



Année universitaire

2024/2025

Licence 3 en Droit

Droit commun des sociétés

Cours magistral

Madame Marie de Pinieux, Maître de conférences

FASCICULE DE TD

SOMMAIRE

Séance n° 1 : Le contrat de société

Séance n° 2 : Les apports

Séance n° 3 : La prohibition des clauses léonines

Séance n° 4 : La nullité de la société

Séance n° 5 : La personnalité morale

Séance n° 6 : Les associés

Séance n° 7 : L'abus de droit de vote

Séance n° 8 : Les dirigeants

Séance n° 9 : La dissolution de la société

Séance n° 1 : Le contrat de société

Art. 1832 ancien : *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.*

Art. 1832 (L. n° 85-697 du 11 juillet 1985) : *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.*

La société est donc un **groupement de personnes**, dont le **but** est **lucratif**, ce qui la distingue de l'association, par exemple.

À l'origine de toute société, sans exception, se trouve donc **un acte juridique** qui lui donne naissance et fixe ses caractéristiques ainsi que ses règles de fonctionnement et qui peut être, soit **un contrat de société**, soit, exceptionnellement, un acte unilatéral de volonté.

Éléments constitutifs du contrat de société :

En plus des conditions générales de validité issues du droit commun des contrats, telles que l'absence de vice du consentement des associés, la capacité de contracter des associés, la licéité et la possibilité de l'objet social ainsi que la conformité du but à l'ordre public, le contrat de société se caractérise par la réunion des conditions spécifiques suivantes :

- la **mise en commun d'apports** ;
- la **vocation des associés aux bénéfices, aux économies et aux pertes** et ;
- **l'affectio societatis**.

L'article **1833** du Code civil dispose :

Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.

La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.

Exercice : analysez les différences entre : l'article 1832 du Code civil dans sa version de 1804 et l'article 1832 dans sa rédaction actuelle.

Forme sociale	Nature de la société	Nombre minimum d'associés	Capital social	Nature des droits sociaux	Obligation des associés au passif social	Organisation de la gestion	Régime fiscal
Société civile (SC)	Société civile	2 ¹	Pas de minimum	Parts sociales	Indéfinie et conjointe	Gérant associé ou non PP ou PM ²	Transparence fiscale ³
Société en nom collectif (SNC)	Société commerciale	2	Pas de minimum	Parts sociales	Indéfinie et solidaire	Gérant associé ou non PP ou PM	Transparence fiscale
Société en commandite simple (SCS)	Société commerciale	2	Pas de minimum	Parts sociales	Commandité : indéfinie et solidaire Commanditaire : limitée au montant des apports	Gérant commandité ou non, PP ou PM	Commandité : transparence Commanditaire : IS
Société à responsabilité limitée (SARL)	Société commerciale	1 (max : 100)	Pas de minimum ⁴	Parts sociales	Limitée au montant des apports	Gérant associé ou non PP	IS ⁵
Société en commandite par actions (SCA)	Société commerciale	4 ⁶	37 000 €	Actions	Commandité : indéfinie et solidaire Commanditaire : limitée au montant des apports	Gérant commandité ou non, PP ou PM et Conseil de surveillance (commanditaires)	IS
Société anonyme (SA)	Société commerciale	2 ⁷	37 000 €	Actions	Limitée au montant des apports	- Conseil d'administration et direction dissociée ou non ⁸ - Directoire et conseil de surveillance	IS
Société par actions simplifiée (SAS)	Société commerciale	1	Pas de minimum ⁹	Actions	Limitée au montant des apports	Président associé ou non, PP ou PM (+ dirigeants statutaires)	IS

¹ Sauf EARL (Exploitation agricole à responsabilité limitée) : 1 associé

² PP : personne physique ; PM : personne morale

³ Bénéfices réalisés sont imposés directement et uniquement dans le patrimoine des associés (IR pour PP ; IS pour PM)

⁴ Montant librement fixé par les statuts depuis la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique

⁵ Sauf SARL de famille (SARL constituée entre membres d'une même famille et exerçant une activité commerciale ou agricole et non libérale) : option possible pour l'IR

⁶ Au moins un commandité et 3 commanditaires

⁷ Article L. 225-1 du Code de commerce, tel qu'issu de l'ordonnance du 10 septembre 2015.

⁸ Depuis la loi NRE du 15 mai 2001, possibilité pour la SA de forme classique d'opter pour la dissociation des fonctions (Président et directeur général)

⁹ Montant librement fixé par les statuts depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

**Document 1 : La distinction entre les notions de société et d'entreprise
(CJCE, 23 avr. 1991, aff. n° C-41/90, Klaus Höfner et Fritz
Elser c/ Macrotron GmbH)**

1 Par ordonnance du 31 janvier 1990, parvenue à la Cour le 14 février suivant, l'Oberlandesgericht Muenchen a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, quatre questions préjudicielles relatives à l'interprétation des articles 7, 55, 56, 59, 60, 66, 86 et 90 du traité CEE.

2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant MM. Hoefner et Elser, conseils en recrutement, à Macrotron GmbH, société de droit allemand établie à Munich. Le litige porte sur les honoraires réclamés à cette société par Hoefner et Elser, en vertu d'un contrat aux termes duquel ces derniers devaient l'assister pour le recrutement d'un directeur du service des ventes.

(...)

Sur l'interprétation des articles 86 et 90 du traité CEE :

16 Par sa quatrième question, le juge de renvoi demande plus précisément si le monopole du placement de cadres et de dirigeants réservé à un office public pour l'emploi constitue un abus de position dominante, au sens de l'article 86, compte tenu des dispositions de l'article 90, paragraphe 2. Afin de donner une réponse utile à cette question, il est nécessaire d'examiner ce droit exclusif également au regard de l'article 90, paragraphe 1, qui vise les conditions que les États membres doivent respecter lorsqu'ils accordent des droits exclusifs ou spéciaux. Les observations déposées devant la Cour portent d'ailleurs tant sur le paragraphe 1 que sur le paragraphe 2 de l'article 90 du traité.

17 Selon les parties demanderesse au principal, un office, tel que la BA, est tout à la fois une entreprise publique, au sens de l'article 90, paragraphe 1, et une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général, au sens de l'article 90, paragraphe 2, du traité. La BA serait, dès lors, soumise aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à la mission particulière qui lui a été impartie, ce qui ne serait pas le cas en l'occurrence. Les demanderesse au principal ont fait valoir également que la BA, qui étendait son monopole légal en matière de placement à des activités pour lesquelles l'établissement d'un monopole n'est pas justifié dans l'intérêt général, agissait d'une façon abusive, au sens de l'article 86 du traité. Elles ont estimé, en outre, qu'un État membre qui rendait un tel abus possible contrevenait à l'article 90, paragraphe 1, et au principe général en vertu duquel les États membres s'abstiennent de prendre toute mesure susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence communautaires.

18 La Commission a défendu un point de vue quelque peu différent. Le maintien d'un monopole de placement des cadres et dirigeants d'entreprises constitue, à son avis, une infraction aux dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 86 du traité, lorsque le bénéficiaire du monopole n'est pas disposé ou apte à assurer intégralement cette activité, conformément à la demande qui existe sur le marché, et dès lors que ce comportement est de nature à affecter le commerce entre États membres.

19 La partie défenderesse au principal et le gouvernement allemand ont estimé, en revanche, que les activités d'un office pour l'emploi ne relevaient plus du champ d'application des règles de concurrence dès lors qu'elles étaient exercées par un organisme public. Le gouvernement allemand a précisé à cet égard qu'un office public pour l'emploi ne pouvait être qualifié d'entreprise, au sens de l'article 86 du traité, dans la mesure où les services de placement étaient fournis à titre gratuit. La circonstance que ces activités sont financées principalement par les contributions des employeurs et des travailleurs

n' affecterait pas, à son avis, leur gratuité, car il s' agirait de contributions générales qui n' ont aucun lien avec chaque service concret rendu .

20 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de vérifier si un office public pour l' emploi, tel que la BA, peut être considéré comme une entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité CEE .

21 A cet égard, il y a lieu de préciser, dans le contexte du droit de la concurrence, que, d' une part, la notion d' entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d' autre part, l' activité de placement est une activité économique.

22 La circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités . Les activités de placement n' ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques . Cette constatation vaut, en particulier, pour les activités de placement de cadres et de dirigeants d' entreprises .

23 Il s' ensuit qu' une entité, telle qu' un office public pour l' emploi exerçant des activités de placement, peut être qualifiée d' entreprise aux fins d' application des règles de concurrence communautaires .

Document 2 : C. Favre-Rochex, « Le nouveau patrimoine professionnel statut de l'entrepreneur individuel », JCP E, 2022 (accessible sur LexisNexis)

Après plusieurs mois de discussions parlementaires, un nouveau régime de protection patrimoniale des entrepreneurs vient d'être instauré au sein du Code de commerce. Si la séparation des patrimoines personnel et professionnel de l'entrepreneur demeure au cœur du régime de protection, les innovations apparaissent nombreuses, et parfois discutables, en comparaison des règles jusqu'alors applicables à l'EIRL.

1. - Une « citadelle assiégée »[Note 1](#) . - C'est ainsi que l'on pourrait qualifier la théorie de l'unicité du patrimoine qu'élaborèrent Aubry et Rau, à la suite de la traduction de l'œuvre de Zachariae, dont nul n'ignore les axiomes : toute personne a nécessairement un patrimoine, seules les personnes ont un patrimoine, et toute personne ne peut avoir qu'un patrimoine[Note 2](#) . Séduisante, la théorie n'en fut pas moins contestée. Gény, par exemple, dénonça « une pure conception de l'esprit », « inutile », puisque « incapable de justifier toutes les solutions légales », et « dangereuse », car de nature à empêcher, notamment, « la reconnaissance de patrimoines d'affectation »[Note 3](#) . De façon générale, la personne étant « multiple et plurale dans ses activités sociales », il y aurait « quelque verbalisme à asseoir l'unité du patrimoine sur l'unité de la personne »[Note 4](#) .

La critique porta. À l'unicité du patrimoine, de franches atteintes furent en effet portées au fil des réformes : par l'introduction de la fiducie dans le Code civil, en 2007, puis par l'instauration de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL), en 2010, destinée à permettre à l'entrepreneur individuel d'affecter à son activité professionnelle « un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale » (*C. com., art. L. 526-6 et s.*)[Note 5](#) . C'est précisément ce dispositif que la loi nouvelle abroge, au constat, notamment, que le succès escompté n'aurait pas été atteint - l'on dénombre, en 2021, moins de 100 000 EIRL[Note 6](#) -, et que la crise « a davantage exposé les travailleurs indépendants aux risques économiques inhérents à leurs activités »[Note 7](#) . L'abrogation[Note 8](#) ne remet toutefois pas en cause la protection dont les entrepreneurs espéraient bénéficier par le recours à l'EIRL, puisque la séparation des patrimoines professionnel et personnel demeure centrale au sein des nouvelles dispositions, mais avec une importante simplification, apparemment, du moins, de son régime.

2. - C'est donc un slogan bien connu que le législateur inscrit une nouvelle fois au frontispice de la loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante[Note 9](#) (devenez entrepreneur sans risque) après avoir, au cours de ces dernières années, multiplié les mécanismes de protection patrimoniale des entrepreneurs. Au-delà de la technique sociétaire et de la création de patrimoines affectés à une finalité particulière, c'est en effet le droit de poursuite des créanciers qui fut cantonné au sein du patrimoine des

entrepreneurs. Tel fut par exemple le cas avec l'insaisissabilité, désormais de droit, de la résidence principale de l'entrepreneur, et avec la déclaration d'insaisissabilité de tout bien foncier non affecté à l'usage professionnel.

Le nouveau patrimoine professionnel s'inscrit donc dans le sillage de ces réformes. Celui-ci arrive d'ailleurs à point nommé, puisqu'il permettra à l'évidence, comme ce fut le cas avec l'instauration de l'EIRL, un « *effet d'annonce* », le Gouvernement pouvant « *marquer sa sollicitude à une partie de son électorat* »[Note 10](#).

3. - Certes, l'on ne stigmatisera pas là, parmi les « *scrogneugneux* »[Note 11](#), une prétendue « *irresponsabilité* » des commerçants qu'avait jadis fustigée Ripert, lequel considérait que celle-ci « *tu[ait] chez eux l'esprit d'initiative et de progrès* »[Note 12](#). Mais encore faut-il apprécier ce nouveau dispositif censé renforcer la protection des entrepreneurs individuels. Comme par le passé, cette protection repose sur la division des patrimoines professionnel et personnel, même si la loi innove, en contrepoint, sur les hypothèses de réunion de ces patrimoines.

1. La division des patrimoines professionnel et personnel

4. - La loi nouvelle offre à l'entrepreneur une protection similaire à celle qu'offrait déjà l'EIRL. En effet, selon le [nouvel article L. 526-22 du Code de commerce](#), les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle n'ont pour droit de gage que le patrimoine professionnel, tandis que, symétriquement, les créanciers dont les droits ne sont pas nés à cette occasion n'ont pour gage général que le patrimoine personnel. Si la séparation des patrimoines ne constitue pas une nouveauté, l'automatisme de la division ainsi que les effets de la division retiennent l'attention.

A. - L'automatisme de la division

5. - **L'abandon du formalisme.** - L'épicentre de la loi nouvelle n'est pas tant la division des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur, que permettait déjà le droit antérieur, que l'automatisme de celle-ci. Alors que, jusqu'à présent, l'entrepreneur était tenu d'accomplir diverses formalités aux fins de constituer son patrimoine professionnel et d'assurer l'opposabilité aux tiers de l'affectation déclarée, la loi nouvelle l'en dispense. Précisément, seule la mesure de publicité inhérente au statut de l'entrepreneur, telle que l'immatriculation sur un registre de publicité légale, suffira à bénéficier de la division des patrimoines, pour les créances nées postérieurement[Note 13](#).

6. - **Les finalités.** - Selon les promoteurs de la réforme, le formalisme qu'imposait les dispositions antérieures, et le coût qu'il induit, auraient en effet représenté un obstacle au recours à l'EIRL, nombre d'entrepreneurs ne souhaitant pas réaliser « *d'autres démarches que celles relatives à la déclaration de [leur] activité professionnelle et à [leur] immatriculation* »[Note 14](#). La loi relative à la croissance et la transformation des entreprises du 22 mai 2019, dite [loi Pacte](#) [Note 15](#), avait pourtant œuvré à la simplification du régime de l'EIRL. Néanmoins, bien des entrepreneurs ignoreraient « *que leur patrimoine personnel peut être engagé à l'occasion des dettes qu'ils contractent dans leur activité* » et le découvrirait « *soudainement, lorsque la situation est irréversible* »[Note 16](#). En somme, c'est à la méconnaissance des utilités de l'EIRL, ainsi qu'à sa relative complexité, que le législateur a ambitionné de remédier en éliminant tout formalisme.

7. - De manière générale, on pourra ne pas adhérer à cette automatisme de la division des patrimoines. D'abord, du point de vue de l'entrepreneur, l'on observera que si l'EIRL lui permettait d'établir autant de déclarations d'affectation que d'activités professionnelles, et donc d'être à la tête d'autant de patrimoines, la loi nouvelle ne permet pas une partition patrimoniale aussi sophistiquée. Ensuite, le formalisme jusqu'alors imposé, loin d'être vétilleux, permettait aux créanciers de l'entrepreneur d'avoir une exacte connaissance de la réalité de leur gage, si bien que la simplicité induite par l'éviction de toute formalité pourrait en définitive n'être qu'un leurre : lors de l'exécution forcée, le contentieux pourrait être important, là où l'on pouvait escompter que le formalisme l'amoindrît.

B. - Les effets de la division

8. - **La consistance du droit de gage des créanciers.** - C'est précisément au stade de la détermination des droits de gage respectifs des créanciers personnels et professionnels de l'entrepreneur que l'éviction

du formalisme pourrait générer des difficultés, quoique la loi prenne soin de définir la consistance des patrimoines de l'entrepreneur. En effet, seuls les biens « utiles » à l'activité professionnelle composeront de plein droit le patrimoine professionnel ([C. com., art. L. 526-22](#)). En l'absence d'exigence d'exclusivité de l'utilité, les biens qui ne seraient que partiellement utiles à l'activité professionnelle, c'est-à-dire ceux dont l'usage serait mixte, n'échapperont donc pas à l'assiette du droit de poursuite des créanciers professionnels [Note 17](#). Ce droit de saisir des biens simultanément utilisés à des fins domestiques et professionnelles se retrouve d'ailleurs à propos de la résidence principale de l'entrepreneur, puisque seule la partie de la résidence non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable ([C. com., art. L. 526-1, al. 1er](#)). Il faut certainement se féliciter que le droit de gage des créanciers professionnels ne soit pas cantonné aux seuls biens exclusivement utiles à l'activité professionnelle de l'entrepreneur - contrairement à ce qui fut un temps envisagé lors des discussions parlementaires - sauf à le priver de toute consistance. Mais l'entrepreneur devra veiller à ne pas user à l'excès de ses biens domestiques pour l'exercice de son activité professionnelle, car toute la protection issue de la séparation de ses patrimoines serait sinon anéantie.

À l'issue de la première lecture du projet de loi, le Sénat avait introduit certaines présomptions de nature à préciser la consistance des patrimoines. Ainsi, tandis que les immeubles de l'entrepreneur étaient réputés composer le patrimoine personnel, les meubles étaient quant à eux présumés être compris dans le patrimoine professionnel, dans la limite totale du bilan du dernier exercice clos ou, à défaut, de 5 000 €. Ces présomptions ne sont pas reprises dans la version définitive de la loi, mais peut-être le seront-elles par voie réglementaire.

Toujours est-il que de telles présomptions n'eussent pas suffi : il conviendra de déterminer, dans chaque espèce, l'utilité des biens à l'exercice de l'activité professionnelle. L'on imagine donc les difficultés de qualification, lorsqu'un bien du patrimoine personnel aura occasionnellement servi à l'activité professionnelle. Le créancier devra d'ailleurs se montrer d'autant plus prudent qu'il pourrait engager sa responsabilité pour abus de saisie, dans l'hypothèse où il diligenterait ses poursuites sur des biens « *ne faisant manifestement pas partie de son gage général* » ([C. com., art. L. 526-22, al. 7](#)). La simplification prétendument opérée n'est donc guère saisissante, même si la charge de la preuve de l'utilité, ou de l'inutilité, des biens à l'activité professionnelle incombera à l'entrepreneur ([C. com., art. L. 526-22, al. 7](#)). Cette preuve pourrait être d'un maniement délicat. Autant la preuve de l'utilité d'un bien pour l'activité professionnelle semble aisée à établir, autant la démonstration de l'inutilité du bien, c'est-à-dire d'un fait négatif, pourra s'avérer fort complexe pour l'entrepreneur. Certes, l'EIRL n'excluait pas toute contestation relative à la sincérité de la déclaration d'affectation. Mais l'éviction de tout formalisme dans la loi nouvelle pourrait accroître un contentieux de brocanteur.

9. - Le sort des biens communs et indivis. - Dans le droit de l'EIRL, l'entrepreneur devait, pour affecter un bien commun à son patrimoine professionnel, justifier de l'accord exprès du conjoint et de son information préalable sur le droit de gage des créanciers professionnels ([C. com., art. L. 526-11](#)), ce que pouvait expliquer la gravité de l'affectation [Note 18](#). Il est désormais prévu que les dispositions nouvelles s'entendent « *sans préjudice des pouvoirs reconnus aux époux pour administrer leurs biens communs et en disposer* » ([C. com., art. L. 526-26](#)). Les anciennes dispositions ne comportaient pas une telle précision, si bien que l'on s'était interrogé sur l'étendue des pouvoirs de gestion des époux sur un bien affecté au patrimoine professionnel. Pourtant, faute de disposition légale contraire, la nature de bien commun ne devait certainement pas être affectée par son inclusion au sein du patrimoine professionnel de l'un des époux. Rien n'eût en effet justifié un tel changement de nature [Note 19](#).

Reste la question du droit de gage des créanciers du conjoint de l'entrepreneur. Les nouvelles dispositions ne comportent aucune précision à ce sujet, sauf à remarquer que la division des patrimoines de l'entrepreneur vaut « *à l'égard de ses créanciers* », ce qui devrait logiquement exclure toute discussion sur une éventuelle restriction des droits des créanciers du conjoint. La loi nouvelle devrait donc être sans incidence sur le droit de gage de ces derniers. Du reste, le bien conservant sa nature, en demeurant commun, malgré son inclusion dans le patrimoine professionnel, l'on ne voit guère ce qui expliquerait qu'il ne soit pas inclus dans le gage des créanciers du conjoint [Note 20](#), d'autant plus en l'absence de tout accord du conjoint pour priver de droits ses propres créanciers. Une telle voie serait d'autant plus étonnante que l'objectif de la loi est de protéger avant tout le patrimoine personnel de l'entrepreneur de ses créanciers professionnels.

En revanche, alors que les exigences formalistes étaient, auparavant, identiquement applicables en

présence de biens communs et de biens indivis, les textes nouveaux occultent le sort de ces derniers. Les règles de l'indivision demeureront donc applicables, ce dont il faut déduire que le bien utile à l'activité professionnelle de l'un des coindivisaires sera certes exclu du droit de gage de ses créanciers personnels, mais demeurera inclus dans l'assiette du droit de poursuite, tant des créanciers des autres indivisaires (en provoquant le partage), que des créanciers de l'indivision, ceux-ci n'étant ni des créanciers personnels de l'entrepreneur indivisaire, ni des créanciers professionnels de ce dernier.

10. - La transmission entre vifs du patrimoine professionnel. - Reste l'hypothèse d'une transmission globale, entre vifs, du patrimoine professionnel. Auparavant, déjà, devait certainement être retenue une « *neutralisation des conditions d'opposabilité de la transmission des titres particuliers* », ce que justifiait la qualification d'universalité du patrimoine professionnel [Note 21](#). Aussi bien la loi prévoit-elle, d'une part, une publicité de ce transfert, condition de son opposabilité, et un mécanisme d'opposition en faveur des créanciers dont les droits sont nés antérieurement à la publicité. Cette opposition n'entrave toutefois pas la transmission ; elle permettra aux créanciers, soit d'obtenir le remboursement de leurs créances, soit la constitution de garanties pourvu qu'elles soient jugées suffisantes.

2. La réunion des patrimoines professionnel et personnel

11. - En dépit de ces changements, l'unicité du patrimoine résiste : chaque fois que le législateur entend s'affranchir de la vénérable théorie, « *l'ombre d'Aubry et Rau plane* » [Note 22](#), ce que les puissantes considérations morales et économiques qui la sous-tendent justifient. Aussi bien la loi nouvelle précise-t-elle les causes de réunion des patrimoines, volontaires ou forcées, en excluant exceptionnellement cette réunion.

A. - Les causes de réunion

12. - La renonciation spéciale. - La renonciation que consentirait l'entrepreneur à la division de ses patrimoines professionnel et personnel constitue la principale pierre d'achoppement de la protection promue. En effet, ainsi que l'énonce [l'article L. 526-25 du Code de commerce](#), l'entrepreneur individuel peut, « *sur demande écrite d'un créancier* », renoncer à la séparation de ses patrimoines, « *pour un engagement spécifique* ». De surcroît, le formalisme est ici de rigueur, puisque la renonciation doit, à peine de nullité, respecter des formes prescrites par décret. Enfin, compte tenu de sa gravité, la renonciation ne pourra intervenir avant l'expiration d'un délai de réflexion de 7 jours, à compter de la demande de renonciation, ce délai étant réduit à 3 jours lorsque l'entrepreneur aura apposé une mention manuscrite dont l'énoncé est à préciser.

L'utilité de cet acte abdicatif est évidente, car « *le crédit est à la mesure des biens que l'on engage* » [Note 23](#). Or, lorsque la consistance du patrimoine affecté n'est pas de nature à satisfaire le créancier, qui peut sérieusement croire que les entrepreneurs pourront développer une activité florissante, sans que des garanties ne soient exigées ? Des voies alternatives seraient sans doute envisageables, mais encore conviendrait-il de « *modifier les règles techniques qui régissent chez nous la distribution du crédit* » [Note 24](#).

Sauf à solliciter des proches ou à recourir à des cautionnements bancaires, c'est donc tout naturellement le patrimoine personnel qui doit offrir aux créanciers la sécurité dont les prive en partie la division des patrimoines. Il reste que, sous l'empire de l'EIRL, l'étendue de la renonciation demeurait incertaine. En effet, seule la renonciation à l'affectation, privant d'effet la déclaration d'affectation, était envisagée. Aussi bien avait-on douté qu'une renonciation spéciale, au bénéfice d'un créancier, fût licite. On pouvait en effet remarquer une différence de rédaction avec les dispositions applicables à l'insaisissabilité de la résidence principale et des biens fonciers non affectés à l'activité professionnelle, celles-ci énonçant que la renonciation peut « *porter sur tout ou partie des biens* » et « *peut être faite au bénéfice d'un ou de plusieurs créanciers* » ([C. com., art. L. 526-3, al. 2](#)). Surtout, l'esprit de la loi invitait certainement à exclure de telles renonciations partielles à la séparation des patrimoines : tout l'objectif poursuivi par le législateur eût sinon été atteint.

Une réponse est donc apportée par la loi nouvelle, en faveur des renonciations individuelles, même si un bénéfice de discussion est introduit, en vertu duquel l'exécution devra prioritairement être poursuivie sur le patrimoine professionnel, pourvu que les biens le composant soient d'une valeur suffisante pour

payer le créancier (*CPC exéc., art. L. 161-1*). Autant dire que de telles renonciations seront le plus souvent exigées, du moins par les créanciers institutionnels, si bien que la loi n'aura qu'une médiocre utilité. Les renonciations devraient du reste être d'autant plus courantes que les créanciers personnels sont quant à eux expressément autorisés, conformément aux dispositions anciennes, à saisir les biens composant le patrimoine professionnel, en cas d'insuffisance du patrimoine personnel, dans la limite du montant du bénéfice réalisé lors du dernier exercice clos (*C. com., art. L. 526-22, al. 6*).

Assurément, « le principe de réalité »[Note 25](#) justifiait que de telles renonciations fussent admises. Conscient de ces limites, le rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat « appelle le Gouvernement et les banques à élaborer une charte d'engagement quant aux conditions de financement des entrepreneurs individuels »[Note 26](#). Il n'est pas certain que cet appel sera entendu.

13. - La sanction. - Sans surprendre, le [nouvel article L. 526-24 du Code de commerce](#) énonce que « Le droit de gage de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale porte sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée [...] dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales [...] »[Note 27](#). Contre la division des patrimoines qu'il promet, l'État se protège ! À cet égard, les dispositions relatives à l'EIRL étaient plus compréhensives quant à la possibilité de rétablir les patrimoines séparés, puisqu'étaient visés les manquements graves de l'entrepreneur aux règles de comptabilité, la fraude et, plus généralement, la méconnaissance des « principes essentiels de la division des patrimoines »[Note 28](#). Bien que seuls soient visés, parmi les bénéficiaires de la réunion des patrimoines, l'administration fiscale et les organismes de sécurité sociale, il n'est toutefois pas douteux que la fraude ourdie par l'entrepreneur devra entraîner l'inopposabilité des actes appauvrissant l'un quelconque des patrimoines, conformément à l'[article 1341-2 du Code civil](#). Tel est par ailleurs ce que prévoit le droit des procédures collectives, puisque la procédure pourra appréhender l'ensemble des patrimoines si la distinction n'a pas été « strictement respectée » (*C. com., art. L. 681-2, IV*). De même, l'entrepreneur en liquidation judiciaire pourrait être tenu de supporter tout ou partie du passif, sur son patrimoine personnel, lorsque son impéritie aura contribué à l'insuffisance d'actif de son patrimoine professionnel (*C. com., art. L. 651-2*).

14. - La cessation et le décès. - D'autres causes de réunion des patrimoines sont plus classiques mais leurs conséquences sont plus innovantes. Ainsi, en cas de cessation d'activité ou de décès de l'entrepreneur, le [nouvel article L. 526-22, alinéa 8](#), énonce que « le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis ». Or, auparavant, le cloisonnement patrimonial demeurait opposable aux créanciers antérieurs à l'événement. La loi nouvelle n'envisage pas le maintien de la division des patrimoines à la suite de la cessation ou du décès de l'activité, si bien que l'entrepreneur souhaitant cesser son activité aura tout intérêt à n'avoir pas accumulé les dettes professionnelles, au risque de découvrir que la protection légale était éphémère. C'est assurément la rançon de l'absence de formalisme permettant de déterminer exactement le gage des créanciers de l'entrepreneur, sauf à considérer que seuls les biens utiles avant la cessation ou le décès devraient pouvoir être saisis par les créanciers professionnels. Mais cela serait d'une complexité extravagante, car il faudrait déterminer, rétrospectivement, l'utilité de tel ou tel bien pour l'activité ayant cessé.

15. - Les sûretés. - En admettant, enfin, que des sûretés conventionnelles soient constituées sur le patrimoine personnel, en garantie de dettes professionnelles, c'est une autre précision que la loi apporte, en comparaison avec les dispositions antérieures (*C. com., art. L. 526-22, al. 4*). La consécration de la renonciation individuelle conduit logiquement à admettre de telles sûretés : qui peut le plus... La lecture des dispositions invite, précisément, à considérer que ces sûretés conventionnelles devraient pouvoir, ici, n'être que réelles, car le cautionnement de l'entrepreneur, sur son patrimoine personnel, de ses dettes professionnelles, est en revanche exclu.

3. L'exclusion de la réunion

16. - L'exclusion du cautionnement. - Si la renonciation spéciale à la division des patrimoines est désormais expressément permise, l'entrepreneur ne saurait en revanche se porter caution, sur l'un de ses patrimoines, d'une dette dont il serait débiteur au titre d'un autre patrimoine. Le [nouvel article L. 526-](#)

[22, alinéa 3, du Code de commerce](#), clôt ainsi le débat portant sur le point de savoir si un entrepreneur peut cautionner, sur son patrimoine personnel, les dettes nées à l'occasion de son activité professionnelle. Contre une telle possibilité, il était en effet tentant de soutenir, à la lecture de [l'ancien article 2288 du Code civil](#), que l'entrepreneur ne pouvait être à la fois caution et débiteur, en l'absence d'altérité, d'autant que la Cour de cassation avait affirmé que « *celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution* » [Note 29](#) . Il était néanmoins possible de rétorquer « *qu'offrir au créancier un cautionnement ne consiste, peu ou prou, qu'à lui offrir un droit d'action sur un autre patrimoine que celui répondant normalement de la dette* » [Note 30](#) . Ensuite, si l'on considérait, sous l'empire du droit antérieur, que seule une renonciation globale à la séparation des patrimoines fût possible, et non une renonciation au profit d'un créancier particulier, sans doute fallait-il exclure, conséquemment, la possibilité pour l'entrepreneur de cautionner, sur son patrimoine personnel, ses dettes professionnelles.

Si la loi nouvelle apporte une réponse claire à cette question, pourquoi n'avoir visé que le cautionnement ? Certes, la finalité de l'interdiction justifie que, si l'entrepreneur ne peut contracter en qualité de caution, *a fortiori* ne devrait-il pas être autorisé à conclure des garanties pour autrui tenues pour plus rigoureuses, tels qu'une garantie autonome ou un engagement de porte-fort. Mais il eût été plus cohérent d'interdire à l'entrepreneur la souscription de toute sûreté personnelle en garantie de la dette née de l'un quelconque de ses patrimoines.

17. - Les limites. - À la vérité, l'utilité même d'une telle interdiction est douteuse. Dès lors que la renonciation à la séparation des patrimoines est admise, à quoi sert-il d'interdire de garantir, en qualité de caution, les dettes nées de l'activité professionnelle ? Car en renonçant à la division des patrimoines, c'est-à-dire en offrant un droit de gage supplémentaire à un créancier, en garantie d'une dette principale, l'entrepreneur endosse peu ou prou le rôle de garant ! De surcroît, conclure un cautionnement pourrait, parfois, être plus protecteur que ne l'est la renonciation. Songeons ainsi au bénéfice de disproportion que pourrait invoquer l'entrepreneur, dans l'hypothèse où son engagement de caution serait disproportionné à ses biens et revenus : l'entrepreneur caution pourrait invoquer la réduction de son engagement ([C. civ., art. 2300](#)), alors que l'entrepreneur renonçant serait privé d'une telle protection. En outre, en cas d'ouverture d'une procédure collective, l'on sait que les cautions personnes physiques sont protégées, en bénéficiant de la suspension des poursuites pendant la procédure du débiteur et en pouvant invoquer les dispositions du plan arrêté. Or, dans l'hypothèse où une procédure collective serait ouverte au titre du patrimoine professionnel de l'entrepreneur, il sera sans doute loisible au créancier bénéficiaire d'une renonciation d'agir sur le patrimoine personnel, nonobstant l'ouverture de la procédure. L'interdiction de conclure un cautionnement n'aura en définitive qu'un effet publicitaire, destiné à faire accroire que la loi nouvelle renforce la protection des entrepreneurs.

18. - Tout cela était-il bien nécessaire ? N'eût-il pas fallu simplifier à nouveau, si tant est que cela fût souhaitable et possible, le régime de l'EIRL, conformément à ce que suggérait le Conseil d'État dans l'avis qu'il rendit lors de l'examen du projet de loi ? La protection promue des entrepreneurs sera du reste limitée, compte tenu des dérogations à la division des patrimoines, et les grands perdants pourraient, en définitive, être la piétaille de créanciers non institutionnels, qui ne songeront pas à requérir, systématiquement, une renonciation des entrepreneurs avec lesquels ils traiteront.

Mots clés : Entreprise. - Entreprise individuelle. - Patrimoine professionnel.

Document 3 : Distinction entre la société et l'association

Cass. Ch. Réun., 11 mars 1914, Caisse Rurale de Manigod

Sur le moyen unique du pourvoi : Vu les articles 1832 du Code civil et 1er de la loi du 1er juillet 1901 ; Attendu qu'aux termes de l'article 1832 du Code civil, la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ; Et que, suivant l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, l'association est la convention par laquelle

deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ;

Attendu que l'expression "bénéfices" a le même sens dans les deux textes et s'entend d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ; que, dès lors, la différence qui distingue la société de l'association consiste en ce que la première comporte essentiellement, comme condition de son existence, la répartition entre associés des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l'exclut nécessairement ;

Attendu que la Caisse rurale de Manigod, société coopérative de crédit à capital variable, constitue non une société, mais une association ;

Attendu, en effet, que des qualités du jugement attaqué et de l'acte du 26 mars 1905, qui y est visé, il résulte que cette Caisse n'a été créée que pour procurer à ses adhérents le crédit qui leur est nécessaire pour leurs exploitations ; que les associés ne possèdent pas d'actions, ne font aucun versement et ne reçoivent pas de dividendes (article 14 des statuts) ; que la société emprunte soit à ses membres, soit à des étrangers, les capitaux strictement nécessaires à la réalisation des emprunts contractés par ses membres (art. 15) et qu'elle prête des capitaux à ces derniers à l'exclusion de tous autres, mais seulement en vue d'un usage déterminé et jugé utile par le conseil d'administration, qui est tenu d'en surveiller l'emploi (art. 16) ;

Attendu que cet ensemble de dispositions démontre que le seul avantage, ainsi assuré aux associés de la Caisse, consiste dans la faculté de lui emprunter des capitaux moyennant un taux d'intérêt aussi réduit que possible ;

Attendu, il est vrai, que d'après l'article 21 des statuts : "En cas de dissolution de la société, fondée d'ailleurs pour un temps illimité, la réserve qui compose le seul capital social et qui est constituée par l'accumulation de tous les bénéfices réalisés par la Caisse sur ses opérations, est employée à rembourser aux associés les intérêts payés par chacun d'eux, en commençant par les plus récents et en remontant jusqu'à épuisement complet de la réserve" ; Mais attendu que cette distribution éventuelle des réserves qui pourraient exister au jour de la liquidation, ne présenterait pas les caractères légaux d'un partage de bénéfices au sens de l'article 1832 du Code civil, puisque, d'une part, elle ne serait pas nécessairement faite au profit de tous les adhérents et pourrait se trouver limitée à quelques uns, et que, d'autre part, elle aurait pour base, non la seule qualité des associés, mais la quotité et la date des prêts faits à chacun d'eux ; Qu'elle constituerait, en réalité, le remboursement, suivant un mode particulier, défini par les statuts, d'une partie des sommes qui auraient été perçues exclusivement en vue d'assurer le fonctionnement de l'association et qui, en fait, auraient été supérieures à ses besoins ;

D'où il suit que le jugement attaqué a déclaré à tort que la Caisse rurale de Manigod étant une société et non une association, l'acte constitutif de cette société était assujéti au droit établi par l'article 68, par. 3, n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII et l'article 1er de la loi du 28 février 1872 converti par l'article 19 de la loi du 28 avril 1893, en une taxe proportionnelle de 20 centimes pour 100 francs ;

Document 4 : Contrat de société et contrat de travail

Cass. soc., 25 octobre 2005

Sur les deux moyens réunis :

Vu les articles L. 121-1 du Code du travail et 1871 du Code civil, ensemble l'article 1832 de ce dernier Code ;

Attendu que le contrat de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination de leur convention, mais des conditions dans lesquelles la prestation de travail est fournie ;

Attendu que le 4 mai 1990, M. X... a conclu avec la société Sovetra deux contrats de même durée, intitulés, l'un "société en participation", l'autre "contrat de location de véhicule" ; que le premier contrat prévoyait la constitution entre les parties d'une société en participation, par l'apport du fonds de commerce de transport routier de la société Sovetra, M. X... apportant son activité de chauffeur, qu'il devait entièrement consacrer à l'exploitation du fonds et exercer avec un véhicule donné en location-vente par la société Sovetra ; qu'après l'expiration de ces contrats, M. X... a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à la requalification de son contrat en contrat de travail et au paiement de salaires et d'indemnités ;

Attendu que, pour confirmer le jugement qui l'avait débouté de ses demandes, la cour d'appel retient essentiellement que les associés étaient totalement libres de leur organisation du travail et que la charte d'associés du 22 mars 1996 écarte l'idée même de subordination ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait du contrat de "société en participation" que les parties n'étaient pas placées sur un pied d'égalité, la société Sovetra disposant seule de tous les pouvoirs pour assurer le fonctionnement de la société, ce qui était de nature à établir qu'elle avait la maîtrise de l'organisation et de

l'exécution du travail que M. X... devait effectuer, exclusivement pour l'exploitation du fonds de commerce,
la cour d'appel a violé les textes susvisés ;
PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 juin 2001