶⁹ Com., 18 déc. 1990 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 326, note B. SAINTOURENS.

¹⁰⁷⁰ B. DONDERO, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012, § 37.

¹⁰⁷¹ G. GOFFAUX-CALLEBAUT, Rép. sociétés, V° Apports, 2017, § 565.

industrie s'engage à exécuter un travail pour le compte de la société ou à lui rendre un service¹⁰⁷². Il est débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est engagé à réaliser et il lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport¹⁰⁷³. Ainsi, l'existence d'une société créée de fait a pu être établie entre des sociétés qui ont « *soumissionné ensemble, dans un but commun à un travail public* », ces sociétés ayant « *apporté chacune pour arriver à ce résultat leurs connaissances, leur compétence, en un mot tout le potentiel de leurs activités respectives* ». Appliqué au groupe, l'apport en industrie peut être caractérisé par la mise en commun des différentes activités des personnes morales formant le groupe¹⁰⁷⁴. Une telle mise en commun pourrait se retrouver dans les groupes n'exerçant qu'une seule activité.

262. Possible *affectio societatis*. Bien que ne figurant pas à l'article 1832 du Code civil, la doctrine et la jurisprudence considèrent généralement l'*affectio societatis* comme un élément spécifique du contrat de société¹⁰⁷⁵. L'*affectio societatis* a pu être définie comme la collaboration effective à l'exploitation d'une entreprise commune dans un intérêt commun, sur un pied d'égalité avec les autres associés¹⁰⁷⁶ ou comme la « *volonté commune de s'associer* »¹⁰⁷⁷.

Les associés de fait ignorent leur qualité, ou du moins sont réticents à l'admettre¹⁰⁷⁸. Néanmoins, malgré cette ignorance ou cette réticence, les associés ont la volonté commune de s'associer. Inversement, l'absence de volonté commune de s'associer est exclusive de la qualité d'associé d'une société créée de fait¹⁰⁷⁹. Ainsi, à défaut d'*affectio societatis*, un groupement d'entreprise ne peut se voir reconnaître la qualité de société créée de fait¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷² *Ibid.*, § 592

¹⁰⁷³ C. civ., art. 1843-3.

¹⁰⁷⁴ C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, *op. cit.*, p. 62, § 92.

¹⁰⁷⁵ T. MASSART, *Rép. sociétés*, V° Contrat de société, 2016, § 96.

¹⁰⁷⁶ V. par ex. Com., 3 juin 1986, n° 85-12.118 : Bull. 1986, IV, n° 116 - Com., 23 juin 2004, n° 01-10.106 : Bull. 2004, IV, n° 134 ; LPA 10 mars 2005, p. 8, note J.-G. MAHINGA ; RTD com. 2004, p. 740, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; Rev. sociétés 2005, note F.-X. LUCAS ; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 296, note J. VALLANSAN.

¹⁰⁷⁷ Com. 19 nov. 1962 : Bull. 1962, III, n° 463.

¹⁰⁷⁸ B. DONDERO, *Rép. sociétés*, V° Société créée de fait, 2012, § 50.

¹⁰⁷⁹ Com., 14 juin 1983, n° 81-15.619 : Bull. 1983, IV, n° 173.

¹⁰⁸⁰ CA Besançon, 18 mai 1994 : Rev. sociétés 1995, p. 112, note Y. GUYON.

Certains auteurs considèrent que le groupe de sociétés exclut toute *affectio societatis*, en raison du contrôle exercé par une ou plusieurs sociétés sur certaines autres¹⁰⁸¹. Cet argument est tout à fait discutable¹⁰⁸². Certes, au sein d'un groupe, l'unité décisionnelle résultant du contrôle met à l'épreuve la volonté individuelle de certaines des personnes le composant¹⁰⁸³. Le contrôle exercé peut priver une personne morale de toute autonomie financière et commerciale, à tel point qu'une entente ne puisse être caractérisée entre celle-ci et la personne la contrôlant¹⁰⁸⁴. Pour autant, cette domination financière et commerciale n'altère pas la qualité de sujet de droit de la personne contrôlée qui, en tant que tel, dispose d'une volonté propre et autonome¹⁰⁸⁵. Ainsi, en matière de répression des pratiques anti-concurrentielles, s'il existe une présomption selon laquelle les agissements d'une société peuvent être imputés à la société qui en détient la totalité du capital, cette présomption est simple et peut être renversée par la preuve d'« *éléments relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques l'unissant à sa filiale, démontrant que les deux sociétés ne constituent pas une entité économique unique* »¹⁰⁸⁶. Le contrôle n'est donc pas exclusif de l'autonomie de la volonté, et donc d'une éventuelle volonté de s'associer.

263. Possible entreprise commune. Les apports sont affectés à l'« *entreprise commune* » que les associés entendent exploiter ensemble¹⁰⁸⁷. Constatant l'absence de conception uniforme de la notion d'entreprise commune en jurisprudence, qui emploie indifféremment plusieurs locutions au sens proche, un auteur propose de définir l'entreprise commune au sens de l'article 1832 du Code civil comme un « *ensemble de ressources humaines et/ou de biens organisé en vue d'une exploitation déterminée, étant précisé que l'exploitation consiste généralement, mais pas exclusivement, à développer une activité économique* »¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸¹ S. VACRATE, La société créée de fait, essai de théorisation, LGDJ, 2003, § 348 et s. - B. DONDERO, *op. cit.*, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012, § 44.

¹⁰⁸² C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.*, p. 65, § 96.

¹⁰⁸³ P. DE FONTBRESSIN, La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes, RJ com, 1988, p. 294.

¹⁰⁸⁴ Cons. nat. conc. 26 mars 1991, n° 91-D-12.

¹⁰⁸⁵ Sur l'autonomie de la volonté du sujet de droit, cf. *supra* n° 52.

¹⁰⁸⁶ Com., 6 janv. 2015, n° 13-21.305 : Bull. 2015, IV, n° 1 ; D. 2015, p. 156 ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI.

¹⁰⁸⁷ B. DONDERO, Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012, § 46.

¹⁰⁸⁸ T. MASSART, Rép. sociétés, V° Contrat de société, 2016, § 6.

Malgré la possible réunion de ces éléments du contrat de société mise en commun d'apports et l'éventuelle *affectio societatis*, un groupe ne pourra jamais être qualifié de société créée de fait puisqu'au moins l'un des autres éléments du contrat de société fera systématiquement défaut.

B. Le défaut systématique de partage du résultat

264. Partage du résultat. La finalité de la société le partage de son résultat entre les associés¹⁰⁸⁹. Le contrat de société est un « *contrat intéressé* »¹⁰⁹⁰. Au choix des associés à la constitution ou en cours de vie sociale, la société pourra avoir pour objet le partage de son bénéfice entre les associés ou la réalisation d'une économie¹⁰⁹¹. Par ailleurs, les associés « *s'engagent à contribuer aux pertes* »¹⁰⁹². Cette contribution se manifeste notamment par la perte des apports réalisés par les associés dans toutes les sociétés et par le paiement du passif social dans les sociétés à risque illimité¹⁰⁹³.

265. Absence de partage du résultat au sein du groupe en cas d'entreprise commune. L'existence du groupe peut être justifiée pour que seules certaines personnes composant le groupe profitent du résultat d'une seule activité. La structure d'un tel groupe implique une unité de décision : une personne morale détermine la logique du groupe, qui s'impose alors aux autres personnes morales. Pour certains auteurs¹⁰⁹⁴, cette unité d'activité et de décision peut permettre de caractériser une entreprise¹⁰⁹⁵. Un groupe au sein duquel existe une telle unité peut s'analyser en l'« *entreprise commune* » qu'est la société pluripersonnelle. Le résultat de l'activité d'un tel groupe n'a pas vocation à être partagé entre les différentes

¹⁰⁸⁹ C. civ., art. 1832.

¹⁰⁹⁰ T. MASSART, Rép. sociétés, V° Contrat de société, 2016, § 63.

¹⁰⁹¹ Sur le partage du bénéfice et la réalisation d'une économie, cf. *supra* n° 94 et s.

¹⁰⁹² C. civ., art. 1832.

¹⁰⁹³ F. KENDERIAN, La contribution aux pertes sociales, Rev. sociétés 2002, p. 6173

¹⁰⁹⁴ V. par ex. K. J. HOPT, L'entreprise et le droit européen, Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise, Rev. sociétés 2001, p. 301 ; L. IDOT, La notion d'entreprise, Rev. sociétés, 2001, p. 191 ; J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346 ; B. TEYSSIE, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1680 ; T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.

¹⁰⁹⁵ Sur la possible assimilation d'un groupe à une entreprise, cf. *infra* n° 331 et s.

personnes morales, mais il est destiné à l'intérêt dominant, au niveau duquel le partage du résultat sera opéré. Autrement dit, l'objet de l'entreprise commune bénéficie à une personne, éventuellement plusieurs, mais pas à l'ensemble du groupe, ce qui exclut la reconnaissance de l'existence d'une société créée de fait entre les personnes morales formant le groupe.

Il pourrait y avoir partage d'un résultat si les personnes morales du groupe décidaient de mettre en place des services communs destinés à améliorer ou faciliter l'exercice de leur propre activité, tels que des services administratifs ou financiers. Seulement, dans une telle situation, il n'y aurait pas d'entreprise commune, mais l'exercice coordonné d'activités indépendantes. Or, l'objet d'une société créée de fait ne peut pas se réduire à « *organiser au mieux l'exercice indépendant* » de l'activité de chacun des prétendus associés de fait¹⁰⁹⁶.

Il n'est donc pas possible d'esquiver les difficultés d'appréhension que présente le groupe en tentant de le qualifier de société créée de fait entre ses membres. Pour des raisons différentes, ces difficultés ne peuvent être contournées en constituant un groupement formalisé entre les membres d'un groupe et auquel ce dernier serait assimilé dans la mesure où le groupe est irréductible à un tel groupement.

II. L'impossible assimilation à un groupement formalisé

266. Groupement formalisé. Il existe des groupements dont les caractéristiques font qu'un groupe pourrait leur être assimilé. Après avoir identifié ces groupements (A), il sera démontré que le groupe leur est irréductible (B).

A. L'identification des groupements auxquels le groupe est susceptible d'être assimilé

267. Finalité du groupe. Ce que l'on cherche, c'est un groupement volontaire dont la finalité pourrait servir de finalité au groupe de personnes morales. Malgré la grande variété des personnes morales, le choix est restreint. En effet, il faut déjà exclure les personnes morales qui ne sont pas des groupements de personnes morales. Ainsi, l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics et, plus généralement, les personnes morales

¹⁰⁹⁶ Com., 8 févr. 2000, n° 97-19.283 : Bull. Joly Sociétés 2000, p. 661, note R. BAILLOD.

unipersonnelles, ne peuvent pas être assimilés à un groupe. Il faut également exclure les personnes morales dont la finalité est incompatible avec la logique que pourrait avoir un groupe. Ainsi en est-il par exemple du syndicat professionnel qui a pour objet exclusif l'étude et la défense des droits et intérêts des salariés visés par ses statuts¹⁰⁹⁷. Peuvent en revanche être envisagés les groupements qui permettent la mise en œuvre d'une activité (1) ou le développement de l'activité de leurs membres (2).

1. Les groupements permettant la mise en œuvre d'une activité

268. Société. Dans les limites de leur capacité, les personnes morales qui forment un groupe peuvent s'associer au sein d'une société. La liberté contractuelle caractérisant certaines formes sociales peut permettre d'organiser les modalités de direction et de prise de décisions collectives, éventuellement conformément à la logique du groupe. Chaque associé bénéficie du droit de participer aux décisions collectives¹⁰⁹⁸. La répartition des bénéfices et des pertes peut être inégalitaire, sans pouvoir néanmoins attribuer la totalité du profit et faire supporter la totalité des pertes par une seule et même personne¹⁰⁹⁹. La société peut également être à capital variable pour faciliter l'entrée et la sortie de membres au sein du groupe¹¹⁰⁰.

269. Associations. L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices¹¹⁰¹. Si les textes applicables aux associations ne traitent expressément que de l'acquisition de la capacité par l'association, cette capacité ne peut pas s'entendre autrement qu'à propos d'une personne¹¹⁰². L'association doit avoir un but non lucratif. Ceci étant dit, la loi ne pose aucune limite aux activités possibles d'une association, sauf cause ou objet illicite, contrariété aux lois ou aux bonnes mœurs, etc.¹¹⁰³.

¹⁰⁹⁷ C. trav., art. L. 2131-1.

¹⁰⁹⁸ C. civ., art. 1844.

¹⁰⁹⁹ C. civ., art. 1844-1.

¹¹⁰⁰ C. com., art. L. 231-1.

¹¹⁰¹ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 1.

¹¹⁰² V. par ex.. Crim., 16 nov. 1999 n° 96-85.723 : Bull. crim. 1999, n° 260 ; Gaz. Pal. 22 juin 2000, n° 174, p. 18, note J.-P. DOUCET.

¹¹⁰³ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 3.

Les personnes morales formant un groupe peuvent, par contrat, mettre en commun de façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices¹¹⁰⁴. L'objet d'une telle association pourrait être l'animation du groupe formé par plusieurs personnes à but non lucratif ou la défense des intérêts des membres du groupe, quelle que soit leur finalité. L'organisation de l'association serait librement fixée dans ses statuts. Les membres pourraient ainsi se voir accorder un droit de regard sur le fonctionnement du groupe, voir le pouvoir de prendre certaines décisions. Les modalités d'adhésion à l'association et celles d'exclusion devront être précisées dans les statuts, chaque membre disposant d'un droit de retrait¹¹⁰⁵. L'activité de l'association peut même être économique ; si cette activité est lucrative, elle sera alors soumise, sous certaines conditions, aux impôts commerciaux. Par exemple, en matière de taxe sur la valeur ajoutée, en sont exonérées « *les opérations faites au bénéfice de toutes personnes par des œuvres sans but lucratif qui présentent un caractère social ou philanthropique et dont la gestion est désintéressée, lorsque les prix pratiqués ont été homologués par l'autorité publique ou que des opérations analogues ne sont pas couramment réalisées à des prix comparables par des entreprises commerciales, en raison notamment du concours désintéressé des membres de ces organismes ou des contributions publiques ou privées dont ils bénéficient* »¹¹⁰⁶. Le caractère lucratif de l'association est déterminé au moyen d'un examen en trois étapes pour chaque activité réalisée par l'association : caractère intéressé ou non de la gestion de l'organisme, situation de l'organisme au regard de la concurrence puis conditions d'exercice de l'activité¹¹⁰⁷.

270. Union et fédération. Les associations déclarées peuvent constituer des unions d'associations, elles-mêmes déclarées et soumises au régime des associations¹¹⁰⁸. Les statuts de l'union doivent préciser les associations qui en sont membres¹¹⁰⁹. L'union n'a pas d'objet spécifique, elle doit donc, comme toute association, avoir un but autre que de partager des

¹¹⁰⁴ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 1^{er}.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, art. 4.

¹¹⁰⁶ CGI, art. 261, 7, 1^o, b.

¹¹⁰⁷ V. par ex. CE sect. 1^{er} oct. 1999, n^o 170289 « ASSOCIATION JEUNE FRANCE » : Rec. CE 1999 ; D. 2000, p. 477, note J.-L. LENCLOS.

¹¹⁰⁸ D. 16 août 1901, pris pour l'exécution de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, art. 7.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 10.

bénéfices¹¹¹⁰. Le terme de « fédération » est employé pour certains groupements d'associations, eux-mêmes constitués sous forme d'association. Ainsi en est-il par exemple des fédérations de chasseurs, qui ont pour objet la mise en valeur du patrimoine cynégétique, à la protection et à la gestion de la faune sauvage, la promotion et la défense de la chasse ainsi que des intérêts de leurs adhérents¹¹¹¹, et des fédérations sportives, qui organisent la pratique d'une ou de plusieurs disciplines sportives¹¹¹².

Parmi les groupements auxquels un groupe pourrait être assimilé, peuvent aussi être envisagés ceux permettant le développement de l'activité de leurs membres.

2. Les groupements permettant le développement de l'activité de leurs membres

271. Sociétés coopératives et unions. À la constitution d'une société, la forme coopérative peut être choisie, l'objet de la société devant alors « *satisfaire [aux] besoins économiques ou sociaux [des associés] par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires* »¹¹¹³. Le droit coopératif prévoit une structure destinée à matérialiser le regroupement de sociétés coopératives. Ces dernières peuvent constituer entre elles des sociétés coopératives pour la gestion de leurs intérêts communs ou le développement de leurs activités, sous le nom d'unions de coopératives¹¹¹⁴. Sauf exceptions, les statuts d'une union de coopératives peuvent prévoir que les associés des coopératives membres de l'union peuvent bénéficier directement des services de cette dernière ou participer à la réalisation des opérations entrant dans son objet, sous réserve que les statuts des coopératives le permettent¹¹¹⁵. Les unions de coopératives permettent donc à celles-ci d'augmenter leurs moyens, en développant des partenariats¹¹¹⁶. Les unions de coopératives obéissent au droit commun coopératif, avec certaines exceptions. D'abord, elles peuvent déroger au principe un

¹¹¹⁰ L. 1^{er} juil. 1901, relative au contrat d'association, art. 1.

¹¹¹¹ Pour les fédérations départementales, C. env., art. L. 421-5 ; Pour les fédérations interdépartementales, C. env., art. L. 421-12 et s.

¹¹¹² C. sport, art. L. 131-1.

¹¹¹³ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 1.

¹¹¹⁴ *Ibid*, art. 5.

¹¹¹⁵ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 5.

¹¹¹⁶ M. HÉRAIL, Rép. sociétés, V° Coopératives, 2017, § 417.

homme une voix¹¹¹⁷ et mettre en place une pondération des voix de chaque coopérative membre de l'union proportionnellement soit à l'effectif de ses membres, soit à l'importance des affaires traitées avec l'union¹¹¹⁸. Ensuite, des règles particulières d'unions sont prévues pour certains statuts particuliers de coopératives¹¹¹⁹.

272. Groupements d'intérêt. Le groupe pourrait aussi être matérialisé par un groupement d'intérêt, de droit privé ou de droit public.

Le groupement d'intérêt économique permet à ses membres, plusieurs personnes physiques ou morales de faciliter ou de développer leur activité économique, ou d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité¹¹²⁰. Il permet donc à plusieurs personnes exerçant une activité économique d'unir leurs moyens dans leur intérêt commun. Le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés¹¹²¹, bien que certaines décisions aient pu remettre en cause sa personnalité, au moins indirectement¹¹²². L'activité du groupement d'intérêt économique se rattache nécessairement à celle de ses membres, et ne peut qu'avoir un caractère auxiliaire¹¹²³. La perte du caractère auxiliaire de l'activité pourrait faire dégénérer le groupement en société créée de fait. Mise à part cette contrainte du rattachement de l'activité, le groupement d'intérêt économique peut être constitué pour une grande variété d'activités consistant à la mise en commun de moyens : service commun de données, promotion commerciale, etc. La spécialité non lucrative du groupement d'intérêt économique ne fait toutefois pas « *obstacle à ce qu'une partie des résultats provenant de ses activités soit mise en réserve dans les comptes du groupement pour les besoins de la réalisation de son objet légal* »¹¹²⁴. Le groupement d'intérêt économique doit permettre de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître

¹¹¹⁷ L. n° 47-1775, 10 sept. 1947, portant statut de la coopération, art. 1.

¹¹¹⁸ *Ibid.*, art. 9.

¹¹¹⁹ Pour les unions de coopératives agricoles, C. rur., art. L. 522-2 ; pour les unions de coopératives de commerçants détaillants C. com., art. L. 124-5

¹¹²⁰ C. com., art. L. 251-1.

¹¹²¹ C. com., art. L. 251-4.

¹¹²² Civ. 3^e, 18 févr. 1975, n° 73-13.840 : Bull. 1975, III, n°64 ; D. 1975, p. 366, note Y. GUYON - Soc., 14 juin 1978, n° 76-41.275 : Bull. civ. 1978, V, n° 464.

¹¹²³ C. com., art. L. 251-1.

¹¹²⁴ Com., 6 mai 2014, n° 13-11.427 : Bull. 2014, IV, n° 77.

les résultats de cette activité¹¹²⁵. L'activité du groupement d'intérêt économique est indissociable de celle-de ses membres : elle s'y rattache nécessairement, et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire à celle(s)-ci. Le groupement d'intérêt économique peut être constitué pour une grande variété d'activités consistant à la mise en commun de moyens susceptibles d'intéresser les groupes de personnes morales. La loi contenant peu de dispositions impératives régissant le groupement d'intérêt économique c'est aux statuts de déterminer son organisation interne, et notamment les conditions d'entrée de nouveaux membres ou de leur retrait, et l'organisation de la direction¹¹²⁶. Le groupement peut être constitué sans capital¹¹²⁷. Il est fiscalement transparent : chaque membre est personnellement passible de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés pour la part des bénéfices correspondant à ses droits dans le groupement¹¹²⁸. Les membres peuvent donc profiter d'une partie des pertes du groupement, à l'image de ce dont bénéficient les associés d'une société de personne¹¹²⁹. Enfin, sa spécialité non lucrative lui permet d'être utilisé là où le recours à la société n'est pas admis. Par exemple, en matière d'organisation des entreprises gestionnaires des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz, le groupement d'intérêt économique permet aux régies constituées par les collectivités territoriales de s'associer à d'autres personnes morales entreprises locales de distribution¹¹³⁰ sans tomber sous le coup de l'exclusion de principe de participer au capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif¹¹³¹.

Institué par un règlement européen du 25 juillet 1985¹¹³², le groupement européen d'intérêt économique est la première forme proprement européenne d'entreprise pour un auteur¹¹³³, voire la première personne de droit européen pour un autre¹¹³⁴. Il est un groupement institué

¹¹²⁵ C. com., art. L. 251-1.

¹¹²⁶ C. com., art. L. 251-8 et s.

¹¹²⁷ C. com., art. L. 251-3.

¹¹²⁸ CGI, art. 239 quater I.

¹¹²⁹ CGI, art. 8.

¹¹³⁰ C. éner., art. L. 111-54 et L. 111-55.

¹¹³¹ CGCT, art. L. 2253-1,.

¹¹³² Comm. CE, régl. (CE) n° 2137/85, 25 juil. 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

¹¹³³ T. MASTRULLO, Rép. sociétés, V° Groupement européen d'intérêt économique, 2013, § 1.

¹¹³⁴ Y. GUYON, Rép. sociétés, V° Groupement d'intérêt économique, 2018, § 2.

par plusieurs membres et qui a pour objet de faciliter ou de développer leur activité économique. Le groupement européen d'intérêt économique emprunte pour beaucoup au régime de son homologue français. Son régime, autonome, est complété en tant que de besoin par les dispositions nationales¹¹³⁵. Il peut être doté de la personnalité morale, selon le droit de l'État-membre sur le territoire duquel il est immatriculé¹¹³⁶.

Dans les groupes comprenant une ou plusieurs personnes publiques, la constitution d'un groupement d'intérêt public peut permettre la mise en commun de moyens nécessaires à l'exercice en commun d'activités d'intérêt général à but non lucratif¹¹³⁷. Les groupements d'intérêt publics ont été créés par la loi du 15 juillet 1982 pour l'exercice non lucratif d'activités de recherche ou de développement technologique¹¹³⁸. Leur nature de personne morale de droit public leur a d'abord été reconnue par la jurisprudence¹¹³⁹ puis, depuis 2011, par la loi¹¹⁴⁰. Un groupement d'intérêt public a pour objet l'exercice d'activités d'intérêt général à but non lucratif, par la mise en commun par ses membres des moyens nécessaires à cet exercice. Créés initialement dans le domaine de la recherche, plusieurs types de groupements d'intérêts publics ont été institués dans d'autres domaines de l'action administrative tels que la formation, la santé publique ou l'environnement¹¹⁴¹. La convention constitutive du groupement doit contenir la liste de ses membres¹¹⁴².

273. Organismes publics de coopération. Les collectivités territoriales peuvent s'associer pour l'exercice de leurs compétences en créant des organismes publics de coopération¹¹⁴³. Ces organismes ne disposent pas de la clause de compétence générale et, en tant qu'établissement public, sont soumis au principe de spécialité¹¹⁴⁴. Ils comprennent les établissements publics

¹¹³⁵ Comm. CE, régl. (CE) n° 2137/85, consid. 15.

¹¹³⁶ Comm. CE, régl. (CE) n° 2137/85, art. 1, al. 3.

¹¹³⁷ L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98.

¹¹³⁸ L. n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, art. 21.

¹¹³⁹ CE, 1^{er} déc. 1997, n° 185200 : Rec. CE 1997, p. 453 – TC, 14 févr. 2000, n° 3170 : Rec. CE 2000, p. 748 ; AJDA 2000, p. 465, note M. GUYOMAR et P. COLLIN.

¹¹⁴⁰ L. n° 2011-525, 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98.

¹¹⁴¹ L. JANICOT, JCl Admin., Fasc. 148-10, Groupements d'intérêt public, 2012, § 13 et s.

¹¹⁴² *Ibid.*, art. 99.

¹¹⁴³ CGCT, art. L. 5111-1.

¹¹⁴⁴ Sur le principe de spécialité régissant les établissements publics, cf. *supra* n° 71 et s.

de coopération intercommunale, les syndicats mixtes, les pôles métropolitains, les pôles d'équilibre territoriaux et ruraux, les agences départementales, les institutions ou organismes interdépartementaux et les ententes interrégionales. Ces organismes sont des établissements publics ayant pour objet d'associer plusieurs collectivités territoriales, soit d'une même catégorie, soit de catégories différentes, afin de coopérer dans l'exercice de leurs compétences. Par exemple, les établissements publics de coopération intercommunale ont pour objet de regrouper plusieurs communes. Ce regroupement peut porter sur la gestion commune de certains services publics locaux ou la réalisation d'équipements locaux, de manière à mieux répartir les coûts et à profiter d'économies d'échelle ou sur une coopération plus intégrée et concerner la conduite collective de projets de développement local¹¹⁴⁵. Certains de ces établissements, dits « à fiscalité propre » disposent de pouvoir en matière fiscale¹¹⁴⁶. Ils se substituent à leurs membres pour percevoir les impositions et contributions relevant de leurs compétences. C'est le cas des communautés de communes, qui regroupent « plusieurs communes d'un seul tenant et sans enclave » et qui ont pour objet « d'associer des communes au sein d'un espace de solidarité, en vue de l'élaboration d'un projet commun de développement et d'aménagement de l'espace ».

Malgré ces caractéristiques, l'assimilation est impossible en raison de l'irréductibilité du groupe à un groupement.

B. L'irréductibilité à un groupement

274. Matérialisation du groupe. Un groupement peut matérialiser l'existence d'un groupe. Il peut contribuer à l'élaboration, à l'expression et à l'application de la logique du groupe par les différentes personnes morales. Il peut également permettre de mutualiser des moyens afin de favoriser l'activité de chacune des personnes morales, par exemple en mettant en place des services communs – techniques, administratifs, etc. – voire, lorsque cela est possible procéder à une centralisation de trésorerie¹¹⁴⁷. Il peut encore permettre la cohésion du groupe, et lui permettre de présenter un interlocuteur unique aux partenaires commerciaux ou à l'administration. En cela, l'existence d'un groupe se manifeste à travers celle du groupement.

¹¹⁴⁵ V. not. M. LETANOUX, Encycl. collectiv. loc., folio n° 1050, 2016.

¹¹⁴⁶ CGCT, art. L. 5211-28 et s.

¹¹⁴⁷ C. monét. fin., art. L. 511-7.

C'est particulièrement le cas des unions d'associations et de sociétés coopératives. Ainsi en est-il par exemple de la Fédération nationale des chasseurs¹¹⁴⁸. Celle-ci regroupe l'ensemble des fédérations départementales, interdépartementales et régionales de chasseurs. Elle « assure la représentation des fédérations [...] à l'échelon national », et « coordonne » leurs actions. Elle gère un fonds qui assure notamment une péréquation entre les fédérations départementales des chasseurs en fonction de leurs ressources et de leurs charges. Elle élabore une charte de la chasse en France mise en œuvre par chaque fédération départementale des chasseurs.

275. Irréductibilité au groupe. Pour autant, un tel groupement n'est pas assimilable au groupe lui-même. Autrement dit, le groupe de personnes morales est irréductible à un groupement de personnes morales. Un groupement, quelle que soit son importance, ne constitue qu'un élément du groupe dont il fait partie. Quand bien même ce groupement permettrait le développement ou la mise en commun de l'activité de ses membres, ce sont bien ces derniers qui, ensemble, réalisent l'activité ou les activités du groupe.

En tout état de cause, l'assimilation du groupe de personnes morales au groupement n'est pas souhaitable. Le groupe ne jouit pas de la personnalité morale et n'a pas, par conséquent, la capacité juridique¹¹⁴⁹. Néanmoins, l'organisation en groupe permet la combinaison de spécialités différentes, possiblement plus larges que ne peut l'être une spécialité considérée. Elle peut permettre, pour une même activité, la réalisation d'un objet lucratif et d'un objet non-lucratif, par exemple en raison du lien entre une association et une société, ce que ne peut pas faire une association ou une société isolée.

276. Conclusion de la Section 2. Si d'un point de vue purement théorique, l'assimilation du groupe à un groupement existant présente des avantages, cette assimilation est impossible. D'une part, le groupe ne peut pas être qualifié de société créée de fait puisqu'au moins un des éléments du contrat de société fera systématiquement défaut au sein d'un groupe. D'autre part, le groupe est irréductible à un groupement formalisé. Il faut se réjouir de l'impossibilité de cette assimilation. En effet, malgré la variété des groupements existants, aucun ne semble pouvoir être un cadre convenant au groupe, qui présente des spécificités dépassant le groupement et, au-delà, la personne morale.

¹¹⁴⁸ C. env., art. L. 421-14.

¹¹⁴⁹ Com., 2 avr. 1996, n° 94-16.380 : Bull. 1996, IV, n° 113 ; Rev. sociétés 1996, p. 573, note C. GAVALDA.

277. Conclusion du Chapitre 2. Certains contrats ont pour objet la formation d'un groupe ou d'un groupement destiné à organiser un groupe. Pour autant, quel que soit son objet ou ses effets, ce contrat ne permet pas de conférer au groupe formé la personnalité juridique. Par conséquent, le groupe de personnes morales liées par un contrat ne dispose pas d'un intérêt personnel.

278. Conclusion du Titre 1. Quel que soit le groupe de personnes morales considéré, que celles-ci présentent un lien en capital ou contractuel, voire les deux, l'ensemble formé par ces personnes morales ne dispose pas de la personnalité juridique. En conséquence, l'intérêt de groupe ne réside pas dans un intérêt individuel, qui serait l'intérêt du groupe considéré comme un individu.

L'on verra que l'intérêt de groupe réside en réalité dans l'alchimie résultant de la coexistence des différents intérêts personnels au sein du groupe.

TITRE 2 : LA COEXISTENCE D'INTÉRÊTS PERSONNELS AU SEIN D'UN GROUPE

279. Intérêt de groupe. La reconnaissance de l'existence d'un groupe par les différentes notions de groupe permet de considérer des personnes morales liées comme formant un ensemble doté d'une certaine individualité. Ainsi, la consolidation ou la combinaison des comptes permet de présenter une image fidèle d'un ensemble de personnes morales. L'intégration fiscale permet de désigner une personne morale comme contribuable unique. La désignation d'un comité de groupe favorise la représentation des salariés de chaque personne morale du groupe. Lorsqu'il est envisagé comme concept, le groupe a également cet effet individualisant. Il peut permettre de justifier des agissements qui, du point de vue d'une personne morale isolée, ne correspondraient pas à son intérêt. Si l'appartenance au groupe justifie ces agissements, elle peut alors les légitimer. Les intérêts personnels au sein du groupe s'influencent. C'est de cette alchimie que résulte ce que l'on désigne comme l'intérêt de groupe.

Pour autant, l'individualisation qu'implique l'appartenance à un groupe n'altère pas, à elle seule l'individualité de chaque personne morale qui le compose. Le « *paradoxe* » du groupe demeure¹¹⁵⁰.

La persistance de l'autonomie juridique justifie la distinction des intérêts au sein du groupe (**Chapitre 1**), distinction dont il est nécessaire d'étudier les conséquences (**Chapitre 2**).

¹¹⁵⁰ C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés, op. cit.*, p. 49, § 74.

CHAPITRE 1 : LA DISTINCTION DES INTÉRÊTS

280. Ordre interne et ordre externe. L'autonomie de la personne morale au sein d'un groupe se manifeste à plusieurs échelles. Elle se manifeste d'abord à l'échelle de la personne morale elle-même. Les membres de la personne morale et ses dirigeants entretiennent des rapports entre eux ainsi qu'avec la personne morale. Bien que directement intéressé au sort de la personne morale, chacun d'entre eux poursuit, volontairement ou non, sa propre fin. Leurs intérêts doivent être distingués. Par ailleurs, l'appartenance de la personne morale à un groupe démultiplie les intérêts en présence. L'autonomie de la personne morale se manifeste alors également à l'égard des autres intérêts, personnels ou non, que l'on peut retrouver dans un groupe.

La distinction des intérêts au sein d'un groupe doit donc être opérée à l'échelle de la personne morale (**Section 1**) puis à celle du groupe (**Section 2**).

SECTION 1 : LA DISTINCTION À L'ÉCHELLE DE LA PERSONNE MORALE

281. Membre de la personne morale et dirigeant. Le membre est la « *personne qui fait nommément partie d'un corps* »¹¹⁵¹. Cette définition générale du membre ne doit pas effacer les différences majeures entre membres de personnes morales. Les statuts des associés d'une société, celui des membres d'une association, d'un syndicat ou d'un groupement d'intérêt public ou encore celui des sociétaires d'une mutuelle sont aussi différents et variés que peuvent l'être ceux des personnes morales dont ils sont membres. Certaines personnes morales n'ont pas de membre : ainsi en est-il des fondations¹¹⁵². Dans la grande majorité des cas, l'intérêt de la personne morale et ceux de ses membres coexistent.

De plus, l'abstraction de la personne morale implique que l'on agisse en son nom et pour son compte, et que les relations internes entre la personne morale et ses membres ainsi que les relations externes soient organisées. La loi et les statuts d'une personne morale vont confier à une ou plusieurs personnes le pouvoir de diriger la personne morale, de la représenter, voire les deux.

¹¹⁵¹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert de la langue française, op. cit.*, V° Membre.

¹¹⁵² L. n° 87-571, 23 juillet 1987, sur le développement du mécénat, art. 18.

En dépit du lien qui les unit à la personne morale, l'intérêt de celle-ci doit être distingué des intérêts de ses membres (I) et de ses dirigeants (II).

I. Les intérêts des membres de la personne morale

282. Intérêts des membres. Chaque membre d'une personne morale a un intérêt à créer la personne morale ou à en devenir membre, et à le rester. C'est l'intérêt du membre ou des membres d'une personne morale qui justifie la création de la personne morale¹¹⁵³. Cet intérêt est objectif, invariable ; il s'agit d'un intérêt « type »¹¹⁵⁴ (A), issu d'une sélection opérée à partir de l'intérêt brut du membre, les mobiles personnels qui l'ont poussé à constituer ou rejoindre la personne morale (B).

A. L'intérêt type des membres

283. Distinction relative. L'intérêt type des membres et l'intérêt de la personne morale ne peuvent être assimilés¹¹⁵⁵. En effet, malgré le lien entre l'intérêt type des membres de la personne morale et l'intérêt personnel de cette dernière (1), leur distinction est parfaitement justifiée (2).

¹¹⁵³ Sur la théorie de la réalité, cf. *supra* n° 13 et s. – Sur la théorie de la fiction, cf. *supra* n° 28 et s.

¹¹⁵⁴ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 196, § 297.

¹¹⁵⁵ V. not. A. COURET, L'intérêt social, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 6 ; J.-P. BERTREL, Liberté contractuelle et sociétés (essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés), RTD com. 1996 p. 595 ; P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5 ; C. BAILLY-MASSON, L'intérêt social : une notion fondamentale, LPA, 9 nov. 2000, n° 224, p. 6 ; Y. GUYON, Traité des contrats, Les Sociétés, *op. cit.*, p. 349, §230 ; G. GOFFAUX-CALLEBAUT, La définition de l'intérêt social, Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, RTD com. 2004, p. 35 ; D. PORACCHIA et D. MARTIN, Regard sur l'intérêt social, Rev. sociétés, 2012, p. 475 ; P. LE CANNU, La Société anonyme à directoire, *op. cit.*, p. 306. – *Contra* T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD Com. 1984, p. 582 ; E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 196, § 297 ; N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.*, § 445 ; N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 291, § 510 ; G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 26.

1. Le lien entre l'intérêt type des membres de la personne morale et l'intérêt de la personne morale

284. Définition de l'intérêt type. La création d'une personne morale est motivée par la réalisation de sa finalité. Plusieurs mobiles peuvent conduire à créer une personne morale. Ces mobiles sont personnels aux membres de la personne morale. Ils sont variables, subjectifs, changeants d'un membre à un autre. Ainsi, les associés d'une société pourront chacun avoir une conception différente de la participation au résultat et des raisons personnelles d'être intéressés par cette participation. En eux-mêmes, les mobiles personnels des membres ne justifient pas la création de la personne morale.

L'intérêt type des membres matérialise la sélection d'intérêts conduisant à la création de la personne morale et justifie cette création. Par cette sélection, une partie des mobiles personnels est raffinée en un intérêt justifiant la création de la personne morale. L'intérêt type est l'expression de la fraction des mobiles personnels qui est identique pour chacun des membres, soit la volonté de réaliser la finalité de la personne morale. Autrement dit, l'intérêt type des membres est le plus petit dénominateur commun des différents membres d'une personne morale¹¹⁵⁶. Dans l'hypothèse d'une personne morale sans membre, l'intérêt type justifiant la création de la personne morale est celui du ou des fondateurs. L'intérêt type est invariable au sein d'une même catégorie de personne morale¹¹⁵⁷.

L'intérêt type n'est pas nécessairement un intérêt collectif¹¹⁵⁸. L'intérêt collectif ne peut naître d'un intérêt individuel seul¹¹⁵⁹, puisqu'il est un « *intérêt individuel commun à plusieurs personnes* »¹¹⁶⁰. Pourtant, la création d'une personne morale par une seule personne suppose que soit caractérisée l'existence d'un intérêt type. Les mobiles qui conduisent une personne à vouloir créer une personne morale unipersonnelle, lorsque la loi le permet, doivent faire l'objet d'une sélection par le législateur. Par exemple, l'intérêt justifiant la création d'une

¹¹⁵⁶ D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, JCP E 1994, I, 404.

¹¹⁵⁷ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 196, § 297.

¹¹⁵⁸ V. not. N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.*, § 445 ; G. WICKER et J.-C. PAGNUCCO, Rép. civ., V° Personne morale, 2016, § 26 – *Contra* N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 296, § 510.

¹¹⁵⁹ B. DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale, *op. cit.*, p. 242.

¹¹⁶⁰ T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582.

société unipersonnelle n'est pas un intérêt collectif, mais il correspond à l'intérêt type des associés de société.

285. Relation intérêt type – intérêt personnel. L'intérêt type justifie la création d'une personne morale, en considération de l'intérêt que présente sa finalité pour les membres. Dans la mesure où l'intérêt personnel inclut la réalisation de la finalité de la personne morale¹¹⁶¹, l'on peut considérer que l'intérêt de la personne morale émane de l'intérêt type des membres¹¹⁶². L'intérêt de la personne morale et l'intérêt type de ses membres ne sont « *pas totalement étrangers* »¹¹⁶³. La question est particulièrement débattue en droit des sociétés¹¹⁶⁴. Un auteur a pu dire que l'intérêt commun des associés était le « *contempteur de l'intérêt social* »¹¹⁶⁵. Bien au contraire, la spécialité de la société correspond à l'intérêt commun des associés¹¹⁶⁶ : à défaut, la société serait nulle¹¹⁶⁷. Pourtant, en dépit du lien entre l'intérêt type des membres de la personne morale et l'intérêt personnel de celle-ci, leur distinction est parfaitement justifiée.

2. Une distinction parfaitement justifiée

286. Création de la personne morale. L'intérêt personnel est conséquent à la personne morale. Il apparaît en même temps que la personne morale, lorsque celle-ci acquiert la qualité de sujet de droit et la titularité de droits subjectifs¹¹⁶⁸.

L'intérêt type des membres justifie la création de la personne morale, selon la théorie de la réalité des personnes morales comme celle de leur fiction¹¹⁶⁹. Par exemple, une société doit être constituée dans l'intérêt commun des associés. Si les mobiles d'un associé ne

¹¹⁶¹ Sur l'inclusion de la finalité de la personne morale dans l'intérêt personnel, cf. *supra* n° 62 et s.

¹¹⁶² N. MATHEY, Recherche sur la personnalité morale, *op. cit.*, § 556.

¹¹⁶³ *Ibid.*

¹¹⁶⁴ Sur les différentes conceptions de l'intérêt social, cf. *supra* n° 3.

¹¹⁶⁵ *Contra* M. GERMAIN, L'intérêt commun des actionnaires, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 13.

¹¹⁶⁶ P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5.

¹¹⁶⁷ Y. GUYON, Traité des contrats, Les Sociétés, *op. cit.*, p. 287, § 189.

¹¹⁶⁸ Sur la titularité de droits subjectifs, cf. *supra* n° 46 et s.

¹¹⁶⁹ Sur la théorie de la réalité, cf. *supra* n° 13 et s. - Sur la théorie de la fiction, cf. *supra* n° 28 et s.

correspondent pas à l'intérêt commun, il ne pourra pas valablement entrer en société¹¹⁷⁰. L'intérêt type des membres de la personne morale précède la création de la personne morale. Il en est un prérequis. Outre le fait que ces intérêts ne naissent pas en même temps, leur différence de fonctions conduit à les distinguer.

287. Protection des membres de la personne morale. L'intérêt type continue de produire des effets après la création de la personne morale. À partir de ce moment, l'intérêt type des membres coexiste avec l'intérêt de la personne morale, mais dans des domaines différents¹¹⁷¹. L'intérêt type a pour fonction la protection des membres de la personne morale tandis que, par analogie avec l'intérêt social, l'on peut considérer que l'intérêt personnel a pour fonction la protection de la personne morale elle-même¹¹⁷².

L'intérêt type permet d'harmoniser et d'équilibrer les rapports au sein des groupements, notamment en justifiant une égalité de traitement entre les membres¹¹⁷³. Ainsi, les « *associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes* »¹¹⁷⁴. Une personne morale ne peut pas être créée et gouvernée dans l'intérêt d'un ou de certains membres seulement¹¹⁷⁵. L'intérêt type fait également peser sur les membres d'une personne morale une obligation de bonne foi dans leurs rapports¹¹⁷⁶. L'intérêt commun ne crée pas d'obligation de loyauté vis-à-vis des associés. Un associé peut parfaitement exercer une activité concurrente à celle de la société, et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale¹¹⁷⁷. Néanmoins, l'associé ne peut faire usage de son droit de vote de mauvaise foi, notamment en rompant l'égalité entre associés. Ainsi, l'abus de majorité est caractérisé lorsqu'est adoptée une décision

¹¹⁷⁰ D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, *op. cit.*, p. 4, §5.

¹¹⁷¹ D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, RD bancaire et bourse 1994, p. 204.

¹¹⁷² Sur cette question, cf. *supra* n° 89 et s.

¹¹⁷³ T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582 ; D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, RD bancaire et bourse 1994, p. 204.

¹¹⁷⁴ Com., 21 juin 1988, n° 86-19.558 : inédit.

¹¹⁷⁵ D. SCHMIDT, De l'intérêt commun des associés, RD bancaire et bourse 1994, p. 204.

¹¹⁷⁶ T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582.

¹¹⁷⁷ Com., 3 mars 2015, n° 13-25-237 : inédit ; Dr. sociétés 2015, comm. 103, note R. MORTIER ; Rev. sociétés 2015, p. 585, note B. SAINTOURENS.

« contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser le groupe des actionnaires majoritaires »¹¹⁷⁸.

La distinction entre intérêt type des membres et intérêt de la personne morale semble parfaitement justifiée au regard de cette différence de fonction. La distinction entre l'intérêt de la personne morale et les mobiles de ses membres l'est tout autant.

B. Les mobiles d'un membre

288. Distinction absolue. Les mobiles sont ce qui pousse à agir. Ce sont des mobiles personnels qui poussent une personne à créer une personne morale, à en rejoindre une au cours de son existence, à en demeurer membre ou à cesser l'être, et à prendre ou s'opposer à certaines décisions lorsqu'il en a le pouvoir. Les mobiles personnels du membre reflètent son intérêt brut, non encore raffiné en un intérêt type. La distinction entre ces mobiles et l'intérêt de la personne morale est nécessaire en raison de leur possible divergence (1) et révèle l'existence d'une hiérarchie entre ces intérêts (2).

1. Une distinction nécessaire en raison de la possible divergence des intérêts

289. Variété et variabilité des mobiles personnels. Contrairement à l'intérêt type, les mobiles personnels du membre d'une personne morale ne peuvent pas être identifiés par la seule considération de la forme de celle-ci. Les membres d'une personne morale donnée ne sont pas une entité abstraite¹¹⁷⁹. Chacun d'eux pourra avoir des mobiles différents et donc une vue différente quant à la manière de réaliser la finalité de la personne morale.

La variété des mobiles personnels a été particulièrement étudiée s'agissant des actionnaires individuels¹¹⁸⁰. Une étude a relevé que les quatre cinquièmes des actionnaires individuels - les personnes physiques qui investissent en actions plutôt qu'en part d'organismes de

¹¹⁷⁸ Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175; D. 1961, p. 661.

¹¹⁷⁹ A. COURET, Le droit de vote des actionnaires : état des lieux, *in* Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes, RTDF n° 4-2011, p. 13.

¹¹⁸⁰ V. par ex. <http://www.amf-france.org/Epargne-Info-Service/Autres-infos-et-guides-pratiques/Investir-en-actions/Qui-sont-les-actionnaires-individuels-->, consulté le 16 sept. 2018.

placement collectif - avaient pour objectif de rentabiliser leur investissement sur le long terme¹¹⁸¹. Parmi les actionnaires individuels ayant un objectif à long terme, l'actionnaire « *patrimonial* », ayant pour objectif la constitution d'un capital transmissible, se distinguerait de l'actionnaire « *de circonstance* », recherchant la rentabilité à long terme pour un complément de revenu à la retraite ; parmi les actionnaires individuels, l'actionnaire « *nouvelle génération* » serait moins engagé que l'actionnaire « *financier* »¹¹⁸². Par ailleurs, les actionnaires peuvent partager un même profil mais entendre différemment le profit recherché par leur investissement. L'un privilégiera les revenus tirés des dividendes versés, un autre la plus-value résultant de la cession des titres émis par la société, un troisième le maintien du patrimoine social, etc.

Les mobiles personnels vont avoir une incidence sur le vote lors des décisions collectives, vote qui n'aura pas le même sens selon le profil de l'actionnaire¹¹⁸³. De plus, chaque actionnaire peut ignorer les mobiles personnels qui l'ont conduit à entrer en société et voter stratégiquement, phénomène appréhendé par les théories mathématiques du vote : le vote ne révèle alors plus les préférences personnelles de l'actionnaire mais des choix inscrits dans un contexte stratégique¹¹⁸⁴. Ce vote, dit utile, peut se retrouver dans d'autres scrutins que ceux tenus en assemblées générales.

290. Exemple de l'État actionnaire. Ces dernières années, le rôle de l'État actionnaire a évolué pour s'orienter vers l'investissement en fonds propres. Créée en 2004, l'Agence des participations de l'État incarne, sous la tutelle du ministre de l'économie et des finances, l'État actionnaire dans des entreprises jugées stratégiques par l'État, pour stabiliser leur capital ou les accompagner dans leur développement ou leur transformation¹¹⁸⁵. S'agissant des mobiles personnels de l'État actionnaire, l'on ne se risquera qu'à envisager des hypothèses.

¹¹⁸¹ HAVAS PARIS, Actionnaires individuels français, cassons les idées reçues, nov. 2016.

¹¹⁸² Ibid.

¹¹⁸³ V. not. P. LEDOUX, Le droit de vote des actionnaires, LGDJ, 2002, p. 153, § 171 et s. ; M. NUSSENBAUM, Le devoir de voter de l'actionnaire *in* Les devoirs de l'actionnaire, Gaz. Pal. Hors-série 6 juin 2016, p. 31.

¹¹⁸⁴ A. BAUJARD et V. MERLIN, Vote, pouvoir et modes de scrutin dans les sociétés cotées, l'éclairage des théories mathématiques du vote, *in* Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes, RTDF n° 4-2011, p. 27.

¹¹⁸⁵ <https://www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat> , consulté le 16 sept. 2018.

Si l'on considère l'État comme un actionnaire comme les autres, il devrait être motivé en premier lieu par la participation au résultat de la société. Cependant, l'État ne peut pas être considéré comme un actionnaire normal¹¹⁸⁶. L'État a deux faces : il est personne morale et souverain¹¹⁸⁷. L'État actionnaire peut donc être animé par différents mobiles¹¹⁸⁸. Il pourrait s'agir de la défense de l'intérêt général¹¹⁸⁹ ou d'un intérêt public local comme la sauvegarde d'un bassin d'emploi¹¹⁹⁰.

291. Divergence des mobiles personnels et de l'intérêt de la personne morale. Il existe un lien entre l'intérêt personnel, l'intérêt type et les mobiles personnels du membre. L'intérêt type exprime les mobiles personnels et justifie la création de la personne morale. L'intérêt personnel, intérêt type et mobiles personnels devraient donc être convergents. L'harmonie qui peut régner entre les membres n'est pas purement théorique. Néanmoins, les mobiles personnels sont variés, et ils peuvent évoluer au point de s'opposer à l'intérêt personnel. L'expression la plus évidente des mobiles personnels est le sens du vote lors des décisions collectives des membres, si le statut de la personne morale prévoit la consultation des membres. C'est cette possible divergence entre l'intérêt personnel et les mobiles personnels qui rend nécessaire leur distinction. Cette distinction révèle l'existence d'une hiérarchie entre les intérêts.

2. Une distinction révélatrice de l'existence d'une hiérarchie entre intérêts

292. Hiérarchie entre les mobiles personnels et l'intérêt personnel. L'intérêt personnel n'est pas un intérêt systématiquement supérieur aux autres. Ainsi, il n'est pas possible d'affirmer qu'il est supérieur à l'intérêt type des membres de la personne morale, puisque ces intérêts existent sur des plans différents sans se concurrencer. Cependant, non seulement

¹¹⁸⁶ INSTITUT MONTAIGNE, L'impossible État actionnaire, janv. 2017, p. 17 et s.

¹¹⁸⁷ L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, *op. cit.*, p. 114, § 52 ; M. HAURIOU, Principes de droit public, *op. cit.*, p. 41 et s.

¹¹⁸⁸ D. SCHMIDT, L'État actionnaire et stratégie, D. 2015, p. 2433

¹¹⁸⁹ V. par ex. communiqué de l'Agence des participations de l'État, du Ministère des Finances et des Comptes Publics et du Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, n° 267/53, 8 avr. 2015, L'État annonce l'acquisition de titres Renault.

¹¹⁹⁰ V. par ex. communiqué du Secrétaire d'État chargé de l'Industrie, 28 nov. 2016, Le Gouvernement et Alstom ont présenté l'avancement des engagements pris pour le maintien des activités ferroviaires et industrielles sur le site de Belfort.

l'intérêt personnel n'est pas réductible aux mobiles personnels d'un membre, mais il ne saurait s'incliner devant ces mobiles en cas de divergence.

Plus précisément, l'intérêt personnel prime l'intérêt de l'ensemble des membres statuant à l'unanimité, celui du membre majoritaire et celui d'un minoritaire. Le régime de l'abus de droit de vote en droit des sociétés en est la parfaite illustration.

293. Exemple de l'indifférence de l'unanimité en droit des sociétés. L'unanimité est la règle de principe de prise de décision collective par les associés. En effet, « *les statuts d'une société ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés* »¹¹⁹¹. Cette règle, applicable à toutes les sociétés, est supplétive, et cèdera devant une clause des statuts ou une disposition légale spéciale prévoyant une autre règle de majorité pour une forme sociale donnée.

L'unanimité des votes des associés ne correspond pas nécessairement à l'intérêt commun. Une décision prise à l'unanimité peut être illicite, or l'intérêt type ne peut pas être illicite puisqu'il résulte d'une sélection. En revanche, l'unanimité reflète toujours la convergence des mobiles personnels des associés. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de l'indifférence de l'unanimité d'une décision sur sa conformité ou son absence de conformité à l'intérêt social, confirmant la distinction nécessaire entre mobile personnel de l'associé et intérêt social. Ainsi, le cautionnement donné par une société civile immobilière, « *même accordé par le consentement unanime des associés, n'est pas valide s'il est contraire à l'intérêt social* »¹¹⁹². De même, « *l'assentiment [unanime] de l'assemblée [...] ne peut faire disparaître le caractère délictueux des prélèvements abusifs* » constitutifs d'un abus de biens sociaux¹¹⁹³.

L'intérêt social n'est pas non plus assimilable à l'intérêt de l'associé unique de la société. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi admis que les dispositions relatives à l'abus de biens sociaux étaient applicables aux sociétés unipersonnelles¹¹⁹⁴.

¹¹⁹¹ C. civ., art. 1836.

¹¹⁹² Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : Bull. 2012, III, n° 121 ; Rev. sociétés 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; D. 2013, p. 1706, note P. CROCQ.

¹¹⁹³ Crim., 30 sept. 1991, n° 90-83.965 : inédit ; Rev. sociétés, 1991, p. 356, note B. BOULOC.

¹¹⁹⁴ Crim., 14 juin 1993, n° 92-80.763 : Bull. crim. 1993, n° 208.

294. Exemple de la primauté de l'intérêt social sur l'intérêt d'un majoritaire ou d'un minoritaire. Pour certaines formes sociales, la loi prévoit des règles de majorité pour les décisions collectives¹¹⁹⁵ ou permet de prévoir des règles de majorité dans les statuts¹¹⁹⁶.

Les règles de majorité peuvent permettre à un associé ou à un bloc d'associés de déterminer les décisions collectives, et de se trouver ainsi « *en fait le maître de la société* »¹¹⁹⁷. Malgré cela, les décisions du majoritaire doivent respecter l'intérêt social¹¹⁹⁸. L'intérêt social prime sur l'intérêt de l'associé lorsque celui-ci décide des mises en réserve systématiques sans intérêt pour la société¹¹⁹⁹ ou ne décide une augmentation de capital que pour diluer la participation d'un associé minoritaire¹²⁰⁰. Comme celui du majoritaire, l'intérêt de l'associé minoritaire cède devant l'intérêt social. L'associé minoritaire ne doit pas abuser de son droit de vote et empêcher des décisions nécessaires pour la société¹²⁰¹. Ainsi, le coup d'accordéon qui a pour effet, mais non pour objet, d'évincer un associé minoritaire est conforme à l'intérêt social¹²⁰².

Comme les intérêts des membres, à l'échelle de la personne morale, l'intérêt personnel doit être distingué de l'intérêt de son dirigeant.

II. L'intérêt du dirigeant de la personne morale

295. Intérêt du dirigeant. Le dirigeant d'une personne morale peut être choisi parmi ses membres. Il est alors l'émanation d'un membre ou d'un bloc de membres, éventuellement

¹¹⁹⁵ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-96 et L. 225-98.

¹¹⁹⁶ Pour les sociétés par actions simplifiées, C. com., art. L. 227-5.

¹¹⁹⁷ CA Paris, 9 avr. 1930 : S. 1930, I, p. 116.

¹¹⁹⁸ Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175 ; D. 1961, p. 661.

¹¹⁹⁹ V. par ex. Com. 6 juin 1990, n° 88-19.420 : Bull. 1990, IV, n° 171 : Bull. Joly Sociétés 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE ; RTD com. 1990, p. 592, note Y. REINHARD ; Rev. sociétés 1990, p. 606 note Y. CHARTIER - Civ. 3^e 12 nov. 2015, n° 14-23.716 : inédit ; Rev. Sociétés 2016, p. 526, note E. SCHLUMBERGER.

¹²⁰⁰ Civ. 3^e, 8 juil. 2015, n° 13-14.348 : Bull. 2015, IV, n° 834 ; LEDC oct. 2015, p. 6, note M. CAFFIN-MOI ; RTD Com. 2015, p. 533, note A. CONSTANTIN ; Rev. sociétés 2016, p. 169, note E. SCHLUMBERGER.

¹²⁰¹ Com., 19 mars 2013, n° 12-16.910 : inédit.

¹²⁰² Com. 18 juin 2002, n° 99-11.999 : Bull. 2002, IV, n° 108 ; D. 2002, p. 3264, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 2002, p. 496, note J.-P. CHAZAL.

issus d'une même famille¹²⁰³. Il peut également ne pas être membre de la personne morale. Ces deux cas de figure laissent entrevoir à quel point l'intérêt du dirigeant peut être variable. Dans le premier cas, l'intérêt du dirigeant correspondrait plutôt aux mobiles qui l'ont conduit à devenir membre de la personne morale : stabilité du capital en vue de sa transmission, rentabilité à plus ou moins long-terme, etc. Dans le second cas, les possibilités sont tout aussi variées : le dirigeant peut exercer ses fonctions pour en retirer un revenu, ou au contraire les exercer bénévolement, il peut avoir intérêt à réaliser un coup puis quitter la personne morale, ou, au contraire, conserver ses fonctions le plus longtemps possible.

Quel que soit le profil du dirigeant, son intérêt et celui de la personne morale peuvent être convergents. C'est l'un des objets de l'intéressement des dirigeants de sociétés. Néanmoins, l'intérêt du dirigeant ne peut pas être assimilé à l'intérêt de la personne morale. Bien au contraire, le conflit d'intérêts entre l'intérêt du dirigeant et celui de la personne morale est strictement encadré. Ce conflit d'intérêts fait ainsi l'objet d'une réglementation importante en droit des sociétés, notamment à travers la procédure des conventions réglementées¹²⁰⁴ et la prohibition de certaines conventions¹²⁰⁵. Le droit commun des personnes morales ne l'ignore pas non plus en matière de représentation¹²⁰⁶.

La distinction entre l'intérêt du dirigeant et l'intérêt personnel est d'autant plus marquée que l'intérêt personnel fonde l'action du dirigeant (A) et que ce dernier est tenu, au titre de ses fonctions, de défendre l'intérêt personnel (B).

A. L'intérêt personnel fondement de l'action du dirigeant

296. Distinction entre représentation et direction. La direction et la représentation de la personne morale peuvent être assumées par une même personne. C'est par exemple le cas pour les gérants de sociétés de personnes ou de sociétés en commandite par actions¹²⁰⁷. C'est

¹²⁰³ A. VAISMAN, Le long règne des dynasties d'affaires, Les Échos, 27 févr. 1996.

¹²⁰⁴ Pour les SA, C. Com., art. L. 225-38 et s. et L. 225-86 et s.

¹²⁰⁵ Pour les SARL, C. com., art. L. 223-21 ; pour les SA, C. com., art. L. 225-43 et L. 225-91.

¹²⁰⁶ C. civ., art. 1157.

¹²⁰⁷ Pour les SNC et les SCS, C. com., art. L. 221-4, et L. 221-5 ; Pour les SARL, C. com., art. L. 223-18 ; Pour les SCA, C. com., art. L. 226-7.

également le cas pour certains établissements publics¹²⁰⁸. Les fonctions de direction et de représentation peuvent aussi être dissociées. Ainsi en est-il du président du directoire d'une société anonyme, qui représente la société à l'égard des tiers sans pour autant être seul titulaire du pouvoir de direction¹²⁰⁹ ou du président de la société par actions simplifiée auquel les statuts ne confient pas de pouvoir de direction¹²¹⁰. Inversement, le conseil d'administration d'une société anonyme est doté du pouvoir de diriger la société mais pas de la représenter. Parmi les dirigeants, il faut donc distinguer le dirigeant *stricto sensu*, qui assume des fonctions de direction (1), et celui qui représente la personne morale auprès des tiers (2).

1. La direction de la personne morale

297. Dirigeant de droit. Le dirigeant de droit d'une personne morale est celui qui est désigné régulièrement par l'organe prévu par la loi ou les statuts. Les fonctions de direction peuvent être confiées à une ou plusieurs personnes ou à un organe collégial. Dans ce dernier cas de figure, c'est bien l'organe collégial qui est dirigeant, et non ses membres pris individuellement. Toutefois, sur le plan de la responsabilité, chacun des membres d'un organe collégial peut être appréhendé comme un dirigeant, en droit des sociétés du moins¹²¹¹.

Le dirigeant peut être « *investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance* » au nom de la personne morale¹²¹². Le conseil d'administration de tel ou tel établissement public règle par ses délibérations les affaires de l'établissement¹²¹³. S'il existe

¹²⁰⁸ D. n° 2015-1498, 18 nov. 2015, portant statuts de l'établissement public Bpifrance et définissant les modalités particulières du contrôle de l'Etat, art. 10.

¹²⁰⁹ C. com., art. L. 225-64 et L. 225-66.

¹²¹⁰ C. com., art. L. 227-5 et L. 227-6.

¹²¹¹ V. par ex. Com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : Bull. civ. 2010, IV n° 69 ; D. 2010, p. 1678, note B. DONDERO ; Rev. sociétés 2010, p. 304, note P. LE CANNU.

¹²¹² Pour le gérant d'une société à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-18 ; Pour le directoire d'une société anonyme, C. com., art. 225-56 ; Pour le gérant d'une société en commandite par actions, C. com., art. L. 2267 ; Pour le président et les éventuels directeurs généraux et directeurs généraux délégués, C. com., art. L. 227-6.

¹²¹³ V. par ex. D. n° 2017-1040, 10 mai 2017, relatif à l'établissement public Paris La Défense, art. 1er – v. ég. D. n° 2017-1764, 27 déc. 2017 relatif à l'établissement public Société de livraison des ouvrages olympiques, art 9 – v. ég. D. n° 2017-1831, 28 déc. 2017 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement public Campus Condorcet, art. 7.

plusieurs organes de direction au sein d'une personne morale, leurs pouvoirs s'articulent. Ainsi, si le directeur général d'une société anonyme en assume la direction générale, il revient au conseil d'administration de déterminer les orientations de l'activité de la société et de veiller à leur mise en œuvre¹²¹⁴.

Quelle que soit l'étendue de son pouvoir, le dirigeant participe à l'animation de la personne morale et lui permet de réaliser sa finalité. Le pouvoir est « *tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt* »¹²¹⁵. Pour le dirigeant, cet intérêt est l'intérêt de la personne morale qu'il dirige. Cela est spécifiquement affirmé pour les sociétés de personnes et les sociétés en commandite par actions. Pour ces sociétés, dans les rapports entre associés, « *le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* »¹²¹⁶.

En n'agissant pas dans l'intérêt de la personne morale, dans c'est-à-dire dans la finalité de son pouvoir, le dirigeant détourne son pouvoir¹²¹⁷. Néanmoins, la gestion malheureuse de la personne morale, la mauvaise appréciation de ce que requérait l'intérêt personnel, ne permet pas, à elle seule, de caractériser le détournement de pouvoir¹²¹⁸. La distinction entre l'acte malheureux et l'acte nocif, constitutif d'un détournement de pouvoir, a tendance à être de plus en plus relevée en droit des sociétés en matière de faute de gestion¹²¹⁹.

Une mission de surveillance de la gestion de la personne morale peut être confiée à un organe, un « *conseil de surveillance* » ou un organe *ad hoc*. Les membres d'un organe de surveillance ne sont pas chargés de la direction de la personne morale, mais de la surveillance de la direction. Ils ne devraient encourir aucune responsabilité au titre des actes de gestion. C'est expressément prévu pour les sociétés par actions¹²²⁰.

¹²¹⁴ C. com., art. L. 225-35.

¹²¹⁵ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p. 150, § 235.

¹²¹⁶ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1848 ; Pour les sociétés en nom collectif, C. com., art. L. 221-4 ; Pour les sociétés en commandite simple, C. com., art. L. 222-2 ; Pour les sociétés à responsabilité limitée, C. com., art. L. 223-18

¹²¹⁷ E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé, op. cit.*, p. 150, § 235.

¹²¹⁸ *Ibid.*, p. 98, § 150.

¹²¹⁹ Sur la distinction, cf. *supra* n° 109 et s.

¹²²⁰ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-257 ; Pour les sociétés en commandite par actions, C. com., art. L. 226-13.

Les membres de l'organe de surveillance ne doivent pas se charger de la gestion de la personne morale, sous peine d'être qualifiés de dirigeants de droit¹²²¹ ou de fait¹²²². Ils ne sont pas moins responsables de l'intérêt de la personne morale au sein de laquelle ils exercent leurs fonctions. En effet, s'ils ne sont pas tenus de diriger la personne morale, et donc d'agir dans son intérêt, ils doivent néanmoins, au titre de leurs fonctions, surveiller la façon dont la personne morale est dirigée, ce qui implique de dénoncer tout agissement qui serait contraire à l'intérêt de la personne morale, à plus forte raison s'il s'agit d'une infraction pénale.

298. Dirigeant de fait. La jurisprudence qualifie de dirigeant de fait celui qui exerce une activité positive de gestion et de direction, en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière¹²²³. La direction de fait peut être retenue dans des cas de figure très paradoxaux. Il peut d'abord s'agir d'une personne agissant trop ouvertement comme un dirigeant, comme un ancien dirigeant qui continuerait d'exercer les prérogatives attachées à son ancienne qualité¹²²⁴. Il peut également s'agir du véritable maître de l'affaire agissant de manière occulte, et dictant sa conduite à un organe de direction, comme une personne qui contrôle la personne morale¹²²⁵ ou un partenaire commercial¹²²⁶.

Le dirigeant de fait dirige la personne morale sans en avoir la légitimité. Il n'en a pas le pouvoir¹²²⁷. Il n'est pas tenu d'agir dans l'intérêt personnel, puisqu'il n'est pas tenu d'agir pour la personne morale. Néanmoins, l'existence d'une direction de fait est précisément recherchée pour mettre en jeu la responsabilité du dirigeant de fait. Il sera reproché au dirigeant de fait d'avoir agi dans un intérêt autre que celui de la personne morale, de son propre intérêt ou d'autres intérêts, par exemple ceux de sociétés appartenant à un même groupe¹²²⁸. Même sans pouvoir, le dirigeant de fait n'en est pas moins un dirigeant. Il aurait

¹²²¹ V. par ex. CA Paris, 23 févr. 2016, n° 14/24308 : Dr. Sociétés 2016, comm. 125, note D. GALLOIS-COCHET.

¹²²² CA Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846.

¹²²³ Com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007: inédit ; RJDA 1994, n° 457.

¹²²⁴ V. par ex. CA Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846.

¹²²⁵ V. par ex. Com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : inédit - Com. 6 fév. 2001, n° 98-15.129 : Bull. 2001, IV, n° 33 ; D. 2002, p. 81, note J.-P. SORTAIS.

¹²²⁶ V. par ex. Com. 27 juin 2006, n° 04-15.831 : Bull. 2006, IV, n° 151 ; D. 2006, p. 2534, note R. DAMMANN ; Rev. sociétés 2006, p. 900, note D. PORACCHIA ; RTD com. 2006, p. 892, note D. LEGEAIS.

¹²²⁷ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 144, § 225.

¹²²⁸ Ibid.

dû ne pas agir, et surtout ne pas agir en violation de l'intérêt personnel. Ainsi, celui qui a dirigé en fait une société à responsabilité pourra être reconnu coupable d'abus de biens sociaux¹²²⁹.

Comme le dirigeant de droit, le représentant tire son pouvoir de la personne morale. Par conséquent, l'intérêt personnel constitue également le fondement de son action.

2. La représentation de la personne morale

299. Représentation. La représentation est la « *technique juridique par laquelle un agent agit au nom et pour le compte d'une autre personne* »¹²³⁰. Elle permet d'agir au nom et pour le compte d'une personne, « *incapable ou empêchée* »¹²³¹. La personne morale n'est pas incapable. En revanche, elle est perpétuellement empêchée, ce qui implique qu'elle soit représentée par un ou plusieurs représentants légaux, qui tirent leur pouvoir de la loi. C'est évident lorsqu'une disposition confère le pouvoir de représenter une personne morale à une personne donnée. C'est également le cas lorsque la loi ne prévoit pas de représentant, car la représentation est une « *nécessité pratique évidente* » pour les personnes morales¹²³². Seulement, dans ce dernier cas, il reviendra aux statuts de conférer le pouvoir de représenter la personne morale.

Les règles existantes en matière de représentation sont générales et s'appliquent à toutes les formes de représentation¹²³³. Aussi, la représentation fait partie du droit commun des personnes morales¹²³⁴ sous réserve des règles particulières propres à chaque personne morale¹²³⁵. Ce régime de droit commun est largement inspiré de celui du mandat¹²³⁶.

¹²²⁹ Crim., 28 sept. 2016, n° 15-85.049 : inédit ; Rev. sociétés 2017, p. 511, note B. BOULOC.

¹²³⁰ A. GILSON-MAES, Mandat et responsabilité civile, LGDJ, 2016, p. 210, § 474.

¹²³¹ G. CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, *op. cit.*, V° Représentation.

¹²³² N. MATHEY, Rép. civil, V° Représentation, 2017, § 38.

¹²³³ P. DIDIER, La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G 2016, p. 580.

¹²³⁴ C. civ., art. 1153 et s.

¹²³⁵ C. civ., art. 1105.

¹²³⁶ N. MATHEY, Rép. civil, V° Représentation, 2017, § 13.

Mandat et représentation sont également associés en droit des sociétés. La notion de mandat social est utilisée pour encadrer les avantages versés à celui qui en est titulaire¹²³⁷, limiter le cumul de mandats¹²³⁸ ou pour définir les destinataires de recommandations de gouvernement d'entreprise¹²³⁹. Pourtant, le mandataire social n'est pas nécessairement un représentant. Ainsi en est-il des membres du conseil de surveillance de sociétés anonymes, qualifiés de mandataires sociaux par le Code de commerce mais dépourvus de pouvoir de représentation¹²⁴⁰. La notion de représentant légal, faisant l'objet de dispositions générales, sera donc préférée à celle de mandataire, social ou non.

300. Représentation dans l'intérêt personnel du représenté. La sous-section du Code civil relative à la capacité et à la représentation ne contient que peu d'indications sur les rapports entre le représentant et le représenté¹²⁴¹. Comme tout représentant, le représentant légal d'une personne morale n'est fondé à agir au nom et pour le compte de celle-ci que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés¹²⁴².

Or, le pouvoir du représentant d'une personne morale ne peut avoir pour finalité que la seule satisfaction de l'intérêt de la personne morale représentée. La représentation « *transforme l'usage d'un pouvoir en l'exercice – par représentant interposé – d'un droit subjectif* »¹²⁴³. Or, les droits subjectifs sont reconnus à une personne morale dans son intérêt, pour les besoins de la réalisation de sa finalité¹²⁴⁴. Autrement dit, le représentant ne peut qu'agir dans l'intérêt personnel du représenté, et non dans un autre intérêt¹²⁴⁵. Au cas contraire, le représentant détournerait son pouvoir. Dans ce cas, l'acte accompli pourrait être annulé¹²⁴⁶.

¹²³⁷ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-22-1 et L. 225-79-1.

¹²³⁸ V. par ex. C. MALECKI, Rép. sociétés, V° Cumul de mandats sociaux, 2011 – G. AUZERO et N. FERRIER, Rép. sociétés, V° Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, 2016.

¹²³⁹ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP-MEDEF, nov. 2016, préambule.

¹²⁴⁰ C. com., art. L. 225-94.

¹²⁴¹ N. MATHEY, Rép. civil, V° Représentation, 2017, § 100.

¹²⁴² C. civ., art. 1153.

¹²⁴³ E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 233, prop. n° 11.

¹²⁴⁴ Sur cette question, cf. *supra* n° 46 et s.

¹²⁴⁵ N. MATHEY, Rép. civil, V° Représentation, 2017, § 100.

¹²⁴⁶ C. civ., art. 1157.

L'intérêt personnel n'est pas seulement le fondement de l'action du dirigeant, quelles que soient ses fonctions. En effet, le dirigeant peut être tenu de défendre l'intérêt de la personne dirigée.

B. La défense de l'intérêt personnel par le dirigeant

301. Diligence et loyauté. Dans l'exercice de ses fonctions, le dirigeant d'une personne morale est tenu de défendre l'intérêt de celle-ci, qu'il assume des fonctions de direction ou de représentation. Cette obligation d'agir en défense de l'intérêt personnel se manifeste à travers deux devoirs, un devoir de diligence et un devoir de loyauté¹²⁴⁷. Une fois encore, le droit des sociétés paraît pouvoir servir d'illustration de l'étendue possible de ces devoirs de diligence (1) et de loyauté (2).

1. L'exemple de la diligence en droit des sociétés

302. Diligence en droit commun des sociétés. La diligence est l'efficacité à régler une affaire. Appliquée à la direction et à la représentation, elle renvoie à « *l'exigence d'une décision rationnelle* »¹²⁴⁸. Le dirigeant doit agir avec « *soin* »¹²⁴⁹ et « *compétence* »¹²⁵⁰, « *suivant le modèle de l'individu raisonnable* »¹²⁵¹.

En droit des sociétés, le débat relatif à la diligence dans l'exercice des fonctions des dirigeants porte principalement sur les administrateurs de sociétés anonymes cotées¹²⁵². Des auteurs considèrent les membres du conseil d'administration comme les « *dépositaires de*

¹²⁴⁷ V. par ex. P. DIDIER, De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000, p. 172, § 223.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 181, § 237.

¹²⁴⁹ P. DIDIER, De la représentation en droit privé, *op. cit.*, p. 180, § 237.

¹²⁵⁰ I. GROSSI, Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives, th. Aix III, 1998 ; P. DIDIER, De la représentation en droit privé, *op. cit.*, p. 181, § 237.

¹²⁵¹ N. MATHEY, Rép. civil, V° Représentation, 2017, § 100.

¹²⁵² E. SCHOLASTIQUE, Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, droits français et anglais, LGDJ, 1998 ; P. BISSARA, R. FOY et A. DE VAUPLANE, Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, conseils et comités, *op. cit.* ; R. FOY, Le mouvement du gouvernement d'entreprise contre le conseil d'administration, in Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara, ANSA, 2013, p. 189 ; V. MAGNIER, Rép. sociétés, V° Gouvernance des sociétés cotées, 2018, § 43.

l'intérêt social »¹²⁵³. Pourtant, le devoir de diligence se manifeste également en droit commun des sociétés. Seulement, ces manifestations sont plutôt négatives, notamment à travers la sanction de la faute de gestion¹²⁵⁴. Le dirigeant qui cause un préjudice à la société par un acte ou une abstention en contrariété à l'intérêt social viole son devoir de diligence et est susceptible de voir sa responsabilité civile mise en jeu¹²⁵⁵. S'il viole son devoir de diligence en agissant dans son propre intérêt, le dirigeant pourrait être même accusé d'abus de biens sociaux ou d'abus de confiance, selon la forme sociale¹²⁵⁶.

303. Diligence en droit des sociétés cotées. Néanmoins, le droit des sociétés cotées connaît des exemples de manifestation positive du devoir de diligence dans l'exercice des fonctions. L'explication n'est à chercher ni dans le droit des sociétés, ni dans le droit boursier, même si celui-ci comporte des règles de conduite s'adressant aux dirigeants, notamment en période d'offre publique¹²⁵⁷. Elle réside plutôt dans l'émergence des investisseurs institutionnels et des fonds de pension dans l'actionnariat des sociétés cotées¹²⁵⁸.

La diligence attendue des administrateurs est explicitée dans les principaux codes de gouvernement d'entreprise auxquels les sociétés cotées sont invitées à se référer¹²⁵⁹. Un code recommande aux membres de conseil d'administration d'« *agir en toute circonstance dans l'intérêt social de l'entreprise* », d'être assidu aux réunions du conseil, de s'informer préalablement, de faire part au conseil de toute situation de conflit d'intérêts même potentiel et de s'abstenir de participer au vote de la délibération correspondante¹²⁶⁰. Un autre leur recommande de « *veille[r] collégalement à la prise en compte et au respect des intérêts de*

¹²⁵³ Y. PACLOT et C. MALECKI, Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées, D. 2007, p. 2481.

¹²⁵⁴ E. SCHOLASTIQUE, Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, droits français et anglais, *op. cit.*, § 28.

¹²⁵⁵ Sur la faute de gestion, cf. *supra* n° 175 et s.

¹²⁵⁶ Sur l'abus de biens sociaux et l'abus de confiance, cf. *supra* n° 186.

¹²⁵⁷ V. par ex. RGAMF, art. 231-36.

¹²⁵⁸ V. MAGNIER, Rép. Sociétés, V° Gouvernance des sociétés cotées, § 1.

¹²⁵⁹ C. com., art. L. 225-37 et L. 225-68.

¹²⁶⁰ AFEP-MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, nov. 2016.

tous les « actionnaires » [et de s'assurer] de la capacité de l'exécutif à conduire l'entreprise de manière pérenne »¹²⁶¹.

Les recommandations relatives au gouvernement d'entreprise, qu'elles émanent des codes mentionnés plus tôt ou d'institutions spécialisées, peuvent revêtir un caractère plus politique que juridique. S'il y a un consensus sur la nécessité de servir l'intérêt social, sa définition peut varier d'une recommandation à l'autre, et déplacer ainsi le curseur de l'intérêt que doivent soigner les dirigeants, de celui des actionnaires à d'autres intérêts. Ainsi, certains principes de gouvernement d'entreprise, tout en rappelant que les administrateurs de sociétés faisant appel public à l'épargne ont l'obligation de « servir au mieux » les intérêts de la société et des actionnaires¹²⁶², invitent à « prendre en considération les intérêts de différentes parties prenantes »¹²⁶³.

Outre ce devoir de loyauté, le dirigeant de société est tenu à un devoir de loyauté dans l'exercice de ses fonctions.

2. L'exemple de la loyauté en droit des sociétés

304. Devoir de loyauté du dirigeant en droit des sociétés. La loyauté est l'un des standards auxquels le droit des sociétés se réfère¹²⁶⁴. De par ses fonctions même, le dirigeant de société est tenu à la loyauté. La consécration de la loyauté en droit des sociétés trouve son origine dans les principes de *corporate governance*¹²⁶⁵, qui tend « à s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun des actionnaires et non dans celui particulier des dirigeants ou, ce qui revient au même dans de nombreux cas, des majoritaires »¹²⁶⁶. Au Royaume-Uni,

¹²⁶¹ MIDDLENEXT, Code de gouvernement d'entreprise, sept. 2016.

¹²⁶² G20 et OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise, sept. 2015, p. 60.

¹²⁶³ *Ibid*, p. 61.

¹²⁶⁴ V. not. B. DAILLE-DUCLOS, Le devoir de loyauté du dirigeant, JCP E 1998, p. 1486 ; H. LE NABASQUE, Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD Com., 1999, p. 273 ; B. FEUGÈRE, Le devoir de loyauté en droit des affaires, Gaz. Pal. 5 déc. 2000, p. 2110 ; J.-J. CAUSSAIN, Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, Gaz. Pal. 5 déc. 2000, p. 2152 ; A. BENINI, La procéduralisation du droit des sociétés, RTD com. 2010, p. 499.

¹²⁶⁵ B. DAILLE-DUCLOS, Le devoir de loyauté du dirigeant, JCP E 1998, 1486.

¹²⁶⁶ V. MAGNIER et Y. PACLOT, Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... in Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, LexisNexis, 2015, p. 491.

les *duties* incombant aux dirigeants de société incluent notamment un devoir de loyauté, qui se traduit par l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions¹²⁶⁷ et de transparence¹²⁶⁸. La racine latine *fiducia*¹²⁶⁹ renvoie à l'idée de confiance¹²⁷⁰. Le droit suisse, lui, vise expressément la fidélité dans l'exercice des fonctions des administrateurs de société anonyme et de ceux qui en sont chargés de la gestion¹²⁷¹.

En droit français, le dirigeant d'une société est tenu à la loyauté envers les associés - devoir qui semble propre au droit des sociétés, en raison du lien qui unit l'associé à la société - et envers la société - devoir qui, lui, paraît pouvoir être généralisé à toute personne morale.

305. Loyauté envers les associés. La loyauté envers les associés se traduit par une obligation de transparence du dirigeant envers les associés. Elle ne repose pas directement sur l'intérêt social, mais seulement sur la confiance légitime des associés en ceux qui dirigent la société¹²⁷². La loyauté du dirigeant envers les associés peut par exemple être mise à l'épreuve lorsqu'une opération de cession de titres de la société est envisagée et que le dirigeant, agissant comme intermédiaire de reclassement des titres, dissimule dans un but égoïste certains éléments ou certaines circonstances aux associés cédants, comme des négociations parallèles engagées¹²⁷³ ou l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité¹²⁷⁴.

306. Loyauté envers la société. Le dirigeant est tenu d'agir dans l'intérêt de la société. Le devoir de loyauté du dirigeant ajoute une exigence à ce principe, puisque la loyauté suppose que le comportement du dirigeant soit conforme à l'intérêt social au-delà de l'exercice de ses fonctions.

¹²⁶⁷ Companies Act 2006, Part. 10, Chap. 2, § 175.

¹²⁶⁸ *Ibid.*, § 177.

¹²⁶⁹ M. O'NEILL (dir.), *Compact dictionary of contemporary English*, Harrap's Chambers, 2011, V° *Fiduciary*.

¹²⁷⁰ P. FLOBERT (dir.), *Le Grand Gaffiot*, Hachette-Livre, 2000, V° *Fiducia*.

¹²⁷¹ L. fédérale, 30 mars 1911, complétant le code civil, art. 717, 1.

¹²⁷² Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : Bull. 2004, IV, n° 94 ; RTD civ. 2004, p. 500, note J. MESTRE ; Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. GODON.

¹²⁷³ Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : Bull. 1996, IV, n° 65 ; JCP E 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; D. 1996, p. 342, note J-C. HALLOUIN - Com. 15 mars 2017, n° 15-14.419 : inédit ; Rev. Sociétés 2017, p. 485, note T. MASSART.

¹²⁷⁴ Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 : Bull. 2012, IV, n° 233 ; Rev. sociétés 2013, p. 362, note T. MASSART ; D. 2013, p. 288, note T. FAVARIO ; RTD com. 2013, p. 90, note B. DONDERO.

Ainsi, en raison de son devoir de loyauté envers la société, le dirigeant ne doit pas concurrencer l'activité de la société pendant l'exercice de ses fonctions. Plus précisément, il ne doit pas détourner à son profit les opportunités d'affaires de la société¹²⁷⁵. Il peut très bien démarrer une activité concurrente à celle de la société qu'il dirigeait après la cessation de ses fonctions, sauf clause de non-concurrence¹²⁷⁶. Il n'en est pas de même si, bien que la constitution de la société concurrente soit postérieure à son départ, le dirigeant a débauché des salariés de la société qu'il a quitté pendant qu'il était encore en poste et a même, pour certains, personnellement levé la clause de non-concurrence¹²⁷⁷. En détournant une opportunité d'affaires de la société qu'il dirige, le dirigeant se sert de sa position, dans son propre intérêt et au détriment de celui de la société : il détourne clairement son pouvoir. La déloyauté du dirigeant ainsi entendue est appréciée strictement. Le détournement d'opportunité d'affaires est fautif dès lors qu'il relève du même domaine que l'activité de la société, telle que définie par son objet social¹²⁷⁸. La probabilité que l'opportunité se concrétise n'aura quant à elle pas tant une incidence sur la caractérisation de la déloyauté et de la faute que sur le calcul du montant du préjudice.

Par ailleurs, le dirigeant qui est salarié de la société est également tenu, à ce titre, d'exécuter son contrat de travail de bonne foi¹²⁷⁹, ce qui implique une certaine loyauté envers son employeur¹²⁸⁰. La loyauté à laquelle le salarié est tenu est largement entendue. Il est ainsi interdit au salarié de tenir des propos insultants, injurieux et dénigrants¹²⁸¹. Celui-ci est également tenu à une obligation de transparence vis-à-vis de son employeur¹²⁸². Sur ce

¹²⁷⁵ Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : Bull. 2011, IV, n° 188 ; JCP E 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; Dr. sociétés 2012, comm 24 , note M. ROUSSILLE ; Rev. sociétés 2012, p. 292, note L. GODON ; RTD com. 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN.

¹²⁷⁶ Com., 17 janv. 2006, n° 04-14.108 : inédit.

¹²⁷⁷ Com., 24 févr. 1998, n° 96-12.638 : Bull. 1998, IV, n° 86 ; Rev. sociétés 1998, p. 546, note M.-L. COQUELET ; D. 1999, p. 100, note Y. PICOD ; RTD com. 1999, p. 273, note H. LE NABASQUE.

¹²⁷⁸ Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : Bull. 2004, IV, n° 94 ; RTD civ. 2004, p. 500, note J. MESTRE ; Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. GODON - Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : Bull. 2011, IV, n° 188 ; JCP E 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; Dr. sociétés 2012, comm 24 , note M. ROUSSILLE ; Rev. sociétés 2012, p. 292, note L. GODON ; RTD com. 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN.

¹²⁷⁹ C. civ., art. 1104 ; C. trav., art. L. 1222-1.

¹²⁸⁰ V. par ex. Soc., 5 juil. 2017, n° 16-15.623 : Bull. 2017, V ; Dr. soc. 2017, 882, obs. J. MOULY.

¹²⁸¹ V. par ex. Soc., 25 juin 2002, n° 00-44.001 : Bull. 2002, V, n° 211 ; Dr. Soc. 2002, p. 1015, note F. DUQUESNE.

¹²⁸² V. par ex. Soc., 18 nov. 2009, n° 08-41.243 : Bull. 2009, V, n° 257 - Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661 : Bull. 2014, V, n° 209 ; Rev. trav. 2014, p. 762, note N. MOIZARD.

fondement, le salarié peut être sanctionné au titre de l'abus de confiance lorsqu'il utilise son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur¹²⁸³.

307. Conflit de loyauté. Qu'en est-il en cas de conflit de loyauté envers la société ou envers les associés ? Le dirigeant doit, en toute circonstance, agir dans l'intérêt de la société. Ce faisant, dans certaines circonstances, il pourrait devoir agir au détriment d'un ou plusieurs associés, ou du moins manquer à son devoir de loyauté envers eux. En cas de conflit, la loyauté du dirigeant envers la société devrait primer. Si dans la plupart des cas le dirigeant est nommé par les associés, il tient son pouvoir de ses fonctions sociales, et détournerait son pouvoir s'il n'agissait pas dans l'intérêt de la société¹²⁸⁴. Cependant, les juges ont pu considérer que l'opposition du dirigeant à l'actionnaire majoritaire de la société était contraire à l'intérêt social, assimilant loyauté due à l'associé, loyauté due à la société et faute de gestion et en conséquent intérêt commun et intérêt social¹²⁸⁵. Les décisions, rendues dans une même affaire, sont délicates à interpréter, et ont été critiquées¹²⁸⁶. Elles soulignent la difficulté à arbitrer entre la loyauté due à la société et celle due au dirigeant, difficulté d'autant plus grande que sont dans la balance du dirigeant sa révocation et sa responsabilité. En tout état de cause, la loyauté envers les associés ne doit pas conduire le dirigeant à agir contre l'intérêt social¹²⁸⁷.

308. Conclusion de la Section 1. Au sein d'un groupe, les différents intérêts qui coexistent doivent être en premier lieu distingués à l'échelle de la personne morale elle-même. Malgré les similitudes qu'ils peuvent présenter, les intérêts des membres, qu'il s'agisse de l'intérêt type ou des mobiles qui leurs sont propres, comme ceux des dirigeants doivent être distingués de l'intérêt personnel.

¹²⁸³ V. par ex. Crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : Bull. crim. 2013, n° 145 ; H. MATSOPOULOU, RSC 2013, p. 813.

¹²⁸⁴ P. DIDIER, De la représentation en droit privé, *op. cit.*, p. 180, § 235 ; D. PORACCHIA, Contrats de management et obligation de loyauté, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 61.

¹²⁸⁵ CA Versailles, 1^{er} juil. 2014, n° 12/07800 ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 692, note T. MASSART ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 61, note D. PORACCHIA – même aff., Com., 5 juil. 2016, n° 14-23.904 : inédit ; Rev. sociétés 2016, p. 601, note D. SCHMIDT.

¹²⁸⁶ T. MASSART, note précitée ; D. PORACCHIA, note précitée.

¹²⁸⁷ D. PORACCHIA, note précitée.

Une fois ce premier niveau de distinction établi, il convient de voir comment l'intérêt de chaque personne morale se distingue des autres intérêts en présence à l'échelle du groupe.

SECTION 2 : LA DISTINCTION À L'ÉCHELLE DU GROUPE

309. Intérêts en présence au sein du groupe. L'organisation en groupe peut impliquer une certaine dépendance politique vis-à-vis d'une personne morale, voire une nette domination. Quel que soit le degré de dépendance, le principe d'autonomie juridique conduit à distinguer les intérêts de chaque personne morale au sein du groupe.

Par ailleurs, les groupes de personnes morales peuvent être appréhendés, au plan économique comme juridique, par la référence à l'entreprise. En effet, la logique de certains groupes peut en faire des « *structure[s] de production* »¹²⁸⁸ dont l'unité permettrait de les assimiler à une entreprise¹²⁸⁹. Si la question de l'intérêt - plus exactement des intérêts - de l'entreprise est discutée depuis longtemps¹²⁹⁰, elle est loin d'être désuète¹²⁹¹. Aussi, après avoir démontré la distinction entre intérêts personnels au sein du groupe (I), il faudra envisager, même si elle ne concerne que certains groupes, la distinction entre l'intérêt personnel et les intérêts de l'entreprise (II).

¹²⁸⁸ P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5.

¹²⁸⁹ J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346.

¹²⁹⁰ V. not. P. DURAND, La notion juridique de l'entreprise, *op. cit.* ; G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, *op. cit.* ; M. DESPAX, L'entreprise et le droit, *op. cit.* ; C. CHAMPAUD, Le pouvoir de concentration de la société par actions, *op. cit.* ; J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, *op. cit.* ; même auteur, Le droit moderne de la personnalité morale, RTD civ. 1993, p. 705 ; même auteur, Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?, D. 1999, p. 157 ; R. CONTIN, Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, *op. cit.* ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Vol. 2, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1981, par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Les Sociétés, à jour au 25 août 1982, p. 171, § 362-8 ; G. FARJAT, Les « sujets » de l'entreprise, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, *op. cit.*, p. 317 ; M. BERGERAC et A. BERNARD, Fantaisie à deux voix, D. 2000, p. 315 ; B. TEYSSIE, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1680.

¹²⁹¹ V. not. N. NOTAT et J.-D. SENARD, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapp., mars 2018.

I. Les intérêts personnels au sein du groupe

310. Autonomie juridique. Malgré la dépendance politique ou économique, l'autonomie juridique des personnes morales composant le groupe demeure. Le respect de l'autonomie juridique suppose le respect de l'individualité de la personne morale, et donc de son intérêt personnel. La nécessité de distinguer les différents intérêts personnels est proportionnelle à la vigueur du principe d'autonomie juridique des personnes morales. Or, même au sein d'un groupe, le principe est vigoureux (A) et les dérogations strictement encadrées (B).

A. La vigueur du principe d'autonomie juridique

311. Perturbation de l'autonomie. Le principe de l'autonomie juridique se conçoit aisément à propos d'une personne morale isolée. Il est mis à l'épreuve dans les groupes¹²⁹². Toutefois, si le doute est permis quant à l'application de ce principe dans les groupes (1), il doit être balayé (2).

1. Les raisons de douter de l'application du principe d'autonomie juridique dans les groupes

312. Animation du groupe. L'organisation groupée de plusieurs personnes morales peut conduire l'une d'entre elles à animer le groupe, en raison de l'importance de sa participation ou d'une clause contractuelle. Les décisions prises par chaque personne morale du groupe ne sont pas nécessairement prises isolément, en considération de leur seul intérêt personnel, mais peuvent s'inscrire dans la logique de l'ensemble. Le pouvoir décisionnel peut également être centralisé, et échapper à certaines personnes morales du groupe¹²⁹³.

L'animation peut incomber à des personnes morales dont c'est l'objet même, comme les unions¹²⁹⁴. Elle peut également être le fait d'une personne morale dont ce n'est pas la finalité première. Dans les groupes de sociétés, ce rôle peut incomber à une société qualifiée de

¹²⁹² P. DE FONTBRESSIN, La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes, RJ com, 1988, p. 294.

¹²⁹³ Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.

¹²⁹⁴ Sur les unions de coopératives ou d'associations, cf. *supra* n° 270.

*holding*¹²⁹⁵. L'objet de la *holding* consiste d'une part en la détention de participations dans le capital d'une ou plusieurs sociétés et, d'autre part, en l'exercice des prérogatives attachées à ces participations en conséquence de leur importance. Les avantages du régime des groupes de sociétés, principalement fiscaux, expliquent sans doute que la société soit la personne morale à laquelle il est naturellement recouru pour jouer le rôle de la *holding*¹²⁹⁶. Pour autant, rien n'interdit le recours à d'autres formes de personnes morales, dès lors que le rôle de *holding* ne contrevienne pas à sa finalité et que sa spécialité ne l'en empêche pas. Ainsi, un groupe peut être animé par une association, un groupement d'intérêt économique, une fondation, une fondation¹²⁹⁷, une fondation d'entreprise ou un établissement public, éventuellement en parallèle de l'existence d'une société destinée à détenir des titres.

L'intérêt personnel de la *holding* est fonction de sa composition et de son objet. L'on conçoit aisément les différences d'intérêts entre *holding* familiale¹²⁹⁸, *holding* financière¹²⁹⁹ ou *holding* de rachat dans le cadre d'une acquisition avec effet de levier¹³⁰⁰.

La *holding* peut détenir des titres et gérer ses participations, sans pour autant animer un groupe. C'est le cas lorsqu'il détient des participations minoritaires. Cette fonction de détention est parfaitement licite¹³⁰¹. Elle peut également animer le groupe lorsque l'importance de sa participation, un contrat ou une clause statutaire le lui permet.

La fiscalité connaît une notion de « *holding animatrice* ». Celle-ci s'entend d'une société qui, « *outré la gestion d'un portefeuille de participations, participe activement à la conduite de la politique de leur groupe et au contrôle de leurs filiales et rend, le cas échéant et à titre purement interne, des services spécifiques, administratifs, juridiques, comptables, financiers et immobiliers* ». Jusqu'en 2018, la notion de *holding animatrice* était particulièrement employée en matière d'impôt sur la fortune et permettait d'exclure de l'assiette de cet impôt les biens qualifiés de professionnels. Malgré la suppression de l'impôt sur la fortune, la

¹²⁹⁵ V. not. A. BEETSCHEN, A. CHARVÉRAT, L. DUGUET, B. GOUTHIERE, et P. JULIEN SAINT-AMAND, *Les Holdings*, Guide juridique et fiscal, 7^{ème} éd., 2017.

¹²⁹⁶ Sur le régime de l'intégration fiscale, cf. *supra* n° 242 et s.

¹²⁹⁷ V. par ex <https://www.pierre-fabre.com/fr/gouvernance>, consulté le 16 sept. 2018.

¹²⁹⁸ Y. REINHARD, *La holding familiale*, Defresnois, 2001, p. 291.

¹²⁹⁹ C. monét. fin., art. L. 517-1 et s.

¹³⁰⁰ D. PORACCHIA et L. MERLAND, *Rép. sociétés*, V° LBO (Acquisition avec effet de levier), 2018, § 37.

¹³⁰¹ Com., 2 juil. 1985 : Bull. Joly Sociétés 1986, p. 229, note. W. LE BRAS.

notion demeure pour la détermination de l'assiette de l'impôt sur la fortune immobilière et pour d'autres régimes¹³⁰².

313. Domination du groupe. Les autres personnes morales du groupe sont sous la dépendance politique de la personne morale animatrice. Cette dépendance est renforcée lorsque l'organisation du groupe permet l'exercice d'un contrôle par l'animatrice sur les autres personnes morales. La personne morale n'anime plus seulement le groupe : elle le domine. La volonté individuelle de certaines des personnes le composant est alors mise à l'épreuve¹³⁰³. Si elle ne disparaît pas, on peut considérer qu'elle s'atténue¹³⁰⁴. Ainsi, une entente ne peut être caractérisée entre une société et celle qui la contrôle¹³⁰⁵. L'exercice du pouvoir lié au contrôle par l'intérêt dominant peut se faire au détriment des intérêts dominés¹³⁰⁶. Dans les groupes de sociétés, le risque est tel qu'un auteur propose une présomption simple de contrariété à l'intérêt social des actes de la société qui appartient à un groupe¹³⁰⁷.

Une analyse de la jurisprudence permet de balayer le doute quant à l'application du principe d'autonomie juridique dans les groupes.

2. La certitude de l'applicabilité du principe d'autonomie dans les groupes

314. Affirmation de l'autonomie juridique de la personne morale dans un groupe. L'autonomie juridique d'une personne morale vis-à-vis des personnes morales du groupe se déduit de l'autonomie juridique de cette personne morale vis-à-vis de ses membres. Le lien direct entre deux personnes morales n'est pas de nature à remettre en cause l'autonomie de leur patrimoine ou de leur volonté. Le principe est ancien en droit de sociétés, qui a très tôt

¹³⁰² Pour l'impôt sur la fortune immobilière, CGI, art. 966 ; Pour l'abattement sur les plus-values de cession de certains titres de sociétés, CGI, art. 150-0-B.

¹³⁰³ P. DE FONTBRESSIN, La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes, RJ com, 1988, p. 294.

¹³⁰⁴ M. VANHAECKE, Les groupes de sociétés, LGDJ, 1959, p. 317, § 323.

¹³⁰⁵ Cons. nat. conc. 26 mars 1991, n° 91-D-12.

¹³⁰⁶ J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346.

¹³⁰⁷ Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.

reconnu l'autonomie patrimoniale d'une société vis-à-vis des associés. Dans un arrêt rendu en 1891, la Chambre des requêtes a énoncé « *qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droit de chacun des membres [et] que les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social* »¹³⁰⁸. Par conséquent, l'actif social est la propriété de la société, et non pas celle, indivise, de ses associés. Le principe est régulièrement rappelé par la Chambre commerciale¹³⁰⁹ et les différentes Chambres civiles de la Cour de cassation¹³¹⁰.

Ce principe est parfaitement transposable au sein du groupe. C'est évident, au sein du groupe, pour les personnes morales qui ont un lien direct. Les droits et intérêts de chaque membre se distinguent de ceux de la personne morale. C'est également le cas en présence d'un lien indirect, comme celui qui unit des personnes morales contrôlées par une personne elle-même contrôlée. En effet, le lien indirect entre deux personnes suppose qu'elles soient elles-mêmes liées, directement ou non, à une autre personne. Il y a un lien indirect entre une société et sa sous-filiale, la première détenant une participation au capital d'une société qui détient elle-même une participation au capital de la seconde ; il y a pareillement lien indirect entre deux sociétés qui sont contrôlées par une même personne. Le lien indirect consiste en une succession de liens directs et ne peut donc pas remettre en cause l'autonomie juridique des personnes morales liées au sein d'un groupe. Plusieurs exemples peuvent être donnés.

315. Exemple de l'appréciation des difficultés justifiant l'ouverture d'une procédure collective. L'ouverture d'une procédure collective suppose l'existence de difficultés : des difficultés insurmontables hors cessation des paiements pour la procédure de sauvegarde¹³¹¹,

¹³⁰⁸ Req., 23 févr. 1891.

¹³⁰⁹ V. par ex : Com., 22 mai 1981, n° 79-16.219 : Bull. 1981, IV, n° 221 - Com. 29 nov. 1982, n° 81-12.953 : Bull. 1982, IV, n° 377 - Com. 28 avr. 1987, n° 85-16.956 : Bull. 1987, IV, n° 102 - Com. 28 mai 1991, n° 89-20.587 : Bull. 1991, IV, n° 182 ; Rev. sociétés 1991, p. 764, note Y. GUYON ; RTD civ. 1992, p. 103 note J. MESTRE - Com., 17 déc. 1991, n° 89-21.607 : inédit - Com., 17 nov. 1992, n° 90-19.073 : Bull. 1992, IV, n° 364 ; Rev. sociétés 1993, p. 585 note P. DELEBECQUE - Com. 9 déc. 1997, n° 96-17.916 : Bull. 1997, IV, n° 332 ; Rev. sociétés 1998, p. 561 note P. DELEBECQUE - Com. 18 mai 1999, n° 96-19.235 : inédit - Com. 18 déc. 2012, n° 11-27.745 ; Bull. 2012, IV, n° 230 ; D. 2013, p. 2242, note V. BRÉMOND ; Rev. sociétés 2013, p. 203, note H. LE NABASQUE ; RTD com. 2013, p. 165, note P. NEAU-LEDUC - Com., 8 oct. 2013, n° 12-25.787 : inédit ; Rev. Sociétés, 2014, p. 233, note T. MASSART.

¹³¹⁰ V. par ex : Civ. 3^e, 20 déc. 2000, n° 98-19.343 : Bull. 2000, III, n° 200 – Civ. 2^e, 2 avril 2015, n° 14-14.528 : Bull. 2015, II, n° 84 ; Gaz. Pal. 16 avr. 2015, p. 26 – Civ. 3^e, 6 mai 2015, n° 14-15.222 : Bull. 2015, III, n° 42.

¹³¹¹ C. com., art. L. 620-1.

un état de cessation des paiements pour le redressement judiciaire¹³¹², accompagné de l'impossibilité de se redresser pour la liquidation judiciaire¹³¹³. Ces difficultés sont appréciées au regard de la situation personnelle du débiteur. À ce titre, il est indifférent que le débiteur appartienne à un groupe. Ainsi, s'agissant de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde au bénéfice d'une société, « *il est indifférent de savoir quelle sera la position que prendra la société mère dans le cadre de la période d'observation et l'éventuelle élaboration d'un plan de sauvegarde et que la situation de la société débitrice doit être appréciée en elle-même, sans que soient prises en compte les capacités financières du groupe auquel elle appartient* »¹³¹⁴.

316. Exemple du préavis à respecter pour rompre une relation commerciale établie). La rupture brutale d'une relation commerciale établie engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé¹³¹⁵. La brutalité de la rupture s'apprécie notamment au regard de la durée du préavis respecté après la notification de la rupture. Le délai suffisant de préavis s'apprécie « *en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture* »¹³¹⁶.

Le fait que deux sociétés contrôlées par une même société et ayant noué des relations commerciales avec une même personne mettent fin en même temps aux relations commerciales établies dans des conditions identiques, sans préavis, ne doit pas conduire à tenir compte des chiffres d'affaires cumulés des deux sociétés à l'origine de la rupture pour apprécier la durée du préavis¹³¹⁷. Il en irait autrement si la rupture était concertée¹³¹⁸.

¹³¹² C. com., art. L. 631-1.

¹³¹³ C. com., art. L. 641-1.

¹³¹⁴ Com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : Bull. 2007, IV, n° 277 ; D. 2007, p. 2764, note M.-L. BELAVAL ; D. 2008, p. 570, note F.-X. LUCAS ; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 21, note C. LEBEL ; Dr. et patr. juill.-août 2008, p. 103, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹³¹⁵ C. com., art. L. 442-6, I, 5°.

¹³¹⁶ Com., 9 juill. 2013, n° 12-20.468 : Bull. 2013, IV, n° 115 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 209, note N. MATHEY.

¹³¹⁷ Com., 6 oct. 2015, n° 14-19.499 : Bull. 2015, IV ; Rev. sociétés 2016 p., 519, note J.-B. TAP.

¹³¹⁸ Ibid.

De même, le seul fait que deux sociétés victimes d'une rupture brutale soient contrôlées par une même société n'est pas suffisant pour leur permettre de bénéficier d'un préavis d'une durée identique, sauf à ce que les circonstances de la relation le justifient¹³¹⁹.

317. Exemple du principe du contradictoire à l'occasion de la révocation d'un dirigeant.

La révocation d'un dirigeant de personnes morales n'a pas nécessairement à être motivée. Certaines formes sociales le prévoient expressément. Ainsi, le directeur général d'une société anonyme est révocable à tout moment par le conseil d'administration¹³²⁰. Pour d'autres personnes morales, en l'absence de règle spécifique, les statuts devront préciser la nécessité d'un juste motif de révocation¹³²¹.

Si la révocation n'a pas à être motivée, elle obéit à certaines conditions de forme. En particulier, elle doit être mise en œuvre de manière loyale¹³²². Cela peut être problématique dans les groupes. En effet, il arrive que l'on retrouve un même dirigeant dans plusieurs personnes morales d'un même groupe. C'est une pratique assez courante en matière de sociétés, à tel point que le cumul des mandats est réglementé pour certaines formes sociales¹³²³. La révocation d'un dirigeant peut justifier qu'il soit mis fin aux autres mandats qu'il peut exercer dans d'autres personnes morales liées¹³²⁴. Dans une telle situation, la révocation doit être loyale et respecter le principe du contradictoire dans chacune des personnes morales. Il a été jugé que les révocations en cascade conséquentes à la révocation des mandats exercés dans la société faïtière sont abusives si le dirigeant révoqué n'a pas « *été mis en mesure de s'exprimer utilement devant les différents organes sociaux investis du pouvoir de le révoquer avant que les décisions de révocation fussent prises* »¹³²⁵.

La distinction des intérêts personnels au sein du groupe est parfaitement justifiée au regard de la vigueur du principe d'autonomie juridique. Si ce principe est quelque peu tempéré par les dérogations qui sont admises, l'on verra que ces dernières sont strictement encadrées.

¹³¹⁹ Com., 7 oct. 2014, n° 13-19.692 : inédit ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 8, note N. MATHEY.

¹³²⁰ C. com., art. L. 225-55.

¹³²¹ V. par ex. pour la société par actions simplifiées, C. com., art. L. 227-5.

¹³²² Com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 : Bull. 2013, IV, n° 80 ; D. 2013, p. 2319, note B. DONDERO.

¹³²³ Pour les sociétés anonymes à conseil d'administration, C. com., art. L. 225-21 et L. 225-54-1.

¹³²⁴ Com., 10 févr. 2015, n° 13-27.967 : inédit ; JCP E 2015, 1463, note B. DONDERO – Com., 10 nov. 2015, n° 14-20.301 : inédit ; Dr. Sociétés 2016, comm. 12, note M. ROUSSILLE.

¹³²⁵ Com., 3 mars 2015, n° 14-12.036 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 286, note D. PORACCHIA.

B. L'encadrement strict des dérogations au principe d'autonomie juridique

318. Remise en cause de l'autonomie. Le principe d'autonomie juridique conduit à distinguer les différents intérêts personnels qui coexistent au sein du groupe. La distinction est rendue nécessaire par la vigueur de ce principe, auquel il n'est dérogé que de manière exceptionnelle au sein d'un groupe.

Une personne morale ne va plus être considérée comme autonome, en raison du comportement d'une autre. Cette dérogation peut se concevoir comme le « *dépassement* » de la personnalité morale¹³²⁶. Elle ne consiste pas en une disparition de la personnalité morale. Ainsi, l'action en nullité pour fictivité d'une personne morale n'est pas une dérogation à l'autonomie juridique de cette personne, mais une remise en cause de son existence¹³²⁷, contrairement à l'action en extension d'une procédure collective fondée sur la fictivité d'une personne morale¹³²⁸ ou l'action en déclaration de simulation motivée par la fictivité d'une société cessionnaire d'un bien immobilier¹³²⁹.

En droit positif, les dérogations à l'autonomie juridique sont admises et se manifestent de plusieurs manières, mais ne sont mises en œuvre que dans des circonstances particulières, en dehors (1) ou, pour celles qui y sont éligibles, dans le cadre d'une procédure collective (2).

1. Hors procédure collective

319. Dérogations générales. Les dérogations au principe d'autonomie juridique peuvent jouer aussi bien en matière contractuelle (a) que délictuelle (b).

¹³²⁶ H. PAERELS, *Le dépassement de la personnalité morale, Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français*, th. Lille II, 2008, p. 113, § 87.

¹³²⁷ V. par ex. Com., 16 juin 1992, n° 90-17.237 : Bull. 1992, IV, n° 243 ; D. 1993, p. 508, note L. COLLET.

¹³²⁸ Com., 19 févr. 2002, n° 98-20.578 : Bull. 2002, IV, n° 33 ; JCP E 2002, p. 1520, note P. PETEL ; Dr. et patr. juill.-août 2002, p. 104, obs. D. PORACCHIA.

¹³²⁹ Civ. 3^e, 18 mai 2017, n° 16-14.750 : inédit ; Rev. sociétés 2017 p. 711, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON.

a. En matière contractuelle

320. Apparence et groupe. En raison de son effet relatif, un contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat, ni se voir contraints de l'exécuter.

Au sein d'un groupe, le lien entre personnes morales n'est pas à lui seul suffisant pour faire supporter les engagements contractuels d'une personne par une autre. En droit des sociétés, il est même admis que dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, l'associé n'est tenu à aucun devoir positif de loyauté envers la société¹³³⁰, et doit seulement s'abstenir d'être déloyal¹³³¹, par exemple en concurrençant de manière déloyale la société¹³³².

En matière contractuelle, l'application de la théorie de l'apparence permet de faire produire les effets escomptés à l'acte conclu par une partie sur la base d'une erreur légitime. Ainsi, l'acte conclu avec un héritier apparent¹³³³ ou un mandataire apparent¹³³⁴ est valide.

L'application de la théorie de l'apparence à une personne morale appartenant à un groupe est admise. Elle va ainsi permettre de déroger au principe d'autonomie juridique. En raison de l'immixtion d'une personne morale dans la gestion d'une autre, le cocontractant de cette dernière peut légitimement être conduit à croire que la première est également partie au contrat¹³³⁵. Tel a été le cas lorsqu'une société, qui détenait la majorité du capital d'une autre, avait une adresse électronique similaire, le même domicile et le même dirigeant que la seconde, est intervenue en revanche au stade précontentieux, lorsque le créancier s'apprêtait à saisir la juridiction en paiement de la créance, à plusieurs reprises, pour discuter le montant

¹³³⁰ J.-M. GARINOT, La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur, RLDA 2014, p. 91 – *Contra*, G. TERRIER, Le devoir de loyauté des actionnaires, Gaz. Pal. 6 juin 2016, p. 24.

¹³³¹ K. GREVAIN-LEMERCIER, Le devoir de loyauté en droit des sociétés, PUAM, 2013, p. 312, § 413.

¹³³² Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : Bull. 2011, IV, n° 188 ; JCP E 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; Dr. sociétés 2012, comm 24, note M. ROUSSILLE ; Rev. sociétés 2012, p. 292, note L. GODON ; RTD com. 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN- Com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 358, note S. PREVOST - Com., 10 sept. 2013, n° 12-23.888 : Bull. 2013, IV, n° 131 ; Dr. sociétés 2014, comm. 3, note R. MORTIER.

¹³³³ Civ., 26 janv. 1897 : Bull. civ. 1897, n° 12.

¹³³⁴ Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : Bull. Ass. Plén. 1962, n° 2 ; RTD civ. 1963, p. 572, note G. CORNU.

¹³³⁵ Com., 12 juin 2012, n° 11-16.109 : Bull. 2012, IV, n° 121 ; Dr. sociétés 2012, comm. 157, note R. MORTIER ; J. SCHMEIDLER, La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale, D. 2013, p. 584.

de l'obligation, en proposant notamment un montant moindre tiré de remises consenties à l'occasion de commandes précédentes, et tenter d'obtenir un arrangement amiable, laissant ainsi croire au créancier qu'elle se substituait à la seconde société dans l'exécution du contrat¹³³⁶.

Cette dérogation au principe d'autonomie juridique est encadrée. En effet, la légitimité de la croyance du cocontractant est appréciée strictement. Ainsi, l'implication d'une société dans la conception et l'exécution d'accords auxquels une de ses filiales est partie, notamment en consentant et en organisant les financements nécessaires au montage, la communication de l'opération à la presse et les interventions devant une commission d'enquête parlementaire chargée d'analyser l'opération sont des motifs impropres à faire apparaître une immixtion de cette société de nature à créer pour les tiers une apparence trompeuse propre à permettre de croire légitimement qu'elle était partie aux accords¹³³⁷.

Toutefois, en raison de l'exigence d'une croyance légitime, la théorie de l'apparence semble difficilement invocable entre deux personnes au sein d'un même groupe. Par exemple, en matière de groupe de sociétés, dans une affaire « RHODIA », la filiale d'une société, considérant avoir été insuffisamment capitalisée lors de sa création - ce qui l'aurait empêché de faire face à un passif social et environnemental - a prétendu au bénéfice d'un soutien de la part de la société la contrôlant. Elle soutenait qu'un engagement à supporter les passifs en cause avait été implicitement pris en considération des déclarations du président du conseil d'administration de la société la contrôlant évoquant l'objectif « *d'apurer le passé* ». Les juges ont considéré que sans aucune référence à un engagement général illimité, ces déclarations n'avaient d'autre objet que de justifier une augmentation de capital et n'avaient pu faire naître une croyance légitime de la filiale en un soutien de la société la contrôlant¹³³⁸.

321. Contrat de travail et groupe. Les particularités de la situation des salariés au sein d'un groupe de personnes morales justifient plusieurs dérogations significatives au principe d'autonomie juridique.

¹³³⁶ Com., 3 fév. 2015, n° 13-24.895 : Bull. 2015, IV, n° 14 ; D. 2015, p. 374 ; Gaz. Pal., 12 mai 2015, p. 27, note J.-M. MOULIN ; JCP E 2015, 1159, note B. DONDERO ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI ; RDC 2016, p. 35, note R. LIBCHABER.

¹³³⁷ Ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 : Bull. Ass. Plén. 2006, n° 11 ; JCP G 2006, p. 2009-2012, note T. BONNEAU ; D. 2006, p. 2525, note X. DELPECH ; RTD civ. 2007, p. 145, note P.-Y. GAUTIER.

¹³³⁸ CA Paris, 17 sept. 2013, n° 12/02203 : Rev. sociétés 2014, p. 297, note C. TABOUROT-HYEST – même aff., Com., 12 mai 2015, n° 13-27.716 : inédit ; Dr. sociétés 2015, comm. 163, note R. MORTIER.

Par exemple, le comportement de l'employeur qui procède à des licenciements peut être mis en perspective avec la logique du groupe auquel il appartient. Ainsi, ont été considérés comme sans cause réelle et sérieuse les licenciements pour motif économique justifiés par la cessation d'activité de l'employeur « *imputable à des décisions du groupe [...] non pas pour sauvegarder sa compétitivité, mais afin de réaliser des économies et d'améliorer sa propre rentabilité, au détriment de la stabilité de l'emploi dans l'entreprise concernée* », l'employeur ayant par conséquent agi avec « *une légèreté blâmable* » et que les licenciements étaient dépourvus de cause réelle et sérieuse¹³³⁹.

Un autre exemple peut être trouvé dans le régime de l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi créé par la loi de sécurisation de l'emploi de 2013¹³⁴⁰. Le plan de sauvegarde de l'emploi, destiné à éviter les licenciements ou en limiter le nombre, doit intégrer un plan de reclassement des salariés dont le licenciement ne pourrait être évité¹³⁴¹. Il est établi, par accord collectif¹³⁴² ou, à défaut, par l'employeur¹³⁴³. Dans ce dernier cas de figure, le plan est alors soumis à l'homologation de l'autorité administrative qui apprécie l'effectivité du plan quant à sa fonction de reclassement, notamment au regard des « *moyens dont disposent l'entreprise, l'unité économique et sociale et le groupe* »¹³⁴⁴. Le juge administratif peut annuler l'homologation, notamment lorsque « *au regard des moyens dont dispose le groupe [dont fait partie la personne morale-employeur], l'enveloppe financière consacrée au plan de sauvegarde de l'emploi est insuffisante, notamment pour permettre d'assurer le reclassement des salariés dans le groupe à l'étranger* »¹³⁴⁵.

Surtout, les juridictions sociales ont développé une théorie, dite du co-emploi, qui a eu, pendant un temps, des effets particulièrement remarquables sur l'autonomie juridique des personnes morales au sein d'un même groupe. La théorie du co-emploi a pour objet la recherche, à côté de l'employeur de droit, d'un employeur de fait, le coemployeur, et d'en

¹³³⁹ Soc., 1^{er} février 2011, n° 10-30.045 : Bull. 2011, V, n° 42 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, note A. COURET.

¹³⁴⁰ L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, art. 18.

¹³⁴¹ C. trav., art. L. 1233-61.

¹³⁴² C. trav., art. L. 1233-21-1 et s.

¹³⁴³ C. trav., art. L. 1233-24-4.

¹³⁴⁴ C. trav., art. L. 1233-57-3.

¹³⁴⁵ CAA Nancy, 23 juin 2014, n° 14NC00528 : R. DAMMANN et B. GALLO, La loi de sécurisation de l'emploi et le droit des procédures collectives ne font pas bon ménage, Bull. Joly Entr. 2014, p. 281.

tirer les conséquences en termes de responsabilité contractuelle¹³⁴⁶. La situation de co-emploi permet d'ajouter à la relation entre un salarié et son employeur un autre débiteur, que l'on imagine plus solvable. Cela explique que la situation de co-emploi soit surtout invoquée par des salariés ayant subi un licenciement économique consécutif à l'ouverture d'une procédure collective à l'égard de l'employeur. Le co-emploi ne repose pas néanmoins sur des règles de droit des procédures collectives.

La théorie du co-emploi a connu des évolutions significatives depuis une dizaine d'années. Les juges ont d'abord retenu la qualification d'« *employeurs conjoints* » en présence d'un lien de subordination entre un salarié et une autre personne, généralement associé de son employeur¹³⁴⁷, puis en raison de la « *confusion d'intérêts, d'activités et de direction* » entre l'employeur et une autre personne¹³⁴⁸.

Par la suite, l'appréciation de la confusion d'intérêts, d'activités et de direction entre un employeur et une autre personne a paru s'assouplir, les juges ayant caractérisé cette confusion dans des situations fréquentes dans les groupes intégrés de sociétés, disposant d'une direction et de services communs. Ainsi, la qualité de coemployeur des salariés de sa filiale a été reconnue à la société qui détenait la quasi-totalité du capital de la filiale, qui dictait à celle-ci « *ses choix stratégiques* » et « *intervenait de manière constante dans les décisions concernant la gestion financière et sociale de la cessation d'activité* » de l'employeur, assurant ainsi « *la direction opérationnelle et la gestion administrative de sa filiale* »¹³⁴⁹ ou à la société qui s'était directement immiscée dans la gestion du personnel de sa filiale, « *au-delà de la communauté d'intérêts et d'activités résultant de l'appartenance à un même groupe* » dans la mesure où cette société assurait le recrutement des cadres de sa filiale, placés sous l'autorité hiérarchique de cette société, et décidait unilatéralement de l'attribution de primes aux cadres¹³⁵⁰. Face à cette « *fatalité* », il a semblé un temps délicat de dissocier la qualité de

¹³⁴⁶ B. REYNES, Groupes de sociétés : la théorie du coemploi, JCP S 2012 ét. 27.

¹³⁴⁷ V. par ex. Soc., 22 janv. 1992, n° 87-44.284 : Bull. 1992, V, n° 23 ; Y. PAGNERRE, Regard historique sur le co-emploi, Dr. Social, 2016, p. 550 – Soc., 12 juil. 2005, n° 03-45.394 : Bull. 2005, V, n° 244 ; Dr. social 2005, p. 1045, note J. SAVATIER.

¹³⁴⁸ Soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.146 : inédit - Soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486 : inédit.

¹³⁴⁹ Soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : Bull., 2011, V, n° 23 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, note A. COURET ; RDT 2011, p. 634, note G. AUZERO.

¹³⁵⁰ Soc., 12 sept. 2012, n° 11-12.351 : inédit ; Bull. Joly Sociétés, 2012, p. 464.

coemployeur du groupe de sociétés, au point d'en être devenu une véritable « *pathologie* »¹³⁵¹.

Puis la Chambre sociale a amorcé un mouvement de retour à la rigueur dans l'appréciation de la situation de co-emploi¹³⁵² dont le point d'orgue fut un arrêt rendu dans le cadre de la liquidation judiciaire d'une société française du groupe MOLEX.

Dans cette affaire, une société de droit américain a fermé le site d'une de ses filiales françaises. L'ensemble des salariés de la filiale est licencié pour motif économique. Certains d'entre eux contestent le licenciement devant la juridiction prud'homale. Par la suite, une procédure de liquidation judiciaire est ouverte contre la filiale, les salariés invoquant alors la qualité de coemployeur de la société américaine. Les juges du fond ont caractérisé l'existence d'une situation de co-emploi entre la société américaine et sa filiale, en retenant notamment que cette dernière était dirigée par des cogérants nommés par la société américaine et que celle-ci était « *intervenue pour la fermeture du site de Villemur-sur-Tarn et pour faire fabriquer aux USA les pièces jusque-là fabriquées par la [filiale] ainsi que pour produire des pièces pour être stockées [...] pour prévenir un risque de grève* »¹³⁵³. La Chambre sociale énonce dans un attendu de principe que « *hors l'existence d'un lien de subordination, une société faisant partie d'un groupe ne peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, que s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière* »¹³⁵⁴. Or, la Chambre sociale relève que le fait que les dirigeants de la filiale proviennent du groupe et que la société américaine ait pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de la filiale et se soit engagée à fournir les moyens nécessaires au financement des mesures sociales liées à la

¹³⁵¹ J. PEROTTO et N. MATHEY, La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de co-emploi, JCP S 2014, p. 1262.

¹³⁵² Soc., 25 sept. 2013, n° 12-14.353 : inédit.

¹³⁵³ CA Toulouse, 7 févr. 2013, n° 12/04197.

¹³⁵⁴ Soc., 2 juil. 2014, n° 13-15.208 : Bull. 2014, V, n° 159 ; D. 2014, p. 1502 ; JCP S 2014, act. 264 ; JCP G 2014, 848, note G. DESSUS-LE-MOUSTIER ; Gaz. Pal., 17 juil. 2014, p. 26 ; Cah. soc. 2014, p. 511, note J. ICARD ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 394, note N. PELLETIER ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 418, note F-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM.

fermeture du site et à la suppression des emplois ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi.

Dans cette décision, la Chambre sociale précise les critères d'appréciation de la confusion d'intérêts, d'activités et de direction. Cette confusion ne peut résulter de la « *nécessaire coordination des actions économiques* » au sein d'un groupe mais de l'immixtion « *anormale* » dans la gestion de l'employeur. Le critère de l'immixtion « *directe* », retenu dans des décisions antérieures, est ainsi abandonné¹³⁵⁵.

Cette décision a été suivie au fond, et la jurisprudence de la Chambre sociale est constante depuis lors. Ainsi, les juges ont considéré que ne permettaient pas de caractériser une situation de co-emploi dans un groupe de sociétés dans lequel les dirigeants d'une filiale proviennent du groupe et sont en étroite collaboration avec la société mère, le fait que celle-ci ait pris, durant les quelques mois suivant la prise de contrôle de la filiale des décisions visant à sa réorganisation dans le cadre de la politique du groupe, puis ait renoncé à son concours financier destiné à éviter une liquidation judiciaire de la filiale, tout en s'impliquant dans les recherches de reclassement des salariés au sein du groupe¹³⁵⁶ ou le fait que celle-ci ait apporté à sa filiale un important soutien financier et que pour le fonctionnement de la filiale aient été signées une convention de trésorerie ainsi qu'une convention générale d'assistance moyennant rémunération¹³⁵⁷. La caractérisation d'une situation de co-emploi suppose désormais une « *situation exceptionnelle* »¹³⁵⁸.

Outre ces applications en matière contractuelle, les dérogations au principe d'autonomie juridique au sein d'un groupe peuvent intervenir en matière délictuelle.

¹³⁵⁵ Soc., 12 sept. 2012, n° 11-12.351 : inédit ; Bull. Joly Sociétés, 2012, p. 464.

¹³⁵⁶ Soc., 10 déc. 2015, n° 14-19.316 : Bull. 2015, V ; D. 2016, p. 16 ; LEDC 2016, p. 1, note F.-X. LUCAS – Soc. 17 mai 2017, n° 15-27.766 : inédit.

¹³⁵⁷ Soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865 : Bull. 2017, V ; Rev. sociétés 2018, p. 58, note E. SCHLUMBERGER – Soc., 13 juill. 2017, n° 16-13.699 : inédit.

¹³⁵⁸ P. BAILLY, Le co-emploi : une situation exceptionnelle, JCP S, 2013, p. 1142.

b. En matière délictuelle

322. Immixtion fautive. En principe, nul n'est responsable que de son propre fait¹³⁵⁹. Les membres d'une personne morale ne sont donc, en principe, ni responsable du fait de cette personne ni, au sein d'un groupe, de celui d'une autre personne morale. Si pour certaines personnes morales, les membres répondent indéfiniment des dettes de la personne morale, les créanciers de la personne morale ne peuvent poursuivre le paiement des dettes contre un membre qu'après avoir vainement mis en demeure la personne morale¹³⁶⁰.

Pour autant, il peut être dérogé au principe d'autonomie juridique lorsqu'une personne autre que celle à l'origine du dommage a contribué à la réalisation de celui-ci. La dépendance politique dans laquelle peuvent se trouver les personnes morales faisant partie d'un groupe est propice à la reconnaissance d'une telle situation, en particulier dans certains groupes de sociétés où le pouvoir décisionnel est centralisé, et l'immixtion naturelle.

Toutefois, l'immixtion seule n'est pas opératoire. La dérogation à l'autonomie juridique n'est admise qu'en cas d'immixtion fautive. À ce titre, un parallèle peut être fait avec la jurisprudence en matière de co-emploi¹³⁶¹. Ainsi, lorsque la stratégie d'un groupe de sociétés, décidée par une seule d'entre elles consiste à intégrer verticalement les autres sociétés et se traduisant par des consignes données à ces dernières ne les privent pas d'autonomie, la rupture brutale de contrats par deux de ces sociétés ne peut être imputée à la société animatrice¹³⁶². Cette dérogation, purement jurisprudentielle en droit positif, pourrait être consacrée par la loi. Elle figurait notamment dans un projet de réforme de la responsabilité civile, qui prévoyait, pour les seules sociétés, qu'une société ne répondait du dommage causé par la société qu'elle contrôlait ou sur laquelle elle exerçait une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle avait contribué de manière significative à la réalisation du dommage¹³⁶³. Un autre projet, plus ambitieux, prévoyait qu'« *est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de*

¹³⁵⁹ C. civ., art 1240.

¹³⁶⁰ Pour les sociétés civiles, C. civ., art. 1857 et 1858 ; Pour les sociétés en nom collectif, C. com., art. L. 221-1 ; Pour les groupements d'intérêt économique, C. com., art. L. 251-6.

¹³⁶¹ Sur cette question, cf. *supra* n° 321.

¹³⁶² Com., 20 mai 2014, n° 12-26.705 : Bull. 2014, IV, n° 90 ; Rev. crit. DIP 2014, p. 832 note O. BOSKOVIC.

¹³⁶³ F. TERRÉ (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011, art. 7.

dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation directe avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi des sociétés mères pour les dommages causés par leur filiales [...] »¹³⁶⁴. Malgré l'absence d'une telle disposition, la jurisprudence fournit plusieurs exemples de dérogations en matière délictuelle.

323. Exemple en matière de pratiques anti-concurrentielles. La dérogation au principe d'autonomie juridique des personnes morales en matière de responsabilité civile délictuelle est particulièrement mise en œuvre en matière de répression des pratiques anti-concurrentielles, en droit français comme communautaire.

Selon la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, les pratiques anticoncurrentielles commises par une société sont présumés imputables à la société qui en détient la totalité du capital, directement¹³⁶⁵ ou indirectement¹³⁶⁶. Il ne s'agit que d'une présomption, qui peut être renversée en apportant des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que la filiale s'est comportée de façon autonome sur le marché¹³⁶⁷

Cette jurisprudence est appliquée en France sous le contrôle de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Ainsi, les pratiques de de la filiale d'une société peuvent lui être imputées en raison de la composition de l'équipe dirigeante de la filiale, « *formée de personnels de la société mère* », du comportement de la société auprès des clients de sa filiale, de l'intervention active dans la promotion et la diffusion des produits de la filiale, celle-ci ne disposant alors que de la marge de manœuvre induite par l'éloignement géographique entre une société et sa filiale¹³⁶⁸.

324. Exemple du préjudice des salariés. Parallèlement à l'évolution de sa jurisprudence sur le co-emploi, la Chambre sociale de la Cour de cassation a admis que les salariés sont en droit d'agir sur le terrain délictuel contre une société qui n'est pas leur employeur à laquelle ils

¹³⁶⁴ P. CATALA (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapp., 2005, art. 1360.

¹³⁶⁵ CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : Rec. CJCE 2009, I-08237 ; Bull. Joly Sociétés, 2010, p. 69, note C. PRIESTO.

¹³⁶⁶ CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-90/09 : Rec. CJUE 2011, I-00001 ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 318, note G. DECOCQ.

¹³⁶⁷ CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-286/98 : Rec. CJCE 2000, I-09925.

¹³⁶⁸ Com., 6 janv. 2015, n° 13-21.305 : Bull. 2015, IV, n° 1 ; D. 2015, p. 156 ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI.

reprochent des choix de gestion ayant conduit à la liquidation judiciaire de leur employeur et à leur licenciement¹³⁶⁹.

Surtout, dans un arrêt rendu une semaine après l'arrêt MOLEX¹³⁷⁰, la Chambre sociale a admis la responsabilité de la société qui, directement ou indirectement, « *avait pris des décisions dommageables pour [la société-employeur], qui avaient aggravé la situation économique difficile de celle-ci, ne répondaient à aucune utilité pour elle et n'étaient profitables qu'à son actionnaire unique* » ayant ainsi, par sa « *faute et légèreté blâmable, concouru à la déconfiture de l'employeur et à la disparition des emplois qui en est résulté* »¹³⁷¹. Cette solution a été confirmée par la suite¹³⁷².

À côté de ces dérogations d'application générale, certains mécanismes propres au droit des procédures collectives peuvent permettre de déroger au principe d'autonomie juridique.

2. Dans le cadre d'une procédure collective

325. Dérogation après ouverture d'une procédure collective. Les personnes morales de droit privé sont éligibles à l'ouverture d'une procédure collective de sauvegarde¹³⁷³, de redressement¹³⁷⁴ ou de liquidation judiciaire¹³⁷⁵. Les difficultés justifiant l'ouverture de telle ou telle procédure s'apprécient en considération de la situation personnelle du débiteur. L'ouverture d'une procédure collective ne remet pas à elle seule en cause l'autonomie

¹³⁶⁹ Soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : inédit.

¹³⁷⁰ Sur cet arrêt, cf. *supra* n° 321.

¹³⁷¹ Soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.573 ; Bull. 2014, V, n° 180 ; D. 2014 p. 1552 ; Cah. Soc. p. 1, note F-X. LUCAS ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 398, note E. MOUIAL-BASSILANA ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M-P. SCHRAMM.

¹³⁷² V. par ex. Soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881 : Bull. 2018, V ; JCP E 2018, 1434, note J. GRANGÉ, F. AUBONNET et F. TERRROUX-SFAR.

¹³⁷³ C. com., art. L. 620-2.

¹³⁷⁴ C. com., art. L. 631-2.

¹³⁷⁵ C. com., art. L. 640-2.

juridique du débiteur. Par exemple, l'appartenance du débiteur à un groupe est indifférente sur l'appréciation de sa situation¹³⁷⁶.

Toutefois, il peut être dérogé à ce principe, soit en étendant la procédure collective ouverte à une autre personne que le débiteur (**a**) soit en retenant la responsabilité du dirigeant de fait du débiteur en raison d'une faute de gestion ayant conduit à une insuffisance d'actif (**b**).

a. L'extension de procédure collective

326. Principe de l'extension de procédure. À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure collective ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes¹³⁷⁷. L'action en extension de procédure n'est pas exclusive au groupe de personnes morales, mais celui-ci est un terrain favorable. Lorsque les conditions en sont réunies, l'extension de procédure provoque la réunion des patrimoines du débiteur et de la personne à laquelle la procédure est étendue et implique une unité de procédure et de solution¹³⁷⁸. Aussi, cette action est strictement encadrée, et l'extension n'est prononcée qu'en cas de confusion de patrimoine ou de fictivité de la personne morale.

327. Confusion de patrimoine. Une procédure collective peut être étendue à une autre personne que le débiteur en cas de confusion de patrimoines. Cette confusion peut résulter de l'existence de « *relations financières anormales* » entre le débiteur et une personne à laquelle la procédure collective sera étendue¹³⁷⁹. Ainsi, la « *passivité inhabituelle et répétée de façon systématique* » dans le recouvrement de loyers caractérise des relations financières anormales entre le bailleur et le locataire, justifiant l'extension de la procédure de liquidation judiciaire du locataire au bailleur pour confusion de leur patrimoine¹³⁸⁰. Ce n'est pas tant le caractère préjudiciable au débiteur des relations financières anormales qui est reproché à celui auquel

¹³⁷⁶ Com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : Bull. 2007, IV, n° 277 ; D. 2007, p. 2764, note M.-L. BELAVAL ; D. 2008, p. 570, note F.-X. LUCAS ; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 21, note C. LEBEL ; Dr. et patr. juill.-août 2008, p. 103, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹³⁷⁷ Pour la procédure de sauvegarde, C. com., art. L. 621-2 ; pour la procédure de redressement judiciaire, C. com., art. L. 631-7 ; pour la procédure de liquidation judiciaire, C. com., art. L. 641-1.

¹³⁷⁸ J.-J. DAIGRE, Rép. sociétés, V° Entreprises en difficulté (Personnes morales et dirigeants), 2018, § 104.

¹³⁷⁹ Com., 16 juin 2015, n° 14-10.187 : Bull. 2015, IV ; Rev. sociétés 2015, p. 545, note P. ROUSSEL-GALLE ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, p. 29, note F. REILLE.

¹³⁸⁰ Com., 26 mai 2010, n° 09-66.615, inédit.

la procédure collective est étendue¹³⁸¹, mais la « *volonté systématique* » dont elles procèdent¹³⁸². Toutefois, les flux financiers anormaux n'ont pas à s'inscrire dans la durée, et une anomalie unique peut caractériser la confusion¹³⁸³.

Toutes les relations financières entre personnes morales ne peuvent justifier l'extension de procédure. Par exemple, dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie, les échanges de personnel, des activités communes et des mouvements de fonds ne caractérisent pas en eux-mêmes des relations financières anormales entre plusieurs sociétés, justifiant que la procédure collective ouverte à l'égard de l'une soit étendue aux autres¹³⁸⁴.

La confusion de patrimoine peut également résulter d'un « *état d'imbrication inextricable* » entre les patrimoines du débiteur et d'une autre personne¹³⁸⁵.

328. Fictivité de la personne morale. Une procédure collective peut également être étendue à une autre personne que le débiteur lorsque, celui-ci est une personne morale fictive¹³⁸⁶. L'action en extension pour fictivité de la personne morale n'est pas assimilable à une action en nullité de la société, en ce qu'elle n'a pas pour but de remettre en cause son existence, mais à étendre la procédure collective ouverte¹³⁸⁷. La fictivité suppose que le débiteur ne soit pas le véritable « *maître de l'affaire* », et que ce dernier agisse sous couvert de la personnalité morale du débiteur¹³⁸⁸. Ainsi, est fictive la société civile immobilière qui, en donnant à bail une partie de ses locaux à une société à responsabilité limitée, a mis en fait à la disposition de celle-ci l'intégralité de son actif; ne disposant pas d'autre ressource que le loyer, et avait été créée à la seule fin de faire échapper cet immeuble aux poursuites des créanciers de la société

¹³⁸¹ Com., 16 juin 2015, n° 14-10.187 : Bull. 2015, IV ; Rev. sociétés 2015, p. 545, note P. ROUSSEL GALLE ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, p. 29, note F. REILLE.

¹³⁸² Com., 11 fév. 2014, n° 13-12.270 : inédit.

¹³⁸³ Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-13.744 : inédit.

¹³⁸⁴ Com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094: Bull. 2005, IV, n° 92 - Com. 16 déc. 2014, n° 13-24.161 : Bull. 2014, IV, n° 190 ; D. 2015, p. 70 ; Gaz. Pal. 22 janv. 2015, p. 13, RLDA 2015, 5448, note M. DE MONTAIGNE ; Rev. sociétés 2015, 202, note L. C. Henry.

¹³⁸⁵ Com., 24 oct. 1995, n° 93-11.322 : inédit ; Dr. sociétés 1995, 238, note Y. CHAPUT.

¹³⁸⁶ C. com., art. L. 621-2.

¹³⁸⁷ Com., 19 févr. 2002, n° 98-20.578 : Bull. 2002, IV, n° 33 ; JCP E 2002, p. 1520, note P. PETEL; Dr. et patr. juill.-août 2002, p. 104, obs. D. PORACCHIA.

¹³⁸⁸ *Ibid.*

à responsabilité limitée¹³⁸⁹. Pour certains auteurs, le critère de fictivité ne suffit pas, à lui seul, à fonder l'extension de la procédure et doit être complété par des éléments établissant la confusion de patrimoine¹³⁹⁰. Dans un groupe, une telle situation pourrait survenir en présence d'une personne morale qui ne serait créée qu'à des fins frauduleuses.

Outre l'extension de procédure collective, l'action en responsabilité contre un dirigeant de fait du débiteur pour insuffisance d'actif permet de déroger au principe d'autonomie juridique à l'occasion d'une procédure collective.

b. La responsabilité du dirigeant de fait pour insuffisance d'actif

329. Insuffisance d'actif et direction de fait. Lorsque la liquidation judiciaire d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, éventuellement solidairement, par les dirigeants ayant contribué à la faute de gestion¹³⁹¹. L'insuffisance d'actif peut être supportée par les dirigeants de droit comme de fait¹³⁹², c'est-à-dire ceux qui exercent une activité positive de gestion et de direction, en toute liberté et indépendance, de façon continue et régulière¹³⁹³.

Au sein d'un groupe, une personne morale peut être qualifiée de dirigeant de fait d'une autre, éventuellement en raison d'un lien indirect comme le contrôle¹³⁹⁴. Dans ce cas, la responsabilité pour faute de gestion du dirigeant de fait ayant conduit à une insuffisance d'actif n'est qu'une application particulière à la liquidation judiciaire des principes dégagés quant à la dérogation au principe d'autonomie en matière délictuelle¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ Com., 25 nov. 1997, n° 95-17.864 : inédit ; Rev. sociétés 1998, p. 586, note C. PORTERON.

¹³⁹⁰ M.-J. CAMPANA, M. DIZEL, L.-P. BARRATIN et R. FERNANDEZ, Rép. sociétés, V° Entreprises en difficulté (Conditions d'ouverture), 2018, § 244.

¹³⁹¹ Sur cette question en matière de dirigeant de société, cf. *supra* n° 180 et s.

¹³⁹² Sur la direction de fait, cf. *supra* n° 298.

¹³⁹³ Com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007 : inédit ; RJDA 1994, n° 457.

¹³⁹⁴ Com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : inédit - Com., 6 fév. 2001, n° 98-15.129 : Bull. 2001, IV, n° 33 ; D. 2002, p. 81, note J.-P. SORTAIS.

¹³⁹⁵ Sur cette question, cf. *supra* n° 322.

En dépit de ces différentes dérogations, le principe d'autonomie juridique trouve à s'appliquer au sein des groupes de personnes morales. En raison de cette autonomie, les différents intérêts personnels doivent être distingués. Par ailleurs, certains groupes sont susceptibles d'être qualifiés d'entreprise. Il convient de vérifier qu'au sein de ces groupes, les intérêts personnels doivent être distingués des intérêts de l'entreprise.

II. Les intérêts de l'entreprise

330. Entreprise. Au sein d'un groupe, les intérêts des différentes personnes morales ne sont pas les seuls intérêts en présence. Les activités des personnes morales du groupe peuvent intéresser plus ou moins directement d'autres personnes. C'est particulièrement le cas s'agissant des groupes ayant une activité économique et qui peuvent en conséquent être conçus comme des entreprises.

Si le groupe reçoit une telle qualification, afin de démontrer que les intérêts de l'entreprise ne se confondent pas avec les intérêts des personnes morales composant le groupe, il faut d'abord identifier ce que peut être l'entreprise (**A**) pour pouvoir confronter les intérêts qui la compose à l'intérêt personnel (**B**).

A. L'identification de l'entreprise

331. Approche de l'entreprise. L'entreprise peut être appréhendée de plusieurs manières. L'entreprise est une notion fondamentale pour plusieurs branches du droit¹³⁹⁶. Or, chacune de ces branches poursuit un but qui lui est propre, et définit l'entreprise en conséquence. L'approche notionnelle est donc limitée. Néanmoins, comme pour le groupe, les différentes notions sont relativement homogènes et permettent de se référer à un concept d'entreprise¹³⁹⁷. Ce concept renvoie à une activité économique organisée, autour de laquelle gravitent plusieurs intérêts. Il faut donc étudier les différentes notions (**1**) pour pouvoir identifier le concept d'entreprise (**2**).

¹³⁹⁶ V. not. A. JEAMMAUD, J. KIRAT et M.-C. VILLEVAL, Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit, RID éco, 1996, p. 99 ; J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346.

¹³⁹⁷ V. not. J. HILAIRE, Une histoire du concept d'entreprise, Arch. Phil. Dr. 1997, p. 341.

1. Les notions d'entreprise

332. Entreprise et groupe. De prime abord, il peut être surprenant d'associer le groupe et l'entreprise tant cette dernière paraît, en droit, plutôt liée à la société. Ainsi, pour un auteur, l'entreprise « *trouve son expression juridique dans la société* »¹³⁹⁸. Pour d'autres, la société est une « *technique d'organisation de l'entreprise* »¹³⁹⁹. Pour autant, l'entreprise et le groupe ne sont pas incompatibles. La « *réalité* » d'une entreprise unique peut transparaître derrière la pluralité de personnes morales formant un groupe¹⁴⁰⁰. Une entreprise peut être organisée en réseau¹⁴⁰¹ et comprendre plusieurs personnes morales¹⁴⁰².

Certaines notions d'entreprises peuvent trouver à s'appliquer à un groupe **(a)** tandis que d'autres sont parfaitement incompatibles **(b)**.

a. Les notions d'entreprises possiblement applicables à un groupe

333. Entreprise et analyse statistique. Pour les besoins de l'analyse statistique et économique, quatre catégories d'entreprise sont définies en fonction de critères relatifs à l'effectif salarié, de au total de bilan et au chiffre d'affaires : les microentreprises, les petites et moyennes entreprises, les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises¹⁴⁰³. L'entreprise au sens de ce texte est celle définie par un Règlement européen¹⁴⁰⁴ comme « *la plus petite combinaison d'unités légales qui constitue une unité organisationnelle de production de biens et de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment*

¹³⁹⁸ M. DESPAX, L'entreprise et le droit, *op. cit.*, p. 103.

¹³⁹⁹ V. not. J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, *op. cit.* ; P. BISSARA, Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?, *Rev. Sociétés* 2000, p. 69.

¹⁴⁰⁰ M. DESPAX, L'entreprise et le droit, *op. cit.*, p. 161.

¹⁴⁰¹ J. PAILLUSSEAU, Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle, *D.* 2003, p. 260.

¹⁴⁰² J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D.* 2003, p. 2346

¹⁴⁰³ L. n° 2008-776, 4 août 2008, de modernisation de l'économie, art. 51.

¹⁴⁰⁴ D. n° 2008-1354, 18 déc. 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique, art. 1^{er}.

pour l'affectation de ses ressources courantes »¹⁴⁰⁵. Les unités légales sont « *soit des personnes morales, dont l'existence est reconnue par la loi indépendamment des personnes ou des institutions qui les possèdent ou qui en sont membres, soit des personnes physiques, qui, en tant qu'indépendants, exercent une activité économique* »¹⁴⁰⁶. Au sens de ce Règlement, l'entreprise est une entité économique qui peut correspondre, à une ou plusieurs unités légales. L'unité légale constitue toujours, seule ou avec d'autres unités légales, le support juridique de l'entreprise¹⁴⁰⁷.

Au-delà de l'analyse statistique, l'entreprise ainsi définie sert notamment de référence pour les obligations de transparence en matière de prix ou pour déroger à la solidarité des responsables de pratiques anticoncurrentielles¹⁴⁰⁸.

Dans la mesure où l'entreprise peut être un groupe d'unités légales, cette notion permet d'assimiler le groupe et l'entreprise. Certaines unités légales exercent des activités exclusivement au profit d'une autre entité légale. Le plus souvent, les activités de ces unités légales doivent être interprétées comme des activités auxiliaires des activités de l'unité légale qu'elles secondent, à laquelle elles sont rattachées formant ainsi une entreprise au sens de l'analyse économique. Leur existence ne s'explique donc que pour des raisons qui ne sont pas significatives du point de vue économique¹⁴⁰⁹.

334. Entreprise et droit social. En droit social, un comité d'entreprise est constitué dans toutes les entreprises employant au moins cinquante salariés¹⁴¹⁰. Depuis le 1^{er} janvier 2018, un comité social et économique est mis en place dans les entreprises d'au moins onze

¹⁴⁰⁵ Cons. CEE, régl. (CEE) n° 696/93, 15 mars 1993, relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif dans la Communauté, sect. III, A.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, sect. II, A.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*

¹⁴⁰⁸ Pour les obligations de transparence en matière de prix, C. com., art L. 441-6-1 ; pour la dérogation à la solidarité, C. com., art. L. 481-9.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, sect. III, A.

¹⁴¹⁰ C. trav., anc. art. L. 2322-1.

salariés¹⁴¹¹. Les entreprises ainsi entendues sont tous les employeurs de droit privé, les établissements publics industriels et commerciaux et établissements publics administratifs¹⁴¹².

En matière de comité d'entreprise, la jurisprudence a admis l'existence d'une unité économique et sociale entre entités juridiquement distinctes, mais formant une seule entreprise en raison d'une unité sociale, d'activité et de pouvoir¹⁴¹³. Les solutions dégagées à propos du comité d'entreprise paraissent parfaitement transposables au comité social et économique.

L'unité économique et sociale peut se définir comme la situation existante entre des « *entités juridiques distinctes, ayant des activités complémentaires ou similaires et caractérisée par une concentration du pouvoir de direction économique et une unité sociale* »¹⁴¹⁴. La notion « *a pour objet d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs* »¹⁴¹⁵. Elle a été créée afin de rendre effectif le droit de représentation des salariés en cas de morcellement d'une entreprise en plusieurs personnes morales distinctes afin de ne pas priver les salariés de certains de leurs droits¹⁴¹⁶. La première réaction du droit social face au morcellement de l'entreprise a été d'employer des notions déjà existantes comme la fraude ou le délit d'entrave¹⁴¹⁷. Puis, la Chambre sociale a consacré une notion originale d'unité économique et sociale entre des personnes morales distinctes. Celles-ci constituent, en raison de cette unité et au regard de la réglementation en matière de représentation collective, « *une seule entreprise* »¹⁴¹⁸ dont l'effectif salarié doit être « *envisagé globalement* »¹⁴¹⁹. La notion

¹⁴¹¹ C. trav., art. L. 2311-2.

¹⁴¹² Pour le comité d'entreprise, C. trav., anc. art. L. 2321-1 ; Pour le comité social et économique, C. trav., art. L. 2311-11

¹⁴¹³ V. par ex. Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : Bull. 2008, V, n° 255 ; D. 2009 p. 986, note F. PETIT ; Rev. trav. 2009, p. 228, note B. LARDY-PELISSIER ; Dr. social 2009, p. 500, note J. SAVATIER.

¹⁴¹⁴ Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : Bull. 2008, V, n° 255 ; D. 2009 p. 986, note F. PETIT ; Rev. trav. 2009, p. 228, note B. LARDY-PELISSIER ; Dr. social 2009, p. 500, note J. SAVATIER.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ M. GRÉVY, Rép. Trav., ° Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise, 2018, § 347 ; C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, La notion de groupe à l'épreuve du droit social, JCP E 2005, p. 1393.

¹⁴¹⁷ Crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; Bull. crim. 1970, n° 144.

¹⁴¹⁸ Soc., 8 juin 1972, n° 71-12.860 : Bull. 1972, V, n° 418.

se distingue bien de celles de fraude et d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, puisqu'elle suppose que soient caractérisées une unité économique et une unité sociale. L'unité économique se déduit de la complémentarité des activités des entités¹⁴²⁰ et de l'unité de leur direction¹⁴²¹. L'unité sociale découle de l'existence d'une communauté de travailleurs présentant une relative permutable ou soumis à une hiérarchie commune¹⁴²².

La notion d'unité économique et sociale et celle de comité de groupe ont été jugées « *incompatibles* »¹⁴²³. Autrement dit, une unité économique et sociale ne peut pas être reconnue à un niveau où existe déjà un comité de groupe. Toutefois, il n'est pas exclu qu'un groupe de personnes morales existe sans correspondre aux critères du comité de groupe, la « *personnalité juridique distincte* » des différentes personnes morales ne les empêchant pas d'exploiter « *une seule entreprise au point de vue du droit du travail* »¹⁴²⁴. Cela semble pouvoir être le cas entre une entreprise et des sous-traitants. Si les critères étaient réunis, une unité économique et sociale pourrait être reconnue au niveau du groupe ainsi entendu, afin qu'un comité économique et social permette la représentation des salariés de l'entreprise.

335. Entreprise et droit de la concurrence. L'entreprise est une notion importante en droit de la concurrence. La notion d'entreprise élaborée en droit communautaire de la concurrence « *a entraîné dans son sillage le droit interne* »¹⁴²⁵. Le droit de la concurrence se veut réaliste¹⁴²⁶. Aussi, la conception retenue de l'entreprise repose sur l'activité économique

¹⁴¹⁹ Soc., 19 déc. 1972 n° 72-60.063 : Bull. 1972, V, n° 710 – Soc., 19 déc. 1972, n° 72-60.088 : Bull. 1972, V, n° 711.

¹⁴²⁰ Soc., 13 juil. 2004, n° 03-60425 : Bull. 2004, V, n° 219 - Soc., 24 juin 2014, n° 13-11.593 : Bull. 2014, V, n° 153.

¹⁴²¹ V. par ex. Soc., 15 janv. 2002, n° 00-60.256 : inédit.

¹⁴²² *Ibid.*.

¹⁴²³ V. not. Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.398 : Bull. 1999, V, n° 391 ; C. MORIN, L'incompatibilité du groupe de société et l'unité économique et sociale, JCP E 2000. 980 - Soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234: Bull. 2006, V, n° 34; Dr. soc. 2006, p. 468, note J. SAVATIER.

¹⁴²⁴ Soc., 14 fév. 1973, n° 72-60.094 : Bull. 1973, V, n° 82.

¹⁴²⁵ L. IDOT, La notion d'entreprise, Rev. sociétés 2001, p. 191.

¹⁴²⁶ *Ibid.*

plutôt que sur la structure juridique¹⁴²⁷. L'entreprise considérée peut très bien être un groupe de personnes morales.

Ainsi, le régime du contrôle des opérations de concentration entre entreprises est fonction du volume des entreprises considérées, volume qui tient compte, le cas échéant, de la situation du groupe auquel appartient la personne morale partie à l'opération de concentration¹⁴²⁸. De même, en matière de pratiques anticoncurrentielle, l'unité existant entre une société et sa filiale permet de les considérer comme une seule et même entreprise, et rendre ainsi imputable des agissements de la filiale à la société qui la contrôle¹⁴²⁹.

b. Les notions incompatibles avec le groupe

336. Raison de l'incompatibilité. Certaines notions d'entreprise sont indissociables de la personnalité juridique. L'entreprise considérée est nécessairement une personne physique ou morale. Or, le groupe est dépourvu de personnalité juridique. Pour cela, un groupe ne pourra pas toujours être qualifié d'entreprise.

337. Exemple de l'entreprise en droit des procédures collectives. Les entreprises qui sont éligibles aux procédures en matière de prévention et de traitement de difficultés des entreprises prévues par le Livre VI du Code de commerce sont nécessairement des personnes exerçant une activité économique¹⁴³⁰.

¹⁴²⁷ V. par ex. Com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166 : Bull. 2014, IV, n° 11 ; L.-A. LECUYER, La contagion de la notion d'entreprise en droit économique, JCP E 2014, p. 1124 ; RDC 2014, p. 415, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

¹⁴²⁸ Pour une opération de dimension nationale, C. com., art. L. 430-2 ; Pour une opération de dimension communautaire, Comm. CE, régl. (CE), n° 139/2004, 20 janv. 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises ; Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement n° 139/2004/CE du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, du 16 avr. 2008.

¹⁴²⁹ V. par ex. CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : Rec. CJCE 2009, I-08237 ; Bull. Joly Sociétés, 2010, p. 69, note C. PRIESTO - CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-90/09 : Rec. CJUE 2011, I-00001 ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 318, note G. DECOCQ - Com., 6 janv. 2015, n° 13-21.305 : Bull. 2015, IV, n° 1 ; D. 2015, p. 156 ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI.

¹⁴³⁰ En matière de prévention des difficultés, C. com., art. L. 611-1 ; Pour l'ouverture d'une procédure collective, C. com., art. L. 620-2.

338. Exemple de l'entreprise en matière de consolidation comptable. La notion d'entreprise est employée en droit comptable national¹⁴³¹ et communautaire¹⁴³². L'obligation d'établir des comptes consolidés s'applique à un groupe, composé d'une société commerciale et d'une ou plusieurs entreprises sur lesquelles est exercé un contrôle ou une influence notable¹⁴³³. Le groupe en matière comptable est donc un groupe d'entreprises et non une seule et même entreprise¹⁴³⁴.

Ces différentes notions d'entreprises permettent de définir les contours de ce qui peut être un concept d'entreprise.

2. Le concept d'entreprise

339. Activité économique. Parmi les nombreuses définitions proposées de l'entreprise, l'exercice d'une activité économique est un élément récurrent. Il constitue la substance de la définition de l'entreprise donnée par la plupart des auteurs en droit économique, et est largement reprise en droit social.

Ainsi, l'entreprise serait une « *cellule économique* »¹⁴³⁵, un « *ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés en vue de l'exercice [...] d'une activité économique* »¹⁴³⁶. Les

¹⁴³¹ C. com., art. L. 233-16 et s.

¹⁴³² PE et Cons. UE, dir. 2013/34/UE, 26 juin 2013, relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

¹⁴³³ Sur ces questions, cf. *supra* n° 216 et s.

¹⁴³⁴ Cons. CEE, régl. (CEE) n° 696/93, 15 mars 1993, relatif aux unités statistiques d'observation et d'analyse du système productif dans la Communauté, sect. III, C.

¹⁴³⁵ M. DESPAX, *L'entreprise et le droit*, *op. cit.*

¹⁴³⁶ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 12, § 27.

exemples sont encore nombreux¹⁴³⁷. D'autres auteurs se réfèrent également à l'« *unité économique* » de l'entreprise¹⁴³⁸.

Le concept d'entreprise auquel il est fait référence en jurisprudence renvoie plus souvent à une activité économique qui n'est pas nécessairement commerciale. Ainsi, en matière d'information de la caution¹⁴³⁹, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré comme des entreprises l'exercice d'une activité libérale¹⁴⁴⁰, associative¹⁴⁴¹ ou immobilière¹⁴⁴².

D'autres auteurs mettent en avant le caractère organisé de l'activité économique de l'entreprise, en ayant de cette organisation une conception plus¹⁴⁴³ ou moins stricte¹⁴⁴⁴.

340. Collectivité. L'idée de collectivité est un élément que l'on retrouve dans plusieurs définitions de l'entreprise, particulièrement en droit social. Pour un auteur, l'entreprise est une « *communauté de travail* »¹⁴⁴⁵, pour un autre, une « *cellule sociale* »¹⁴⁴⁶. Pour un autre encore, elle est la « *situation de référence que constitue la relation entre d'une part un*

¹⁴³⁷ V. not. B. MERCADAL, La notion d'entreprise, *in* Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Litec, 1991, p. 9 ; N. DION, Entreprise, espoir et mutation, D. 2001, p. 762 ; K. J. HOPT, L'entreprise et le droit européen, Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise, Rev. sociétés 2001, p. 301 ; L. IDOT, La notion d'entreprise, Rev. sociétés, 2001, p. 191 ; B. TEYSSIE, L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1680 ; T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.

¹⁴³⁸ V. par ex. J. LAROQUE, Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, *in* Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 32 ; G. BLANC-JOUVAN, L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. social 2005, p. 68

¹⁴³⁹ C. monét. fin., art. L. 313-22.

¹⁴⁴⁰ Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-13.917 : Bull. 2002, I, n° 86.

¹⁴⁴¹ Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-17.209 : Bull. 2002, I, n° 86.

¹⁴⁴² Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-15.598 : Bull. ; 2002, I, n° 86.

¹⁴⁴³ V. par ex. T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.

¹⁴⁴⁴ V. par ex. L. IDOT, La notion d'entreprise, Rev. sociétés, 2001, p. 191.

¹⁴⁴⁵ P. DURAND, La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Capitant, t. III, 1947, p. 45.

¹⁴⁴⁶ M. DESPAX, L'entreprise et le droit, *op. cit.*

employeur et, d'autre part, une collectivité de travailleurs »¹⁴⁴⁷. Pour d'autres auteurs, elle est un « *centre d'intérêts* »¹⁴⁴⁸ ou se caractérise par son « *unité sociale* »¹⁴⁴⁹.

Une fois les notions et le concept d'entreprise identifiés, il est possible de confronter les intérêts qui composent l'entreprise pour pouvoir les distinguer de l'intérêt des personnes morales au sein du groupe.

B. La confrontation des intérêts de l'entreprise à l'intérêt personnel

341. Conceptions de l'entreprise. L'exercice de définition de l'entreprise n'est pas toujours exempt d'idéologie. Cela ne rend pas la définition des intérêts de l'entreprise aisée. L'entreprise peut être perçue à travers le prisme de l'individualisme du système juridique, qui repose sur le sujet de droit. Elle peut également être considérée de manière plus collective comme un « *centre d'intérêts* »¹⁴⁵⁰. Aussi, selon l'une ou l'autre de ces conceptions possibles de l'entreprise, l'intérêt de celle-ci sera en réalité emprunté à l'entrepreneur **(1)** ou résultera de la synthèse d'intérêts catégoriels **(2)**.

1. L'intérêt de l'entreprise emprunté à l'entrepreneur

342. Absence de personnification de l'entreprise en tant que telle. Du point de vue de la théorie de la fiction, à défaut de se voir reconnaître la personnalité morale par une disposition expresse, l'entreprise n'est pas en tant que telle, un sujet de droit. Les différentes notions d'entreprise envisagées, qu'elles soient compatibles ou non avec le groupe de personnes morales, n'ont ni pour objet, ni pour effet de conférer à l'entreprise ou au groupe la personnalité juridique.

¹⁴⁴⁷ A. SUPIOT, Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, RTD com. 1985, p. 621.

¹⁴⁴⁸ J. PAILLUSSEAU, Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit, D. 1997, p. 97.

¹⁴⁴⁹ V. par ex. J. LAROQUE, Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, *in* Tendances du droit du travail français contemporain, *op. cit.*, p. 32 ; G. BLANC-JOUVAN, L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, Dr. social 2005, p. 68

¹⁴⁵⁰ J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1984, II, 14193.

L'entreprise semble personnifiée par certains textes. Un auteur parle de mise en scène¹⁴⁵¹. Par exemple, le patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est assimilé à une entreprise dans les textes relatifs à l'insuffisance d'actif¹⁴⁵² et à la faillite personnelle de l'entrepreneur individuel¹⁴⁵³. Ainsi, est puni de faillite personnelle l'entrepreneur individuel qui « *fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement* ». Un auteur a relevé la personnification implicite que cela supposait¹⁴⁵⁴. Pour autant, l'entreprise ne se voit reconnaître formellement la personnalité morale par aucun texte.

La personnalité juridique ne peut pas non plus être reconnue à l'entreprise du point de vue de la théorie de la réalité. D'abord, il est difficile d'admettre l'existence d'un intérêt collectif suffisamment homogène au sein de l'entreprise. Un auteur relève que les différentes parties prenantes de l'entreprise poursuivent, « *par essence* », des intérêts divergents voire opposés¹⁴⁵⁵. L'antagonisme des intérêts des apporteurs de capitaux et ceux des salariés est mis en avant par plusieurs auteurs¹⁴⁵⁶. Les associés et les salariés peuvent avoir un but commun résidant dans la continuité de l'entreprise¹⁴⁵⁷. Pour autant, ce but commun se dilue dans les mobiles personnels des uns et des autres, et la prospérité de l'entreprise pourra avoir un sens fondamentalement différent pour les associés, pour les salariés et, potentiellement, pour les membres de chacune de ces catégories.

Ensuite, il n'existe pas au sein de l'entreprise d'organisation à même de permettre l'expression de l'intérêt collectif¹⁴⁵⁸. À propos de la société, un auteur remarque que

¹⁴⁵¹ T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709.

¹⁴⁵² C. com., art. L. 651-2.

¹⁴⁵³ Pour l'insuffisance d'actif, C. com., art. L. 651-2 ; Pour la faillite personnelle, C. com., art. L. 653-3.

¹⁴⁵⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, EIRL et procédures collectives *in* L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur, Dr. et patr. avr. 2011, p. 63 et s.

¹⁴⁵⁵ N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 353, § 649.

¹⁴⁵⁶ V. par ex. E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *op. cit.*, p. 194, § 295 ; G. COUTURIER, L'intérêt de l'entreprise, *in* Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 147 ; T. MASSART, Rép. société, V° Contrat de société, 2016, § 115.

¹⁴⁵⁷ P. BISSARA, L'intérêt social, Rev. sociétés 1999, p. 5.

¹⁴⁵⁸ V. not. N. BARUCHEL, La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, *op. cit.*, p. 354, § 650 ; T. MASSART, Rép. société, V° Contrat de société, 2016, § 120.

« personne n'a jamais vu un conseil d'administration composé d'administrateurs représentant également les salariés, les actionnaires, les banquiers, les fournisseurs, les clients, l'État ou les écologistes »¹⁴⁵⁹. Ce refus de la personnification de l'entreprise par la théorie de la réalité s'est matérialisé en jurisprudence à propos de l'unité économique et sociale. Faisant application de la jurisprudence « COMITE D'ETABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND », la Chambre sociale a considéré que si l'objet de la reconnaissance d'une unité économique et sociale était « d'assurer la protection des droits des salariés appartenant à une même collectivité de travail, en permettant à cette fin une représentation de leurs intérêts communs » et que par conséquent cette reconnaissance permettait « l'expression collective de l'intérêt des travailleurs appartenant à cette collectivité », elle ne se substituait pas aux entités juridiques qui la composent, « de sorte qu'elle n'a pas la personnalité morale »¹⁴⁶⁰. Ce refus a été confirmé par la suite, bien que sans référence expresse aux conditions de la réalité technique¹⁴⁶¹. Face à ce refus, un auteur qui considère l'entreprise comme un « sujet de droit naissant »¹⁴⁶² a admis qu'il n'était toujours pas né, et que sa « gestation juridique » n'avait « rien à envier, quant à sa durée, dans le règne animal, à celle des éléphants »¹⁴⁶³.

343. Emprunt de la personnalité au support juridique de l'entreprise. Un auteur relève la nécessité de distinguer l'entreprise de l'entrepreneur¹⁴⁶⁴. L'entreprise a nécessairement un support juridique, l'entrepreneur personne physique ou morale qui exploite cette entreprise. La personnalité de l'entreprise est en réalité « empruntée » à cet entrepreneur¹⁴⁶⁵. En droit des sociétés, cet emprunt se traduit par le fait qu'une société peut être une « technique d'organisation » de l'entreprise¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁵⁹ T. MASSART, Rép. société, V° Contrat de société, 2016, § 119.

¹⁴⁶⁰ Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : Bull. 2008, V, n° 255 ; D. 2009 p. 986, note F. PETIT ; Rev. trav. 2009, p. 228, note B. LARDY-PELISSIER ; Dr. social 2009, p. 500, note J. SAVATIER.

¹⁴⁶¹ Soc., 26 mars 2014, n° 13-22.006 : inédit ; G. LOISEAU et A. MARTINON, L'UES, une quasi entreprise ?, Cah. Soc. 2014, p. 277.

¹⁴⁶² M. DESPAX, L'entreprise et le droit, *op. cit.*

¹⁴⁶³ M. DESPAX, L'évolution du droit de l'entreprise, in Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 177.

¹⁴⁶⁴ H. LE NABASQUE, Le pouvoir dans l'entreprise : essai sur le droit d'entreprise, th. Rennes I, 1987.

¹⁴⁶⁵ T. LAMARCHE, La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709

¹⁴⁶⁶ V. par ex. J. PAILLUSSEAU, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, *op. cit.* - P. BISSARA, Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?, Rev. Sociétés 2000, p. 69.

Lorsque l'entreprise n'a pas pour support un sujet de droit, on ne peut pas considérer qu'il y ait un intérêt personnel de l'entreprise mais que les intérêts des sujets de droits qui la composent coexistent au sein de l'entreprise. La société en participation en fournit une parfaite illustration. Celle-ci est une « *entreprise commune* » instituée par plusieurs associés¹⁴⁶⁷. Elle n'est pas immatriculée et n'a par conséquent pas d'intérêt personnel. Seuls coexistent l'intérêt commun des associés et leurs propres intérêts individuels. De même, si un groupe est qualifié d'entreprise, il n'est pas possible d'assimiler un quelconque intérêt de l'entreprise à un intérêt personnel.

En revanche, si l'entreprise a pour support un sujet de droit, personne physique ou morale, l'intérêt de l'entreprise est l'intérêt de ce sujet de droit. Si ce support est une personne morale, l'intérêt de l'entreprise est en réalité l'intérêt de la personne morale qui exploite l'entreprise. Par exemple, l'intérêt de l'entreprise organisée sous forme sociétaire est l'intérêt social.

Si du point de vue de la théorie du sujet de droit l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt personnel peuvent se confondre, la distinction sera nécessaire si l'on conçoit l'intérêt de l'entreprise comme résultant de la synthèse d'intérêts catégoriels.

2. L'intérêt de l'entreprise résultant de la synthèse d'intérêts catégoriels

344. Enjeu de la synthèse des intérêts catégoriels. La doctrine de l'entreprise dépasse la question de la personnalité de l'entreprise en se fondant sur la personnalité de son support juridique, auquel est appliquée la définition retenue de l'entreprise. Cette démarche a principalement été appliquée à la société. Pour un auteur, la société, considérée comme entreprise, n'est pas « *l'expression d'un groupement d'associés* »¹⁴⁶⁸. La création et le fonctionnement de l'entreprise « *font naître des intérêts multiples : ceux de son créateur, des*

¹⁴⁶⁷ C. civ., art. 1832.

¹⁴⁶⁸ J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1984, I, 14193.

apporteurs de capitaux, des salariés, des créanciers, etc. »¹⁴⁶⁹. Ainsi entendue, la société « *constitue un centre d'intérêts* »¹⁴⁷⁰.

Un autre auteur a développé la notion de centre d'intérêts, notion à laquelle il rattache notamment la famille, le groupe de sociétés, l'entreprise, l'animal, l'embryon ou la nature¹⁴⁷¹. Pour cet auteur, le centre d'intérêts est une notion de fait, « *virtuelle* », « *à géométrie juridique variable* »¹⁴⁷². Selon lui, le centre d'intérêt est une personne juridique, mais une personne dépourvue du droit d'agir. Son rôle se limiterait donc à la détermination d'un « *ordre juridique partiel* ». Le centre d'intérêts serait donc un « *standard* », le standard selon lequel le centre d'intérêts doit être géré et permettant ainsi la protection des différents intérêts en cause, « *protection qui dépasse celle des choses sans atteindre à celle des personnes* ».

345. Catégories d'intérêts. Selon la doctrine de l'entreprise, ces intérêts peuvent être ordonnés en catégories, en fonction des différentes personnes intéressées par la vie de l'entreprise, que ces personnes aient créé l'entreprise ou qu'elles lui apportent les moyens nécessaires à son fonctionnement, qu'elles soient en rapport d'affaires avec elle ou qu'elles soient exposées aux péripéties de la vie de l'entreprise¹⁴⁷³. Il est indéniable que plusieurs intérêts peuvent graviter autour d'une entreprise. Le premier intérêt est celui de l'entrepreneur, personne physique ou morale. Si ce dernier est une personne morale, son intérêt se distinguera de celui de ses membres et de ses dirigeants¹⁴⁷⁴. Dans la mesure où l'entreprise a vocation à avoir une activité économique, l'exercice de cette activité peut supposer des rapports avec des tiers, qui sont plus ou moins intéressés par la marche de l'entreprise : des salariés, des clients, des fournisseurs, des créanciers, des débiteurs, etc. Selon l'importance de l'entreprise, sa sphère d'influence permettra également d'impliquer des intérêts purement externes à l'entreprise.

¹⁴⁶⁹ J. PAILLUSSEAU, L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, JCP E 1986, II, 14684.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.* ; même auteur, Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?, D. 1999, p. 157.

¹⁴⁷¹ G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, RTD civ. 2002, p. 221.

¹⁴⁷² *Ibid.*

¹⁴⁷³ J. PAILLUSSEAU, Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1984, I, 14193.

¹⁴⁷⁴ Sur la distinction entre l'intérêt personnel et les intérêts des membres de la personne morale, cf. *supra* n° 282 ; Sur la distinction entre l'intérêt personnel et l'intérêt du dirigeant, cf. *supra* n° 295.

Cette implication des différentes parties prenantes à l'entreprise constitue la philosophie du mouvement de reconnaissance de la responsabilité sociale des entreprises. La responsabilité sociale des entreprises a été définie par la Commission européenne comme l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes¹⁴⁷⁵. Pour l'Organisation des Nations unies, la responsabilité sociale incombe en particulier aux entreprises multinationales, chefs de file de leur secteur¹⁴⁷⁶

La responsabilité sociale des entreprises est à l'origine un « *engagement moral* »¹⁴⁷⁷. Le Pacte mondial de l'Organisation des Nations unies invite les entreprises « *à adopter, soutenir et appliquer dans leur sphère d'influence un ensemble de valeurs fondamentales, dans les domaines des droits de l'homme, des normes de travail et de l'environnement, et de lutte contre la corruption* »¹⁴⁷⁸. Les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques sont des recommandations à destination de toute entreprise. Les entreprises « *devraient* » suivre certaines recommandations, et notamment « *contribuer aux progrès économiques, environnementaux et sociaux en vue de parvenir à un développement durable* »¹⁴⁷⁹, « *exercer une diligence raisonnable fondée sur les risques [...] afin d'identifier, de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles [...] et rendre compte de la manière dont elles répondent à de telles incidences* »¹⁴⁸⁰, « *éviter d'avoir, du fait de leurs propres activités, des incidences négatives* »¹⁴⁸¹ et « *s'efforcer d'empêcher ou d'atténuer une incidence négative, dans le cas où elles n'y ont pas contribué mais où cette incidence est néanmoins directement liée à leurs activités, à leurs produits ou à leurs services en vertu d'une relation d'affaires* »¹⁴⁸².

En France, depuis 2014, une loi dite « *d'orientation* » prévoit que « *les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les*

¹⁴⁷⁵ Comm. CE, Livre Vert, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001) 366 final, 18 juil. 2001.

¹⁴⁷⁶ ONU (*Global Compact*), Le Pacte mondial des Nations Unies, juil. 2000.

¹⁴⁷⁷ B. OPPETIT, *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 274.

¹⁴⁷⁸ ONU (*Global Compact*), Le Pacte mondial des Nations Unies, *op. cit.*

¹⁴⁷⁹ OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 25 mai 2011, II, 1.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, 10.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*, 11.

¹⁴⁸² *Ibid.*, 12.

dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires »¹⁴⁸³.

Cet engagement moral tend à devenir contraignant. Ainsi, certaines entreprises doivent communiquer des informations non-financières « *comprenant des informations, dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité, relatives au moins aux questions environnementales, aux questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption* »¹⁴⁸⁴. D'autres, lorsqu'elles prennent la forme d'une société par actions, peuvent être tenues de mettre en place un plan de vigilance « *comportant les mesures raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement* »¹⁴⁸⁵.

346. Refus de la synthèse des intérêts catégoriels. L'idée de synthèse des intérêts catégoriels est idyllique mais doit être refusée.

D'une part, les intérêts au sein d'une même catégorie peuvent profondément diverger. Par exemple, le sens donné au profit peut être très différent pour chaque actionnaire d'une société par actions¹⁴⁸⁶. Plus généralement, chaque membre d'une personne morale peut avoir une conception différente des moyens nécessaires pour parvenir à réaliser la finalité de la personne morale. La synthèse des intérêts des membres est hasardeuse.

D'autre part, il existe un véritable antagonisme entre les différentes catégories d'intérêts quant à la manière de tirer profit de l'entreprise. Les uns auront intérêt à ce que l'entreprise soit rentable. L'intérêt d'autres parties prenantes pourrait au contraire impliquer une baisse de rentabilité de l'entreprise : meilleures rémunérations, meilleurs tarifs, délais de paiement, etc.

¹⁴⁸³ L. n° 2014-773, 7 juil. 2014, d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, art. 8.

¹⁴⁸⁴ PE et Cons. UE, Dir. 2014/95/UE, 22 oct. 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes : C. MALECKI, Publication de la directive RSE ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 732 – Ord. n° 2017-1180, 19 juil. 2017, relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises.

¹⁴⁸⁵ C. com., art. L. 225-102-4.

¹⁴⁸⁶ Sur la variété des mobiles personnels des membres d'une personne morale, cf. *supra* n° 289.

Le seul élément véritablement commun à l'ensemble des intérêts catégoriels est la continuité de l'entreprise. Si le fonctionnement de l'entreprise est compromis, aucun des intérêts catégoriels – ceux étant véritablement intéressés par l'entreprise - ne pourra plus être satisfait. C'est d'ailleurs la question de la continuité de l'entreprise qui fournit le seul exemple dans lequel la doctrine de l'entreprise a été admise en jurisprudence, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu en 1965. Dans cette affaire « FRUEHAUF », un administrateur provisoire avait été désigné afin de permettre à la société d'exécuter, contre l'avis de son actionnariat, un contrat conclu avec son principal client, qui lui procurait « 40 % environ de ses exportations », l'indemnité de rupture dudit contrat ayant été évaluée à cinq millions de francs. La décision de désignation de l'administrateur provisoire est contestée. Elle est confirmée par la Cour d'appel de Paris, qui a relevé que la désignation était justifiée, étant donné que les incidences de la rupture « [étaient] de nature à ruiner définitivement l'équilibre financier et le crédit moral de la société Fruehauf-France et à provoquer sa disparition et le licenciement de plus de six cents ouvriers ». Puis, par un *obiter dictum* qui a contribué à la célébrité de l'arrêt, la Cour d'appel a ajouté que « pour nommer un administrateur provisoire, le juge des référés doit s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires »¹⁴⁸⁷. La décision peut s'interpréter de deux manières. Soit l'on considère qu'elle ne fait que consacrer la primauté de l'intérêt social sur l'intérêt des associés, soit qu'elle substitue à l'intérêt social l'intérêt de l'entreprise, qualifié d'« intérêts sociaux ». Cet arrêt est la seule manifestation de la doctrine de l'entreprise en jurisprudence. Aussi, il convient d'en modérer la portée, d'autant plus que le droit positif comprend plusieurs mécanismes permettant d'assurer la continuité de l'entreprise personne morale qui ne repose pas sur l'intérêt de l'entreprise mais sur celui de la personne morale¹⁴⁸⁸.

Hors l'hypothèse de la continuité de l'entreprise, les intérêts catégoriels doivent être clairement distingués. Cette distinction est particulièrement nette lorsqu'il est porté atteinte à l'intérêt de l'entrepreneur. En raison de leur destin commun, le préjudice subi par l'entrepreneur peut, par ricochet, être préjudiciable à une autre catégorie d'intérêts. La victime par ricochet peut obtenir réparation de son préjudice si celui-ci est personnel, direct et certain. Encore faut-il que ce préjudice soit distinct de celui subi par l'entrepreneur. S'agissant du préjudice allégué par l'associé d'une société, la Chambre commerciale de la

¹⁴⁸⁷ CA Paris 22 mai 1965 : R. CONTIN, L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés, D. 1968, p. 147.

¹⁴⁸⁸ Sur une application en droit des sociétés, cf. *supra* n° 144 et s.

Cour de cassation considère que pour être indemnisable, le préjudice subi par l'associé ne peut pas seulement être le « *corollaire de celui qui aurait été subi par la société elle-même* »¹⁴⁸⁹. Par conséquent, il est refusé de considérer comme personnel à l'associé la dépréciation de la valeur de ses titres suite aux erreurs de gestion des dirigeants¹⁴⁹⁰.

Il en est de même du préjudice allégué par les salariés licenciés pour motif économique suite à la déconfiture de leur employeur. En principe, en tant que créanciers du débiteur, leur action est limitée par le monopole du mandataire ou du liquidateur judiciaire ou celui du commissaire à l'exécution du plan, qui ont seuls qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers¹⁴⁹¹. Néanmoins, il est admis que l'action engagée par les salariés en réparation des préjudices consécutifs à la perte de leur emploi est une action « *étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers* », ne relevant donc pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan¹⁴⁹². Sont ainsi indemnissables la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir et l'atteinte à leur droit de voir leurs chances de retrouver un emploi optimisées, faute d'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes¹⁴⁹³, la diminution de leur droit à participation ou la perte d'une chance de bénéficier des dispositions du plan social du groupe¹⁴⁹⁴.

En tout état de cause, l'objet de la synthèse des intérêts catégoriels est de permettre la protection des intérêts catégoriels. Le droit positif comprend de nombreuses règles autonomes protectrices des différents intérêts, qui permettent une protection adaptée des intérêts voire,

¹⁴⁸⁹ Cass., Rapp. 2002, La responsabilité, p. 540.

¹⁴⁹⁰ V. not. Com., 1^{er} avr. 1997, n° 94-18.912 : inédit ; D. 1998, p. 180, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 1997, p. 647, note B. PETIT et Y. REINHARD.

¹⁴⁹¹ V. par ex. Civ. 3^e, 8 juin 2010, n° 09-66.802 : Bull. 2010, III, n° 113 - Civ. 1^e, 3 févr. 2016, n° 14-25.695 : Bull. 2016, I, n° 893.

¹⁴⁹² Com., 2 juin 2015, n° 13-24.714 : Bull. 2015, IV ; RLDA 2015, 5658, note M. DE MONTAIGNE ; Gaz. Pal. 21 juil. 2015, p. 28, note C. GAILHBAUD ; Bull. Joly Entr. 2015, p. 269, note P.-M. LE CORRE ; Cah. soc. 2015, p. 494, note J. ICARD.

¹⁴⁹³ *Ibid.*

¹⁴⁹⁴ Soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239 : Bull. 2007, V, n° 188 ; Dr. soc. 2008, p. 129, note J. SAVATIER ; RDT 2008, p. 103, note Y. CHAGNY.

pour certains d'entre eux, une meilleure prise en compte¹⁴⁹⁵. Cela semble préférable à une « *protection qui dépasse celle des choses sans atteindre celle des personnes* »¹⁴⁹⁶.

347. Conclusion de la Section 2. L'existence d'un groupe doit conduire à distinguer l'intérêt personnel d'autres intérêts que ceux des membres et des dirigeants. D'une part, les intérêts des différentes personnes morales du groupe doivent être distingués les uns des autres, nonobstant l'existence d'un intérêt qui serait dominant. D'autre part, l'intérêt personnel doit être distingué des intérêts qui coexistent au sein d'une entreprise. En particulier, l'intérêt de la personne morale ne peut pas être entendu comme la synthèse de différentes catégories d'intérêts.

348. Conclusion du Chapitre 1. La circonstance que des personnes morales soient liées et forment un groupe ne permet pas l'amalgame des différents intérêts, personnels ou non. Chaque personne morale conserve son autonomie juridique, sauf circonstances exceptionnelles. Par conséquent, chaque intérêt personnel se distingue. Cette distinction implique, au regard de ses conséquences, de respecter chacun de ces intérêts. Une fois le principe de la distinction admis, il reste à en envisager les conséquences.

¹⁴⁹⁵ Sur cette question, cf. *supra* n° 108.

¹⁴⁹⁶ G. FARJAT, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, RTD civ. 2002, p. 221.

CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA DISTINCTION DES INTÉRÊTS

349. Relations entre intérêts. La distinction des intérêts au sein d'un groupe de personnes morales se manifeste dans les relations entre ces dernières. Tirer les conséquences de la divergence d'intérêts paraît assez évident tant les contrôles de légalité et d'opportunité et la lutte contre les conflits sont ancrés en droit positif. Toutefois, de manière plus inattendue, la distinction des intérêts n'implique pas une application stricte des principes applicables à l'intérêt personnel. L'autonomie des personnes morales et la distinction des intérêts au sein du groupe exclut que soit caractérisée une identité entre les différents intérêts. En revanche, ces intérêts peuvent converger. Il est donc nécessaire d'étudier les conséquences à la fois de la divergence des intérêts au sein du groupe (**Section 1**) et de leur convergence (**Section 2**).

SECTION 1 : LES CONSÉQUENCES DE LA DIVERGENCE DES INTÉRÊTS

350. Conflit d'intérêts et incohérence. La pluralité de personnes morales au sein d'un groupe, leur nécessaire représentation et la variété des mobiles personnels de leurs membres et de leurs dirigeants font qu'il n'est pas possible d'empêcher l'existence de divergences entre intérêts. Le conflit d'intérêts est une situation inéluctable dans une personne morale. Seulement, il faut distinguer l'existence du conflit d'intérêts et les risques qu'il présente. La question est particulièrement discutée¹⁴⁹⁷ en droit public¹⁴⁹⁸, en droit privé¹⁴⁹⁹, en droit des sociétés¹⁵⁰⁰ ou encore en droit des affaires¹⁵⁰¹. Le terme de « *conflit d'intérêts* » désigne des

¹⁴⁹⁷ V. par ex. C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. Saint-Etienne, 2008 ; J. MORET-BAILLY, *Définir les conflits d'intérêts*, D. 2011, p. 1100 ; B. DONDERO, *Le traitement juridique des conflits d'intérêts, entre droit commun et dispositifs spéciaux*, D. 2012, p. 1686 ; D. SCHMIDT, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, D. 2013, p. 446.

¹⁴⁹⁸ V. par ex. Cons. Europe, Rec. N° R (2000) 10, sur les codes de conduite pour les agents publics ; OCDE, *Gérer les conflits d'intérêts dans les services publics*, Éditions OCDE, 2005 ; SAUVE (J.-M.) *Comm. de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Rapp., 26 janv. 2011 – V. ég. J.-B. AUBY, *Conflits d'intérêts et droit administratif*, Dr. adm. 2010, ét. 24 ; P. LINGIBÉ, *Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêt, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé*, AJCT, 2012, p. 609.

¹⁴⁹⁹ V. par ex. P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD com. 2005, p. 1 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th. Bordeaux I, 2016.

¹⁵⁰⁰ V. par ex. D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly Éditions, 2004 ; V. MAGNIER, *Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés*, JCP G

réalités aussi différentes que peuvent l'être les intérêts en présence. Cela explique la prééminence des régimes spéciaux - le droit français serait un des plus riches en la matière¹⁵⁰² - sur les règles relevant du droit commun¹⁵⁰³.

Ainsi, un conflit peut exister entre deux intérêts privés. L'un des objectifs du mouvement de *corporate governance* est précisément d'articuler les intérêts au sein d'une entreprise pour résoudre ou diminuer le risque de conflits d'intérêts¹⁵⁰⁴. Il peut également y avoir un conflit entre un intérêt public et un intérêt privé. La loi relative à la transparence de la vie publique définit ainsi le conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* »¹⁵⁰⁵. Il ne peut y avoir de conflit d'intérêts purement publics, dans la mesure où, sous couvert d'un intérêt public, se cache en réalité un intérêt privé. Tel est le cas, par exemple, des ministres se montrant attentifs et généreux à l'égard d'une collectivité territoriale en vue d'une élection¹⁵⁰⁶.

La divergence d'intérêts peut dépasser le stade du simple conflit et se manifester. Une fois matérialisée, la divergence d'intérêts ne relève plus du traitement du conflit d'intérêts mais de celle de l'inconduite qui, là encore, fait l'objet d'un régime spécifique en fonction de l'intérêt considéré.

351. Divergence d'intérêts au sein d'un groupe. Dans un groupe, la possible coexistence de personnes morales de droit public et de droit privé implique de retenir une définition générale

2011, p. 34 ; A. COURET, Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés, Rev. sociétés 2017, p. 331.

¹⁵⁰¹ V. par ex. V. MAGNIER (dir.), Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, PUF, 2006 ; MEDEF, Prévenir et gérer les conflits d'intérêts dans votre entreprise, 2011 ; C.-H. BOERINGER, J.-Y. TROCHAIN, L. ATHLAN, T. BAUDESSON et J.-C. SAVOURE, Les conflits d'intérêts dans l'entreprise, LexisNexis, 2016.

¹⁵⁰² A. COURET, Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots, in Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara, ANSA, 2013, p. 151.

¹⁵⁰³ B. DONDERO, Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux, D. 2012, p. 1686.

¹⁵⁰⁴ A. PIETRANCOSTA, Enforcement of corporate governance codes: A legal perspective, RTDF 2011/1, p. 27.

¹⁵⁰⁵ L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, relative à la transparence de la vie publique, art. 2.

¹⁵⁰⁶ Y. MÉNY, De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts in Les conflits d'intérêts, Revue Pouvoirs, 2013/4, p. 5.

du conflit d'intérêts. Un auteur définit le conflit d'intérêts comme la « *situation dans laquelle l'intérêt d'une personne peut aller à l'encontre d'un autre intérêt qu'elle doit soigner* »¹⁵⁰⁷. La généralité de cette définition permet d'appréhender le conflit d'intérêts au sein d'un groupe de personnes morales. Dans un groupe, le dirigeant, de droit ou de fait, d'une des personnes morales peut être influencé non pas par l'intérêt de la personne morale, mais par un autre intérêt : soit l'intérêt dominant du groupe, soit un autre intérêt que l'intérêt dominant lui demande de soigner afin, comme on peut l'imaginer, de satisfaire son propre intérêt.

Il n'existe pas de règles relatives à la divergence d'intérêts propres au groupe, mais seulement des règles applicables aux différentes personnes morales susceptibles de composer le groupe. Néanmoins, par la combinaison de ces différents régimes, le droit positif permet de traiter le conflit d'intérêts au sein du groupe (I) et la violation d'un intérêt personnel (II).

I. Le traitement du conflit d'intérêts au sein du groupe

352. Conflit d'intérêts. Deux formes de réponse au conflit d'intérêts peuvent être identifiées. Les unes imposent un certain comportement à celui qui est en situation de conflit d'intérêt - l'intéressé - (A), les autres reposent sur la vigilance d'un non-intéressé (B).

A. Les règles relatives au comportement de l'intéressé

353. Abstention et transparence. Afin de prévenir ou de maîtriser les conséquences d'un conflit d'intérêts au sein du groupe, l'intéressé peut être tenu à des obligations d'abstention (1) et de transparence (2).

1. L'abstention de l'intéressé

354. Abstention *lato sensu*. Plusieurs dispositions ont pour objet de prévenir l'existence d'une situation de conflits d'intérêts en empêchant un susceptible intéressé d'être dans une situation à même de caractériser un conflit d'intérêts.

¹⁵⁰⁷ D. SCHMIDT, Essai de systématisation des conflits d'intérêts, D. 2013, p. 446.

Pour ce faire, la disposition peut déclarer deux activités incompatibles. Ainsi en est-il de l'incompatibilité des fonctions d'agent public et de l'exercice d'une « *activité privée lucrative de quelque nature* », incompatibilité qui inclut la participation aux organes de direction de sociétés ou d'associations à but lucratif ou la détention, directe ou indirecte, d'« *intérêts de nature à compromettre son indépendance* » dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle l'agent public appartient ou qui est en relation avec cette dernière¹⁵⁰⁸.

La disposition peut également interdire l'exercice d'une activité. Par exemple, une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur de société anonyme. Cette interdiction permet de limiter la « *consanguinité* » dans les conseils d'administration de certaines sociétés¹⁵⁰⁹, la « *réciprocité* » des administrateurs pouvant remettre en cause leur indépendance¹⁵¹⁰. En revanche, cette interdiction ne se justifie pas au sein du groupe formé par des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce¹⁵¹¹.

355. Abstention *stricto sensu*. Afin de maîtriser une situation avérée de conflits d'intérêts, l'intéressé peut être tenu de s'abstenir d'agir.

En droit des sociétés, certaines conventions ne peuvent pas être conclues entre une société et un dirigeant personne physique. Ainsi, il est interdit aux administrateurs personnes physiques, aux représentants permanents des administrateurs personnes morales, au directeur général, aux directeurs généraux délégués ainsi qu'à leurs conjoint, ascendants et descendants, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers¹⁵¹². En matière de sociétés cotées, les mécanismes de retraite – dits « *retraites chapeaux* » - bénéficiant aux dirigeants sont prohibés

¹⁵⁰⁸ L. n° 83-634, 13 juil. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 25 *septies*.

¹⁵⁰⁹ J. BOUTAULT, Conseil d'administration et PDG: la consanguinité fait loi, Les Échos, 16 févr. 1993.

¹⁵¹⁰ M. VIENOT (dir.), Le conseil d'administration des sociétés cotées, juil. 1995, p. 4.

¹⁵¹¹ C. com., art. L. 225-21.

¹⁵¹² C. com., art. L. 225-43.

s'ils ne sont pas soumis au respect de conditions liées aux performances du bénéficiaire, appréciées au regard de celles de la société¹⁵¹³.

Surtout, le droit des sociétés connaît un mécanisme de contrôle des conventions, dites « *règlementées* », conclues par certaines sociétés qui, sans être interdites, sont soumises au contrôle des organes sociaux. Ce régime a été qualifié de « *véritable et légitime gardien de l'intérêt social contre les conflits d'intérêts* »¹⁵¹⁴. La procédure des conventions règlementées permet de maîtriser les conflits d'intérêts tout en assurant un certain niveau d'informations sur les conventions conclues. A l'occasion de cette procédure, un dirigeant ou associé intéressé peut être conduit à s'abstenir de participer aux délibérations relatives à la convention à laquelle il est intéressé¹⁵¹⁵.

Pareillement, les membres d'un conseil municipal qui sont intéressés directement ou indirectement à une affaire faisant l'objet de délibérations du conseil sont tenus de s'abstenir. Dans le cas contraire, les délibérations du conseil sont illégales¹⁵¹⁶.

De manière moins radicale, plusieurs régimes traitant le conflit d'intérêts repose sur la transparence de l'intéressé.

2. La transparence de l'intéressé

356. Principe de la transparence. La transparence « *dissipe le soupçon* »¹⁵¹⁷. Afin de prévenir une situation de conflits d'intérêts, un potentiel intéressé peut être tenu de révéler ses intérêts. En fournissant une information adéquate, les organes de la personne morale ou d'autres personnes - par exemple les commissaires aux comptes - peuvent réagir en

¹⁵¹³ C. com., art. L. 225-42-1 et L. 225-90-1 - Y. PACLOT et C. MALECKI, Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 525.

¹⁵¹⁴ S. SCHILLER (dir.), Les conventions règlementées dans les groupes de sociétés, Actes Prat. Ing. Soc., août 2015.

¹⁵¹⁵ Sur la procédure des conventions règlementées, cf. *infra* n° 357

¹⁵¹⁶ CGCT, art. L. 2131-11.

¹⁵¹⁷ D. SCHMIDT, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, *op. cit.*, p. 36, § 24.

connaissance de cause¹⁵¹⁸. La transparence permet de détecter les conflits d'intérêts et éventuellement de les prévenir.

357. Exemple de la transparence en droit des sociétés. Dans les sociétés pour lesquelles la procédure des conventions réglementées¹⁵¹⁹ implique un contrôle *ex ante*, l'intéressé est tenu d'informer l'organe social compétent de l'existence de la convention réglementée, dès qu'il en a connaissance¹⁵²⁰. Dans les sociétés cotées, la rémunération des dirigeants fait l'objet d'une information détaillée dans le rapport de gestion¹⁵²¹. Par ailleurs, les dirigeants de ces sociétés sont tenus de déclarer les opérations réalisées sur les titres de la société au sein de laquelle ils exercent leurs fonctions à l'Autorité des marchés financiers¹⁵²².

358. Exemple de la transparence des représentants d'intérêts. Par ailleurs, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹⁵²³ a instauré un répertoire numérique, dont l'objet est d'assurer l'information des citoyens sur les relations entre les pouvoirs publics et les représentants d'intérêts¹⁵²⁴. Sont notamment des représentants d'intérêts les sociétés et les établissements publics dont un dirigeant, un employé ou un membre a pour « *activité principale ou régulière d'influer sur la décision publique, notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire* ». Cette influence se déduit de contacts avec des personnes limitativement énumérées dont les membres du gouvernement ou d'un cabinet ministériel, les parlementaires et leurs collaborateurs ou encore les membres de l'organe de sanction d'une autorité administrative indépendante¹⁵²⁵. Les représentants d'intérêts doivent communiquer à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique - autorité en charge de la tenue du registre - des informations relatives à leurs

¹⁵¹⁸ A. CONSTANTIN, Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés *in* Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, *op. cit.*, p. 57.

¹⁵¹⁹ Sur cette procédure, cf. *infra* n° 361.

¹⁵²⁰ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-38 et L. 225-86.

¹⁵²¹ C. com., art. L. 225-100.

¹⁵²² C. monét. fin., art. L. 621-8.

¹⁵²³ L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 25.

¹⁵²⁴ L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, relative à la transparence de la vie publique, art. 18-1 et s.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, art. 18-2.

activités de représentation d'intérêts, et notamment l'effectif consacré à cette activité, les dépenses liées et le dernier chiffre d'affaire¹⁵²⁶.

Pour être efficace, les dispositifs de traitement de lutte contre les conflits d'intérêts mettent également en jeu des mécanismes relatifs à la vigilance d'une personne n'étant pas intéressée.

B. Les règles relatives à la vigilance d'un non-intéressé

359. Principe de la vigilance. Le dispositif de lutte contre les conflits d'intérêts repose en grande partie sur leur prévention. Les mesures d'information ne permettent pas toujours d'empêcher les conséquences néfastes du conflit d'intérêts. Aussi, s'est développée une tendance à impliquer d'autres personnes que l'intéressé. Une fois de plus, le droit des sociétés en fournit plusieurs exemples.

360. Exemple des administrateurs indépendants. Le conseil d'administration des sociétés anonymes est composé de trois membres au moins, en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes, désignés par l'assemblée générale des actionnaires¹⁵²⁷. Sauf stipulation contraire des statuts, les administrateurs sont rééligibles¹⁵²⁸, jusqu'à la limite d'âge statutaire, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante-dix ans ne peut être supérieur au tiers des administrateurs en fonctions¹⁵²⁹.

Par ailleurs, la *corporate governance* préconise d'accueillir au sein des conseils d'administration de sociétés cotées des personnes « dont la présence contrebalancerait la traditionnelle prépondérance du président »¹⁵³⁰. Leur désignation se justifie pour permettre au conseil d'exercer effectivement et de manière non biaisée sa mission d'administration¹⁵³¹.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, art. 18-3.

¹⁵²⁷ C. com., art. L. 225-17.

¹⁵²⁸ C. com., art. L. 225-18.

¹⁵²⁹ C. com., art. L. 225-19.

¹⁵³⁰ V. MAGNIER, *Rép. sociétés, V° Gouvernance des sociétés cotées*, 2018, § 22.

¹⁵³¹ W.-G. RINGE, *Independent Directors: An International Perspective*, RTDF 2017/3, p. 110.

Cette préconisation n'est pas inscrite dans la loi, mais est reprise dans certains des codes de gouvernement d'entreprise auxquels les sociétés cotées sont invitées à se référer¹⁵³². Un de ces codes énonce que les conseils d'administration de sociétés cotées devraient être composés de membres indépendants, en réponse « à une attente du marché » et afin d'« améliorer la qualité des délibérations ». Les conseils devraient être composés d'au moins un tiers de membres indépendants lorsque la société est contrôlée au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, et au moins pour moitié au cas contraire¹⁵³³. Selon ce code, un administrateur peut être considéré comme indépendant « lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement », soit « tout mandataire social non exécutif de la société ou de son groupe dépourvu de liens d'intérêt particulier (actionnaire significatif, salarié, autre) avec ceux-ci »¹⁵³⁴. Pour apprécier l'indépendance d'un administrateur, ce code propose plusieurs critères, dont notamment le fait de ne pas être salarié, dirigeant, partenaire significatif de la société ou d'une société du groupe, de ne pas avoir de relation familiale avec un dirigeant ou de ne pas être en fonction depuis plus de douze ans¹⁵³⁵.

361. Exemple de la procédure des conventions réglementées. Cette procédure concerne les sociétés à responsabilité limitée¹⁵³⁶, les sociétés anonymes¹⁵³⁷, les sociétés en commandite par actions¹⁵³⁸, les sociétés par actions simplifiées¹⁵³⁹, et les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ainsi que les associations remplissant certaines conditions¹⁵⁴⁰.

Selon la personne morale concernée, sont visées les conventions conclues avec un dirigeant, un associé ou un actionnaire ou, s'il s'agit d'une société associée ou actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, ainsi qu'avec une entreprise

¹⁵³² C. com., art. L. 225-37 et L. 225-68.

¹⁵³³ AFEP-MEDEF, Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, nov. 2016, principe 8.3.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, 8.2.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, 8.5.

¹⁵³⁶ C. com., art. L. 223-19.

¹⁵³⁷ C. com., art. L. 225-38 et L. 225-86.

¹⁵³⁸ C. com., art. L. 226-10.

¹⁵³⁹ C. com., art. L. 227-10.

¹⁵⁴⁰ C. com., art. L. 612-5.

dans laquelle le dirigeant détient des intérêts. Il en est de même des conventions auxquelles une de ces personnes est indirectement intéressée, c'est-à-dire toutes les fois que l'une des personnes visées dans les dispositions légales tire profit de la convention sans toutefois y être partie¹⁵⁴¹. Les conventions, au sens de cette réglementation, doivent être largement entendues. Sont ainsi concernés les contrats mais aussi, plus largement, tous les accords de volonté qui ont pour objet de modifier de transmettre ou d'éteindre un droit, personnel ou non¹⁵⁴².

Selon la personne morale considérée, le contrôle des conventions réglementées peut être *ex post*. Ainsi, dans les sociétés par actions simplifiées, le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions réglementées, rapport sur lequel les associés statuent. Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour l'intéressé et éventuellement pour les dirigeants de la société d'en supporter les conséquences dommageables pour cette dernière¹⁵⁴³.

Le contrôle peut également être *ex ante*. Par exemple, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, les conventions réglementées sont soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration¹⁵⁴⁴. L'intéressé est tenu d'informer le conseil, dès qu'il a connaissance d'une convention réglementée. S'il est membre du conseil d'administration, il ne peut prendre part au vote sur l'autorisation sollicitée. Le président du conseil d'administration donne avis aux commissaires aux comptes de toutes les conventions autorisées et conclues et soumet celles-ci à l'approbation de l'assemblée générale. Les commissaires aux comptes présentent un rapport spécial sur ces conventions à l'assemblée générale, qui statue sur ce rapport. S'il est actionnaire, l'intéressé ne peut pas prendre part au vote¹⁵⁴⁵. Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers, sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude par exemple. Les conséquences des

¹⁵⁴¹ CNCC, Les conventions entre les entités et les personnes intéressées, mai 2004, p. 45.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 58.

¹⁵⁴³ C. com., art. L. 227-10.

¹⁵⁴⁴ C. com., art. L. 225-38.

¹⁵⁴⁵ C. com., art. L. 225-40.

conventions désapprouvées qui sont préjudiciables à la société peuvent être mises à la charge de l'intéressé et, éventuellement, des membres du conseil d'administration¹⁵⁴⁶.

La procédure des conventions règlementées n'a pas lieu d'être lorsque le risque présenté par le conflit d'intérêts est insignifiant. C'est notamment le cas lorsque la convention est une convention courante pour la personne et qu'elle est conclue à des conditions normales¹⁵⁴⁷. C'est également le cas de la convention conclue entre une société anonyme et une société qui détient, directement ou indirectement, la totalité de son capital¹⁵⁴⁸.

Outre le dispositif de lutte contre les conflits d'intérêts, le droit positif offre plusieurs possibilités pour traiter la violation d'un intérêt personnel au sein du groupe.

II. Le traitement de la violation d'un intérêt personnel au sein du groupe

362. Victime de la violation. Le traitement de la violation de l'intérêt personnel relève du régime propre à chaque personne morale et doit être confronté à l'existence du groupe. Bien qu'il n'existe pas de régime général de traitement de la violation de l'intérêt personnel, plusieurs remèdes (A) et sanctions (B) peuvent être envisagés.

A. Les remèdes envisageables

363. Remèdes généraux. La violation de l'intérêt personnel peut être causée par le dirigeant de la personne morale, pourtant tenu d'agir dans l'intérêt personnel et de le défendre¹⁵⁴⁹. La violation de l'intérêt personnel peut également être le fait d'un membre agissant *ès* qualité mais qui a détourné son pouvoir au préjudice de la personne morale¹⁵⁵⁰. La violation de l'intérêt personnel peut également être causée par une personne qui n'est pas chargée de l'intérêt personnel. Il peut s'agir d'une personne agissant comme dirigeant de fait.

¹⁵⁴⁶ C. com., art. L. 225-41.

¹⁵⁴⁷ Pour les sociétés anonymes, C. com., art. L. 225-39 et L. 225-87.

¹⁵⁴⁸ C. com., art. L. 225-39 et L. 225-87.

¹⁵⁴⁹ Sur la défense de l'intérêt personnel, cf. *supra* n° 301 et s.

¹⁵⁵⁰ V. par ex. Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175; D. 1961, p. 661.

L'organisation en groupe peut impliquer une dépendance politique à même de permettre de caractériser la direction de fait exercée par une personne morale du groupe¹⁵⁵¹. Quel qu'en soit l'auteur, la violation de l'intérêt personnel pourra permettre d'engager la responsabilité civile de son auteur et, pour les personnes morales dont la liquidation judiciaire révèle une insuffisance d'actif, pour faute de gestion ayant conduit à cette insuffisance¹⁵⁵².

364. Remèdes spécifiques aux groupes de sociétés. Par ailleurs, il existe un régime de responsabilité propre au groupe de sociétés formé par une société, sa filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce et les éventuelles filiales de celle-ci¹⁵⁵³ qui constitue un cas de « *levée imposée du voile sociétaire* »¹⁵⁵⁴. Lorsque la liquidation judiciaire d'une société exploitant une installation classée pour la protection de l'environnement révèle une insuffisance d'actif, il peut être demandé à la société dont l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce ayant contribué par sa faute à l'insuffisance d'actif de supporter tout ou partie du financement des mesures de remise en état des sites en fin d'activité. Si, ce faisant, la société condamnée n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état, la même action peut être engagée à l'encontre de la société dont elle est elle-même la filiale si l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère ayant contribué à une insuffisance d'actif de la filiale est établie. Ces dispositions s'appliquent également à la société dont la société condamnée en application du présent alinéa est la filiale au sens du même article L. 233-1 dès lors que cette dernière société n'est pas en mesure de financer les mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité incombant à sa filiale¹⁵⁵⁵. L'action peut être engagée, sous les mêmes conditions, contre toute société dont la société condamnée est filiale, jusqu'à financement des mesures ou liquidation de l'ensemble du groupe.

Pour les cas de violation les plus graves, plusieurs sanctions peuvent être envisagées.

¹⁵⁵¹ V. par ex. Com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : inédit - Com. 6 fév. 2001, n° 98-15.129 : Bull. 2001, IV, n° 33 ; D. 2002, p. 81, note J.-P. SORTAIS.

¹⁵⁵² Sur la faute de gestion en droit des sociétés, cf. *supra* n° 176 et s. – Sur la responsabilité de l'associé pour abus de droit de vote, cf. *supra* n° 182 et s. – Sur la faute de gestion conduisant à une insuffisance d'actif, cf. *supra* n° 180 et s.

¹⁵⁵³ L. n° 2010-788, 12 juil. 2010, portant engagement national pour l'environnement, art. 227.

¹⁵⁵⁴ M.-P. BLIN-FRANCHOMME, L'autre « affaire du voile » : convictions sociétaires *versus* responsabilité environnementale des groupes, RLDA 2010, 2987.

¹⁵⁵⁵ C. env., art. L. 512-17.

B. Les sanctions envisageables

365. Sanctions. La violation de l'intérêt personnel au sein du groupe peut justifier des sanctions en droit (1) et en fiscalité (2).

1. En droit

366. Éviction de l'auteur de la violation. Afin de ne pas porter davantage atteinte à l'intérêt de la personne morale, l'auteur de la violation de l'intérêt personnel pourrait ainsi être mis à l'écart. La révocation du dirigeant ou l'exclusion du membre à l'origine de la violation n'appellent pas de commentaire particulier ; il faudra toutefois respecter les règles propres à chaque personne morale ainsi que les prévisions statutaires le cas échéant ¹⁵⁵⁶.

367. Condamnation pénale. La violation de l'intérêt personnel peut également permettre la condamnation pénale de son auteur, si tant est qu'un texte la sanctionne.

La violation de l'intérêt social dans le cadre d'opérations financières entre sociétés d'un même groupe en fournit une parfaite illustration. Le monopole bancaire interdit « à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de financement d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel » et « à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement »¹⁵⁵⁷. Il ne fait cependant pas obstacle à ce qu'« une entreprise, quelle que soit sa nature, puisse [...] procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres »¹⁵⁵⁸. Le « pouvoir de contrôle effectif » résulte de la détention du capital d'une société par une entreprise. Il implique l'exercice, au moins dans les faits, du pouvoir de direction de la société. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi considéré que la condition de l'article

¹⁵⁵⁶ Sur une application de la révocation du dirigeant en droit des sociétés, cf. supra n° 190 et s. – Sur une application de l'exclusion d'un membre de la personne morale en droit des sociétés, cf. supra n° 196 et s.

¹⁵⁵⁷ C. monét. fin., art. L. 511-5.

¹⁵⁵⁸ C. monét. fin., art. L. 511-7.

L. 511-7 du Code monétaire et financier était satisfaite avec une « *participation égalitaire* »¹⁵⁵⁹. Cette solution semble intimement liée aux faits de l'espèce, puisque l'actionnaire égalitaire était également gérant statutaire unique de la société, ce qui lui permettait *de facto* d'exercer le contrôle effectif sur la société. Dans les sociétés à responsabilité ou par actions, les conventions de trésorerie, comme tout concours financier, doivent respecter l'intérêt personnel de chacune des parties. Ainsi, conformément à la jurisprudence « ROZENBLUM », si le concours financier apporté par une société à responsabilité ou par actions à une autre entreprise d'un même groupe peut être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, il ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge, sous peine de caractériser un abus de biens sociaux¹⁵⁶⁰.

Pour les personnes morales qui ne sont pas concernées par l'incrimination de l'abus de biens sociaux, la violation de l'intérêt personnel pourrait être sanctionnée par une autre infraction pénale. Par exemple, le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé est constitutif d'un abus de confiance¹⁵⁶¹. Ainsi, le gérant d'une société en nom collectif qui a détourné des fonds sociaux à son profit en faisant prendre en charge par la société des dépenses personnelles, agissant ainsi en contrariété de l'intérêt social, s'est rendu coupable d'abus de confiance¹⁵⁶².

Par ailleurs, pour les personnes morales assujetties à l'impôt, des sanctions fiscales peuvent trouver à s'appliquer.

¹⁵⁵⁹ Com., 10 déc. 2003, n° 02-13.449, inédit ; D. 2004, p. 2930, note J.-C. HALLOUIN ; Bull. Joly Sociétés 2004 p. 503, note J.-M. MOULIN.

¹⁵⁶⁰ Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC.

¹⁵⁶¹ C. pénal, art. 314-1.

¹⁵⁶² Crim., 10 avr. 2002, n° 01-81.282 : inédit ; D. 2002, p. 2536.

2. En fiscalité

368. Principe de déductibilité des charges et acte anormal de gestion. Le bénéfice imposable d'une entreprise est établi notamment sous déduction de toutes ses charges de fonctionnement¹⁵⁶³. L'entreprise est libre de sa gestion. L'administration fiscale n'a pas à porter de jugement sur la qualité et les résultats de la gestion, principe régulièrement rappelé par les tribunaux¹⁵⁶⁴. Toutefois, selon la théorie de l'acte anormal de gestion, l'administration fiscale peut remettre en cause les choix de gestion lorsque ceux-ci n'ont pas été exposés dans l'intérêt direct de l'entreprise. C'est à l'administration fiscale de démontrer qu'une dépense n'a pas été engagée dans l'intérêt de l'entreprise¹⁵⁶⁵.

L'administration neutralise l'acte anormal de gestion en procédant à une double rectification : d'une part, elle rehausse le bénéfice imposable de l'entreprise des dépenses indues ; d'autre part, elle impose le bénéficiaire de ces dépenses¹⁵⁶⁶.

369. Illustration des choix de gestion non exposés dans l'intérêt direct de la société. En matière d'imposition des sociétés, la jurisprudence administrative apprécie la conformité des choix de gestion à l'intérêt social au regard de leur « *caractère avantageux* » pour la société¹⁵⁶⁷. Cet avantage peut être indirect. Ainsi, la prise en charge par une société de frais ne lui incombant pas directement relève d'une gestion commerciale normale et est dans son intérêt lorsque les avantages consentis peuvent être regardés comme la conséquence d'engagements constituant la contrepartie des avantages que la société retire elle-même directement de son adhésion à un réseau et du respect des conditions auxquelles l'appartenance à ce réseau est subordonnée¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶³ CGI, art. 39, 1.

¹⁵⁶⁴ CE sect. 13 juil. 2016, n° 375801, « SA MONTE PASCHI BANQUE » : Dr. fisc. 2016, p. 404, note O. FOUQUET.

¹⁵⁶⁵ CE, 23 janv. 2015, n° 369214, « SAS ROTTAPHARM » : Dr. sociétés 2015, comm. 101 note J.-L. PIERRE.

¹⁵⁶⁶ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, *op. cit.*, p. 120, § 293.

¹⁵⁶⁷ CE, 27 avr. 2011, n° 327764, « Société LEGEPS » : Rec. CE 2011, p. 760 - CE sect., 11 juin 2014, n° 363168, « Société FRALSEN HOLDING » : inédit.

¹⁵⁶⁸ CE, 21 nov. 2012, n° 348864 « PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDIT » : inédit.

L'administration fiscale sanctionne également la prise de risque manifestement excessive¹⁵⁶⁹. Dans une affaire « LOISEAU », un intermédiaire versait à ses clients des sommes d'un montant plusieurs fois supérieures à ses recettes pour les garantir de pertes résultant de la gestion de leur portefeuille. Par ailleurs, il avait souscrit emprunts et assurances pour se couvrir. L'administration a réintégré ces charges dans le résultat imposable de l'intermédiaire. Le Conseil d'État lui a donné partiellement raison, et a estimé que cette pratique était justifiée au début de l'activité de l'intermédiaire, que les garanties avaient alors été accordées dans « *l'intérêt de l'entreprise* ». Toutefois, l'intermédiaire avait « *en persistant à offrir cette garantie de bonne fin, au cours des deux années suivantes, excédé manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation* », et que les souscriptions d'emprunts et d'assurances étaient « *des actes étrangers à une gestion commerciale normale* »¹⁵⁷⁰. Le Conseil d'État a considéré, dans un arrêt de principe rendu à propos d'un placement financier, que l'intérêt de l'entreprise « *n'est pas méconnu lorsqu'une entreprise se livre à des opérations financières dans des conditions présentant pour elle un caractère avantageux ; qu'il en va autrement si, compte tenu des circonstances dans lesquelles il intervient et de l'objet qu'il poursuit, un placement financier excède manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut, eu égard aux informations dont il dispose, être conduit à prendre, dans une situation normale, pour améliorer les résultats de son entreprise* »¹⁵⁷¹. Un raisonnement identique est suivi en matière d'avances en compte-courant¹⁵⁷².

370. Conclusion de la Section 1. L'autonomie juridique des personnes morales au sein du groupe suppose que leur intérêt personnel soit respecté. En cas de divergence d'intérêts, le droit positif permet de traiter le conflit d'intérêts et la violation de l'intérêt personnel. Ce traitement relève en grande partie des règles spécifiques à chaque type de personne morale. Toutefois, s'il n'existe pas de régime d'ensemble du traitement de la divergence d'intérêts, il présente une certaine cohérence entre les différentes branches du droit.

¹⁵⁶⁹ CE, 17 oct. 1990, n° 83310, « LOISEAU » : Rec. CE 1990, p. 282.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*

¹⁵⁷¹ CE, 27 avr. 2011, n° 327764, « Société LEGEPS » : Rec. CE 2011, p. 760.

¹⁵⁷² CE sect., 11 juin 2014, n° 363168, « Société FRALSEN HOLDING » : inédit.

La distinction des intérêts au sein du groupe n'implique pas pour autant que les intérêts soient divergents. Il est donc nécessaire de tirer également les conséquences de la convergence des intérêts au sein du groupe.

SECTION 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA CONVERGENCE DES INTÉRÊTS

371. Convergence d'intérêts. En raison du principe d'autonomie juridique, il ne peut pas y avoir confusion des intérêts des différentes personnes morales qui forment un groupe. En revanche, les intérêts pourront converger. Or, le droit positif tire les conséquences de la convergence d'intérêts lorsque celle-ci caractérise l'existence d'une communauté d'intérêts.

L'existence d'une communauté d'intérêts n'est pas propre au groupe de personnes morales. Néanmoins, celui-ci est une situation particulièrement propice à l'existence d'une communauté d'intérêts. Aussi, après avoir cerné la notion de communauté d'intérêts en droit positif (**I**), il faudra confronter cette notion au groupe de personnes morales et d'étudier l'incidence d'une communauté d'intérêts sur les intérêts personnels au sein du groupe (**II**).

I. La notion de communauté d'intérêts

372. Communauté d'intérêts. L'existence d'une notion autonome de communauté d'intérêts est admise¹⁵⁷³. Il est nécessaire de préciser les éléments qui permettent de caractériser la communauté d'intérêts (**A**) avant d'en envisager l'effet (**B**).

A. Les éléments caractéristiques de la communauté d'intérêts

373. Pluralité de personnes aux intérêts convergents. Au sens général, la communauté est un ensemble de personnes unies par des liens divers¹⁵⁷⁴. La communauté d'intérêts est

¹⁵⁷³ V. not. M. COTTINI, La communauté d'intérêts en droit fiscal français : contribution à l'étude de l'anormalité en matière de preuve fiscale, th. Aix-Marseille III, 1998 ; Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com., 2000, p. 1 ; J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19 ; S. PRÉTOT, Les communautés d'intérêts : essai sur des ensembles de personnes dépourvus de personnalité juridique, th., Paris I, 2016.

¹⁵⁷⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), Le Petit Robert de la langue française, *op. cit.*, V° Communauté.

d'abord une communauté de personnes¹⁵⁷⁵. Il peut s'agir par exemple de débiteurs¹⁵⁷⁶, de coindivisaires¹⁵⁷⁷, de coemployeurs¹⁵⁷⁸ ou de sociétés sœurs¹⁵⁷⁹. Chaque membre de la communauté considérée a un intérêt qui lui est propre.

Le fait que l'intérêt soit propre à chacun exclut une parfaite identité entre les intérêts. Par exemple, les intérêts personnels de deux personnes morales de la même forme sont comparables, puisqu'elles poursuivent une finalité similaire. Ils ne sont pour autant pas identiques. Or, pour former une communauté, leurs intérêts doivent converger. Les intérêts des membres de la communauté doivent présenter une certaine réciprocité. Ainsi en est-il de la possible convergence d'intérêts entre une société et ses associés. Les associés sont entrés en société afin de partager le résultat de celle-ci. L'objet de la société correspond à l'intérêt commun des associés et, par hypothèse, pour partie, à leurs mobiles personnels¹⁵⁸⁰. Il est possible de considérer que la société et un ou plusieurs de ses associés forment une communauté d'intérêts¹⁵⁸¹. Ainsi en est-il également de la communauté d'intérêts entre débiteurs, chacun ayant en principe intérêt à l'extinction de son obligation.

374. Distinction entre communauté d'intérêts et intérêt commun. La communauté d'intérêts n'est pas assimilable à l'intérêt commun des membres d'un groupement¹⁵⁸². Bien que l'existence d'un intérêt commun puisse révéler l'existence d'une communauté d'intérêts, les deux notions doivent être distinguées.

D'abord, l'intérêt commun et la communauté d'intérêts n'ont pas la même nature. L'intérêt commun est l'intérêt type des membres d'un groupement¹⁵⁸³. Il est un intérêt collectif, propre

¹⁵⁷⁵ J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.

¹⁵⁷⁶ V. par ex. Req., 20 oct. 1920 : D. 1920, I, p. 161.

¹⁵⁷⁷ V. par ex. Civ. 1^e, 5 mars 2008, n° 07-11.667 : Bull. 2008, I, n° 69.

¹⁵⁷⁸ V. par ex. Soc., 24 mai 2018, n° 17-15.630 : Bull. 2018, V ; D. 2018, p. 1150.

¹⁵⁷⁹ V. par ex. Com., 17 juillet 2001, n° 98-18.438 : inédit.

¹⁵⁸⁰ Sur l'intérêt type des membres d'une personne morale et leurs mobiles personnels, cf. *supra* n° 282.

¹⁵⁸¹ V. par ex. Com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 234, note F. DANOS ; Bull. Joly Sociétés., p. 260, note P. DUPICHOT ; Gaz. Pal. 28 juil. 2015 p. 26 note J.-M. MOULIN.

¹⁵⁸² T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582 ; Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com., 2000, p. 1 ; J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.

¹⁵⁸³ T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582.

à un ensemble de personnes¹⁵⁸⁴. La communauté d'intérêts est quant à elle un ensemble de personnes, ayant des intérêts distincts mais convergents. Surtout, les effets de l'intérêt commun et de la communauté d'intérêts sont différents. L'intérêt commun a pour objet la création d'un groupement, éventuellement personnifié, et la protection des membres de ce groupement. L'existence d'une communauté d'intérêts est invoquée pour une toute autre raison.

B. L'effet de la communauté d'intérêts

375. Assouplissement de l'ordre juridique. Malgré la convergence de son intérêt avec d'autres intérêts, le sujet de droit ne perd pas son individualité. Seulement, il appartient à un ensemble identifiable. Cette concomitance entre le sujet de droit et l'ensemble formé par la communauté d'intérêts va venir perturber l'ordre juridique. La communauté ne va pas permettre de déroger à l'application des règles de droit commun¹⁵⁸⁵. Conférer un tel effet à la communauté d'intérêts reviendrait à admettre que des intérêts particuliers puissent s'affranchir de la règle de droit par leur simple convergence.

Plus modestement, la communauté d'intérêts va assouplir l'ordre juridique. Cet assouplissement est opéré sous le contrôle du juge. Celui-ci apprécie la consistance de la communauté d'intérêts et, dans le respect de l'ordre juridique, tire les conséquences de la communauté d'intérêts en justifiant « *des solutions opportunes* », parfois en contrariété avec les intérêts des membres de la communauté¹⁵⁸⁶.

376. Exemple de la solidarité entre débiteurs. La solidarité est une technique juridique qui permet d'éviter la division des dettes et des créances. La solidarité entre créanciers ou entre débiteurs ne se présume pas¹⁵⁸⁷.

Toutefois, la solidarité entre débiteurs peut être présumée en raison de la communauté d'intérêts qui existe entre eux. En matière commerciale, la Chambre des requêtes a considéré que « *selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis, les*

¹⁵⁸⁴ Sur l'intérêt type des membres, cf. *supra* n° 283.

¹⁵⁸⁵ *Contra* J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.

¹⁵⁸⁶ T. HASSLER, L'intérêt commun, RTD com. 1984, p. 582.

¹⁵⁸⁷ C. civ., art. 1310.

tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit ; qu'ils ne font ainsi qu'user du pouvoir souverain qui leur appartient en ce qui concerne l'existence de simples présomptions »¹⁵⁸⁸. Plus tard, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la solidarité entre deux sociétés débitrices en raison de l'identité de leur objet et de leur dirigeant, et des rapports qu'elles entretenaient – l'une qualifiant l'autre de « [sa] maison de Lyon »¹⁵⁸⁹.

377. Exemple du mandat d'intérêt commun. En principe, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble¹⁵⁹⁰. Une indemnité contractuelle peut être prévue¹⁵⁹¹, mais la révocation du mandat n'a pas à être motivée, et n'ouvre donc pas droit à réparation, sauf abus de droit¹⁵⁹². Toutefois, la Cour de cassation admet depuis 1885 que la communauté d'intérêts pouvant exister entre le mandant et le mandataire justifie que le mandat « *d'intérêt commun* » ne puisse être révoqué que du consentement mutuel de l'ensemble des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice, sauf stipulation contraire¹⁵⁹³. La jurisprudence est constante depuis cette décision¹⁵⁹⁴.

378. Exemple des sûretés consenties par une société. La communauté d'intérêts entre une société consentant une sûreté et le bénéficiaire de celle-ci peut être invoquée afin d'écarter la nullité de la sûreté. Ainsi, la communauté d'intérêts unissant une société à une autre permet de rattacher le cautionnement consenti au bénéfice de la seconde à l'objet social de la première¹⁵⁹⁵. La sûreté est valide puisque dans l'intérêt de chacun. Elle est d'abord dans l'intérêt de la personne dont l'engagement est garanti. Elle est également dans l'intérêt de la

¹⁵⁸⁸ Req., 20 oct. 1920 : D. 1920, I, p. 161.

¹⁵⁸⁹ Civ. 1^e, 7 janv. 1946 : D. 1946, p. 132.

¹⁵⁹⁰ C. civ., art. 2004.

¹⁵⁹¹ Civ. 1^e, 6 mars 2001, n° 98-20.431 : Bull. 2001, I, n° 56 ; Contrats, conc. consom. 2001, n° 102, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2001, p. 589, note J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁵⁹² Civ. 1^e, 28 janv. 2003, n° 00-15.519 : Bull. 2003, I, n° 27 ; RTD com. 2003, p. 561, note B. BOULOC.

¹⁵⁹³ Civ., 13 mai 1885 : D. 1885, I, p. 350.

¹⁵⁹⁴ V. par ex. Com., 7 juil. 1983, n° 82-12.721 : Bull. 1983, IV, n° 209 - Com., 14 mars 1995, n° 93-13.845 : Bull. 1995, IV, n° 83 ; D. 1997, p. 52, note D. FERRIER - Com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444 : Bull. 2007, IV, n° 57 ; RTD com. 2007, p. 590, note B. BOULOC.

¹⁵⁹⁵ Civ. 1^e, 15 mars 1988, n° 85-18.312 : Bull. 1988, I, n° 75.

société qui la consent, en raison des liens qui l'unissent au bénéficiaire¹⁵⁹⁶. Toutefois, la communauté d'intérêts ne permet pas de déroger au droit commun. Aussi, la sûreté ne peut pas être contraire à l'intérêt social, ce qui est le cas lorsque la sûreté expose la société qui la consent met en péril son existence¹⁵⁹⁷, qu'elle grève « *lourdement* » et « *sans aucune contrepartie* » son patrimoine immobilier¹⁵⁹⁸ ou que la contrepartie est dérisoire au regard du risque assumé¹⁵⁹⁹.

La notion de communauté d'intérêts peut trouver à s'appliquer au sein d'un groupe de personnes morales. Or, l'existence d'une communauté d'intérêts peut avoir une incidence remarquable sur les intérêts personnels au sein du groupe.

II. L'incidence de la communauté d'intérêts sur les intérêts personnels au sein du groupe

379. Communauté d'intérêts plutôt qu'intérêt de groupe. C'est dans la communauté d'intérêts formée par les personnes morales appartenant à un même groupe que réside ce que l'on qualifie d'intérêt de groupe. Toutefois, la combinaison des notions d'intérêt personnel et de communauté d'intérêts paraît plus adaptée que la référence à un soi-disant intérêt de groupe.

D'abord, la communauté d'intérêts s'affranchit de la détermination du périmètre du groupe. De manière opportuniste, seuls les intérêts effectivement en jeu sont considérés. L'assouplissement de l'ordre juridique induit par la communauté d'intérêts doit demeurer

¹⁵⁹⁶ V. par ex. Civ. 1^e, 8 nov. 2007, n° 04-17.893, Bull. 2007, I, n° 345 — RTD com. 2008, p. 141, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON.

¹⁵⁹⁷ Com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 : inédit ; Rev sociétés 2012, p. 238, note A. VIANDIER - Com. 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bulletin 2014, IV, n° 142 ; J-F. BARBIÈRI, Appréciation de l'intérêt social : à la seule convenance du juge !, Journ. sociétés 2014, n° 124, p. 46 - Civ. 3^e 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : Bull. 2012, III, n° 121 ; Rev. sociétés 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; D. 2013, p. 1706, note P. CROCQ ; Com. 3 juin 2008, n° 07-11.785 : inédit ; Civ. 3^e 9 déc. 2014, n° 13-25.219 : inédit.

¹⁵⁹⁸ V. par ex. Com. 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : inédit ; Dr. Sociétés 2008, n° 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER – Cass. civ. 3^e 13 oct. 2016, n° 15-22.824 : inédit ; Rev. sociétés 2017, p. 98, note P. PISONI.

¹⁵⁹⁹ Civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348 : inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 744, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 1^{er} déc. 2015, p. 17, note B. DONDERO.

exceptionnel et être circonscrit au strict nécessaire¹⁶⁰⁰. L'intérêt de groupe pose un problème similaire à celui de l'intérêt de la famille. Selon les circonstances, une famille pourrait être formée d'individus de référence - par exemple une seule personne ou un couple - et éventuellement de parents séparés par différents degrés. L'intérêt de la famille réside-t-il alors dans le groupe formé par les individus de référence ? Dans le groupe formé par les personnes portant un même nom de famille ? Par celui formé par les individus liés par un certain degré de parenté ? Faut-il tenir compte des seuls liens de droit ou prendre également en compte les liens de fait, qui permettent de considérer un individu comme un membre de sa famille ? S'agissant de l'intérêt du groupe de sociétés, des auteurs proposent de retenir la définition du groupe existante en matière de consolidation comptable¹⁶⁰¹. Pour les sociétés anonymes, en matière de question écrite, l'intérêt « *du groupe* » se comprend de celui formé par une société et celles qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce¹⁶⁰². Ces définitions, bien que larges, ne permettent pas d'envisager toutes les acceptations possibles du groupe.

Ensuite, la communauté d'intérêts réduit le débat sur la substance des intérêts aux seuls intérêts qu'il convient de prendre en compte. Plus le nombre d'intérêts à prendre en compte est réduit, plus simple est le compromis. L'intérêt du groupe, selon la définition retenue du groupe considéré, implique une synthèse qui n'a pas nécessairement lieu d'être.

Enfin, la communauté d'intérêts permet d'affirmer la pluralité de personnes et donc d'intérêts au sein d'un groupe. Son intitulé même invite à tenir compte de plusieurs intérêts personnels, dont la substance est identifiable plutôt que de considérer un intérêt abstrait, qui ne repose sur aucune personne juridique. La communauté d'intérêts permet de ne céder ni à la tentation de personnifier le groupe, ni de prétendre à un blanc-seing dans la gestion qui permettrait de reléguer les intérêts personnels au second plan au profit de l'intérêt de l'ensemble.

380. Communauté d'intérêts au sein d'un groupe. Le groupe, en tant qu'ensemble de personnes morales liées, est un cadre propice à l'existence d'une communauté d'intérêts entre les personnes morales qui le composent. C'est heureux, puisque la communauté d'intérêts

¹⁶⁰⁰ C.-H. CHENUT, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, Rev. sociétés 2003, p. 71.

¹⁶⁰¹ CLUB DES JURISTES (COMMISSION EUROPE), Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'union européenne ?, juin 2015.

¹⁶⁰² C. com., art. L. 225-231.

permet de concilier l'orthodoxie juridique et le réalisme économique que l'on a l'habitude d'opposer¹⁶⁰³. La communauté d'intérêts au sein d'un groupe permet la prise en compte de la logique du groupe (A) et le respect de l'intérêt des personnes morales le composant (B).

A. La prise en compte de la logique du groupe

381. Variable d'ajustement de l'intérêt personnel. L'existence d'un groupe de personnes morales est paradoxale, en raison de l'opposition entre les notions d'autonomie juridique, qui renvoie à celles de sujet et d'individu et à celle de groupe¹⁶⁰⁴. Or, l'organisation en groupe est motivée par une certaine logique et permet de dépasser les avantages offerts par une personne morale isolée.

La logique de l'organisation en groupe peut conduire à l'élaboration d'une politique dans laquelle chaque personne composant le groupe s'efface au profit de l'ensemble. Une personne morale isolée peut très bien consentir une sûreté ou un prêt ou abandonner une créance, sous réserve du respect de son intérêt personnel. Les personnes morales d'un groupe peuvent quant à elles être amenées à effectuer de tels actes, suivant la logique du groupe.

La communauté d'intérêts permet d'assouplir l'ordre juridique. Cet assouplissement consisterait-il à nier l'autonomie des personnes morales qui composent le groupe ? Non. L'existence d'une communauté d'intérêts permet de ne pas regarder les intéressés comme agissant isolément¹⁶⁰⁵. Cet effet est le bienvenu dans le groupe. Le groupe est ainsi la variable d'ajustement de l'intérêt personnel. En raison de la communauté d'intérêts, il va permettre un déséquilibre temporaire entre plusieurs intérêts et justifier des actes qui, pris isolément, ne pourraient pas forcément l'être.

382. Ajustement en considération de la logique du groupe. Reste à savoir où se situe l'ajustement de l'intérêt personnel. La personne morale qui appartient à un groupe n'agit pas toujours isolément, mais dans la logique du groupe. La logique du groupe se matérialise dans

¹⁶⁰³ V. par ex. F. DEBOISSY, Acte anormal de gestion et groupe de sociétés : orthodoxie juridique *versus* réalisme économique, in *Écrits de fiscalité des entreprises: études à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 263.

¹⁶⁰⁴ C. HANNOUN, Le droit et les groupes de sociétés, *op. cit.*, p. 49, § 74.

¹⁶⁰⁵ J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.

une « *politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe* »¹⁶⁰⁶, une stratégie, une « *intention d'action appliquée à la conduite des affaires de l'ensemble du groupe, discutée puis résolue et mise à exécution avec le concours de toute partie prenante* »¹⁶⁰⁷. Cette politique n'est pas nécessairement élaborée par l'ensemble du groupe.

Chaque personne morale a sa volonté propre, son propre patrimoine, tout entiers dédié à la réalisation de sa finalité. Au sein d'un groupe peu intégré, les différentes volontés s'expriment et sont prises en compte : la logique du groupe est synthétique, consensuelle, elle sera élaborée collectivement. En revanche, dans les groupes les plus intégrés, la logique du groupe sera décidée au niveau de la personne morale qui anime le groupe, par un ou plusieurs de ses membres, personnes physiques ou morales. Cette logique sera ensuite imposée aux autres personnes morales. En somme, la volonté exprimée est celle de l'intérêt dominant. La finalité de chaque personne morale n'est en réalité qu'un moyen de parvenir à l'objectif par l'intérêt dominant. Par exemple, au sein d'un groupe de sociétés, des avances financières consenties par une des sociétés aux autres ne peuvent être considérées comme légitimes qu'au regard de la politique commune du groupe¹⁶⁰⁸. La logique du groupe est celle de l'intérêt dominant. S'applique donc au sein d'un tel groupe une logique dictée par un intérêt, avec le risque que la logique ne corresponde pas à l'intérêt de chaque personne morale du groupe. Le risque est tel que certains auteurs envisagent une présomption simple de contrariété à son intérêt des actes d'une personne morale appartenant à un groupe¹⁶⁰⁹, particulièrement en matière de sûretés consenties par une société à celle qui la contrôle¹⁶¹⁰.

L'intégration du groupe peut également avoir pour conséquence de lier le destin des différentes personnes morales du groupe. Il y a une interdépendance entre les différentes personnes morales. Au plan politique, les intérêts dominés dépendent de l'intérêt dominant. Toutefois, au plan économique, l'intérêt dominant peut dépendre des intérêts dominés. C'est le cas par exemple de l'associé majoritaire de la société *holding* d'un groupe. Participer au

¹⁶⁰⁶ Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. Crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC.

¹⁶⁰⁷ C. FREYRIA et J. CLARA, De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés, JCP E 1993, I, p. 247.

¹⁶⁰⁸ Com., 3 déc. 2013, n° 12-22.213 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 186, note E. MOUIAL-BASSILANA.

¹⁶⁰⁹ Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.

¹⁶¹⁰ C.-H. CHENUT, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, Rev. sociétés 2003, p. 71.

résultat de cette dernière n'a de sens qu'en considération de l'activité des sociétés filiales et de leur capacité à générer un bénéfice qui lui profitera *in fine* par le jeu des distributions successives de dividende. Malgré leur autonomie juridique, la personne morale qui exprime la logique du groupe pourrait subir les conséquences négatives de ce qui arrive à une autre personne du groupe.

La communauté d'intérêts permet de tenir compte de cet état de fait. Elle permet la prise en compte de la réalité économique du groupe, et d'appliquer un régime juridique conforme à cette réalité¹⁶¹¹. L'assouplissement ne porte pas sur l'autonomie de la personne morale, mais sur l'appréciation de son intérêt personnel. La personne morale qui fait partie d'un groupe n'agit pas nécessairement isolément. L'appréciation de ses actes suppose de les mettre dans le contexte du groupe. La communauté d'intérêts permet l'expression de chaque intérêt personnel et, le cas échéant, la prééminence de l'intérêt dominant du groupe¹⁶¹². Cela heurte l'ordre juridique. C'est pourtant la réalité de certains groupes.

Ainsi, une société et « *sa filiale à 100%* », « *quoique distinctes* », sont « *en étroite communauté d'intérêts moral et patrimonial et partagent les mêmes services de gestion* » ; par conséquent, le préjudice lié à la désorganisation de la première est en lien direct avec l'infraction subie par la seconde¹⁶¹³.

La communauté d'intérêt perturbe l'ordre juridique mais elle ne peut pas totalement s'en affranchir¹⁶¹⁴. Aussi, si la communauté d'intérêts permet de tenir compte de la logique du groupe, cela doit être fait dans le respect de l'intérêt de chaque personne morale du groupe.

B. Le respect de l'intérêt de chaque personne morale du groupe

383. Préservation de l'autonomie de la personne morale. La communauté d'intérêts perturbe l'ordre juridique. Elle ne le rompt pas pour autant. L'assouplissement de l'ordre

¹⁶¹¹ J. THERON, De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.

¹⁶¹² Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.

¹⁶¹³ Crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091 : Bull. crim. 2017 ; D. 2017, p. 1459, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

¹⁶¹⁴ C.-H. CHENUT, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, Rev. sociétés 2003, p. 71.

juridique en raison d'une communauté d'intérêts entre plusieurs personnes morales se fait dans le respect de leur autonomie juridique. Une personne morale peut agir pour le groupe, conformément à la logique de celui-ci. Pour autant, elle conserve son autonomie juridique. Elle doit donc trouver un intérêt dans les actes, même ceux justifiés par la logique du groupe. Ainsi, dans un groupe de sociétés, on ne peut « *immoler une filiale au nom de l'intérêt de groupe* »¹⁶¹⁵.

L'intérêt pour la personne morale ne réside pas nécessairement dans une contre-prestation mais implique au moins une contrepartie¹⁶¹⁶. Lorsque la contrepartie est matérielle, son appréciation est relativement aisée. La personne morale satisfait son propre intérêt, sauf à ce que la contrepartie soit insuffisante¹⁶¹⁷.

En revanche, il peut y avoir une difficulté à apprécier la contrepartie résidant dans la l'appartenance à un groupe. Le principe même de l'appartenance au groupe n'est pas suffisamment révélateur de l'existence d'une contrepartie¹⁶¹⁸. En revanche, l'analyse des avantages retirés par l'appartenance au groupe peut permettre de caractériser une contrepartie. La jurisprudence rendue en matière de sociétés en fournit plusieurs exemples.

384. Exemple en droit pénal. Depuis une affaire « WILLOT - SAINT FRERES », il est admis que la communauté d'intérêts entre plusieurs sociétés appartenant à un même groupe permet au concours financier consenti par l'une d'entre elles d'échapper à la qualification d'abus de biens sociaux¹⁶¹⁹. L'état actuel de la jurisprudence est constant depuis un arrêt « ROZENBLUM » dans lequel la Chambre criminelle a énoncé que pour échapper à la qualification d'abus de biens sociaux, « *le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société, à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, [devait] être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce*

¹⁶¹⁵ M. COZIAN, Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? JCP E 1996, 524.

¹⁶¹⁶ C.-H. CHENUT, Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, Rev. sociétés 2003, p. 71.

¹⁶¹⁷ V. par ex. Civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348 : inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 744, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 1^{er} déc. 2015, p. 17, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 10 déc. 2015, p. 16, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

¹⁶¹⁸ C. FREYRIA et J. CLARA, De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés, JCP E 1993, I, 247.

¹⁶¹⁹ T. corr. Paris, 16 mai 1974 : D. 1974, p. 37 ; G. SOUSI, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1976, II, 11816, p. 382.

*groupe, et ne [devait] ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge »*¹⁶²⁰.

La communauté d'intérêts permet d'« échapper » à la caractérisation de l'abus de biens sociaux¹⁶²¹. Elle ne permet pas de déroger à la prohibition des abus de biens sociaux. Elle permet le rejet de qualification pénale de l'opération mise en cause¹⁶²². L'abus de biens sociaux n'a pas à être justifié par un fait justificatif, puisqu'il n'est pas caractérisé.

Le concours apporté est dans l'intérêt de l'ensemble des parties. La Chambre criminelle exige pour cela qu'il procède « *d'une politique élaborée pour l'ensemble [du] groupe* ». Cette politique matérialise la communauté d'intérêts qui existe entre les sociétés du groupe.

La complète dépendance économique d'une société filiale envers celle qui la contrôle, la première n'étant qu'un simple atelier de production, la seconde son « *principal donneur d'ordre* » caractérise la communauté d'intérêts entre les deux sociétés permettant au concours consenti par la filiale à la société mère, destiné à redresser cette dernière, d'échapper à la qualification d'abus de biens sociaux¹⁶²³. La communauté d'intérêts suppose toutefois que l'opération mise en cause soit équilibrée, qu'elle ne soit pas sans contrepartie pour l'une des parties ou excède ses possibilités. Au cas contraire, il n'y aurait plus d'intérêt à l'opération pour l'une des parties, ce qui exclurait la communauté d'intérêts. Tel est le cas lorsqu'une opération, décidée en dehors de toute politique de groupe, n'est destinée qu'à « *procurer de la trésorerie* » à une des sociétés, sans contrepartie explicite¹⁶²⁴.

385. Exemple en fiscalité. En fiscalité, l'octroi de prêts sans intérêt ou l'abandon de créance consenti par une entreprise au profit d'un tiers, de même d'ailleurs que le fait pour celle-ci de fournir gratuitement sa caution, ne relèvent pas en règle générale d'une gestion commerciale normale, sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages l'entreprise a agi dans son

¹⁶²⁰ Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. Crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC.

¹⁶²¹ *Ibid.*

¹⁶²² Q. URBAN, La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.

¹⁶²³ Crim., 27 nov. 2013, n° 12-84.804 : inédit ; RTD Com. 2014 p. 203, note B. BOULOC.

¹⁶²⁴ Crim., 23 avril 1991, n° 90-81.444 : Bull. Crim. 1991, n° 193.

propre intérêt¹⁶²⁵. Le Conseil d'État a considéré qu'il en allait ainsi du « *parrainage* » - des engagements de caution - par une société, membre d'une association de centres commerciaux, d'autres sociétés membres de la même association, « *les avantages consentis [pouvant] être regardés comme la conséquence d'engagements constituant la contrepartie des avantages que l'entreprise retire elle-même directement de son adhésion à une association ou à un groupement et du respect des conditions auxquelles l'appartenance à ce groupement est subordonnée* »¹⁶²⁶. Dans une autre affaire, le Conseil d'État a considéré qu'étaient dans l'intérêt d'une société les cotisations versées à l'association, ayant pour objet la formation de personnels du réseau de centres commerciaux, dans la mesure où « *en contrepartie des avantages de clientèle et de prix de revient liés au renom de l'enseigne et aux économies ou ristournes réalisées sur les approvisionnements grâce à un référencement national des fournisseurs et à l'utilisation de centrales d'achats à forme coopérative que lui procure l'appartenance au réseau des centres de distribution* », la société était tenue de respecter diverses obligations contractuelles, et notamment de participer à des associations ayant pour but des actions de développement du réseau¹⁶²⁷. En versant les cotisations mises en cause, la société a assumé les conséquences de son engagement au sein du réseau et qu'ainsi, elle devait être regardée comme ayant agi dans son propre intérêt financier. Cette solution a été confirmée à propos des dépenses engagées pour le développement géographique du réseau mondial auquel appartient une société¹⁶²⁸.

386. Conclusion de la Section 2. La coexistence d'intérêts distincts au sein d'un même groupe n'implique pas nécessairement que ces intérêts divergent. Bien au contraire, les intérêts des personnes morales en présence peuvent converger pour diverses raisons. Cette convergence peut révéler l'existence d'une communauté d'intérêts. Au sein d'un groupe de personnes morales, il semble préférable de parler de la communauté d'intérêts pouvant exister entre les personnes morales plutôt que de se référer à l'intérêt de groupe. En effet, cette référence suppose une analyse subjective des seuls intérêts en présence, au regard de la

¹⁶²⁵ Sur l'acte anormal de gestion, cf. *supra* n° 368 et s.

¹⁶²⁶ CE, 26 sept. 2001, n° 219825, « SA ROCADIS » : Rec. CE 2001 ; BDCF. 2001, p. 145, concl. BACHELIER.

¹⁶²⁷ CE, 6 mars 2006, n° 281034, « SOCIÉTÉ DISVALOR » : Rec. CE 2006 ; Dr. Fisc. 200, comm. 490, note J.-L. ROSSIGNOL.

¹⁶²⁸ CE, 21 nov. 2012, n° 348864 « PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDIT » : inédit.

logique commune qui les anime, plus conforme aux principes régissant l'appréciation de l'intérêt personnel que ne semble pouvoir l'être la référence à l'intérêt du groupe.

387. Conclusion du Chapitre 2. La vigueur du principe d'autonomie juridique conduit à distinguer les intérêts des personnes morales qui en font partie, quelle que soit la nature et l'intensité des liens qui les unissent. Le respect de cette autonomie implique une application stricte des principes régissant l'appréciation de l'intérêt personnel et, par conséquent, que la divergence d'intérêts soit prévenue ou au moins qu'il soit possible d'y remédier. En revanche, le principe d'autonomie juridique s'assouplit lorsque les intérêts des personnes morales convergent. Cet assouplissement ne se traduit pas par une négation de l'intérêt personnel mais par une adaptation de son appréciation à la logique du groupe. L'intérêt personnel est alors mis en perspective avec la communauté d'intérêts qui peut exister au sein du groupe entre plusieurs personnes morales.

388. Conclusion du Titre 2. L'individualité relative du groupe de personnes morales ne remet pas en question l'autonomie juridique des personnes morales qui le compose, sauf circonstances particulières. En conséquence, l'intérêt de chaque personne morale demeure et n'est pas altéré par l'organisation en groupe. Pour autant, l'appartenance à un groupe n'est pas une circonstance neutre du point de vue de l'intérêt personnel. Il doit en être tenu compte lors de l'appréciation de l'intérêt personnel, la logique du groupe pouvant justifier certaines adaptations aux principes de l'intérêt personnel.

389. Conclusion de la Seconde Partie. Le groupe de personnes morales et l'intérêt de ces personnes sont liés. L'appartenance à un groupe doit nécessairement être prise en compte lors de l'appréciation de l'intérêt personnel. La coexistence des intérêts personnels n'est pas neutre. En effet, les rapports entretenus entre les personnes morales justifient que l'intérêt de chacune d'entre elles ne soit pas apprécié comme si la personne morale était isolée. Néanmoins, malgré l'organisation en groupe, l'intérêt de chaque personne ne disparaît pas au profit d'un intérêt individuel ou d'un intérêt collectif. Le groupe est de nature à influencer l'appréciation de l'intérêt personnel mais pas à remettre en cause la notion.

CONCLUSION

Au terme de notre étude, il nous semble que l'intérêt de la personne morale n'est pas si fuyant que l'on pouvait le croire.

La personnalité morale est une technique juridique avantageuse, ce qui explique qu'il y soit fréquemment recouru, et que les techniques de substitution restent marginales en pratique. Néanmoins, aux avantages de cette technique sont attachés les inconvénients de la création d'une personne et non d'une simple chose. Même insensible, même dénuée de libre arbitre et de parole, chaque personne morale a un intérêt que l'on ne saurait méconnaître.

Si on entend l'intérêt comme « *ce qui importe* », l'intérêt personnel souffre des défauts de tous les intérêts. Il est subjectif. Il varie d'une personne morale à une autre, puisque ce qui importe à chaque personne morale est intrinsèquement fonction de cette personne. Néanmoins, l'intérêt personnel est suffisamment homogène dans son objet, dans ses effets et dans les moyens d'appréciation de sa substance pour pouvoir être considéré comme une notion juridique à part entière. Par analogie avec l'intérêt social, cette notion peut permettre la protection de la personne morale le temps nécessaire à la réalisation de sa finalité et peut justifier la mise en œuvre d'un certain nombre de mesures de protection.

Bien sûr, la portée de la notion peut être discutée. Certaines personnes morales sont soumises à un régime comprenant des règles destinées à prévenir et à remédier aux actes susceptibles d'éloigner la personne morale de sa finalité. Pour ces personnes, la notion d'intérêt personnel ne trouvera pas à s'appliquer. En revanche, nous sommes convaincus que la notion d'intérêt personnel peut apporter des solutions protectrices aux autres personnes morales, de droit privé comme de droit public, dans le respect des dispositions qui leurs sont applicables.

La notion d'intérêt personnel apparaît d'autant plus utile qu'elle résiste et s'adapte à l'organisation en groupe. D'une part, la notion encourage le respect du principe d'autonomie juridique. D'autre part, la souplesse relative de l'intérêt permet à la notion d'intérêt personnel de ne pas occulter la réalité du groupe.

En raison de l'importance du phénomène de groupe, cela nous apparaît comme des caractéristiques essentielles d'une notion relevant du droit des personnes morales.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, encyclopédies et dictionnaires

- ALBIGES (C.), Rép. civ., V° Indivision (Généralités), 2018.
- ANDERNACK (I.), Rép. sociétés, V° Comptes consolidés (IFRS), 2016.
- ANDERNACK (I.), Rép. sociétés, V° Comptes consolidés (Règlement CRC no 99-02), 2014.
- ARBOUR (J.-M.), LAVALLÉE (S.), TRUDEAU (H.) ET SOHNLE (J.), Droit international de l'environnement, éd. Yvon Blais, 3^{ème} éd., 2016.
- ARHEL (P.), Rép. comm., V° Ententes, 2015.
- ARHEL (P.), Rép. sociétés, V° Concentrations, 2017.
- AUBRY (C.) et RAU (C.), Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie, 5^{ème} éd., 1917.
- AUTIN (J.-L.) et BREEN (E.), JCI Admin, Fasc. 75, Autorités administratives indépendantes, 2018.
- AUZERO (G.) et FERRIER (N.), Rép. sociétés, V° Cumul d'un contrat de travail et d'un mandat social, 2016.
- BARRIERE (F.), Rép. civ., V° Fiducie, 2017.
- BARTHÉLÉMY (J.) (dir.), Le droit des groupes de sociétés, Dalloz, 1991.
- BRÈTHE DE LA GRESSAYE (J.), Rép. civ., V° Institution, 1952.
- CAMPANA (M.-J.), DIZEL (M.), BARRATIN (L.-P.) et FERNANDEZ (R.), Rép. sociétés, V° Entreprises en difficulté (Conditions d'ouverture), 2018.
- CAPITANT (R.), Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales, A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929.
- CHAPUS (R.), Droit administratif général, Montchrétien, 14^{ème} éd., 2000.
- CHAPUT (Y.), Rép. sociétés, V° Objet social, 2005.
- CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, PUF, 12^{ème} éd., 2018.
- COZIAN (M.), DEBOISSY (F.), CHADEFaux (M.), Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 42^{ème} éd., 2018/2019.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, LexisNexis, 31^{ème} éd., 2018.

DAIGRE (J.-J.), Rép. sociétés, V° Entreprises en difficulté (Personnes morales et dirigeants), 2018.

DELCOURT (B.), Rép. sociétés, V° Administrateur provisoire, 2018.

DONDERO (B.), Rép. sociétés, V° Société créée de fait, 2012.

DOUENCE (J.-C.), Encycl. collect. loc., folio n° 63, 2018.

DYENS (S.) et MAUREL (T.), Encycl. collect. loc., folio n° 4260, 2017.

ESPLUGAS-LABATUT (P.), JCl Adm., Fasc. 149, Notion de service public – Droit interne et droit de l'Union européenne, 2017.

FLOBERT (P.) (dir.), Le Grand Gaffiot, Hachette-Livre, 2000.

GÉNY (F.), Science et technique en droit privé positif, Sirey, 1924.

GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.), Les sociétés commerciales, Sociétés de personnes - SARL, SA, SAS - Sociétés cotées, 22^{ème} éd., LGDJ, 2017.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), Rép. sociétés, V° Apports, 2017.

GRÉVY (M.), Rép. trav., V° Syndicats professionnels : droit syndical dans l'entreprise, 2018.

GUYON (Y.), Rép. sociétés, V° Groupement d'intérêt économique, 2018.

GUYON (Y.), Traité des contrats, Les Sociétés, LGDJ, 5^{ème} éd., 2002.

HAURIOU (M.), Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, 12^{ème} éd., 1933.

HAURIOU (M.), Principes de droit public, Sirey, 2^{ème} éd., 1916.

HÉRAIL (M.), Rép. sociétés, V° Coopératives, 2017.

HIEZ (D.), Rép. civ., V° Association, 2018.

JANICOT (L.), JCl Admin., Fasc. 148-10, Groupements d'intérêt public, 2012.

JELLINEK (G.), L'élément juridique dans la science de l'État et la méthode juridique, trad. G. FARDIS et C. BOURGOING-DUMONTEIL, éd. A. FONTEMOING, 1903.

JELLINEK (G.), Théorie juridique de l'État *in* L'État moderne et son droit, trad. G. FARDIS, éd. M. GIARD & É. BRIÈRE, 1913.

JHERING (R.) (VON), L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, trad. O DE MEULANAERE, Maresq, 2^{ème} éd., 1878.

JOSSERAND (L.), Cours de droit civil positif français, Sirey, 1933.

JUGLART (M.) (DE) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, Vol. 2, Montchrestien, 3^{ème} éd., 1981, par PONTAVICE (E.) (DU) et DUPICHOT (J.), *Les Sociétés*, à jour au 25 août 1982.

LE BRET (C.), *De la souveraineté du Roy*, Paris, 1632.

LECOURT (A.), *Rép. sociétés*, V° Capital social, 2018.

LECOURT (A.), *Rép. sociétés*, V° Groupe de sociétés, 2018.

MAGNIER (V.), *Rép. sociétés*, V° Gouvernance des sociétés cotées, 2018.

MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Droit des biens*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2017.

MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017.

MALECKI (C.), *Rép. sociétés*, V° Cumul de mandats sociaux, 2011.

MASCALA (C.), *Rép. pénal*, V° Abus de confiance, 2018.

MASSART (T.), *Rép. sociétés*, V° Contrat de société, 2016.

MASTRULLO (T.), *Rép. sociétés*, V° Groupement européen d'intérêt économique, 2013

MATHEY (N.), *Rép. civil*, V° Représentation, 2017.

MIHMAN (A.), *Rép. pénal*, V° Banqueroute et infractions annexes, 2017.

MOREAU (J.), *Droit administratif*, PUF, 1989.

MOURLON (F.), *Répétitions écrites sur le code civil contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, éd. Garnier Frères, 13^{ème} éd., 1896.

MOUSSERON (P.), *Rép. sociétés*, V° Cession de contrôle, 2016.

O'NEILL (M.) (dir.), *Compact dictionary of contemporary English*, Harrap's Chambers, 2011.

OPPETIT (B.), *Droit et modernité*, PUF, 1998.

PIETRANCOSTA (A.) (dir.), *Le Droit des contrats réformé*, Édition revue et augmentée, Fauves Éditions, 2018.

PLESSIX (B.), *JCI Admin. Fasc. 135, Établissements publics. – Notion. Création. Contrôle*, 2014.

PORACCHIA (D.) et MERLAND (L.), *Rép. sociétés*, V° LBO (Acquisition avec effet de levier), 2018.

QUENAUDON (R.) (DE), *Rép. trav.*, V° Comité d'entreprise : mise en place, composition, fonctionnement, 2018.

- REY-DEBOVE (J.) et REY (A.) (dir.), Le Petit Robert de la langue française, Le Robert, 2017.
- SAVIGNY (F.) (VON), Traité de droit romain, trad. C. GUENOUX, Firmin Didot Frères, 1855.
- SCHILLER (S.), Rép. sociétés, V° Pacte d'actionnaires, 2017.
- SERLOOTEN (P.), Rép. sociétés, V° Groupes de sociétés (régime fiscal), 2017.
- TRUCHET (D.), Le droit public, PUF, 2^{ème} éd., 2010.
- WICKER (G.) et PAGNUCCO (J.-C.), Rép. civ., V° Personne morale, 2016.

II. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

- BARUCHEL (N.), La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie, LGDJ, 2004.
- BEETSCHEN (A.), CHARVÉRIAT (A.), DUGUET (L.), GOUTHIERE (B.), et JULIEN SAINT-AMAND (P.), Les Holdings, Guide juridique et fiscal, 7^{ème} éd., 2017.
- BENNINI (A.), Le voile de l'intérêt social, LEJEP, 2013.
- BISSARA (P), FOY (R.) et VAUPLANE (A.) (DE), Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées, Joly Éditions, 2007.
- BLIN FRANCHOMME (M.-P.), Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires, th. Toulouse, 1991
- BODIN (J.), Les Six Livres de la République, Paris, 1576.
- BOERINGER (C.-H.), TROCHAIN (J.-Y.), ATHLAN (L.), BAUDESSON (T.) et SAVOURE (J.-C.), Les conflits d'intérêts dans l'entreprise, LexisNexis, 2016.
- CARBONNIER (J.), Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.
- CARBONNIER (J.), Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, th. Bordeaux, 1932.
- CARRE DE MALBERG (R.), Contribution à la théorie générale de l'État, Sirey, 1920, réed. CNRS, 1962
- CHAMPAUD (C.), Le pouvoir de concentration de la société par actions, Sirey, 1962.
- CHARLIER (R.-E.), L'État et son droit, Economica, 1984.
- CHEVALLIER (J.) (dir.), Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, PUF, 1978.

CONTIN (R.), Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes, Librairies techniques, 1975.

COTTINI (M.), La communauté d'intérêts en droit fiscal français : contribution à l'étude de l'anormalité en matière de preuve fiscale, th. Aix-Marseille III, 1998.

DELCROS (B.), L'unité de la personnalité juridique de l'État, LGDJ, 1976.

DESPAX (M.), L'entreprise et le droit, LGDJ, 1957.

DIDIER (P.), De la représentation en droit privé, LGDJ, 2000.

DOM (J.-P.), Les montages en droit des sociétés, Joly, 1998.

DONDERO (B.), Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale, PU Aix-Marseille, 2006.

DUCLOS (J.), L'opposabilité (Essai d'une théorie générale), LGDJ, 1984.

DUPUIS (B.), La notion d'intérêt social, th. Paris 13, 2001.

DURAND (H.), La gouvernance des associations, Dalloz, 2015.

EL MEHI (H.), La protection de l'intérêt social (étude du rôle respectif des actionnaires et des salariés), th. Nantes, 1990

FERSTENBERT (J.), Recherches sur la notion juridique de spécialité des personnes publiques, th. Paris II, 1976.

GAILLARD (E.), Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985.

GASTAUD (J.-P.), Personnalité morale et droit subjectif, LGDJ, 1977.

GERMAIN (M.), Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, th., Nancy, 1974.

GILSON-MAES (A.), Mandat et responsabilité civile, LGDJ, 2016.

GIRARDON (J.), Les collectivités territoriales, Ellipses, 2^{ème} éd., 2011.

GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), Du contrat en droit des sociétés, Essai sur le contrat instrument d'adaptation du droit des sociétés, L'Harmattan, 2008.

GREVAIN-LEMERCIER (K.), Le devoir de loyauté en droit des sociétés, PUAM, 2013.

GROSSI (I.), Les devoirs des dirigeants sociaux, bilan et perspectives, th. Aix III, 1998.

HADJI-ARTINIAN (S.), La faute de gestion en droit des sociétés, Litec, 2001.

HANNOUN (C.), Le droit et les groupes de sociétés, LGDJ, 1991.

HEISSER (A.), Étude sur les personnes morales en droit romain, dans l'ancien droit et en droit français moderne, Marescq, 1871.

- LE CANNU (P.), La société anonyme à directoire, LGDJ, 2014.
- LE NABASQUE (H.), Le pouvoir dans l'entreprise : essai sur le droit d'entreprise, th. Rennes I, 1987.
- LEDOUX (P.), Le droit de vote des actionnaires, LGDJ, 2002.
- LINDITCH (F.), Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, LGDJ, 1997.
- LINOTTE (D.), Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, th., Bordeaux, 1975.
- MAGNIER (V.) (dir.), Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, PUF, 2006.
- MARGUENAUD (J.-P.), L'animal en droit privé, PUF, 1992.
- MATHEY (N.), Recherche sur la personnalité morale en droit privé, th. Paris II, 2001.
- MICHOUD (L.), La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, LGDJ, 1906.
- MOMNOUGUI (J.-B.), L'application du droit des sociétés aux associations : un exemple concret du droit des groupements et des organisations, éd. univ. européennes, 2010.
- MOUTHIEU (M.-A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, 2009.
- OGIER (C.), Le conflit d'intérêts, th. Saint-Etienne, 2008.
- OHL (D.), Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe, Librairies techniques, 1982.
- PAERELS (H.), Le dépassement de la personnalité morale, Contribution à l'étude des atteintes à l'autonomie des personnes morales en droit privé et droit fiscal français, th. Lille II, 2008.
- PAILLUSSEAU (J.), La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Sirey, 1967.
- PARIENTE (M.), Nouvelle approche comptable, juridique et sociale de la notion de groupe de sociétés, th. Paris I, 1989.
- PRÉTOT (S.), Les communautés d'intérêts : essai sur des ensembles de personnes dépourvus de personnalité juridique, th., Paris I, 2016.
- RANGEON (F.), L'idéologie de l'intérêt général, *Economica*, 1986.
- RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951.
- RODRIGUEZ (K.), Le droit commun des personnes morales, th., Pau, 2001.

- SALEILLES (R.), De la personnalité juridique, Histoire et théories, Arthur Rousseau, 2^{ème} éd., 1922.
- SCHILLER (S.), Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales, LGDJ, 2002.
- SCHMIDT (D.), Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly Éditions, 2004.
- SCHOLASTIQUE (E.), Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, droits français et anglais, LGDJ, 1998.
- SOUSI (G.), L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, th. Lyon III, 1974.
- TRUCHET (D.), Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, LGDJ, 1977.
- TUNC (A.), Le droit anglais des sociétés anonymes, Economica, 4^{ème} éd., 1997.
- VACRATE (S.), La société créée de fait, essai de théorisation, LGDJ, 2003.
- VALIERGUE (J.), Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir, th. Bordeaux I, 2016.
- VANHAECKE (M.), Les groupes de sociétés, LGDJ, 1959.
- VIANDIER (A.), OPA, OPE et autres offres publiques, Francis Lefebvre, 5^{ème} éd., 2014.
- WICKER (G.), Les fonctions juridiques, contributions à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997.
- ZEIDENBERG (S.), L'intérêt social : Étude du particularisme du contrat de société, th. Bordeaux 4, 2004.

III. Articles et chroniques

- ALFANDARI (E.), Associations et sociétés : points de rencontre, LPA 1996, n° 50, p. 47.
- ALT (E.), Lanceurs d'alerte. De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte, JCP 2017, p. 90
- ANDRE (J.-R.) Sociétés civiles et article 1145 nouveau du code civil : validité de la vente n'entrant pas dans l'objet social mais autorisée à l'unanimité des associés, JCP N 2017, ét. 1316.
- AUBY (J.-B.), Conflits d'intérêts et droit administratif, Dr. adm. 2010, ét. 24
- BAILLY (P.), Le co-emploi : une situation exceptionnelle, JCP S, 2013, p. 1142.

- BAILLY-MASSON (C.), L'intérêt social : une notion fondamentale, LPA 9 nov. 2000, n° 224, p. 6.
- BALOTTI (R. F.) and HANKS (J. J.) (Jr.), Rejudging the Business Judgment Rule, *The Business Lawyer*, 1993, p. 1337.
- BARBIÈRI (J-F.), Appréciation de l'intérêt social : à la seule convenance du juge !, *Journ. sociétés* 2014, n° 124, p. 46.
- BAUJARD (A.) et MERLIN (V.), Vote, pouvoir et modes de scrutin dans les sociétés cotées, l'éclairage des théories mathématiques du vote, *in* Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes, RTDF n° 4-2011, p. 27
- BENINI (A.), La procéduralisation du droit des sociétés, RTD com. 2010, p. 499.
- BERGERAC (M.) et BERNARD (A.), Fantaisie à deux voix, D. 2000, p. 315
- BERTREL (J.-P.), Liberté contractuelle et société : essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés, *Rev. Sociétés* 1996, p. 595.
- BISSARA (P.), Au seuil d'un nouveau millénaire : quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?, *Rev. Sociétés* 2000, p. 69
- BISSARA (P.), L'intérêt social, ANSA, étude n° 3008, juil.-août 1999.
- BISSARA (P.), L'intérêt social, *Rev. sociétés* 1999, p. 5.
- BLANC-JOUVAN (G.), L'unité économique et sociale et la notion d'entreprise, *Dr. social* 2005, p. 980.
- BLIN-FRANCHOMME (M.-P.), L'autre « affaire du voile » : convictions sociétaires *versus* responsabilité environnementale des groupes, RLDA 2010, 2987.
- BORDIER (D.), Les chassés croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, AJDA 2007, p. 2188.
- BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.), Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance, D. 2017, p. 1619.
- CANIVET (G.), PIETRANCOSTA (A.), SENECHAL (D.), Améliorer le droit des contrats..., AJ contrat 2017, p. 505.
- CARBONNIER (J.), Être ou ne pas être, sur les traces du non-sujet de droit *in* Flexible droit, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001.
- CAUSSAIN (J.-J.), Le devoir de loyauté des dirigeants sociaux en droit français, *Gaz. Pal.* 5 déc. 2000, p. 2152.
- CHAMPAUD (C.), Le contrat de société existe-t-il encore ?, *in* Le droit contemporain des contrats, *Economica*, 1987, p. 125.

- CHAMPAUD (C.), Le droit français des sociétés à l'aube du XXI^e siècle, *Rev. sociétés* 2000, p. 77.
- CHAMPAUD (C.), Les fondements sociétaux de la « doctrine de l'entreprise », in *Mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, 2003, Dalloz, p. 117.
- CHAMPAUD (C.), Les méthodes de groupement des sociétés, *RTD com.* 1967, p. 1003.
- CHARDON (A.), L'influence du patronat chrétien sur la Protection sociale en Isère au début du XX^{ème} siècle, in *Il y a 90 ans naissaient les allocations familiales*, Grenoble, CRHSS-RA, 26 oct. 2006.
- CHENUT (C.-H.), Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, *Rev. sociétés* 2003, p. 71.
- CHEVALLIER (J.), L'obligation en droit public, *Arch. Phil. Dr.*, 2000, p. 181.
- CONAC (P.-H.), Le groupe de sociétés, *Rev. sociétés* 2013, p. 417.
- CONSTANTIN (A.), Dispositif de prévention des conflits d'intérêts par l'information en droit des sociétés in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006, p. 57.
- CONSTANTIN (A.), L'intérêt social : quel intérêt ? in *Études offertes à Barthélémy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002.
- CONSTANTIN (A.), Le groupe, entre autonomie juridique et hétéronomie économique des sociétés qui le composent, *RTD com.* 2011, p. 365.
- CONTIN (R.), L'arrêt Fruhauf et l'évolution du droit des sociétés, *D.* 1968, p. 147.
- COURET (A.), Faut-il récrire les articles 1832 et 1833 du code civil, *D.* 2017, p. 222.
- COURET (A.), L'intérêt social, *JCP E, Cah. dr. entr.* 1996-4, p. 6.
- COURET (A.), Le droit de vote des actionnaires : état des lieux, in *Les mutations du droit de vote dans les sociétés anonymes*, *RTDF n° 4-2011*, p. 13.
- COURET (A.), Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance*, *D.* 1995, p. 163.
- COURET (A.), Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, *Rev. sociétés* 1984, p. 243.
- COURET (A.), Les commandements de la gouvernance en anglais et en trois mots, in *Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara*, ANSA, 2013, p. 151.
- COURET (A.), Nouveau régime de la représentation et conflits d'intérêts en droit des sociétés, *Rev. sociétés* 2017, p. 331.
- COUTURIER (G.), L'intérêt de l'entreprise, in *Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 147

- COZIAN (M.), Peut-on immoler une société à l'intérêt du groupe ? JCP E 1996, 524
- CUIF (P.-F.), Le conflit d'intérêts, essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé, RTD com. 2005, p. 1.
- DAIGRE (J.-J.), Qu'est-ce qu'un actionnaire ?, Rev. sociétés 1999, p. 535.
- DAILLE-DUCLOS (B.), Le devoir de loyauté du dirigeant, JCP E 1998, p. 1486.
- DEBOISSY (F.), Acte anormal de gestion et groupe de sociétés : orthodoxie juridique *versus* réalisme économique, *in* Écrits de fiscalité des entreprises: études à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Litec, 2009, p. 263.
- DEBOISSY (F.), Le contrat de société *in* Le contrat, Travaux de l'Association H. Capitant, 2008, p. 119.
- DELAGE (P.-J.), Sur la condition animale : L'animal, la chose juridique et la chose pure, D. 2014, p. 1097
- DEMOGUE (R.), La notion de sujet de droit, caractère et conséquences, Sirey, 1909.
- DENIZOT (A.), L'étonnant destin de la théorie du patrimoine, RTD civ. 2014, p. 547
- DESPAX (M.), L'évolution du droit de l'entreprise, *in* Les orientations sociales du droit contemporain : écrits en l'honneur du professeur Jean Savatier, PUF, 1992, p. 177.
- DIDIER (P.), Brèves notes sur le contrat organisation, *in* Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 1999, 635.
- DIDIER (P.), La représentation dans le nouveau droit des obligations, JCP G 2016, p. 580.
- DIDIER (P.), La théorie contractualiste de la société, Rev. sociétés 2000, p. 99.
- DION (N.), Entreprise, espoir et mutation, D. 2001, p. 762.
- DOM (J.-P.), Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, Rev. sociétés 2002, p. 1.
- DONDERO (B.), Contrats et obligations, La réforme du droit des contrats, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, JCP E 2016, 1283.
- DONDERO (B.), Le traitement juridique des conflits d'intérêts, entre droit commun et dispositifs spéciaux, D. 2012, p. 1686
- DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), Les actions en responsabilité pour insuffisance d'actif et en extension s'appliqueront-elles à l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée ?, RLDA 2010, 54
- DOUENCE (J.-C.), La spécialité des personnes publiques en droit administratif français, RDP 1972, p. 753.

- DOUENCE (J.-C.), Les incidences du caractère national ou local du service public, AJDA, 1997, p. 113.
- DUBOUIS (L.), Propos conclusifs, *in* De l'intérêt de la *summa divisio* droit public – droit privé, BONNET (B.) et DEUMIER (P.) (dir.) Dalloz, 2010, p. 296.
- DURAND (P.), La notion juridique de l'entreprise, Travaux de l'Association Capitant, T. III, 1947.
- DYENS (S.), Le lanceur d'alerte dans la loi Sapin 2 : un renforcement en trompe-l'oeil, AJCT 2017, p. 127
- FARJAT (G.), Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, RTD civ. 2002, p. 221.
- FARJAT (G.), Les « sujets » de l'entreprise, *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 317.
- FAVARIO (T.), Regards civilistes sur le contrat de société, Rev. sociétés 2008, p. 53.
- FAVENNEC-HÉRY (F.), Groupe de sociétés - Motif économique, reclassement et groupe de sociétés, JCP S 2013, ét. 1078.
- FERRY (C.), Validité des clauses d'inaliénabilité portant sur des actions, JCP E 2010, 1327.
- FEUGÈRE (B.), Le devoir de loyauté en droit des affaires, Gaz. Pal. 5 déc. 2000, p. 2110.
- FONTBRESSIN (P.) (DE), La volonté individuelle à l'épreuve du droit des groupes, RJ com, 1988, p. 294.
- FOY (R.), Le mouvement du gouvernement d'entreprise contre le conseil d'administration, *in* Mélanges en l'honneur et à la mémoire de Philippe Bissara, ANSA, 2013, p. 189.
- FRÉROT (A.) et MAESTRACCI (N.), Entreprise et pauvreté, *in* Intérêt général : que peut l'entreprise ? Institut Montaigne, J. DAMON (dir.), Manitoba, 2013.
- FREYRIA (C.) et CLARA (J.), De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés, JCP E 1993, I, p. 247.
- GALLOIS-COCHET (D.), Réforme du droit des contrats et capacité des sociétés, Dr. sociétés 2016, comm. 142.
- GALLOIS-COCHET (D.) et LAROCHE (M.), Projet PACTE, quel impact ?, Gaz. Pal., 3 avr. 2018, p. 42.
- GARINOT (J.-M.), La loyauté en droit des sociétés : une obligation en clair-obscur, RLDA 2014, p. 91.
- GERMAIN (M.), L'intérêt commun des actionnaires, JCP E, Cah. dr. entr. 1996-4, p. 13.

- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), La définition de l'intérêt social - Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, *RTD com.* 2004, p. 35.
- GRIDEL (J.-P.), La personne morale en droit français, *RIDC* 1990, p. 505.
- HAMEL (J.), La personnalité morale et ses limites, *D.* 1949, p. 141
- HASSLER (T.), L'intérêt commun, *RTD com.* 1984, p. 582.
- HAURIOU (M.), La théorie de l'Institution et de la fondation. Essai de vitalisme social in *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bibliothèque de philosophie politique et juridique, 1986.
- HAUTEREAU-BOUTTONNET (H.), Faut-il accorder la personnalité juridique à la nature ?, *D.* 2017, p. 1040.
- HILAIRE (J.), Une histoire du concept d'entreprise, *Arch. Phil. Dr.* 1997, p. 341.
- HILLIG-POUDEVIGNE (C.) et LOUVEL (G.), La notion de groupe à l'épreuve du droit social, *JCP E* 2005, p. 1393.
- HOUIN (R.) et GORÉ (F.), *D.* 1967, chron. p. 124.
- HOPT (K. J.), L'entreprise et le droit européen, Quelques réflexions sur la réglementation européenne de l'activité et de l'organisation de l'entreprise, *Rev. sociétés* 2001, p. 301.
- HUTCHISON (A.), The Whanganui river as a legal person, *Alternative Law Journal*, 2014, p. 179.
- IDOT (L.), La notion d'entreprise, *Rev. sociétés*, 2001, p. 191.
- JANICOT (L.), La fonction de collectivité chef de file, *RFDA* 2014, p. 472
- JEAMMAUD (A.), KIRAT (J.) et VILLEVAL (M.-C.), Les règles juridiques, l'entreprise et son institutionnalisation : au croisement de l'économie et du droit, *RID éco*, 1996, p. 99.
- JEZE (G.), Essai de théorie générale de la compétence, *RDP* 1923, p. 58.
- JULLIAN (L.), Introduction *in* Il y a 90 ans naissaient les allocations familiales, Grenoble, CRHSS-RA, 26 oct. 2006
- KENDERIAN (F.), La contribution aux pertes sociales, *Rev. sociétés* 2002, p. 617.
- KESSLER (G.), Société créée de fait : les leçons du droit comparé, *D.* 2005, p. 86.
- LAGENBACH (V.) et MARQUET (P.-A.), Intérêt social et responsabilité des administrateurs dans l'adoption des mesures de défense anti-OPA, *RD&A* 2015, p. 62.
- LAMARCHE (T.), La notion d'entreprise, *RTD com.* 2006, p. 709.

- LAROQUE (J.), Réflexions sur la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, *in* Tendances du droit du travail français contemporain, Études offertes à Guillaume-Henri Camerlynck, Dalloz, 1978, p. 32.
- LE CANNU (P.), À propos des GIE non immatriculés, Bull. Joly Sociétés 1987, p. 825.
- LE NABASQUE (H.), Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés, RTD Com., 1999, p. 273.
- LIBCHABER (R.), La société contrat spécial *in* Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 281.
- LIBCHABER (R.), La souffrance et les droits, A propos d'un statut de l'animal, D. 2014, p. 380
- LIBCHABER (R.), Réalité ou fiction ? Une nouvelle querelle de la personnalité est pour demain, RTD civ. 2003, p. 166.
- LINGIBÉ (P.), Le point sur les conflits d'intérêts : prise illégale d'intérêt, octroi d'avantage injustifié et notion de conseiller intéressé, AJCT, 2012, p. 609.
- MAC CIONNAITH (S.), JAZOTTES (G.) et SABATHIER (S.), Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de *soft law* et de *hard law*, RLDA 2017/124, n° 6168.
- MAGNAN (A.) et BOUSSET (K.), La responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales, *in* La responsabilité des sociétés mères (doss.), JSS, oct. 2017, p. 12.
- MAGNIER (V.) (dir.), L'apport en société dans tous ses états, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 1148 et s.
- MAGNIER (V.), Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés, JCP G 2011, p. 34.
- MAGNIER (V.) et PACLOT (Y.), Le gouvernement d'entreprise en France, vingt ans après... *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain, LexisNexis, 2015, p. 491.
- MALECKI (C.), Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ?, Bull. Joly Sociétés 2017, p. 298.
- MARGUENAUD (J.-P.), La personnalité juridique des animaux, D. 1998, p. 205.
- MARTIN (R.), Personne et sujet de droit, RTD civ. 1981, p. 785.
- MAY (J.-C.), La société : contrat ou institution ? *in* Contrat ou institution : un enjeu de société, LGDJ, 2004, p. 122
- MEKKI (M.), Les incidences de la réforme du droit des obligations sur le droit des sociétés : rupture ou continuité ? : Rev. sociétés 2016, p. 483

- MÉNY (Y.), De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts *in* Les conflits d'intérêts, Revue Pouvoirs, 2013/4, p. 5.
- MERCADAL (B.), La notion d'entreprise, *in* Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, Litec, 1991, p. 9.
- MICHAELIDES-NOUAROS (G.), L'évolution récente de la notion de droit subjectif, RTD civ. 1966, p. 216.
- MICHINEAU (M.), Qualification de la mesure de séquestre et sort du droit de vote attaché aux actions litigieuses séquestrées, Rev. sociétés 2016, p. 7.
- MORET-BAILLY (J.), Définir les conflits d'intérêts, D. 2011, p. 1100.
- MOURY (J.), Expertise de gestion, la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, *in* Perspectives du droit économique, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999.
- MOUSSERON (P.), Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social, D. 2016 p. 906.
- NUSSENBAUM (M.), Le devoir de voter de l'actionnaire *in* Les devoirs de l'actionnaire, Gaz. Pal. Hors-série 6 juin 2016, p. 31.
- OPPETIT (B.), Groupe de sociétés et droit du travail, Rev. sociétés 1973, p. 69
- OPPETIT (B.) et SAYAG (A.), Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, Rev. sociétés 1978, p. 577.
- PACLOT (Y.) et MALECKI (C.), Le nouveau régime des rémunérations, indemnités et avantages des dirigeants des sociétés cotées, D. 2007, p. 2481
- PACLOT (Y.) et MALECKI (C.), Les rémunérations différées des dirigeants dans les groupes de sociétés après la loi TEPA, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 525.
- PACLOT (Y.), La société membre d'un groupe, Journ. Sociétés 2016, n° 146, p. 27.
- PAGNERRE (Y.), Regard historique sur le co-emploi, Dr. Social, 2016, p. 550.
- PAILLUSSEAU (J.), Les fondements du droit moderne des sociétés, JCP E 1984, II, 14193
- PAILLUSSEAU (J.), L'EURL ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle, JCP E 1986, II, 14684.
- PAILLUSSEAU (J.), La cession de contrôle, JCP E 1986, I, 3224.
- PAILLUSSEAU (J.), Le droit moderne de la personnalité morale, RTD Civ. 1993, p. 705.
- PAILLUSSEAU (J.), Entreprise, société, actionnaires, salariés, quels rapports ?, D. 1999, p. 157.

- PAILLUSSEAU (J.), L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS, JCP E 2000, p. 1697.
- PAILLUSSEAU (J.), La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, D. 2003, p. 2346.
- PARIENTE (M.), Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales, Rev. Sociétés 1993, p. 247
- PARLEANI (G.), Les pactes d'actionnaires, Rev. sociétés 1991, p. 1.
- PELLERIN (J.), La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privés, RTD Com. 1981, p. 471.
- PEREZ (J. M.), Esquisse sur la responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit américain, Rev. Sociétés 2003, p. 195.
- PEROTTO (J.) et MATHEY (N.), La mise en jeu de la responsabilité de la société mère est-elle une fatalité ? Regards croisés sur les groupes de sociétés et le risque de co-emploi, JCP S 2014, p. 1262.
- PIETRANCOSTA (A.) et PRAT (J.-F.), Offres publiques et droit des sociétés, *in* Les offres publiques d'achat, Litec, 2009.
- PIETRANCOSTA (A.), Enforcement of corporate governance codes: A legal perspective, RTDF 2011/1, p. 27.
- PIETRANCOSTA (A.) et BOURSICAN (E.), Vigilance : un devoir à surveiller !, JCP G 2015, 553.
- PIROVANO (A.), La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?, D. 1997, p. 189.
- PLANTAMP (D.), L'originalité du groupe de sociétés au sens de l'article L. 439-1 du code du travail, D. 1991, p. 69.
- PONTIER (J.-M.), Intérêt national, intérêt local, AJDA 2007, p. 1617.
- PONTIER (J.-M.), L'intérêt général existe-t-il encore ?, D. 1998, p. 327.
- PORRACHIA (D.), Capacité et représentation légale en droit des sociétés à la lumière du code civil, RTDF n° 3-2016, p. 90.
- PORACCHIA (D.), Les groupes de sociétés *in* Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966, Dalloz, 2018.
- RAFFRAY (R.), La notion de groupe de sociétés en droit français. Une réalité éclatée ?, *in* Groupes de sociétés, Dr. Sociétés 2017, doss. 8.
- REBOUL (N.), Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis, Rev. sociétés 2000, p. 425.

- REINHARD (Y.), La holding familiale, Defresnois, 2001, p. 291.
- REYNES (B.), Groupes de sociétés : la théorie du coemploi, JCP S 2012 ét. 27.
- RINGE (W.-G.), Independent Directors: An International Perspective, RTDF 2017/3, p. 110.
- RODRIGUEZ (K.), Associations : la méthode du renvoi au droit des sociétés, D. 2006, p. 2037.
- RONTCHEVSKY (N.), L'utilisation de la notion d'intérêt social en droit des sociétés, en droit pénal et en droit boursier, Bull. Joly Bourse 2010, p. 355.
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), EIRL et procédures collectives *in* L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur, Dr. et patr. avr. 2011, p. 63
- SAINTOURENS (B.), La flexibilité du droit des sociétés, RTD com. 1987, p. 483.
- SAVAUX (E.), La personnalité morale en procédure civile, RTD civ. 1995, p. 1
- SCHAPIRA (J.), L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme, RTD Com. 1971, p. 957.
- SCHILLER (S.) et LEPRÊTRE (J.-M.), Les solutions en cas de mésentente entre actionnaires, Actes Prat. Ing. Soc., nov. 2008, doss. 11.
- SCHILLER (S.), DUCROCQ-PICARROUGNE (N.) et GAYET (L.), Le cautionnement par des sociétés civiles ou commerciales dans les groupes familiaux, JCP N 2015, 1100
- SCHILLER (S.) (dir.), Les conventions règlementées dans les groupes de sociétés, Actes Prat. Ing. Soc., août 2015.
- SCHILLER (S.), Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, JCP E 2017, 1193.
- SCHMIDT (D.), De l'intérêt commun des associés, RD bancaire et bourse 1994, p. 204.
- SCHMIDT (D.), De l'intérêt social, JCP E 1995, p. 488.
- SCHMIDT (D.), Essai de systématisation des conflits d'intérêts, D. 2013, p. 446.
- SCHMIDT (D.), La société et l'entreprise, D. 2017, p. 2380
- SOHM-BOURGEOIS (A.-M.), La personnification de l'animal : une tentation à repousser, D. 1990, p. 33.
- SOUSI (G.), Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1975, 11816, p. 382.
- STORCK (M.), Définition légale du contrôle d'une société en droit français, Rev. sociétés 1986, p. 385.
- SUPIOT (A.), Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise, RTD com. 1985, p. 621.

- TERRIER (G.), Le devoir de loyauté des actionnaires, Gaz. Pal. 6 juin 2016, p. 24.
- TEYSSIÉ (B.), L'intérêt de l'entreprise, aspects de droit du travail, D. 2004, p. 1680.
- THERON (J.), De la « communauté d'intérêts », RTD civ. 2009, p. 19.
- TROCHU (M.), JEANTIN (M.) et LANGE (D.), De quelques applications particulières du droit pénal des sociétés au phénomène économique des groupes de sociétés, D. 1975, p. 7.
- TUSSEAU (G.), Critique d'une métanotion fonctionnelle, La notion (trop) fonctionnelle de notion fonctionnelle, RFDA 2009, p. 641
- URBAN (Q.), La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés, RTD Com. 2000, p. 1.
- VEDEL (G.), De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires, JCP 1948, I., 682
- VEDEL (G.), La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP 1950, I, 851.
- ZATTARA-GROS (A.-F.), La nécessaire restriction du domaine du nouvel article 1145 sur la capacité des personnes morales : JCP N 2017, 1269.
- ZOLOMIAN (M.), Les sociétés devenues de fait, Rev. sociétés 2016, p. 407.

IV. Rapports et études

- ADMICAL, Mécénat et contreparties, Les Repères ADMICAL, n° 6, 2013.
- ANSA, Intérêt social et intérêt général de l'entreprise, n° 15-021, 2015-II, avr. 2015.
- ANSA, La modification des dispositions du code civil sur la capacité et la représentation a-t-elle un effet en droit des sociétés ?, n° 16-039, 2016-V, oct. 2016.
- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Lignes directrices, 10 juil. 2013.
- CATALA (P.) (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations, Rapp., 2005
- CLUB DES JURISTES (COMMISSION EUROPE), Vers une reconnaissance de l'intérêt de groupe dans l'union européenne ?, juin 2015.
- CNCC, Les conventions entre les entités et les personnes intéressées, mai 2004.
- COMMISSION EUROPÉENNE, COM(2012)0740, 12 déc. 2012, Plan d'action: droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise - un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises
- SAUVÉ (J.-M.) Comm. de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie

publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapp., 26 janv. 2011

CONSEIL D'ÉTAT, L'intérêt général, Rapp. 1999, La Documentation française.

CONSEIL D'ÉTAT, Les autorités administratives indépendantes, Rapp. 2001, La Documentation Française.

COUR DE CASSATION, La responsabilité, Rapp. 2002.

FORUM EUROPAEUM SUR LE DROIT DES GROUPES DE SOCIETES, Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe, Rev. sociétés 1999, p. 43

HAVAS PARIS, Actionnaires individuels français, cassons les idées reçues, nov. 2016.

INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, Report on the recognition of the interest of the group, oct. 2016.

INSEE PREMIÈRE, Les créations d'entreprises en 2016, 24 janv. 2017, n° 1631.

INSEE PREMIÈRE, Les pratiques environnementales des entreprises, nov. 2017, n° 1673,

INSTITUT MONTAIGNE, L'impossible État actionnaire, janv. 2017.

NOTAT (N.) et SENARD (J.-D.), L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Rapp., mars 2018.

OCDE, Principes de gouvernement d'entreprise du G20 et de l'OCDE, sept. 2015.

QUEINNEC (Y.), BOURDON (W.), Réguler les entreprises transnationales, Cahier de propositions, déc. 2010.

TERRÉ (F.) (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011.

VIENOT (dir.), Le conseil d'administration des sociétés cotées, juil. 1995.

V. Articles de presse

AMIOT (M.) et DUPONT-CALBO (J.), L'implacable essor de la sous-traitance automobile, 22 févr. 2016, Les Échos.

BADRE (B.) *et alia.*, Pour une économie de marché responsable, Le Monde, 17 nov. 2016, p. 23

BOUTAULT, Conseil d'administration et PDG: la consanguinité fait loi, Les Échos, 16 févr. 1993.

FRIEDMAN (M.), The Social responsibility of business is to increase its profits, New York Times Magazine, 13 sept. 1970.

MALECOT (D.), Ile-de-France : la Cour des comptes préconise la disparition des départements, Les Échos, 11 janv. 2018

VI. Jurisprudence

TC, 8 févr. 1873, « BLANCO » : D. 1873, 3, 20, concl. DAVID.

TC, 30 juil. 1873, « PELLETIER » : D. 1874, 3, 5, concl. DAVID.

Court of Appeal of England and Wales, 15 mars 1883, « HUTTON V WEST CORK RAILWAY CO » (1883) 23 Ch D 654.

Civ., 13 mai 1885 : D. 1885, I, p. 350.

Req., 23 févr. 1891.

Civ., 26 janv. 1897 : Bull. civ. 1897, n° 12.

TC, 9 déc. 1899, « ASSOCIATION SYNDICALE DU CANAL DE GIGNAC » : S. 1900, 3, 49, note M. HAURIOU.

TC, 2 déc. 1902, « SOCIÉTÉ IMMOBILIERE DE SAINT-JUST » : D. 1903, 3, 41, concl. ROMIEU.

Cass. ch. réun. 14 mars 1914 : inédit.

Req., 20 oct. 1920 : D. 1920, I, p. 161.

Req., 20 nov. 1922 : S., 1926, 1, 305, note H. ROUSSEAU.

CE, 30 mai 1930, « CHAMBRE SYNDICALE DU COMMERCE EN DETAIL DE NEVERS » : Rec. CE 1930, p. 583 ; RDP 1930, p. 530, concl. JOSSE.

CE, 27 févr. 1931, « GIACCARDI » : Rec. CE 1931, p. 225.

CE sect. 4 mars 1938, n° 55677, « CONSORTS LECLERC » : Rec. CE 1938, p. 229.

Civ. 1^e, 7 janv. 1946 : D. 1946, p. 132.

CE, 22 nov. 1946, n° 74725, « COMMUNE DE SAINT-PRIEST-LA-PLAINE » : Rec. CE 1946, p. 279.

CE, 4 mai 1949, « VILLE DE TOULON » : Rec. CE 1949, p. 197.

CE, ass. 7 juill. 1950, n° 01645, « DEHAENE » : Rec. CE 1950, p. 426 ; RDP 1950, p. 691, note M. WALINE.

CA Lyon, 30 oct. 1950.

T. com. Seine, 8 janv. 1952 : D. 1952, p. 192.

Civ. 2^e, 28 janv. 1954, n° 54-07.081 : Bull. 1954, II, n° 32 ; D. 1954, p. 217, note G. LEVASSEUR.

CE, 4 juin 1954 «ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION» : Rec. CE 1954, p. 337

Com., 17 janv. 1956 : D. 1956, p. 256, note R. HOUIN.

T. com. Roubaix, 26 sept. 1956.

Com., 18 avr. 1961 : Bull. 1961, IV, n° 175; D. 1961, p. 661.

Com. 19 nov. 1962 : Bull. 1962, III, n° 463.

Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11.569 : Bull. Ass. Plén. 1962, n° 2 ; RTD civ. 1963, p. 572, note G. CORNU.

Civ. 2^e, 27 nov. 1963 : Bull. 1963, II, n° 772.

CE, 23 juin 1965, n° 59876, « SOCIÉTÉ AÉRIENNE DE RECHERCHES MINIÈRES » : Rec. CE 965, p. 380.

CE, 16 nov. 1956, « UNION SYNDICALE DES INDUSTRIES AERONAUTIQUES » : Rec. CE 1956, p. 434 ; D. 1957, p. 38.

CA Paris 30 avr. 1959: D. 1960, p. 675, note J. CARBONNIER.

TC., 8 juil. 1963, « SOCIÉTÉ ENTREPRISE PEYROT », n° 01804 : D. 1963, p. 534, concl. LASRY.

CE, sect., 20 nov. 1964, n° 57435, « VILLE DE NANTERRE » : Rec. CE 1964, p. 562.

CA Paris, 22 mai 1965.

Com., 7 janv. 1969, n° 66-13.671 ; Bull. 1969, IV, n° 7.

Crim., 23 avr. 1970, n° 68-91.333 ; Bull. crim. 1970, n° 144.

Com., 27 avr. 1970, n° 68-13.731 : Bull. 1970, IV, n° 136.

CE, 29 avr. 1970, n° 77935 « SOCIÉTÉ UNIPAIN » : RDP 1970, p. 1423, note M. WALINE.

CE, sect., 23 déc. 1970, n° 79410, « COMMUNE DE MONTMAGNY » : Rec. CE 1970, p. 788.

Crim., 11 mars 1971, n° 70-91.840 : Bull. crim. 1971, n° 86.

Civ. 1^e, 30 mars 1971, n° 67-13.873 : Bull. 1971, I, n° 111.

CE, ass. 28 mai 1971, n° 78825 « VILLE NOUVELLE EST » : Rec. CE 1971, p. 409,; RDP 1972, p. 454, note M. WALINE.

CE, 20 juil. 1971, n° 80804, « VILLE DE SOCHAUX » : inédit.

Com., 10 janv. 1972, n° 70-11.161 : Bull. 1972, IV, n° 13.

Soc., 8 juin 1972, n° 71-12.860 : Bull. 1972, V, n° 418.

CJCE 14 juil. 1972, « IMPERIAL CHEMICAL INDUSTRIES LTD. C/ COMMISSION », aff. C-48/69 : Rec. CJCE p. 619.

Soc., 19 déc. 1972 n° 72-60.063 : Bull. 1972, V, n° 710.

Soc., 19 déc. 1972, n° 72-60.088 : Bull. 1972, V, n° 711.

Soc., 14 fév. 1973 : Bull. civ. V n° 82.

T. corr. Paris, 16 mai 1974 : D. 1974, p. 37 ; G. SOUSI, Intérêt du groupe et intérêt social, JCP CI 1976, II, 11816, p. 382.

T. com. Paris, 1er août 1974 : Rev. sociétés 1974, p. 685, note B. OPPETIT ; RTD com. 1974, p. 130, note R. HOUIN.

Civ. 3°, 18 févr. 1975, n° 73-13.840 : Bull. 1975, III, n° 64 ; D. 1975, p. 366, note Y. GUYON.

Soc., 14 juin 1978, n° 76-41.275 : Bull. civ. 1978, V, n° 464.

CE, 30 avr. 1980, n° 16253 : Rec. CE 1980.

Com., 22 mai 1981, n° 79-16.219 : Bull. 1981, IV, n° 221.

CE, 9 oct. 1981, n° 15553 : Rec. CE 1981.

CE., 7 nov. 1981, n° 16814 : Rec. CE 1981.

Com., 7 déc. 1981, n° 80-11.853 : Bull. 1981, IV, n° 425.

Com. 29 nov. 1982, n° 81-12.953 : Bull. 1982, IV, n° 377.

Com., 15 févr. 1983, n° 80-11.968 ; Bull. 1983, IV, n° 66.

Com. 15 févr. 1983, n° 82-10.782 ; Bull. 1983, IV, n° 67.

Com., 14 juin 1983, n° 81-15.619 : Bull. 1983, IV, n° 173.

Com., 7 juil. 1983, n° 82-12.721 : Bull. 1983, IV, n° 209.

CJCE, 25 oct. 1983, « ALLGEMEINE ELEKTRIZITÄTS-GESELLSCHAFT AEG-TELEFUNKEN AG C/ COMMISSION », aff. 107/82 : Rec. CJCE p. 3151 ; F. CHAPUT, L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, Contrats, conc. consom. 2010, ét. 1.

Com., 19 déc. 1983, n° 82-12.179 : Bull. 1983, IV, n° 353 ; Rev. sociétés 1985, p. 105, note D. SCHMIDT.

Supreme Court of Delaware, 1^{er} mars 1984, « ARONSON v. LEWIS », 473 A.2d 805 (Del. 1984).

CE, 27 juin 1984, n° 35030 : Rec. CE 1984.

CE, 28 sept. 1984, « CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES ARCHITECTES DE BOURGOGNE » : Rec. CE 1984, p 309.

Supreme Court of Delaware, 29 janv. 1985, « SMITH v. VAN GORKOM », 488 A.2d 858 (Del. 1985).

Crim., 4 févr. 1985, n° 84-91.581 : Bull. crim. 1985, n° 54 ; JCP E 1986, II, p. 85, note W. JEANDIDIER ; Rev. Sociétés 1985, p. 648, note B. BOULOC.

Com., 5 fév. 1985, n° 82-15.119 ; Bull. 1985, IV, n° 44 ; JCP E 1985, 14534, note A. VIANDIER.

CA Paris, 27 juin 1985.

Com., 2 juil. 1985 : Bull. Joly Sociétés 1986, p. 229, note. W. LE BRAS.

Com., 3 juin 1986, n° 85-12.118 : Bull. 1986, IV, n° 116.

Com., 28 avr. 1987, n° 85-16.956 : Bull. 1987, IV, n° 102.

Com., 19 mai 1987, n° 85-16.342 : inédit ; JCP E 1987, 16959, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Civ. 1^e, 22 juil. 1987, n° 85-13.907 : Bull. 1987, I, n° 258.

Civ. 1^e, 15 mars 1988, n° 85-18.312 : Bull. 1988, I, n° 75.

Com., 21 juin 1988, n° 86-14.062 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1988 p. 689, note P. LE CANNU.

Civ. 1^e, 6 juil. 1988, n° 86-11.153 : Bull. 1988, I, n° 227 ; RTD com. 1991, p. 465, note E. DU PONTAVICE.

CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87 : Rec. CJCE 1988, 5505.

CA Paris, 10 avr. 1989, n° 89/5398 : Bull. Joly Sociétés 1989, p. 529.

CA Reims, 24 avr. 1989 : JCP E 1990, II, n° 15677, note A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

Soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947 : Bull. civ. 1990, V, n° 20 ; Rev. sociétés 1990, p. 144, note R. VATINET.

T. com. Paris, ord. réf., 14 févr. 1990 : JCP E 1990, 15826, note A. VIANDIER.

CA Paris, 7 mars 1990, n° 90/3515.

CA Paris, 7 mars 1990, n° 89/22135

Com., 6 juin 1990, n° 88-19.420 : Bull. 1990, IV, n° 171 : Bull. Joly Sociétés 1990, p. 782, note P. LE CANNU ; D. 1992, p. 56, note J.-Y. CHOLEY-COMBE ; RTD com. 1990, p. 592, note Y. REINHARD ; Rev. sociétés 1990, p. 606 note Y. CHARTIER.

Com. ; 16 juin 1990, n° 89-14.092 : Bull. 1990, IV, n° 186.

CE, 17 oct. 1990, n° 83310, « LOISEAU » : Rec. CE 1990, p. 282.

Com., 18 déc. 1990 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 326, note B. SAINTOURENS.

Cons. nat. conc. 26 mars 1991, n° 91-D-12.

Soc., 17 avr. 1991, n° 89-17.993 : Bull. 1991, V, n° 206.

Crim., 23 avril 1991, n° 90-81.444 : Bull. Crim. 1991, n° 193.

CA Paris, 7 mai 1991 : Bull. Joly Sociétés 1991, p. 724, note M. JEANTIN.

Com. ; 28 mai 1991, n° 89-20.587 : Bull. 1991, IV, n° 182 ; Rev. sociétés 1991, p. 764, note Y. GUYON ; RTD civ. 1992, p. 103 note J. MESTRE

Soc., 26 juin 1991, n° 88-40.697 : Bull. 1991, V, n° 330 BJS 19910, p. 1024, note M. JEANTIN ; Bull. Joly Sociétés 1991, p. 1093, note M. GUENAIRE.

Com., 17 déc. 1991, n° 89-21.607 : inédit.

Soc., 22 janv. 1992, n° 87-44.284 : Bull. 1992, V, n° 23 ; Y. PAGNERRE, Regard historique sur le co-emploi, Dr. Social, 2016, p. 550.

CJCE, 10 mars 1992, aff. C-214/89 « POWELL DUFFRYN PLC » : Bull. Joly Sociétés 1992, p. 767, note J.-B. BLAISE.

Crim., 24 avril 1992, n° 90-85125 : Bull. crim, n° 169; Rev. sociétés 1993, p. 124, note B. BOULOC.

Com., 16 juin 1992, n° 90-17.237 : Bull. 1992, IV, n° 243 ; D. 1993, p. 508, note L. COLLET.

Com., 17 nov. 1992, n° 90-19.073 : Bull. 1992, IV, n° 364 ; Rev. sociétés 1993, p. 585 note P. DELEBECQUE.

Com., 9 mars 1993, n° 91-14.685 : Bull. 1993, IV, n° 101 ; JCP G 1993, 326, note Y. PACLOT

Soc., 2 janv. 1994, n° 92-41.137 ; Bull. 1994, V, n° 6.

Cons. const., 13 janv. 1994, n° 93-329 DC.

Com., 25 janv. 1994, n° 91-20.007: inédit ; RJDA 1994, n° 457.

Com., 29 mars 1994, n° 91-20.394 : Bull. 1994, IV, n° 138; Rev. sociétés 1994, p. 467, note M. PARIENTE.

Com., 17 mai 1994, n° 91-21.364 : Bull. 1994, IV, n° 183.

CA Besançon, 18 mai 1994 : Rev. sociétés 1995, p. 112, note Y. GUYON.

TA Paris, 25 mai 1994, n° 9204850/3 : S. RODRIGUES, Actualité du principe de spécialité des entreprises publiques, RFDA 1994, p. 1146.

CE, 7 juil. 1994, n° 356089, avis : RFDA 1994, p. 1156.

Civ. 1^e, 29 nov. 1994, n° 92-18.018 : Bull. 1994, I, n° 344 ; Rev. sociétés 1995, p. 318, note Y. GUYON.

Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 : Bull. 1994, IV, n° 384 : RJDA 1995, p. 200, note H. LE NABASQUE.

Com., 3 janv. 1995, n° 91-18.044 : inédit.

Com., 14 mars 1995, n° 93-13.845 : Bull. 1995, IV, n° 83 ; D. 1997, p. 52, note D. FERRIER.

CA Paris, 10 mai 1995, n° 93/10447 : Bull. Joly Sociétés 1995, 742, note M. JEANTIN.

CA Paris, 30 juin 1995 : JCP E 1996, p. 795, note J.-J. DAIGRE.

Com., 24 oct. 1995, n° 93-11.322 : inédit ; Dr. sociétés 1995, 238, note Y. CHAPUT.

Com., 27 févr. 1996, n° 94-11.241 : Bull. 1996, IV, n° 65 ; JCP E 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; D. 1996, p. 342, note J.-C. HALLOUIN.

Com., 12 mars 1996, n° 93-17.813 : Bull. 1996, IV, n° 86 ; JCP N 1996, 1515, note Y. PACLOT.

Com., 2 avr. 1996, n° 94-16.380 : Bull. 1996, IV, n° 113 ; Rev. sociétés 1996, p. 573, note C. GAVALDA.

Crim., 24 oct. 1996, n° 95-85.683 : inédit ; Rev. sociétés 1997, p. 373, note B. BOULOC ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 201, § 75, note J.-F. BARBIÈRI.

Com., 7 janv. 1997, n° 95-12.603 : Bull. 1997, IV, n° 6 ; Bull. Joly Sociétés 1997, p. 325, note P. LE CANNU ; D. 1997, p. 232, note J.-C. HALLOUIN ; Rev. sociétés 1997, p. 121, note Y. GUYON ; RTD Com. 1998, p. 629, note M.-H. MONSERIE

Com., 1^{er} avr. 1997, n° 94-18.912 : inédit ; D. 1998, p. 180, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 1997, p. 647, note B. PETIT et Y. REINHARD.

Crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 : Bull. crim. 1997, n° 352 : Bull. crim. 1997, n° 352 ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. BOULOC.

Com., 25 nov. 1997, n° 95-17.864 : inédit ; Rev. sociétés 1998, p. 586, note C. PORTERON.

CE, 1^{er} déc. 1997, n° 185200 : Rec. CE 1997, p. 453.

Com., 9 déc. 1997, n° 96-17.916 : Bull. 1997, IV, n° 332 : Rev. sociétés 1998, p. 561 note P. DELEBECQUE.

Com., 18 mai 1999, n° 96-19.235 : inédit.

Civ. 1^e, 15 juill. 1999, n° 97-13.303 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 1115, note A. COURET.

Crim., 29 sept. 1999, n° 98-81.796 : Bull. crim., 1999, n° 202 ; D. 2000, p. 125, note M. SEGONDS.

CE sect., 1^{er} oct. 1999, n° 170289 « ASSOCIATION JEUNE FRANCE » : Rec. CE 1999 ; D. 2000, p. 477, note J.-L. LENCLOS.

Soc., 20 oct. 1999, n° 98-60.398 : Bull. 1999, V, n° 391 ; C. MORIN, L'incompatibilité du groupe de société et l'unité économique et sociale, JCP E 2000. 980.

CA Paris, 27 oct. 1999, n° 1999/13848.

Crim., 16 nov. 1999 n° 96-85.723 : Bull. crim. 1999, n° 260 ; Gaz. Pal. 22 juin 2000, n° 174, p. 18, note J.-P. DOUCET.

Com., 8 févr. 2000, n° 97-19.283 : Bull. Joly Sociétés 2000, p. 661, note R. BAILLOD.

TC, 14 févr. 2000, n° 3170 : Rec. CE 2000, p. 748 ; AJDA 2000, p. 465, note M. GUYOMAR et P. COLLIN.

Com., 28 mars 2000, n° 96-19.260 : Bull. 2000, IV, n° 69.

CA Paris, 25 avril 2000, n° 1998/16203.

Com., 6 juin 2000, n° 96-21.134 : inédit.

Soc., 11 juil. 2000, n° 98-40.146 : inédit.

Com., 10 oct. 2000, n° 98-10.236 : inédit.

CE avis, 8 nov. 2000, n° 222208 : Rec. CE 2000.

CJCE, 16 nov. 2000, aff. C-286/98 : Rec. CJCE 2000, I-09925.

Civ. 3^e, 20 déc. 2000, n° 98-19.343 : Bull. 2000, III, n° 200.

Com., 6 fév. 2001, n° 98-15.129 : Bull. 2001, IV, n° 33 ; D. 2002, p. 81, note J.-P. SORTAIS.

Civ. 1^e, 6 mars 2001, n° 98-20.431 : Bull. 2001, I, n° 56 ; Contrats, conc. consom. 2001, n° 102, note L. LEVENEUR ; RTD civ. 2001, p. 589, note J. MESTRE et B. FAGES.

Com., 29 mai 2001, n° 98-16.201 : inédit.

CE, 29 juin 2001, n° 193716, « COMMUNE DE MONS-EN-BARŒUL » : AJDA 2002, p. 42, note Y. JEGOUZO.

Com., 17 juillet 2001, n° 98-18.438 : inédit.

CE, 26 sept. 2001, n° 219825, « SA ROCADIS » : Rec. CE 2001 ; BDCF. 2001, p. 145, concl. BACHELIER.

Soc., 15 janv. 2002, n° 00-60.256 : inédit.

Com., 19 févr. 2002, n° 98-20.578 : Bull. 2002, IV, n° 33 ; JCP E 2002, p. 1520, note P. PETEL ; Dr. et patr. juill.-août 2002, p. 104, obs. D. PORACCHIA.

Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-13.917 : Bull. 2002, I, n° 86

Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-17.209 : Bull. 2002, I, n° 86.

Civ. 1^e, 12 mars 2002, n° 99-15.598 : Bull ; 2002, I, n° 86.

Crim., 10 avr. 2002, n° 01-81.282 : inédit ; D. 2002, p. 2536.

Com., 18 juin 2002, n° 99-11.999 : Bull. 2002, IV, n° 108 ; D. 2002, p. 3264, note J.-C. HALLOUIN ; RTD com. 2002, p. 496, note J.-P. CHAZAL.

Soc., 25 juin 2002, n° 00-44.001 : Bull. 2002, V, n° 211 ; Dr. Soc. 2002, p. 1015, note F. DUQUESNE.

Civ. 1^e, 28 janv. 2003, n° 00-15.519 : Bull. 2003, I, n° 27 ; RTD com. 2003, p. 561, note B. BOULOC.

Com., 18 mars 2003, n° 00-20.041 : Bull. 2003, IV, n° 46.

Com., 23 avr. 2003, n° 01-11.664 : Bull. 2003, IV, n° 57 ; JCP E 2003, p. 2065, note D. MAINGUY.

Com., 10 déc. 2003, n° 02-13.449, inédit ; D. 2004, p. 2930, note J.-C. HALLOUIN ; Bull. Joly Sociétés 2004 p. 503, note J.-M. MOULIN.

Com., 12 mai 2004, n° 00-15.618 : Bull. 2004, IV, n° 94 ; RTD civ. 2004, p. 500, note J. MESTRE ; Rev. sociétés 2005, p. 140, note L. GODON.

Com., 23 juin 2004, n° 01-10.106 : Bull. 2004, IV, n° 134 ; LPA 10 mars 2005, p. 8, note J.-G. MAHINGA ; RTD com. 2004, p. 740, note C. CHAMPAUD et D. DANET ; Rev. sociétés 2005, note F.-X. LUCAS ; Bull. Joly Sociétés 2005, p. 296, note J. VALLANSAN.

Crim., 30 juin 2004, n° 03-87.427 : inédit ; RSC 2004, p. 895, note D. REBUT.

Soc., 13 juil. 2004, n° 03-60425 : Bull. 2004, V, n° 219.

CE, 15 juill. 2004, n° 248558, « CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS » : inédit.

Com., 21 sept. 2004, n° 01-00.866 : inédit ; RJDA 2005, n° 147.

CE, 6 oct. 2004, n° 260898 « SOCIETE TF1 » : Rec. CE 2004 ; Rev. sociétés 2005, p. 158, concl. CHAUVAUX, note P. LE CANNU.

Com., 8 févr. 2005, n° 01-14.292 : inédit.

Com., 8 mars 2005, n° 02-17.692 : Bull. 2005, IV, n° 47.

Com., 19 avr. 2005, n° 05-10.094: Bull. 2005, IV, n° 92 - Com. 16 déc. 2014, n° 13-24.161 : Bull. 2014, IV, n° 190 ; D. 2015, p. 70 ; Gaz. Pal. 22 janv. 2015, p. 13, RLDA 2015, 5448, note M. DE MONTAIGNE ; Rev. sociétés 2015, 202, note L. C. Henry.

Com., 21 juin 2005, n° 04-12.087 : Bull. 2005, IV, n° 134.

Soc., 12 juil. 2005, n° 03-45.394 : Bull. 2005, V, n° 244 ; Dr. social 2005, p. 1045, note J. SAVATIER.

Civ. 1^e, 25 oct. 2005, n° 03-20.382 : Bull. 2005, I, n° 388 ; D. 2006, p. 79, note P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS.

Com., 17 janv. 2006, n° 04-14.108 : inédit.

Soc., 25 janv. 2006, n° 04-60.234: Bull. 2006, V, n° 34; Dr. soc. 2006, p. 468, note J. SAVATIER.

Civ. 2^e, 8 févr. 2006, n° 05-14.198 : Bull. 2006, II, n° 44.

Com., 26 févr. 2006, n° 04-17.556 ; inédit : Dr. sociétés 2006, comm. 75, H. HOVASSE.

CE, 6 mars 2006, n° 281034, « SOCIÉTÉ DISVALOR » : Rec. CE 2006 ; Dr. Fisc. 200, comm. 490, note J.-L. ROSSIGNOL.

Civ. 1^e, 3 mai 2006, n° 03-18.229 : Bull. 2006, I, n° 206 ; D. 2006, p. 2037, note K. RODRIGUEZ, RTD Com 2006, p. 619, note L. GROSCLAUDE.

Com., 27 juin 2006, n° 04-15.831 : Bull. 2006, IV, n° 151 ; D. 2006, p. 2534, note R DAMMANN ; Rev. sociétés 2006, p. 900, note D. PORACCHIA ; RTD com. 2006, p. 892, note D. LEGEAIS.

Ass. plén., 9 oct. 2006, n° 06-11.056 : Bull. Ass. Plén. 2006, n° 11 ; JCP G 2006, p. 2009-2012, note T. BONNEAU ; D. 2006, p. 2525, note X. DELPECH ; RTD civ. 2007, p. 145, note P.-Y. GAUTIER.

Civ. 3^e, 25 oct. 2006, n° 05-15.393: Bull. 2006, III, n° 210 ; D. 2006, p. 2792.

Com., 28 nov. 2006, n° 04-17.486 : Bull. 2006, IV, n° 235.

CA Orléans, 7 déc. 2006, n° 06/00643.

Com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463 : Bull. 2007, IV, n° 20 ; D. 2007, p. 1317, note C. CATHIARD ; RTD com. 200, p. 558, note J. GROSCLAUDE ; RTD civ. 2007. 343, note J. MESTRE et B. FAGES.

Com., 20 févr. 2007, n° 05-18.444 : Bull. 2007, IV, n° 57 ; RTD com. 2007, p. 590, note B. BOULOC.

CA Lyon, 15 mars 2007 : Contrats, conc., consom. 2008, n° 11, note N. MATHEY.

CA Paris, 10 mai 2007: RJ com 2007, p. 424, note S. LEBRETON-DERRIEN.

Com., 26 juin 2007, n° 06-20.820 : Bull. 2007, IV, n° 277 ; D. 2007, p. 2764, note M.-L. BELAVAL ; D. 2008, p. 570, note F.-X. LUCAS; Gaz. Pal. 26-27 oct. 2007, p. 21, note C. LEBEL; Dr. et patr. juill.-août 2008, p. 103, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

CE., 6 juil. 2007, n° 283319, « SOCIETE 2003 PRODUCTIONS » : Rec. CE 2007 ; Rev. sociétés 2008, p. 104, note P. LE CANNU.

CE., 10 juil. 2007, n° 284785 « SOCIÉTÉ PAPILLON » : Rec. CE 2007 ; Dr. Fisc. 2007, n° 42, comm. 916, note J.-L. PIERRE

Civ. 3^e, 3 oct. 2007, n° 06-16.716: Bull. 2007, III, n° 165 ; JCP G 2008, I., p. 127, note H. PÉRINET-MARQUET.

Soc., 4 oct. 2007, n° 06-44.486 : inédit.

Civ. 1^e, 8 nov. 2007, n° 04-17.893, Bull. 2007, I, n° 345 — RTD com. 2008, p. 141, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON.

Soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239 : Bull. 2007, V, n° 188 ; Dr. soc. 2008, p. 129, note J. SAVATIER ; RDT 2008, p. 103, note Y. CHAGNY.

Com., 23 octobre 2007, n° 06-16.537 : Bull. 2007, IV, n° 225 ; Rev. sociétés 2007, p. 814, note P. LE CANNU.

Com., 13 nov. 2007, n° 06-15.826 : inédit ; Dr. Sociétés 2008, n° 32, note H. HOVASSE ; JCP E 2008, 1280, note J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

Civ. 1^e, 5 mars 2008, n° 07-11.667 : Bull. 2008, I, n° 69.

Com., 6 mai 2008, n° 07-12.251: Bull. 2008, IV, n° 96.

CAA Marseille, 13 mai 2008, « SOCIETE SOTRAPE SUD », n° 05MA02395.

Civ. 1^e, 15 mai 2008, n° 07-17.645 : Bull. 2008, I, n° 131 ; RTD Civ. 2008, p. 515, note T. REVET.

Com., 20 mai 2008, n° 07-13.202 : Bull. 2008, IV, n° 104; Rev. sociétés 2008, p. 620, note B. DONDERO.

Com., 3 juin 2008, n° 07-11.785 : inédit.

CJUE, 27 nov. 2008, C-418/07, « SOCIETE PAPILLON » : RJF 2009, n° 180.

Soc., 16 déc. 2008, n° 07-43.875 : Bull. 2008, V, n° 255 ; D. 2009 p. 986, note F. PETIT ; Rev. trav. 2009, p. 228, note B. LARDY-PELISSIER ; Dr. social 2009, p. 500, note J. SAVATIER.

Civ. 1^e, 5 mars 2009, n° 08-11.643 : inédit ; RTD Com. 2009 p. 751, note C. CHAMPAUD et D. DANET.

Com., 4 juin 2009, n° 08-12.805 : Bull. 2009, IV, n° 135 ; Dr. sociétés 2009, comm. 156, note R. MORTIER ; Rev. Sociétés 2009, p. 846, note J.-F. BARBIÈRI.

Com., 7 juill. 2009, n° 08-17.753 : inédit.

CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97/08 : Rec. CJCE 2009, I-08237 ; Bull. Joly Sociétés, 2010, p. 69, note C. PRIESTO.

Com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200 : Bull. 2009, IV, n° 110 ; RTD Com. 2009 p. 799, note B. BOULOC.

Soc., 18 nov. 2009, n° 08-41.243 : Bull. 2009, V, n° 257.

Civ. 3^e, 16 déc. 2009, n° 09-10.209 : Bull. 2009, III, n° 287.

Com., 30 mars 2010, n° 08-17.841 : Bull. civ. 2010, IV n° 69 ; D. 2010, p. 1678, note B. DONDERO ; Rev. sociétés 2010, p. 304, note P. LE CANNU.

Com., 26 mai 2010, n° 09-66.615, inédit.

Civ. 3^e, 8 juin 2010, n° 09-66.802 : Bull. civ. III, n° 113.

Soc., 28 sept. 2010, n° 09-41.243 : inédit.

Soc., 18 janv. 2011, n° 09-69.199 : Bull., 2011, V, n° 23 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, note A. COURET ; RDT 2011, p. 634, note G. AUZERO.

CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-90/09 : Rec. CJUE 2011, I-00001 ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 318, note G. DECOCQ.

Soc., 1^{er} février 2011, n° 10-30.045 : Bull. 2011, V, n° 42 ; Rev. sociétés 2011, p. 154, note A. COURET.

Com., 8 févr. 2011, n° 10-11.788 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 288, note F.-X. Lucas ; JCP E 2011, 1367, note B. DONDERO.

CE, 27 avr. 2011, n° 327764, « Société LEGEPS » : Rec. CE 2011, p. 760.

Com., 31 mai 2011, n° 09-13.975 : Bull. civ. 2011, IV, n° 87.

Civ. 2^e, 9 juin 2011, n° 10-19.241 : Bull. 2011, II, n° 129 ; D. 2011, p. 2188, note F. JULIENNE.

Civ. 3^e, 5 oct. 2011, n° 09-70.571 : inédit ; Rev. sociétés 2011, p. 691, note S. PREVOST.

Com., 8 nov. 2011, n° 10-24.438 : inédit ; Rev sociétés 2012, p. 238, note A. VIANDIER.

Com., 15 nov. 2011, n° 10-15.049 : Bull. 2011, IV, n° 188 ; JCP E 2011, 1893, note A. COURET et B. DONDERO ; Dr. sociétés 2012, comm 24, note M. ROUSSILLE ; Rev. sociétés 2012, p. 292, note L. GODON ; RTD com. 2012, p. 134, note A. CONSTANTIN.

CA Poitiers, 24 janv. 2012, n° 11/01571.

Com. 21 févr. 2012, n° 10-27.630 : Bull. 2012, IV, n° 49 ; Bull. Joly Sociétés 2012, p. 472, note B. DONDERO.

Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366 : inédit ; JCP E 2012, 1443, note F. BUY.

Com., 15 mai 2012, n° 11-30.192 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 88, note B. DONDERO.

Com., 26 juin 2012, n° 11-21.991 ; inédit.

Com., 3 juil. 2012, n° 11-18.026 : Bull. 2012, IV, n° 146 ; D. 2012, p. 2212, note R. DAMMANN et S. FRANÇOIS.

Civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-17.948 : Bull. 2012, III, n° 121 ; Rev. sociétés 2013, p. 16, note A. VIANDIER ; D. 2013, p. 1706, note P. CROCQ.

Soc., 12 sept. 2012, n° 11-12.351 : inédit ; Bull. Joly Sociétés, 2012, p. 464.

CA Versailles, 20 sept. 2012, n° 11/05426.

Com., 25 sept. 2012, n° 11-20.061 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 152, note A. COURET.

Com., 23 oct. 2012, n° 11-23.867 ; inédit.

CE, 21 nov. 2012, n° 348864 « PRICEWATERHOUSECOOPERS AUDIT » : inédit.

CA Paris 4 déc. 2012, n° 11/15313 : RTD com. 2013, 94, note B. DONDERO et P. LE CANNU.

Com., 18 déc. 2012, n° 11-27.745 ; Bull. 2012, IV, n° 230 ; D. 2013, p. 2242, note V. BRÉMOND ; Rev. sociétés 2013, p. 203, note H. LE NABASQUE ; RTD com. 2013, p. 165, note P. NEAU-LEDUC.

Com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 : Bull. 2012, IV, n° 233 ; Rev. sociétés 2013, p. 362, note T. MASSART ; D. 2013, p. 288, note T. FAVARIO ; RTD com. 2013, p. 90, note B. DONDERO.

Com., 15 janv. 2013, n° 11-28.510 ; inédit.

Com., 12 févr. 2013, n° 11-23.610 : inédit.

Com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721, inédit ; JCP G 2013, p. 563, note S. SCHILLER.

Com., 19 mars 2013, n° 12-16.910 : inédit

Com., 19 mars 2013, n° 12-14.407 : inédit ; Rev. sociétés 2013, p. 358, note S. PREVOST

Com., 14 mai 2013, n° 11-22.845 : Bull. 2013, IV, n° 80 ; D. 2013, p. 2319, note B. DONDERO.

Crim., 19 juin 2013, n° 12-83.031 : Bull. crim. 2013, n° 145 ; H. MATSOPOULOU, RSC 2013, p. 813.

TA Montreuil, 4 juil. 2013, « SAFRAN », n° 1107078.

Com., 9 juil. 2013, n° 12-20.468 : Bull. 2013, IV, n° 115 ; Contrats, conc. consom. 2013, comm. 209, note N. MATHEY.

Com., 9 juil. 2013, n° 11-27.235 : Bull. 2013, IV, n° 123.

Com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509 : Bull. 2013, IV, n° 130 ; JCP E 2013, 1652, note F. DUQUESNE.

Com., 10 sept. 2013, n° 12-23.888 : Bull. 2013, IV, n° 131 ; Dr. sociétés 2014, comm. 3, note R. MORTIER.

CA Paris, 17 sept. 2013, n° 12/02203 : Rev. sociétés 2014, p. 297, note C. TABOUROT-HYEST.

Soc., 25 sept. 2013, n° 12-14.353 : inédit.

Com., 8 oct. 2013, n° 12-25.787 : inédit ; Rev. Sociétés, 2014, p. 233, note T. MASSART.

Soc., 14 nov. 2013, n° 13-12.712 : Bull. 2013, V, n° 266 ; Rev. trav. 2014, p. 276, note I. ODOUL-ASOREY ; Dr. Soc. 2014, p. 186, note F. PETIT.

Crim., 27 nov. 2013, n° 12-84.804 : inédit ; RTD Com. 2014 p. 203, note B. BOULOC.

Com., 3 déc. 2013, n° 12-22.213 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 186, note E. MOUIAL-BASSILANA.

Civ. 3^e, 29 janv. 2014, n° 12-29.972 ; inédit.

Soc., 29 janv. 2014, n° 12-22.116 : Bull. 2014, V, n° 35 ; JCP S 2014, 1225, note S. SCHILLER et J.-M. LEPRÊTRE.

Com., 4 févr. 2014, n° 12-29.348 : Bull. 2014, IV, n° 31 ; Rev. sociétés 2014, p. 426, note B. SAINTOURENS.

Com., 4 févr. 2014, n° 13-10.778 : inédit.

Com., 4 févr. 2014, n° 12-23.894 : inédit ; Rev. sociétés 2014, p. 373, note A. REYGROBELLET.

Com., 11 fév. 2014, n° 13-12.270 : inédit.

Crim., 5 mars 2014, n° 13-80.350 : inédit ; JCP E 2015, 1070, chronique F.-G. TREBULLE.

Civ. 3e, 12 mars 2014, n° 13-14.374 : Bull. 2014, III, n° 39 ; Rev. sociétés 2014, p. 391, note J.-F. BARBIÈRI.

Civ. 2e, 20 mars 2014, n° 12-29.913 : Bull. 2006, II, n° 74.

Soc., 26 mars 2014, n° 13-22.006 : inédit ; G. LOISEAU et A. MARTINON, L'UES, une quasi entreprise ?, Cah. Soc. 2014, p. 277.

Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-13.744 : inédit.

CA Paris, 30 avr. 2014, n° 13/22911.

Com., 6 mai 2014, n° 13-17.349 : inédit ; RTD civ. 2014, p. 642, note H. BARBIER ; Rev. sociétés 2015, p. 36, note M. MICHINEAU.

Com., 6 mai 2014, n° 13-11.427 : Bull. 2014, IV, n° 77.

Com., 6 mai 2014, n° 13-14.960 : inédit ; D. 2014, p. 1485, note B. DONDERO.

Com., 20 mai 2014, n° 13-16.398 : Bull. 2014, IV, n° 89 ; AJ Contrats 2014, p. 240, note M. NEZAM.

Com., 20 mai 2014, n° 12-26.705 : Bull. 2014, IV, n° 90 ; Rev. crit. DIP 2014, p. 832 note O. BOSKOVIC.

CE sect. 11 juin 2014, n° 363168, « Société FRALSEN HOLDING » : inédit.

CJUE, 12 juin 2014, C-39/14 et a. « SCA GROUP HOLDING BV » : Dr. fiscal n° 2014, comm. 524, note R. SCHNEIDER.

CAA Nancy, 23 juin 2014, n° 14NC00528 : R. DAMMANN et B. GALLO, La loi de sécurisation de l'emploi et le droit des procédures collectives ne font pas bon ménage, Bull. Joly Entr. 2014, p. 281.

Com., 24 juin 2014, n° 13-20.044 : inédit.

Soc., 24 juin 2014, n° 13-11.593 : Bull. 2014, V, n° 153.

CA Versailles, 1^{er} juil. 2014, n° 12/07800 ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 692, note T. MASSART ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 61, note D. PORACCHIA

Soc., 2 juil. 2014, n° 13-15.208 : Bull. 2014, V, n° 159 ; D. 2014, p. 1502 ; JCP S 2014, act. 264 ; JCP G 2014, 848, note G. DESSUS-LE-MOUSTIER ; Gaz. Pal., 17 juil. 2014, p. 26 ; Cah. soc. 2014, p. 511, note J. ICARD ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 394, note N. PELLETIER ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 418, note F.-X. LUCAS ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM.

Soc., 8 juil. 2014, n° 13-15.573 : Bull. 2014, V, n° 180 ; D. 2014 p. 1552 ; Rev. sociétés 2014, p. 709, note A. COURET et M.-P. SCHRAMM ; Cah. soc. 2014, p. 511, note J. ICARD ; Bull. Joly Sociétés 2014, p. 398, note E. MOUIAI-BASSILANA.

Cons. const., 12 sept. 2014, n° 2014-415 QPC.

Com., 23 sept. 2014, n° 13-17.347 : Bull. 2014, IV, n° 142.

Soc., 29 sept. 2014, n° 13-13.661 : Bull. 2014, V, n° 209 ; Rev. trav. 2014, p. 762, note N. MOIZARD.

Com., 7 oct. 2014, n° 13-19.692 : inédit ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 8, note N. MATHEY.

Com., 21 oct. 2014, n° 13-16.602 : Bull. 2014, IV, n° 152; RLDA. 2014, 5381 ; Bull. Joly 2015, p. 16, note J-F. BARBIÈRI ; RTD Com. 2015, p. 84, note E. CLAUDEL.

Com., 4 nov. 2014, n° 13-23.070 : Bull. 2014, IV, n° 164.

Trib. UE, 3e ch., 27 nov. 2014, « ALSTOM C/ COMMISSION » aff. T-517/09.

Civ. 3^e, 9 déc. 2014, n° 13-25.219 : inédit.

Com., 6 janv. 2015, n° 13-21.305 : Bull. 2015, IV, n° 1 ; D. 2015, p. 156 ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI.

Com., 20 janv. 2015, n° 13-27.189 : inédit ; Rev. sociétés 2015, 242, note J.-F. BARBIÈRI ; Gaz. Pal. 12 mai 2015, p. 19, note B. DONDERO ; Dr. Sociétés 2015, comm. 71, note M. ROUSSILLE.

CE, 23 janv. 2015, n° 369214, « SAS ROTTAPHARM » : Dr. sociétés 2015, comm. 101 note J.-L. PIERRE.

Com., 3 fév. 2015, n° 13-24.895 : Bull. 2015, IV, n° 14 ; D. 2015, p. 374 ; Gaz. Pal., 12 mai 2015, p. 27, note J.-M. MOULIN ; JCP E 2015, 1159, note B. DONDERO ; LEDC 2015, n° 4, p. 7, note M. CAFFIN-MOI ; RDC 2016, p. 35, note R. LIBCHABER.

Com., 10 févr. 2015, n° 14-11.760 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 234, note F. DANOS ; Bull. Joly Sociétés., p. 260, note P. DUPICHOT ; Gaz. Pal. 28 juil. 2015 p. 26 note J.-M. MOULIN.

Com., 10 févr. 2015, n° 13-27.967 : inédit ; JCP E 2015, 1463, note B. DONDERO.

Com., 3 mars 2015, n° 14-11.840 : inédit ; Dr. Sociétés 2015, comm. 90, note D. GALLOIS-COCHET.

Com., 3 mars 2015, n° 13-25-237 : inédit ; Dr. sociétés 2015, comm. 103, note R. MORTIER ; Rev. sociétés 2015, p. 585, note B. SAINTOURENS.

TC., 9 mars 2015, n° 3984, « SOCIÉTÉ AUTOROUTES DU SUD DE LA FRANCE » : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 110, note P. DEVILLERS ; JCP A 2015, 2539, note J. MARTIN.

Com., 10 mars 2015, n° 12-16.956 : Bull. 2015, IV, n° 44 ; Bull. Joly Entr., p. 249, note T. FAVARIO.

Com., 17 mars 2015, n° 13-14.113 ; inédit.

CA Paris, 17 mars 2015, n° 14/07179 : Dr. Sociétés 2015, comm. 132, note D. GALLOIS-COCHET ; Rev. sociétés 2015, p. 588, note A. LECOURT.

Civ. 2^e, 2 avril 2015, n° 14-14.528 : Bull. 2015, II, n° 84 ; Gaz. Pal. 16 avr. 2015, p. 26.

Com., 14 avr. 2015, n° 13-28.377 : inédit.

Civ. 3^e, 6 mai 2015, n° 14-15.222 : Bull. 2015, III, n° 42.

Com., 12 mai 2015, n° 13-28.504: Bull. 2015, IV, n° 80; D. 2015, 1096, note A. LIENHARD ; LEDC n° 6, p. 7, note M. CAFFIN-MOI ; RLDA 2015, 5651, note S. SOLTANI ; Rev. sociétés 2015, p. 515, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 29 sept. 2015, p. 9, note A.-F. ZATTARA-GROS ; RTD Com 2015, p. 663, note P. CROCQ ; RLDC 2015, 5972, note R. DALMAU.

Com., 12 mai 2015, n° 13-27.716 : inédit ; Dr. sociétés 2015, comm. 163, note R. MORTIER.

Com., 19 mai 2015, n° 14-10.348 : inédit ; Gaz. Pal. 28 juil. 2015, p. 23, note. B. DONDERO.

Com., 2 juin 2015, n° 13-24.714 : Bull. 2015, IV ; RLDA 2015, 5658, note M. DE MONTAIGNE ; Gaz. Pal. 21 juil. 2015, p. 28, note C. GAILHBAUD ; Bull. Joly Entr. 2015, p. 269, note P.-M. LE CORRE ; Cah. soc. 2015, p. 494, note J. ICARD.

CA Lyon, 11 juin 2015, n° 14/02049.

Com., 16 juin 2015, n° 14-10.187 : Bull. 2015, IV ; Rev. sociétés 2015, p. 545, note P. ROUSSEL-GALLE ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, p. 29, note F. REILLE.

Com., 23 juin 2015, n° 14-16.065 ; inédit.

Com., 30 juin 2015, n° 14-15.984 : Bull. 2015, IV, n° 833 ; Rev. sociétés 2015, 546, note Ph. ROUSSEL GALLE ; LEDED 2015, n° 8, p. 4, note N. BORGA ; Act. proc. coll. 2015-13, alerte 211 ; Bull. Joly Entr. 2015, p. 307, note T. FAVARIO ; Gaz. Pal. 20 oct. 2015, p. 35, note T. MONTÉLAN ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 598, note E. MOUIAL BASSILANA.

Civ. 3^e, 8 juil. 2015, n° 13-14.348 : Bull. 2015, III, n° 834 ; LEDC oct. 2015, p. 6, note M. CAFFIN-MOI ; RTD Com. 2015, p. 533, note A. CONSTANTIN ; Rev. sociétés 2016, p. 169, note E. SCHLUMBERGER.

Civ. 3^e, 15 sept. 2015, n° 14-21.348 : inédit ; Rev. sociétés 2015, p. 744, note A. VIANDIER ; Gaz. Pal. 1er déc. 2015, p. 17, note B. DONDERO ; Gaz. Pal. 10 déc. 2015, p. 16, note M.-P. DUMONT-LEFRAND.

Com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275 ; inédit; Dr. Sociétés 2016, comm. 8, note D. GALLOIS-COCHET.

Com., 29 sept. 2015, n° 14-17.343 : inédit ; JCP E 2016, 1341, note Y. PACLOT.

Com., 6 oct. 2015, n° 14-19.499 : Bull. 2015, IV ; Rev. sociétés 2016 p., 519, note J.-B. TAP.

CAA Nancy, 27 oct. 2015, « SOCIETE COGEST », n° 15NC00242.

Com., 10 nov. 2015, n° 14-20.301 : inédit ; Dr. Sociétés 2016, comm. 12, note M. ROUSSILLE.

Civ. 3^e, 12 nov. 2015, n° 14-23.716 : inédit ; Rev. Sociétés 2016, p. 526, note E. SCHLUMBERGER.

Soc., 10 déc. 2015, n° 14-19.316 : Bull. 2015, V ; D. 2016, p. 16 ; LEDC 2016, p. 1, note F.-X. LUCAS.

Civ. 1^e, 3 févr. 2016, n° 14-25.695 : Bull. 2016, I, n° 893.

CE, 15 févr. 2016, n° 376739, « SNC PHARMACIE SAINT-GAUDINOISE » : Rec. CE 2016, tables.

CA Paris, 23 févr. 2016 n° 14/24308 : Dr. Sociétés 2016, comm. 125, note D. GALLOIS-COCHET.

Com., 3 mars 2015, n° 14-12.036 : inédit ; Bull. Joly Sociétés 2015, p. 286, note D. PORACCHIA.

CA Paris, 22 mars 2016, n° 15/14846.

Com., 5 juil. 2016, n° 14-23.904 : inédit ; Rev. sociétés 2016, p. 601, note D. SCHMIDT.

CE sect., 13 juil. 2016, n° 375801, « SA MONTE PASCHI BANQUE » : Dr. fisc. 2016, p. 404, note O. FOUQUET.

Crim., 27 sept. 2016, n° 14-29.278 : Bull. crim. 2016 ; Rev. sociétés 2017, p. 104, note B. BOULOC.

Crim., 28 sept. 2016, n° 15-85.049 : inédit ; Rev. sociétés 2017, p. 511, note B. BOULOC.

Civ. 3^e, 13 oct. 2016, ° 15-22.824 : inédit ; Rev. sociétés 2017, p. 98, note P. PISONI.

Com., 2 nov. 2016, n° 16-10.363 : inédit ; Dr. et patr. mai 2017, p. 90, obs. A. AYNES ; Banque et Droit janv.-févr. 2017, p. 63, obs. N. RONTCHEVSKY ; D. 2017, p. 1996, note P. CROCQ.

Com., 11 janv. 2017, n° 14-27.052 : inédit.

Civ. 3^e, 23 févr. 2017, n° 15-28.792 : inédit.

Soc., 7 mars 2017, n° 15-16.865 : Bull. 2017, V ; Rev. sociétés 2018, p. 58, note E. SCHLUMBERGER.

Com., 15 mars 2017, n° 15-12.742 : Bull. 2017, IV ; RTD Com. 2017, p. 389, note A. LECOURT.

Com., 15 mars 2017, n° 15-14.419 : inédit ; Rev. Sociétés 2017, p. 485, note T. MASSART.

Com., 20 avr. 2017, n° 15 23.600: inédit.

Crim., 20 avril 2017, n° 16-80.091 : Bull. crim. 2017 ; D. 2017, p. 1459, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

Com., 26 avr. 2017, n° 15-12.560 : inédit.

Soc., 17 mai 2017, n° 15-27.766 : inédit.

Civ. 3^e, 18 mai 2017, n° 16-14.750 : inédit ; Rev. sociétés 2017 p. 711, note T. DE RAVEL D'ESCLAPON.

Soc., 5 juil. 2017, n° 16-15.623 : Bull. 2017, V ; Dr. soc. 2017, 882, obs. J. MOULY.

Soc., 13 juill. 2017, n° 16-13.699 : inédit.

Com., 13 sept. 2017, n° 16-12.479 : Bull. 2017, IV ; RTD Com. 2017, p. 925, note A. LECOURT.

Com., 13 septembre 2017, n° 16-13.674 : Bull. 2017, IV.

Civ. 3^e, 14 sept. 2017, n° 16-20.160 : inédit.

Com., 18 oct. 2017, 16-19.120 : Bull. 2017, IV.

Com., 7 mars 2018, n° 16-10.727 : inédit.

Soc., 24 mai 2018, n° 16-22.881 : Bull. 2018, V ; JCP E 2018, 1434, note J. GRANGÉ, F. AUBONNET et F. TERRROUX-SFAR.

Soc., 24 mai 2018, n° 17-15.630 : Bull. 2018, V ; D. 2018, p. 1150.

CE ass., 14 juin 2018, n° 394.599 et 395.021, avis.

Civ. 3^e, 21 juin 2018, n° 17-13.212 : Bull. 2018, IV.

INDEX

Les nombres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

ABUS

- **de biens sociaux** : 186 (généralités) ; 367 (groupe de sociétés) ; 384 (communauté d'intérêts).
- **de confiance** : 187.
- **du droit de vote** : 170 (nullité des actes et délibérations) ; 182 (responsabilité civile).
- **de majorité** : 110 et s. (acte inutile pour la société) ; 130 (dissolution de la société) ; 182 (responsabilité civile).
- **de minorité** : 182 (responsabilité civile).

ACTE ANORMAL DE GESTION : 368 et s.

ADMINISTRATION PROVISOIRE : 144 et s.

ADMINISTRATEUR INDÉPENDANT : 360.

ALERTE : 158 et s.

ANALOGIE (RAISONNEMENT PAR) : 7 (principe) ; 8 (limites) ; 89 (intérêt social et intérêt personnel).

APPARENCE (THÉORIE DE L') : 320.

ASSOCIATION : 269 et s. (généralités) ; 269 (association et groupe).

AUTONOMIE JURIDIQUE : 4 (principe d'autonomie juridique) ; 32 (avantages de l'autonomie juridique) ; 52 (autonomie juridique et autonomie de la volonté) ; 53 (autonomie juridique et autonomie du patrimoine) ; 314 et s. (vigueur du principe d'autonomie juridique) ; 318 (dérogations à l'autonomie juridique au sein d'un groupe) ; 383 et s. (autonomie juridique et

communauté d'intérêts).

AUTORITÉ PUBLIQUE INDÉPENDANTE : 31.

B

BANQUEROUTE : 188.

BUSINESS JUDGEMENT RULE : 114.

C

CAPITAL : V. GROUPE.

CAPACITÉ : 62 (généralités) ; 71 et s. (capacité limitée à la spécialité).

CO-EMPLOI : 321.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES : 65 et s.

COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS : 373 et s. (notion) ; 375 et s. (effet) ; 380 et s. (au sein d'un groupe).

COMPÉTENCE : 62 (généralités) ; 64 (compétence de l'État) ; 67 et s. (clause de compétence générale).

CONFLIT D'INTÉRÊTS : 350 et s. (définition) ; 352 et s ; (traitement du conflit d'intérêts au sein d'un groupe).

CONSOLIDATION COMPTABLE : 235 et s.

CONTRAT : V. GROUPE.

CONTRÔLE : 211 (reconnaissance du groupe capitalistique en présence d'un contrôle) ; 213 et s. (définitions matricielles) ; 249 (reconnaissance du groupe contractuel en présence d'un contrôle).

CONVENTIONS RÉGLEMENTÉES : 361.

D

DILIGENCE : 302 et s.

DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ : 127 (dissolution anticipée) ; 133 (dissolution pour justes motifs).

DIRECTION DE LA PERSONNE MORALE : 297 et s.

DROIT À L'ERREUR : 114.

DROITS SUBJECTIFS : 46 et s.

E

ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE : 82 (dépassement de la finalité de la société) ; 99 et s. (généralités).

ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE : 56.

ENTREPRISE : 82 (entreprise à mission) ; 107 (doctrine de l'entreprise) ; 332 et s. (notions d'entreprise) ; 339 (concept d'entreprise) ; 342 et s. (absence de personnalité juridique de l'entreprise).

ÉTABLISSEMENT PUBLIC : 38 et s. (généralités) ; 84 (activités économiques).

ÉTAT : 17 (personnalité morale) ; 64 (finalité).

EXCLUSION (DE L'ASSOCIÉ) : 196 et s.

EXPERTISE : 153 (expertise de gestion) ; 154 (mesures d'instruction *in futurum*).

EXTENSION (DE PROCÉDURE COLLECTIVE) : 326 et s.

F

FAUTE DE GESTION : 175 (généralités) ; 363 (remède à la violation de l'intérêt personnel au sein d'un groupe).

FÉDÉRATION : 270.

FICTION (DE LA PERSONNE MORALE) : 28 et s. (généralités) ; 229 et s. (absence de personnalité morale du groupe).

FINALITÉ (DE LA PERSONNE MORALE) : 11 (lien avec la personnalité morale) ; 12 (origine) 13 et s. (théorie de la réalité) ; 28 et s. (théorie de la fiction) ; 64 (État et intérêt général) ; 65 et s. (collectivités territoriales et intérêt public local) ; 71 et s. (spécialité légale et statutaire) ; 81 et s. (dépassement).

G

GROUPE : 5 (concept de groupe) ; 203 (absence de personnalité juridique) ; 206 et s. (en l'absence de contrôle capitalistique) ; 211 et s. (en présence d'un contrôle capitalistique) ; 217 (consolidation comptable) ; 219 (contrôle des concentrations) ; 221 et s. (institutions représentatives du personnel) ; 241 et s. (en présence d'un contrat) ; 310 (autonomie juridique des personnes morales composant le) ; 330 et s. (entreprise).

GROUPEMENT : 58 (généralités) ; 59 et s. (absence d'intérêt personnel en l'absence de personnalité morale) ; 260 et s. (société créée de fait et groupe) ; 266 et s. (groupement formalisé et groupe).

H

HOLDING : 312.

I

IMMIXTION FAUTIVE (DANS LA GESTION) : 322 (généralités) ; 363 (au sein d'un groupe).

INFLUENCE

- **déterminante** : 219.
- **dominante** : 216 (consolidation comptable) ; 221 et s. (institutions représentatives du personnel).
- **notable** : 236.

INSTITUTION : 3.

INSUFFISANCE D'ACTIF : 180 (généralités) ; 329 (dérogation au principe d'autonomie juridique au sein d'un groupe) ; 363 (remèdes à la violation de l'intérêt personnel au sein d'un groupe).

INTÉGRATION FISCALE : 242 et s.

INTÉRÊT(S)

- **catégoriels** : 345.
- **collectif** : 15 (condition de la réalité technique) ; 227 et s. (absence de personnalité morale du groupe).
- **de l'entreprise** : 107 (doctrine de l'entreprise) ; 341 et s. (substance).
- **général** : 64.
- **public local** : 69 et s.
- **personnel** : 11 (lien avec la finalité) ; 16 (théorie de la réalité des personnes morales) ; 37 (théorie de la fiction des personnes morales) ; 46 et s. (lien avec la personnalité juridique) ; 50 et s. (intérêt individuel) ; 52 et s. (intérêt propre) ; 62 et s. (inclusion de la finalité) ; 75 et s. (dépassement de la finalité) ; 89 (intérêt social) ; 91 (fonction de protection de la personne morale) ; 92 (orientation des organes de la personne morale) ; 116 (pérennité de la personne morale) ; 203 (inexistence d'intérêt personnel du groupe) ; 286 et s. (distinction avec l'intérêt type des membres de la personne morale) ; 288 et s. (distinction avec les mobiles des membres de la personne morale) ; 295 et s. (distinction avec l'intérêt des dirigeants) ; 310 et s. (distinction avec les autres intérêts personnels au

sein du groupe) ; 330 et s. (distinction avec les intérêts de l'entreprise) ; 352 et s. (conflit d'intérêts au sein du groupe) ; 362 et s. (violation de l'intérêt personnel au sein du groupe) ; 380 et s. (communauté d'intérêts).

- **social** : 89 (intérêt personnel d'une société) ; 91 et s. (fonction de protection de la société) ; 92 (orientation des organes sociaux) ; 104 et s. (actes utiles) ; 116 et s. (pérennité de la société) ; 141 et s. (justification de l'intervention d'un tiers à la société) ; 166 et s. (justification de la réaction d'un organe social) ; 169 et s. (nullité des actes) ; 171 et s. (nullité des contrats) ; 176 et s. (faute de gestion) ; 180 et s. (insuffisance d'actif) ; 185 et s. (responsabilité pénale du dirigeant) ; 186 (abus de biens sociaux) ; 191 et s. (cause légitime de révocation) ; 193 et s. (juste motif de révocation) ; 196 et s. (exclusion de l'associé).
- **type des membres de la personne morale** : 284 et s. (généralités) ; 286 et s. (distinction avec l'intérêt personnel).

J-K

KOMPETENZ-KOMPETENZ : 47.

L

LOGIQUE (DU GROUPE) : 4 (généralités) ; 381 et s. (prise en compte).

LOYAUTÉ DU DIRIGEANT : 304 et s.

M

MEMBRES (DE LA PERSONNE MORALE) : 281 (généralités) ; 284 et s. (intérêt type) ; 288 et s. (mobiles).

MANDATAIRE AD HOC : 147 et s.

N

NULLITÉ : 168 et s. (actes et délibérations d'une société) ; 171 et s. (contrats conclus par une société).

O

OBJET SOCIAL : 74 (spécialité statutaire) ; 95 (bénéfice) ; 96 (économie) ; 103 (irréductibilité à l'intérêt social) ; 105 (dépassement) ; 108 (perspectives).

OFFRE PUBLIQUE : 178 (responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire) ; 302 (diligence des dirigeants en période d'offre).

ORIENTATION DES ORGANES SOCIAUX : V. INTÉRÊT SOCIAL.

ORGANISATION : 4 (organisation des personnes morales en groupe) ; 18 (organisation à même d'exprimer un intérêt collectif).

P

PACTE D'ASSOCIÉS : 173 (nullité de la clause contraire à l'intérêt social) ; 214 (contrôle).

PARTIES PRENANTES : V. INTÉRÊTS CATÉGORIELS.

PÉRENNISATION DE LA SOCIÉTÉ : V. INTÉRÊT SOCIAL.

PERSONNALITÉ JURIDIQUE : 2 (définition) ; 46 et s. (droits subjectifs).

PERSONNE MORALE : 2 (définition) ; 11 (finalité) ; 12 (querelle de la personnalité morale) ; 13 et s. (théorie de la réalité) ; 28 et s. (théorie de la fiction) ; 44 (intérêt personnel) ; 45 et s. (sujet de droit) ; 63 et s. (compétence générale) ; 71 et s. (spécialité) ; 310 et s. (autonomie juridique).

Q-R

RÉALITÉ (DE LA PERSONNE MORALE) : 13 (théorie de la réalité technique) ; 15 et s. (intérêt collectif) ; 18 et s. (organisation) ; 227 et s. (absence de personnalité du groupe).

REPRÉSENTATION : 299 et s.

RESPONSABILITÉ CIVILE : 175 et s. (faute de gestion) ; 182 et s. (associé) ; 322 et s. (dérogation à l'autonomie juridique) ; 363 (au sein du groupe).

RESPONSABILITÉ PÉNALE : 185 et s. (dirigeant de société) ; 367 (au sein du groupe).

RÉVOCATION DU DIRIGEANT : 191 et s. (cause légitime) ; 193 et s. (juste motif).

S

SALARIÉS : 77 et s. (prise en compte des intérêts des salariés) ; 209 et s. (rémunération au sein du groupe) ; 231 (représentation au sein du groupe) ; 233 (reclassement au sein du groupe) ; 321 (plan de sauvegarde de l'emploi ; co-emploi) 324 (réparation du préjudice subi par les salariés en cas de déconfiture) ; 345 (intérêts catégoriels).

SÉQUESTRE JUDICIAIRE : 150 et s.

SOCIÉTÉ : 3 (conceptions de la société) ; 59 (société non immatriculée) ; 89 et s. (intérêt social) ; 93 et s. (spécialité) ; 312 (holding).

SPÉCIALITÉ (PRINCIPE DE) : 72 et s. (légale) ; 74 et s. (statutaire) ; 93 et s. (de la société).

SUJET DE DROIT : V. PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

SÛRETÉ POUR AUTRUI : 119 (mise en péril de l'existence de la société) ; 378 (communauté d'intérêts).

T

TRANSPARENCE : 356 et s.

U

UNION : 270 (associations) ; 271 (sociétés coopératives).

UNITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE : 334.

UTILITÉ : 81 et s. (utilité des actes permettant le dépassement de la finalité de la personne morale) ; 83 (utilité publique justifiant un projet d'expropriation) ; 104 et s. (utilité pour la société).

V

VIGILANCE : 257 (devoir de vigilance au sein d'un groupe) ; 359 et s. (conflit d'intérêts).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE : L'INTÉRÊT DE TOUTE PERSONNE MORALE.....	13
TITRE 1 : LA NOTION D'INTÉRÊT PERSONNEL.....	17
CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION PRÉALABLE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE.....	19
SECTION 1 : L'ORIGINE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE SELON LA THÉORIE DE LA RÉALITÉ.....	19
I. Les conditions de la réalité technique.....	20
A. Un intérêt collectif dans lequel réside la finalité de la personne morale.....	20
B. Une organisation propre à exprimer l'intérêt collectif.....	23
II. La faible emprise de la réalité technique en droit positif.....	25
A. L'arrêt « COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND ».....	25
B. La portée limitée de la jurisprudence « COMITÉ D'ÉTABLISSEMENT DE SAINT-CHAMOND ».....	27
SECTION 2 : L'ORIGINE DE LA FINALITÉ DE LA PERSONNE MORALE SELON LA THÉORIE DE LA FICTION.....	31
I. Les conditions de la fiction.....	31
A. La volonté publique de reconnaître la personnalité juridique à une personne morale ou à une catégorie de personnes morales.....	32
B. La volonté privée de constituer une personne morale.....	34
II. Les effets de la fiction.....	36
A. La reconnaissance de la personnalité juridique et la détermination de la finalité de la personne morale.....	37
B. La protection des tiers à la personne morale.....	38
CHAPITRE 2 : LA DÉTERMINATION DE L'INTÉRÊT DE LA PERSONNE MORALE.....	40
SECTION 1 : L'EXISTENCE D'UN INTÉRÊT CHEZ TOUTE PERSONNE MORALE.....	40
I. L'existence d'un intérêt personnel en présence d'un sujet de droit.....	41
A. Un intérêt conséquent à la personne morale.....	41
B. Un intérêt inhérent à la personne morale.....	44
1. Un intérêt individuel.....	45
2. Un intérêt propre à la personne morale.....	46
II. L'inexistence d'un intérêt personnel en l'absence d'un sujet de droit.....	49
A. Les choses.....	50
B. Les groupements non personnifiés.....	53
SECTION 2 : LA SUBSTANCE DE L'INTÉRÊT PERSONNEL.....	55
I. L'inclusion de la finalité de la personne morale.....	56
A. L'intérêt des personnes morales à compétence générale.....	58
1. La finalité de l'État.....	59

2.	La finalité des collectivités territoriales	60
B.	L'intérêt des personnes morales régies par le principe de spécialité	65
1.	La spécialité légale	65
2.	La spécialité statutaire	66
II.	Le dépassement de la finalité de la personne morale	68
A.	L'intérêt dans le dépassement imposé de la finalité	68
B.	L'intérêt dans le dépassement volontaire de la finalité	71
TITRE 2 :	LES ENSEIGNEMENTS DE L'INTÉRÊT SOCIAL	77
CHAPITRE 1 :	LA FONCTION DE PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ ASSUMÉE	
PAR L'INTÉRÊT SOCIAL	79
SECTION 1 :	LA PROTECTION PAR L'ORIENTATION DES ORGANES	
SOCIAUX	79
I.	L'orientation insuffisante des organes sociaux par le principe de spécialité	
	80	
A.	L'insuffisance de la spécialité de droit commun	80
B.	L'insuffisance des spécialités de droit spécial.....	83
1.	L'insuffisance de la poursuite de l'utilité sociale	83
2.	L'insuffisance des spécialités autres que le partage du résultat.....	85
II.	L'orientation plus précise des organes sociaux grâce à l'intérêt social	86
A.	L'orientation vers des actes utiles à la société.....	87
1.	L'orientation en droit positif.....	87
2.	Les évolutions envisagées du droit des sociétés	90
B.	La lutte contre les actes inutiles.....	97
1.	L'inutilité nocive.....	97
2.	L'inutilité malheureuse.....	99
SECTION 2 :	LA PROTECTION PAR LA PÉRENNISATION DE LA	
SOCIÉTÉ	102
I.	La pérennisation de la société	103
A.	L'existence de la société.....	103
B.	La continuité de la société	104
II.	Les limites à la pérennisation	106
A.	La fin volontaire de la société.....	106
1.	Le droit de mettre fin à l'existence de la société.....	106
2.	L'abus du droit de mettre fin à l'existence de la société	109
B.	La fin imposée de la société	110
1.	La dissolution anticipée pour justes motifs	110
2.	La liquidation judiciaire du Livre VI du code de commerce.....	111
CHAPITRE 2 :	LES MOYENS DE PROTECTION DE LA SOCIÉTÉ MIS EN	
ŒUVRE AU MOTIF DE L'INTÉRÊT SOCIAL	113
SECTION 1 :	L'INTERVENTION D'UN TIERS	113
I.	L'intervention d'un mandataire de justice	113
A.	La substitution à un organe social ou à l'un de ses membres.....	114
1.	La mission de l'administrateur provisoire	114
2.	Le mandataire ad hoc	116

B.	La mission conservatoire	117
1.	L'exemple du séquestre judiciaire	117
2.	L'exemple de l'expert de gestion.....	119
II.	L'intervention spontanée	121
A.	La protection directe de la société.....	121
1.	La procédure d'alerte de droit commun	121
2.	La procédure d'alerte de droit spécial	122
B.	La protection incidente de la société.....	123
1.	L'exemple du ministère public	124
2.	L'exemple de l'Autorité des marchés financiers	124
	SECTION 2 : LA RÉACTION DES ORGANES SOCIAUX OU DE LEURS	
	MEMBRES	125
I.	La protection contre les actes	126
A.	La nullité des actes pour violation de l'intérêt social.....	126
1.	En droit des sociétés	126
2.	En droit des contrats	128
B.	La neutralisation des conséquences	131
1.	La responsabilité civile des dirigeants pour faute commise dans la gestion	
	131	
a.	La faute de gestion dans une société in bonis	132
b.	La faute de gestion contribuant à une insuffisance d'actif.....	136
2.	La responsabilité civile des associés pour abus du droit de vote.....	137
II.	La protection contre les acteurs	138
A.	La mise en cause de responsabilité pénale du dirigeant en cas de violation	
	de l'intérêt social.....	139
1.	L'abus de biens sociaux et l'abus de confiance	139
2.	La banqueroute.....	140
B.	L'éviction du dirigeant ou de l'associé en cas de violation de l'intérêt social	
	141	
1.	La révocation du dirigeant.....	141
a.	La cause légitime de révocation	141
b.	Le juste motif de révocation	143
2.	L'exclusion de l'associé	144
	SECONDE PARTIE : L'INTÉRÊT DE CHAQUE PERSONNE MORALE AU SEIN	
	D'UN GROUPE	149
	TITRE 1 : L'INEXISTENCE D'UN INTÉRÊT PERSONNEL DU GROUPE	151
	CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU GROUPE	
	FORMÉ PAR PLUSIEURS PERSONNES LIÉES EN CAPITAL	152
	SECTION 1 : LE LIEN EN CAPITAL PERMETTANT LA	
	RECONNAISSANCE DU GROUPE	152
I.	L'insuffisance du lien capitalistique en l'absence de contrôle	153
A.	L'exemple du traitement fiscal des produits des participations.....	153
B.	L'exemple de la rémunération des salariés de sociétés liées.....	154

II. La reconnaissance du groupe en présence d'un contrôle	156
A. Les définitions matricielles du contrôle	158
1. La définition du contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce	158
2. La définition du contrôle au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce	161
B. Les définitions non matricielles.....	163
1. Le contrôle au sens du droit des concentrations	163
2. L'influence dominante en matière d'institutions représentatives du personnel	165
SECTION 2 : LE LIEN EN CAPITAL INSUFFISANT POUR PERSONNIFIER LE GROUPE	166
I. Le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la réalité en l'absence d'intérêt collectif	166
A. La pluralité d'intérêts au sein du groupe.....	167
B. L'absence d'intérêt collectif de nature à permettre la reconnaissance de la personnalité juridique au groupe	168
II. Le refus de la personnalité du groupe par la théorie de la fiction en l'absence de disposition expresse	169
A. L'exemple de la protection des salariés au sein d'un même groupe.....	170
1. La représentation des salariés au niveau du groupe	170
2. Le reclassement des salariés au niveau du groupe.....	171
B. L'exemple de la consolidation des comptes au sein d'un même groupe ..	172
CHAPITRE 2 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE DU GROUPE FORMÉ PAR PLUSIEURS PERSONNES LIÉES PAR CONTRAT	176
SECTION 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALITE JURIDIQUE EN DÉPIT DE L'EXISTENCE D'UN CONTRAT	177
I. Les contrats ayant pour objet la formation d'un groupe	177
A. La convention d'intégration fiscale.....	177
B. La convention de combinaison comptable	180
II. Les contrats ayant pour effet la reconnaissance d'un groupe	182
A. Le cas des contrats permettant l'exercice d'un contrôle	182
1. L'existence d'un lien contractuel avec la personne morale contrôlée ..	182
2. L'absence de lien contractuel avec la personne morale contrôlée.....	184
B. Le cas des contrats permettant d'établir une relation commerciale.....	185
SECTION 2 : L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN DÉPIT DE L'EXISTENCE D'UN GROUPEMENT	188
I. L'impossible qualification de société créée de fait	188
A. La possible présence de certains éléments du contrat de société.....	189
B. Le défaut systématique de partage du résultat.....	192
II. L'impossible assimilation à un groupement formalisé	193
A. L'identification des groupements auxquels le groupe est susceptible d'être assimilé.....	193
1. Les groupements permettant la mise en œuvre d'une activité.....	194

2. Les groupements permettant le développement de l'activité de leurs membres	196
B. L'irréductibilité à un groupement	200
TITRE 2 : LA COEXISTENCE D'INTÉRÊTS PERSONNELS AU SEIN D'UN GROUPE	203
CHAPITRE 1 : LA DISTINCTION DES INTÉRÊTS	204
SECTION 1 : LA DISTINCTION À L'ÉCHELLE DE LA PERSONNE MORALE	204
I. Les intérêts des membres de la personne morale	205
A. L'intérêt type des membres	205
1. Le lien entre l'intérêt type des membres de la personne morale et l'intérêt de la personne morale.....	206
2. Une distinction parfaitement justifiée	207
B. Les mobiles d'un membre	209
1. Une distinction nécessaire en raison de la possible divergence des intérêts	209
2. Une distinction révélatrice de l'existence d'une hiérarchie entre intérêts	211
II. L'intérêt du dirigeant de la personne morale	213
A. L'intérêt personnel fondement de l'action du dirigeant.....	214
1. La direction de la personne morale	215
2. La représentation de la personne morale	218
B. La défense de l'intérêt personnel par le dirigeant.....	220
1. L'exemple de la diligence en droit des sociétés.....	220
2. L'exemple de la loyauté en droit des sociétés	222
SECTION 2 : LA DISTINCTION À L'ÉCHELLE DU GROUPE	226
I. Les intérêts personnels au sein du groupe	227
A. La vigueur du principe d'autonomie juridique	227
1. Les raisons de douter de l'application du principe d'autonomie juridique dans les groupes.....	227
2. La certitude de l'applicabilité du principe d'autonomie dans les groupes	229
B. L'encadrement strict des dérogations au principe d'autonomie juridique	233
1. Hors procédure collective.....	233
a. En matière contractuelle	234
b. En matière délictuelle	240
2. Dans le cadre d'une procédure collective.....	242
a. L'extension de procédure collective.....	243
b. La responsabilité du dirigeant de fait pour insuffisance d'actif.....	245
II. Les intérêts de l'entreprise	246
A. L'identification de l'entreprise	246
1. Les notions d'entreprise.....	247
a. Les notions d'entreprises possiblement applicables à un groupe.....	247
b. Les notions incompatibles avec le groupe	251

2. Le concept d'entreprise	252
B. La confrontation des intérêts de l'entreprise à l'intérêt personnel.....	254
1. L'intérêt de l'entreprise emprunté à l'entrepreneur	254
2. L'intérêt de l'entreprise résultant de la synthèse d'intérêts catégoriels	257
CHAPITRE 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA DISTINCTION DES INTÉRÊTS	264
.....	264
SECTION 1 : LES CONSÉQUENCES DE LA DIVERGENCE DES INTÉRÊTS	264
.....	264
I. Le traitement du conflit d'intérêts au sein du groupe	266
A. Les règles relatives au comportement de l'intéressé.....	266
1. L'abstention de l'intéressé.....	266
2. La transparence de l'intéressé.....	268
B. Les règles relatives à la vigilance d'un non-intéressé.....	270
II. Le traitement de la violation d'un intérêt personnel au sein du groupe	273
A. Les remèdes envisageables.....	273
B. Les sanctions envisageables	275
1. En droit	275
2. En fiscalité	277
SECTION 2 : LES CONSÉQUENCES DE LA CONVERGENCE DES	279
INTÉRÊTS	279
I. La notion de communauté d'intérêts	279
A. Les éléments caractéristiques de la communauté d'intérêts.....	279
B. L'effet de la communauté d'intérêts	281
II. L'incidence de la communauté d'intérêts sur les intérêts personnels au	283
sein du groupe	283
A. La prise en compte de la logique du groupe.....	285
B. Le respect de l'intérêt de chaque personne morale du groupe	287
CONCLUSION	292
BIBLIOGRAPHIE	294
INDEX	330

Résumé

Abstract

Mots Clés

Keywords