

LA NOTION D'ACTIONNAIRE

Camille KOERING

Docteur en droit,

ATER à l'Université Robert Schuman de Strasbourg

I. LE CONTENU DE LA NOTION D'ACTIONNAIRE.....	4
A. Les éléments constitutifs de la notion d'actionnaire	4
1. L'élément objectif.....	4
a) La juridicité de la notion de propriété d'actions.....	5
b) L'acte générateur de la propriété de l'action.....	7
2. Les éléments subjectifs.....	9
a) La vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale	9
b) La contribution aux pertes.....	10
B. Des éléments autonomes mais cumulatifs	10
1. Des éléments autonomes	10
a) L'autonomie de la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale	11
b) L'autonomie de la contribution aux pertes	14
2. Des éléments cumulatifs	15
II. L'INCIDENCE DU CONTENU DE LA NOTION D'ACTIONNAIRE SUR L' <i>AFFECTIO SOCIETATIS</i>	16
A. L' <i>affectio societatis</i> , un vain élément constitutif de la notion d'actionnaire.....	18
1. L' <i>affectio societatis</i> n'apporte aucune garantie supplémentaire au respect du but social.....	19
2. L'absence d' <i>affectio societatis</i> n'exclut pas la dimension psychologique de la notion d'actionnaire	20
B. L' <i>affectio societatis</i> , un vain critère de la notion de société.....	22
1. L' <i>affectio societatis</i> , un vain critère du contrat de société	22
a) L' <i>affectio societatis</i> , un vain critère de distinction du contrat de société par rapport à d'autres contrats	23
α) Le contrat de prêt avec participation aux bénéfices	23
β) Le contrat de travail.....	24
γ) Les contrats de distribution et d'édition	24
b) L' <i>affectio societatis</i> , un vain critère de distinction du contrat de société par rapport à l'indivision	25
2. L' <i>affectio societatis</i> , un vain critère de la société irrégulièrement constituée.....	26
a) La société créée de fait	26
b) La société fictive	27
Conclusion	30

1. À une époque où l'on consacre le « retour de l'actionnaire »¹, il n'est pas inutile de revenir sur les éléments constitutifs d'une telle notion².

L'intérêt de l'examen est réel car, en plusieurs hypothèses, le droit des sociétés³ subordonne l'octroi de droits et obligations à la qualité d'associé en général et d'actionnaire en particulier. Ainsi, appartiennent notamment à l'associé, le droit de participer aux décisions

¹ S. L'HÉLIAS, *Le retour de l'actionnaire. Pratique du corporate governance en France, aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne*, Gualino éditeur, 1997. Ce retour est issu du déferlement de la vague du *corporate governance*, en France comme dans tous les pays régis par une économie de marché.

² Sur la notion d'actionnaire, v. en dernier lieu, colloque Paris I, « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », Rev. soc., 1999, p. 513 et s..

³ Article 1832 à 1873 du Code civil et Livre II du nouveau code de commerce (ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, JO n° 219 du 21 septembre 2000). Pour plus de clarté, nous avons conservé la numérotation issue de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

collectives⁴ – c'est-à-dire celui d'assister aux assemblées générales et d'y voter⁵ –, le droit aux bénéfices réalisés par la société⁶ ou encore, le droit d'agir en justice contre la société⁷ ou contre ses dirigeants⁸. Quant aux obligations attachées à la qualité d'actionnaire, elles consistent, entre autres, en l'obligation de libérer l'apport promis, de ne pas abuser des droits conférés par la « propriété »⁹ des actions, de s'abstenir d'exercer un droit lorsque la loi ou les statuts l'imposent¹⁰, ainsi qu'en l'obligation de déclarer le franchissement de certains seuils légaux et/ou statutaires¹¹.

2. Si nul ne doute du rattachement de ces droits et obligations à la qualité d'actionnaire, les composantes d'une telle qualité suscitent, en revanche, davantage d'interrogations. Doit-on considérer, à l'instar de M. VIANDIER¹², que la notion d'associé implique la réalisation d'un apport assorti du droit d'intervenir dans les affaires sociales ? Ou bien, revenant à l'analyse classique, peut-on admettre que les conditions présidant à la notion d'associé sont celles relatives au contrat de société auxquelles l'on ajoute l'*affectio societatis*¹³ ? A notre sens, est actionnaire le propriétaire d'une ou plusieurs actions ayant vocation, d'une part, à retirer un enrichissement individuel de la richesse sociale, d'autre part, à contribuer aux pertes sociales.

De cette affirmation découle l'idée selon laquelle, contrairement à l'opinion de M. VIANDIER¹⁴, le droit d'intervenir dans les affaires sociales ne caractérise pas l'actionnaire puisque ce droit peut être détenu et exercé par tout individu disposant de la jouissance

⁴ Article 1844 du Code civil.

⁵ Sur le contenu du droit de participer aux décisions collectives, v. C. KOERING, *La règle « une action-une voix »*, thèse Paris I, octobre 2000, n° 366.

⁶ Sous forme de dividendes (article 347), de plus-value de cession, de droit préférentiel de souscription (article 183) et de *boni* de liquidation (article 417).

⁷ Action en nullité d'un acte ou d'une délibération sociale (article 360).

⁸ Au sens large du terme : président du conseil d'administration, administrateurs, membres du directoire et membres du conseil de surveillance. L'action en justice peut être plus ou moins offensive : demande de désignation d'un expert de gestion (article 226) ; action en responsabilité civile intentée pour le compte de la société (article 244) ou à titre individuel (article 245) ; action en responsabilité pénale.

⁹ Les guillemets expriment l'incertitude doctrinale entourant le droit d'être propriétaire d'un droit personnel. Sur cette question, v. *infra* n° 7.

¹⁰ Exemples : suspension du droit de voter (article 82, 103, 157-1, 186-3, 283, 356-4, notamment) ; interdiction de participer aux assemblées générales ordinaires (article 165).

¹¹ Article L. 356-1 alinéa 5. Sur les obligations des associés en général, v. L. GODON, *Les obligations des associés*, Economica, 1999.

¹² *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, n° 152 et s..

¹³ « Selon cette analyse [l'analyse classique], il n'y a pas à proprement parler de critère propre à la notion d'associé, il y a seulement une utilisation du critère de la notion de société tel qu'il est exprimé dans l'article 1832 du Code civil. [...] Aux termes de l'article 1832 du Code civil, « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun des biens ou leur industrie, en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Il est possible de distinguer dans ce texte les trois éléments du critère de la notion de société : la pluralité d'associés, la mise en commun d'apports, la vocation aux bénéfices ou économie, auxquels l'on ajoute, traditionnellement, l'*affectio societatis*. On pourrait certes considérer que le législateur, en n'intégrant pas ce dernier élément dans l'article 1832, a entendu le rejeter. Rien, cependant, ne serait plus contestable. D'abord, il faut signaler que l'*affectio societatis*, bien que n'ayant pas été visée dans le Code civil ou dans les textes postérieurs, telles les lois du 24 juillet 1966, a toujours été tenue pour inséparable de la notion de société. [...] Ensuite, les débats ouverts à l'occasion de la réforme du titre IX du Livre III du Code civil démontrèrent amplement que l'*affectio societatis* restait l'un des éléments du critère de la notion de société, même si elle demeurait à l'écart du Code civil » (A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 1 et 2).

¹⁴ *Op. cit.*

d'actions et non de leur propriété pleine et entière¹⁵. Dès lors, en effet, que l'on admet que la jouissance s'entend du droit de bénéficier des utilités de la chose détenue, en pleine propriété comme à titre précaire, exception faite du droit d'en disposer¹⁶, et que les utilités d'une action consistent dans les droits attachés à celle-ci, au sein desquels se trouve le droit d'intervenir dans les affaires sociales, un tel droit ne saurait caractériser la condition d'actionnaire. En fait, le droit d'intervenir dans les affaires sociales caractérise le détenteur matériel d'actions – c'est-à-dire celui qui exerce le « pouvoir de fait sur une chose, [peu importe] que ce pouvoir soit exercé par le propriétaire de la chose, un possesseur ou un détenteur [précaire] »¹⁷ –, mais non l'actionnaire, propriétaire d'actions.

3. Si notre acception de la notion d'actionnaire s'avère très proche de l'analyse classique, elle s'en éloigne cependant sur un point précis : l'*affectio societatis* ne constitue pas, selon nous, un critère utile de la qualité d'associé. La propriété de l'action, la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social et la contribution aux pertes suffisent, à notre sens, à qualifier l'actionnaire. Une conséquence importante en découle : l'*affectio societatis* ne constitue pas un critère déterminant de la qualité d'actionnaire. Bien plus, la vanité de l'*affectio societatis* s'étend à la notion de société elle-même, en ce que nous observerons que l'*affectio societatis* n'est pas, à notre sens, un élément constitutif du contrat de société. Notre acception de la notion d'actionnaire va donc à l'encontre de l'opinion tendant à réhabiliter le concept d'*affectio societatis*¹⁸.

L'on examinera donc, en premier lieu, le contenu de la notion d'actionnaire (I), puis, en second lieu, son incidence sur le concept d'*affectio societatis* (II).

¹⁵ Sur le droit d'intervenir dans les affaires sociales de l'usufruitier, du locataire d'actions et du cessionnaire d'actions sous réserve de propriété, v. *La règle « une action-une voix »*, préc., n° 339 à 397.

¹⁶ Au sens d'accomplir un acte de disposition, opération plus large que celle d'aliéner ; « le propriétaire dispose de son immeuble lorsqu'il l'aliène (le vend, le donne, le lègue [c'est-à-dire en transmet la propriété]), lorsqu'il l'hypothèque ou le détruit » (G. CORNU, « Vocabulaire juridique », préc., V° Disposer). Sur cette acception de la notion de jouissance, v. *La règle « une action-une voix »*, préc., n° V.

¹⁷ G. CORNU, « Vocabulaire juridique », préc., V° Détention. La détention matérielle s'oppose à la détention précaire qui désigne, « par opposition à la possession, [le] pouvoir de fait exercé sur la chose d'autrui en vertu d'un titre juridique (bail, dépôt, usufruit légal, nomination judiciaire) qui rend la détention précaire en ce qu'il oblige toujours le détenteur à restituer la chose à son propriétaire et l'empêche de l'acquérir par la prescription (sauf interversion de titre), mais non de jouir de la protection possessoire, au moins à l'égard des tiers (articles 2236 et 2282 du Code civil) » (G. CORNU, *ibidem*).

¹⁸ N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, Rev. soc., 2000, p. 425.

I. LE CONTENU DE LA NOTION D'ACTIONNAIRE

4. Nous l'avons annoncé, la notion d'actionnaire se déduit, pour nous, de celle de société¹⁹, les éléments constitutifs de la notion d'actionnaire ne pouvant être cherchés ailleurs que dans le texte fondateur des sociétés, l'article 1832 du Code civil. Quels sont ces éléments (A) ? Quelle est leur caractéristique (B) ? Telles sont les deux questions auxquelles il convient de répondre.

A. Les éléments constitutifs de la notion d'actionnaire

5. Bien que certains auteurs le réfutent²⁰, trois éléments nous semblent présider à la notion d'actionnaire : le premier élément est objectif (1), les deux suivants sont subjectifs (2).

1. L'élément objectif

6. La qualité d'actionnaire suppose la présence d'un élément objectif impératif : la « propriété » d'une action²¹, « propriété » présumée par l'inscription en compte de la valeur mobilière²². Cette propriété implique la réalisation d'une opération propre au contrat de société : l'apport de numéraire ou de biens en nature²³. Un tel acte se trouve à l'origine de l'existence de toute société car ce sont les apports qui composent le capital social. Fractions

¹⁹ Le doyen HOUIN affirme ainsi que le contrat de souscription d'actions, et donc le contrat d'associé, n'est plus distingué du contrat de société depuis au moins la loi de 1966 (obs., sous TGI Paris, 14 mars 1973, RTDCom., 1974, p. 104, n° 2, spéc., p. 105). En ce sens également, A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° IV.

²⁰ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 152. M. GUILBERTEAU : « L'article 1832 du Code civil, qui définit le contrat de société, ne comporte l'énumération que de deux éléments constitutifs : la mise en commun d'apports et la recherche de bénéfices à partager » (note sous TGI Paris, 14 mars 1973, Rev. soc., 1974, p. 92, spéc., p. 96). Nous ne partageons pas l'avis de Mme GUILBERTEAU car l'article 1832 conditionne le contrat de société à la réunion de quatre éléments : la pluralité d'associé, la mise en commun d'apports, la vocation aux bénéfices *lato sensu* (bénéfices et économie) et la contribution aux pertes.

²¹ Comp. A. COURET : « est actionnaire celui qui se présente comme tel et qui en a simplement la possession d'état »... (ADR, EDR, *nominees, trustees, partnerships, global custodians, etc.*, colloque « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », préc., p. 555, spéc., n° 39).

²² Com., 10 juin 1997, « AUBERTIN » : « ...l'inscription des actions au nom du défendeur sur le registre des transferts de la société constituait au bénéfice du titulaire une présomption de propriété à l'encontre de laquelle le demandeur n'avait pas apporté de preuve » (Droit des sociétés, juillet-août 1997, n° 134, obs. H. HOVASSE; Banque et droit, 1997, p. 30, note H. de VAUPLANE; Bull. Joly, 1997, p. 859, note J.-J. DAIGRE; D. Affaires, 1997, p. 869; D., 1999, p. 89, note H. CAUSSE. D.-R. MARTIN, *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, D., 1998, chron., p. 15. Ph. GOUTAY, *La portée de l'inscription des actions sur le registre des transferts de la société*, D. Affaires, 1997, p. 1173). Nous rappellerons que le compte est tenu par la société émettrice lorsque les actions sont nominatives, et par un intermédiaire habilité lorsqu'elles revêtent la forme au porteur (article 1^{er} du décret n° 83-359 du 2 mai 1983, pris pour l'application de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne).

²³ L'apport en industrie n'est admis que dans les sociétés de personnes et la société à responsabilité limitée dont « l'objet... porte sur l'exploitation d'un fonds de commerce ou d'une entreprise artisanale apporté à la société ou créé par elle à partir d'éléments corporels ou incorporels qui lui sont apportés en nature », dès lors que l'apport en industrie est le fait de l'apporteur en nature ou de son conjoint et que « l'activité principale [de ces derniers] est liée à la réalisation de l'objet social » (article 38 alinéa 2).

du capital social, les actions constituent la contrepartie des apports effectués ou promis²⁴ par chacun des actionnaires. Aussi, est-ce bien l'apport qui cause la propriété de l'action.

La propriété de l'action appelle deux précisions importantes relatives à la juridicité de la notion de propriété de l'action, d'une part (a), à l'acte générateur d'une telle propriété, d'autre part (b).

a) La juridicité de la notion de propriété d'actions

7. Si l'on admet qu'une action s'analyse en un droit de créance de l'apporteur sur la société²⁵ ou, à tout le moins, en un droit personnel du premier sur la seconde²⁶, et que, dans une conception traditionnelle du droit des biens²⁷, les termes « propriété » et « propriétaire » ne sauraient qualifier le rapport juridique existant entre le sujet du droit de créance et ledit droit, l'action ne saurait faire l'objet d'un droit de propriété. Pourtant, sans reprendre des développements antérieurs²⁸, le droit ne s'oppose pas à la propriété de l'action.

Quand bien même l'on refuserait de reconnaître que la « scripturalisation de l'action »²⁹ corporalise cette dernière³⁰, la nature incorporelle de l'action n'est pas un obstacle

²⁴ En cas d'apport en numéraire, le législateur autorise l'apporteur à ne libérer immédiatement son apport que de moitié, le solde devant être versé dans un délai maximal de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés (article 75 alinéa 2).

²⁵ Not. J.-P. BOUÈRE et H. de VAUPLANE, *Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client*, Bull. Joly, 1997, p. 617, spéc., p. 623. F.-X. LUCAS, *Retour sur la notion de valeur mobilière*, Bull. Joly, 2000, p. 765, spéc., n° 13. Plus nuancés : G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN et L. VOGEL, *Traité de droit commercial*, tome 1, 17^{ème} éd., 1998, n° 1510. Si ces auteurs admettent que les actionnaires « sont créanciers de la société en raison de leurs apports », ils soulignent cependant que « ce droit de créance est original à plusieurs points de vue ». *Contra* P. DIDIER : « ...on ne doit pas considérer [les associés] comme créanciers de la société quoiqu'ils ne disposent d'aucune des prérogatives de l'article 544. Ils sont propriétaires de la société, mais propriétaires passifs, propriétaires au sens de l'article 2092 du Code civil » (*Le droit commercial au tournant du siècle, Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas / Paris II, Dalloz, 2000, n° 549, p. 465, spéc., n° 554). Sur le débat relatif à la qualification juridique de l'action, v. C. KOERING, *op. cit.*, n° 65 et s..

²⁶ Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Précis, Dalloz, 6^{ème} éd., 1998, n° 269. P. DIDIER, *Droit commercial. L'entreprise en société. Les groupes de sociétés*, tome 2, Thémis, PUF, 3^{ème} éd., 1999, p. 46.

²⁷ Not. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 1998.

²⁸ La règle « une action-une voix », préc., n° VII.

²⁹ Expression due à M. D. R. MARTIN, par analogie avec la scripturalisation de la monnaie (*Du titre et de la négociabilité (à propos des pseudo-titres de créances négociables)*, D., 1993, chron., p. 20, spéc., p. 22).

³⁰ Dès lors que l'on admet avec certains auteurs que la scripturalisation de l'action constitue une « nouvelle matérialisation » de celle-ci (D. PELTIER, note sous Com., 23 novembre 1993, Bull. Joly, 1994, p. 93. F.-X. LUCAS, *Retour sur la notion de valeur mobilière*, préc., n° 6), pourquoi ne pas considérer que l'action a retrouvé un « corps » au sens d'un *instrumentum* : l'écriture en compte ? En ce sens, D. R. MARTIN, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D., 1996, p. 47. H. HOVASSE, note sous Com., 23 novembre 1993, Droit des sociétés, 1994, n° 41. *Contra* H. CAUSSE, *Les titres négociables*, Litec, 1993, n° 657. Y. GUYON, *Droit affaires*, tome 1, Economica, 10^{ème} éd., 1998, n° 728. Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 269. M. FABRE-MAGNAN, *Propriété, patrimoine et lien social*, RTDC, 1997, p. 583, spéc. n° 23, p. 602. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 12^{ème} éd., 1999, n° 880. F.-X. LUCAS, *Retour sur la notion de valeur mobilière*, préc., n° 3, n° 18 à 22. A. REYGROBELLET, *Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés*, RTDCCom., 1999, p. 305, spéc., note 13.

Affirmer la corporalisation de l'action en une écriture comptable ne revient pas à affirmer que l'action « est » l'écriture en compte. En effet, contrairement à l'opinion d'une fraction de la doctrine (D. R. MARTIN, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, préc., n° 13 ; *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, préc., p. 17. H. HOVASSE, note sous Com., 10 juin 1997, « AUBERTIN », préc., p. 19), l'existence de l'action en tant que droit de l'associé dans la société se distingue de son inscription en

à l'appropriation de celle-ci. Dès l'instant en effet que l'on admet que « le droit de propriété n'est pas un bien, mais une prérogative attachée à la personne »³¹, « qu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens »³², l'action peut être objet de propriété³³. Or, cette théorie séduit car, non seulement, elle trouve sa source dans le droit romain (« dans le système romain... la propriété est cette relation particulière qu'établit la personne autant avec les choses corporelles qu'avec les droits. ...à Rome, la propriété est conçue comme une prérogative attachée à la personne (*dominium*), comme une puissance et non pas comme un bien, un droit patrimonial, la propriété d'une chose (*proprietas*) n'étant pas un droit [mais une qualité de la chose, un élément de son statut] »³⁴), mais encore, la titularité d'un droit personnel confère des pouvoirs identiques à la propriété d'un bien, ce que la cession³⁵ et le démembrement de parts ou actions³⁶, notamment, viennent illustrer³⁷.

compte, car l'action naît dès l'immatriculation de la société (en ce sens, P. LE CANNU, *L'acquisition de la qualité d'actionnaire*, colloque, « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », Rev. soc., 1999, p. 519, spéc., n° 15, 18 et 20). Il n'y a pas d'incompatibilité à, d'un côté, retenir l'idée d'une corporalisation de l'action par son écriture en compte et, de l'autre, refuser de fondre l'action dans l'écriture comptable. En effet, le défaut d'inscription en compte d'une action n'a pas d'incidence sur l'existence du droit de créance de l'actionnaire sur la société constaté par l'action, mais seulement sur le régime dudit droit. Ainsi, tant que l'action émise par la société immatriculée n'est pas inscrite en compte (exemple : actions nées d'une augmentation de capital ou de la conversion d'obligations convertibles en actions non encore portées en compte ; en ce sens, J.-P. BOUÈRE et H. de VAUPLANE, *Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client*, préc., p. 623), la créance de l'apporteur sur la société se trouve soumise au régime du droit de créance (en ce sens, H. CAUSSE, note sous Com., 10 juin 1997, « AUBERTIN », préc., n° 13). Il en découle que l'inscription en compte de l'action constitue le fait générateur d'un droit de propriété sur celle-ci dès lors que l'on refuse de reconnaître l'existence d'un droit de propriété sur une chose incorporelle, analyse que nous ne partageons pas ainsi que l'illustreront les propos à venir.

³¹ F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon III, 1981 ; *Sur la constitution de propriété*, D., 1985, chron., p. 171, spéc., p. 172 ; avec Th. REVET, *Les biens*, Droit fondamental, PUF, 2^{ème} éd., 1997, n° 46, 89 et s.. Une analyse proche a été faite par GINOSSAR, cet auteur estimant que « la propriété n'est autre chose que la relation par laquelle une chose appartient à une personne » (*Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, n° 12, p. 33). Également favorables à l'idée qu'une chose incorporelle peut être objet de propriété : not. M. FABRE-MAGAN, *loc. cit.*, n° 9, 18 et 19. Mme FABRE-MAGAN rappelle dans son excellente étude que M. ZENATI a montré « comment c'est par une erreur, notamment des post-glossateurs au premier rang desquels on trouve BARTOLE, que la propriété en est venue à désigner uniquement un droit et qu'on en a déduit, toujours par un contresens, qu'étant un droit sur une chose, elle ne pouvait porter que sur une chose par hypothèse corporelle [puisque, *par nature*, une chose incorporelle n'est pas susceptible d'appropriation, au sens où un individu ne peut pas s'en réserver spontanément l'utilité de façon exclusive] » (*loc. cit.*, note 76 et n° 18, p. 597). Ph. GOUTAY, *La dématérialisation des valeurs mobilières*, Bull. Joly, 1999, p. 415, spéc., p. 435. H. CAUSSE, note sous Com., 10 juin 1997, « AUBERTIN », préc., n° 13.

³² F. ZENATI et Th. REVET, *op. cit.*, n° 2.

³³ Comp. M. FABRE-MAGNAN qui réfute l'idée d'une propriété du droit de créance au motif que « le droit est toujours un lien entre des personnes et on ne peut être propriétaire d'un lien, d'une relation » ; selon cet auteur, « on est propriétaire de la créance et non pas du droit de créance » car, plus généralement, « on n'est pas à proprement parler propriétaire d'un droit mais uniquement de l'objet attendu de la réalisation de ce droit » (*loc. cit.*, n° 25, p. 604).

³⁴ F. ZENATI et Th. REVET, *op. cit.*, n° 112, p. 133 et 114, p. 140. Sur l'historique du droit de la propriété, v. également, F. ZENATI, *La nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, préc. ; *Pour une rénovation de la théorie de la propriété*, RTDC, 1993, p. 309. J.-Ph. LÉVY, *Histoire de la propriété*, PUF, « Que sais-je ? », 1^{ère} éd., 1972. M. VILLEY, *Notes sur le concept de propriété*, in *Critique de la pensée juridique moderne, douze autres essais*, Dalloz, 1976, spéc. pp. 187-200. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, Droit fondamental, 1989.

³⁵ La négociation s'agissant d'une action (article 271).

³⁶ Articles 1844 alinéa 3 (parts sociales) et 163 alinéa 1^{er} (actions).

C'est pourquoi, en reconnaissant au droit de propriété la nature de « rapport d'appropriation » sur un bien³⁸, l'on valide le principe d'une propriété de l'action. L'on notera que le législateur ne s'est pas embarrassé du problème puisqu'il use, en plusieurs hypothèses³⁹, de l'expression de « propriété de l'action » afin de désigner le rapport juridique existant entre l'homme et le titre ou, si l'on refuse de « tenir l'ensemble écriture comptable et support d'enregistrement informatique pour un substitut parfait de l'écrit instrumentaire »⁴⁰, entre l'homme et l'écriture en compte.

8. A ces quelques précisions concernant la juridicité de la notion de propriété d'actions, doivent succéder de brèves observations relatives à l'acte se trouvant à l'origine de ce rapport de droit.

b) L'acte générateur de la propriété de l'action

9. Le principe est acquis, l'acte générateur de propriété d'une action consiste dans la réalisation d'un apport⁴¹. Si le droit des sociétés connaît différents types d'apports, il est important de préciser que la propriété de l'action n'est pas affectée par la nature de l'apport réalisé. Peu importe que l'apport qui se trouve à l'origine de l'attribution des actions transfère la propriété pleine et entière du bien apporté⁴², sa seule jouissance⁴³ ou sa nue-propriété⁴⁴.

De même, le fait que le propriétaire des actions jouisse de cette qualité à la suite d'une libéralité⁴⁵ n'a pas d'incidence sur la reconnaissance à son profit de la qualité d'actionnaire. En effet, lorsqu'un individu est propriétaire d'actions, cela signifie qu'il a choisi d'investir une partie de son patrimoine dans la société, le caractère libéral du transfert des actions ne lui retirant pas ce choix. Simplement, dans cette seconde hypothèse, le choix se manifeste

³⁷ Sur la réalité d'un droit de propriété sur les instruments financiers, v. A. REYGROBELLET, *Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés*, préc., n° 10 à 15.

³⁸ F. ZENATI et Th. REVET : « Les droits peuvent assurément être considérés comme des biens car ils se prêtent parfaitement à la jouissance privative : il est de l'essence des droits d'être attribués à une personne déterminée. [...] Seuls peuvent être des biens les droits qui ne réalisent pas l'appropriation des choses : car il serait absurde (et, en outre, inutile), d'approprier le rapport d'appropriation. Telle est la fonction du droit de propriété, qui n'est donc pas un bien, puisqu'il est ce qui permet aux choses d'être des biens » (*op. cit.*, n° 2).

³⁹ Articles 94-II alinéa 6 et 94-III alinéa 2 de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981. Article 10 de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant DDOEF, modifiant l'article 47bis de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983. Articles 63-I et 103 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996.

⁴⁰ Opinion prônée par M. D. R. MARTIN, *Du titre et de la négociabilité (à propos des pseudo-titres de créances négociables)*, préc., pp. 22 et 24. M. VASSEUR nie également à l'action la qualification de titre, au motif qu'en l'absence de support papier il n'y a plus de titre (*Droit des affaires*, Licence, fasc. IV, Les cours de droit, Paris, 1987-1988, p. 88, cité par D. R. MARTIN, *Du titre et de la négociabilité (à propos des pseudo-titres de créances négociables)*, préc., p. 23, note 33).

⁴¹ Réalisation promise (souscription des actions) ou effectuée (libération des actions).

⁴² Apport en numéraire et apport en nature en pleine propriété.

⁴³ Apport en nature en jouissance et apport en nature en usufruit.

⁴⁴ Apport en nature en nue-propriété.

⁴⁵ Ainsi en est-il lorsque les actions sont gratuitement attribuées : donation, legs, distribution gratuite d'actions aux salariés en application de la loi n° 80-834 du 24 octobre 1980. Dans cette dernière hypothèse la gratuité s'avère néanmoins plus théorique que réelle, car les actions distribuées constituent un mode de rémunération du travail. Sur cette loi, v. Y. GUYON, *La distribution gratuite d'actions aux salariés*, JCP G., 1981, I, 3006. M. VASSEUR, *La loi du 24 octobre 1980 et les principes du droit français*, D., 1981, chron., p. 63. A. VIANDIER, *La loi créant une distribution gratuite d'actions et le droit des sociétés*, Rev. soc., 1981, p. 475. G. KLEIN, *La difficile application d'un texte par les entreprises*, Mélanges ROBLLOT, 1984, p. 357.

autrement en ce qu'il passe par la faculté offerte au bénéficiaire de la libéralité de conserver les actions ou, au contraire, de s'en séparer⁴⁶.

C'est pourquoi, que la propriété d'actions découle d'un transfert à titre gratuit ou à titre onéreux ne modifie en rien l'intention de l'actionnaire d'être en société. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le propriétaire de l'action ait personnellement effectué un apport, seule comptant la réalisation de ce dernier.

10. Si la propriété de l'action est un élément indispensable de la notion d'actionnaire, elle n'en demeure pas moins une condition insuffisante. Deux éléments, moins unanimement reçus⁴⁷, s'y ajoutent : la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social et la contribution aux pertes. Présentant tous deux une dimension subjective, ces éléments seront étudiés ensemble.

⁴⁶ En ce sens, A. VIANDIER, note sous Civ. 1^{ère}, 6 février 1980, Rev. soc., 1980, p. 521, spéc., p. 524.

⁴⁷ Not. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc. n° 48, 53, 58.

2. Les éléments subjectifs

11. Suivant l'ordre de l'article 1832 du Code civil, l'étude de la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale⁴⁸ (a) précèdera celle de la contribution aux pertes (b).

a) La vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale

12. La vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale n'est autre que la poursuite d'un but intéressé : s'enrichir en réalisant, soit un « gain matériel ou pécuniaire »⁴⁹, soit une « moindre dépense »⁵⁰. Cette vocation constitue un élément évidemment nécessaire à la reconnaissance de la qualité d'actionnaire puisqu'elle n'est autre que la cause de l'apport effectué au profit de la société. Dès lors, en effet, que l'on s'interroge sur le « pourquoi » de l'acte d'apport, la réponse suivante s'impose : « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra [en] résulter »⁵¹. Parce que l'apport et sa cause ne peuvent être dissociés et que cette cause rejoint la cause finale du contrat de société⁵², la qualité d'actionnaire exige le respect de cette seconde condition⁵³.

⁴⁸ Bien que lourde, l'expression de « vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social » offre l'avantage de ne pas exclure les économies des formes d'enrichissement individuel. Cette expression rejoint la notion « d'avantage patrimonial » utilisée par M. VIANDIER dans sa thèse de doctorat (*La notion d'associé*, préc., n° 38 et 52).

⁴⁹ Les Chambres réunies de la Cour de cassation ont défini le bénéfice comme « le gain matériel ou pécuniaire qui ajoute à la fortune des associés » (11 mars 1914, « Caisse rurale de la commune de Manigod », DP, 1914, 1914, I, 257, note L. SARRUT).

⁵⁰ Définition de l'économie donnée par M. CORNU : « gain, assimilé à un bénéfice, résultant d'une moindre dépense, d'une gestion plus rigoureuse » (*Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF, 4^{ème} éd., 2000, V° Economie). Ainsi par exemple, les sociétés coopératives ont-elles pour but « 1° de réduire au profit de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci le prix de vente de certains produits ou de certains services, 2° « d'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou fabriqués par ces derniers pour être livrés aux consommateurs » (G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, tome 1, par M. GERMAIN et L. VOGEL, n° 1022-1). M. DIDIER met fort bien en lumière le caractère lucratif de l'économie en ce qu'il relève que « les associés de la coopérative réalisent eux, un véritable bénéfice, tout comme les associés d'une société industrielle ou commerciale, car, en payant moins cher les prestations qu'ils reçoivent de la coopérative, ils réalisent une économie et, par là même, le solde de leur patrimoine se trouve augmenté. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'il y a deux moyens de réaliser des bénéfices et de s'enrichir : ou gagner plus ou dépenser moins. Et il y a entre ces deux manières de gagner de l'argent des différences plus apparentes que réelles » (*op. cit.*, tome 2, p. 20).

⁵¹ Article 1832 du Code civil.

⁵² Toute société a pour but ou finalité l'enrichissement de ses associés car le profit est le propre de toute activité économique. Or, une société constitue une structure d'accueil d'une telle activité. Et si une société peut certes poursuivre d'autres buts que le seul enrichissement de ses associés, cela ne signifie pas pour autant que ces buts soient exclusifs de cet enrichissement ; l'enrichissement des actionnaires est immanent à toute société civile ou commerciale. En fait, alors que toute société a un but immuable et premier – enrichir des associés –, elle peut poursuivre d'autres buts variables et seconds, étant entendu que l'enrichissement des associés constituera toujours – et nécessairement – l'un d'eux.

⁵³ En ce sens, not. J. ROUAST : « l'associé apporte pour participer aux bénéfices » (*La notion juridique d'apport en nature*, thèse, Paris, 1949, p. 34, cité par A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 36, note 164). *Contra* A. VIANDIER : « Il n'est pas nécessaire de se demander si l'apporteur recherche un gain ou une économie, il suffit de savoir qu'il est apporteur pour en déduire qu'il est associé. [...]. L'élargissement de la vocation aux bénéfices à la recherche de tout avantage patrimonial conduit à rendre inutilisable la participation aux résultats, comme éléments du critère de la notion d'associé, l'apporteur ayant par définition, vocation aux résultats

13. Mais enfin, ce premier élément subjectif n'est-il pas artificiel dès lors que, constitutif de la cause de l'apport, il ne peut par définition être séparé de ce dernier ? Nous observerons plus loin que la réponse est négative. Au préalable, nous présenterons le second élément subjectif de la qualité d'actionnaire : la contribution aux pertes.

b) La contribution aux pertes

14. « Affecter des biens ou son industrie à une entreprise commune en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter »⁵⁴ ne suffit pas à qualifier l'associé ou l'actionnaire ; un individu ne peut arguer d'une telle qualité que s'il accepte de contribuer aux pertes⁵⁵. Le troisième alinéa de l'article 1832 l'exprime d'ailleurs clairement en ce qu'il ne reconnaît la qualité d'associé qu'à celui qui « s'engage à contribuer aux pertes ». Par cet engagement, l'associé manifeste son acceptation de perdre le ou les biens⁵⁶ apportés à la société composant le capital social.

15. Autonomes les uns par rapport aux autres, ces trois éléments doivent néanmoins être cumulés afin qu'une personne morale ou physique puisse être qualifiée d'actionnaire.

B. Des éléments autonomes mais cumulatifs

16. Si la réalité de l'autonomie des trois éléments constitutifs de la notion d'actionnaire peut apparaître douteuse, elle n'en demeure pas moins réelle. Aussi procéderons-nous, dans un premier temps, à la démonstration d'une telle affirmation (1). Autonomes, les conditions de propriété de l'action, de vocation aux bénéfices *lato sensu*⁵⁷ et de contribution aux pertes n'en sont pas pour autant alternatives. Bien au contraire, la qualité d'actionnaire exige leur réunion (2).

1. Des éléments autonomes

17. En apparence, les conditions de vocation aux bénéfices *lato sensu* et de contribution aux pertes sont contenues dans celle d'apport ; d'une part, la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale causant l'apport⁵⁸, ne se distingue pas de ce dernier, d'autre part, simple négatif⁵⁹ de la vocation aux bénéfices *lato sensu*, la contribution aux pertes se trouve, de ce fait, comprise dans l'apport. Néanmoins, les apparences sont trompeuses car vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social (a) et contribution aux pertes (b) constituent bel et bien deux conditions autonomes de la notion d'actionnaire.

sociaux» (*La notion d'associé*, préc., n° 52 et 53). Sur la critique apportée à l'opinion de M. VIANDIER, v. *infra* n° 21.

⁵⁴ Article 1832 alinéa 1^{er} du Code civil.

⁵⁵ En ce sens, not. L. GODON, *op. cit.*, n° 52, 53, 61 à 71.

⁵⁶ Argent et biens en nature au sein des sociétés de capitaux.

⁵⁷ Bénéfices et économie.

⁵⁸ Sur cette affirmation, v. *supra* n° 12.

⁵⁹ Au sens photographique du terme.

a) L'autonomie de la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale

18. Tout principe se distingue de son principe fondateur ; soutenir le contraire serait aussi erroné que de confondre la fin et le moyen. En effet, l'émergence d'un principe, ou d'un droit, répond à un objectif précis, distinct du principe ou du droit lui-même.

Mais, en l'occurrence, si la cause de l'apport se distingue de l'apport lui-même, une présomption irréfragable de vocation aux bénéfices *lato sensu* ne pèse-t-elle pas sur l'apporteur, présomption excluant que ladite vocation puisse constituer une condition autonome de la notion d'actionnaire ? L'admettre signifierait que tout propriétaire d'actions⁶⁰ a vocation à retirer un enrichissement individuel de la richesse sociale. Or, tel n'est pas le cas. Le droit des sociétés connaît de propriétaires d'actions non-actionnaires puisque certaines conventions transférant temporairement la propriété d'actions⁶¹ peuvent conduire à conférer celle-ci à un individu dénué de toute vocation aux bénéfices. Ainsi, le porteur d'actions, au sens de signataire d'une convention de portage⁶², ne satisfait-il qu'à la condition objective de la qualité d'actionnaire en ce que lui manque la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale. Une telle vocation fait défaut au porteur d'actions car ce dernier ne jouit, ni des bénéfices distribués, ni de l'éventuelle plus-value de cession, ni, par conséquent, du *boni* de liquidation. Les dividendes distribués échappent au porteur d'actions puisqu'au jour de l'échéance, le porteur doit transférer au donneur d'ordre les dividendes perçus en numéraire ou en actions⁶³. Quant à l'obtention d'une éventuelle plus-value de cession, son exclusion découle de la fixation d'un prix « convenu à l'avance indépendamment de la valeur actuelle [des actions] »⁶⁴. On le constate, l'enrichissement retiré par le porteur des actions, propriétaire temporaire de celles-ci, est totalement déconnecté de la richesse sociale, son enrichissement procédant uniquement de la rémunération allouée par le donneur d'ordre. C'est pourquoi, la qualité d'associé ne saurait être reconnue au porteur de parts ou actions⁶⁵. Cette analyse produit une conséquence intéressante sur la validité de la convention de portage : en ne conférant pas au porteur des actions la qualité d'actionnaire, faute pour ce dernier d'avoir vocation aux bénéfices sociaux et de contribuer aux pertes, une telle convention ne peut être taxée de pacte léonin ; n'est léonine que la stipulation attribuant ou excluant un associé de la totalité du profit ou des pertes⁶⁶.

⁶⁰ On rappellera que l'apport constitue l'acte générateur de la propriété des actions (*supra* n° 9).

⁶¹ Sur la question, v. not. F.-X. LUCAS, *Les transferts temporaires de valeurs mobilières*, LGDJ, 1997.

⁶² Le portage consiste dans « la convention par laquelle une personne, le porteur, accepte, sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire, par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine » (D. SCHMIDT, *Les opérations de portage de titres de sociétés, Les opérations fiduciaires*, Feduci, LGDJ, 1985, p. 29, spéc., p. 30). Sur les conditions jurisprudentielles de licéité du portage, v. en dernier lieu, F.-X. LUCAS, *Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. A la recherche de la cohérence perdue...*, JCP E., 2000, p. 168. L'auteur affirme de manière fort convaincante que la Cour de cassation subordonne la validité de la convention de portage à l'existence de promesses croisées d'achat-vente et rappelle que M. JEANTIN en avait eu très tôt l'intuition (*ibidem*).

⁶³ V. not. D. SCHMIDT, *Les opérations de portage de titres de sociétés*, préc., p., 32.

⁶⁴ Y. GUYON, *Traité des contrats. Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1999, n° 256.

⁶⁵ *Contra* M. JEANTIN, *Conventions de portage et droit des sociétés*, Rev. droit bancaire et bourse, 1991, p 125. Fl. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997, n° 174. F. POLLAUD-DULIAN, *L'actionnaire dans les opérations de portage*, colloque « *Qu'est-ce qu'un actionnaire ?* », Rev. soc., 1999, p. 765, spéc., p. 766.

⁶⁶ Article 1844-1 alinéa 2 du Code civil. Comp. F.-X. LUCAS qui valide la convention de portage en distinguant selon qu'elle est conclue entre investisseurs ou entre associés ; seule la passation d'une convention de portage

19. Opération emportant transfert temporaire de propriété d'actions, le portage est usuellement rapproché d'autres techniques contractuelles, telles que le contrat de prêt de titres régi par la loi n° 87-416 du 17 juin 1987⁶⁷, le contrat de prêt de titres non-réglementé⁶⁸, le réméré⁶⁹ et la pension-livrée⁷⁰. Dès lors, une question se pose : ces propriétaires temporaires d'actions revêtent-ils la qualité d'actionnaire⁷¹ ? Sauf stipulations contractuelles retirant ou, au contraire, conférant au propriétaire temporaire le bénéfice de la richesse sociale, l'on doit reconnaître au cessionnaire à réméré, à l'emprunteur et au preneur de titres en pension la qualité d'actionnaire. En effet, si le régime légal du prêt de titres et de la pension livrée exclut

entre investisseurs serait licite selon cet auteur (*Promesses d'achat de droits sociaux à prix garanti et prohibition des clauses léonines. A la recherche de la cohérence perdue...*, préc., p. 171). Nous ne souscrivons pas à cette opinion dans la mesure où la qualité d'investisseur n'est pas exclusive, à notre sens, de celle d'actionnaire, tous deux étant propriétaires d'actions, ayant vocation à retirer un enrichissement individuel de la richesse sociale et ayant accepté de contribuer aux éventuelles pertes sociales.

⁶⁷ Modifiée par la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant DDOEF. Sur la question, v. not. Y. GUYON, *Le régime juridique des prêts de titres*, Rev. droit bancaire et bourse, 1988, p. 36, spéc., p. 37, n° 10 ; *Le prêt de titres*, JCl. Sociétés, fasc. 2125 ; *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., n° 257. M. JEANTIN, *Les prêts de titres*, Rev. soc., 1992, p. 465. H. CAUSSE, *Prêts de titres et titres de créances négociables*, JCP E., 1992, I, 125. A. LUNEL-JURGENSEN et F. GUÉRANGER, *Le réméré, la pension-livrée et le prêt de titres*, Banque, 1992, p. 144. A. PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, RTDCom., 1993, p. 1, spéc., n° 92 et s..

⁶⁸ Soumis au régime des articles 1892 et suivants du Code civil, relatifs au prêt de consommation à la condition expresse que le contrat de prêt stipule que les actions sont consommables. En ce sens, M. JEANTIN, *Les prêts de titres*, préc., p. 481. Y. GUYON, *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., n° 259. Contra F.-X. LUCAS et P. NEAU-LEDUC, *Mise à disposition d'actions à des administrateurs ou à des membres du conseil de surveillance*, Actes pratiques, Droit des sociétés, 1999, n° 48, n° 20 et s. ; ces deux auteurs affirment, de manière fort intéressante, qu'il est impossible de stipuler la consommabilité des actions : en matière de consommabilité d'un bien, « n'est plus en cause le regard que les parties portent sur le bien, ni la valeur qu'elles lui prêtent [contrairement à sa fongibilité]. [Mais] est en cause la nature des choses. La qualification de bien consommable se fonde sur le constat qu'il faut pour se servir du bien, le détruire. Il n'y a ici plus la moindre place laissée à la subjectivité ». V. en dernier lieu, Ph. REIGNÉ, *La licéité du prêt d'actions à des administrateurs (à propos d'une réponse ministérielle de Mme le Garde des sceaux à M. Philippe Marini)*, Bull. Joly, 2000, p. 1187.

⁶⁹ Article 1659 du Code civil : « La faculté de rachat ou de réméré est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal, et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673 [« frais et loyaux coûts de la vente, réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation »] ». Sur la question, v. not. A. PERROT, *loc. cit.*, n° 4. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6^{ème} éd., 1995, n° 674.

⁷⁰ « La pension est l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement ou un fonds commun de créance cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement ou à un fonds commun de créance, moyennant un prix convenu, des valeurs, titres ou effets définis ci-après et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les valeurs, titres ou effets, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus » (article 12-I alinéa 1^{er} de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers). Peuvent être seuls pris en pension, les actions cotées françaises ou étrangères (article 12-I alinéa 2-1° et 2°), « les titres de créances négociables sur un marché réglementé français ou étrangers » et « les effets publics ou privés » (article 12-I alinéa 2-3° et 4°). Sur la question, v. not. F. AUCKENTHALER, *Les incertitudes juridiques de la pension livrée*, JCP E., 1991, I, 42. P. BORDENAVE, *L'essor de la pension livrée*, Banque, 1991, p. 745. F. PELTIER, *Les aspects juridiques de la mobilisation des emplois bancaires par la Banque de France*, Rev. droit bancaire et bourse, 1991, p. 5. A. PERROT, *loc. cit.*, n° 95 et s.. C. FERRY et J.-C. BIGNON, *Les opérations de pension*, JCP E., 1994, I, 389.

⁷¹ On notera qu'une différence essentielle sépare le portage de ces trois contrats : alors que le portage implique la rémunération du propriétaire temporaire des actions (le porteur), dans les trois autres contrats c'est le propriétaire temporaire de l'action qui est débiteur d'une obligation de rémunération (emprunteur, acquéreur à réméré et preneur de titres en pension).

l'emprunteur et le preneur en pension du droit aux dividendes⁷², ces derniers jouissent, en revanche, du droit aux bénéfices mis en réserve. Le droit de l'emprunteur à une éventuelle plus-value de cession est net puisque la loi de 1987 interdit que le prix de rétrocession des titres soit identique à la valeur qu'ils présentent au jour de la conclusion du contrat. L'article 35 alinéa 4 de la loi du 17 juin 1987 dispose en effet : « A l'expiration du prêt, les titres empruntés sont réputés restitués à la valeur pour laquelle la dette représentative de l'obligation de restitution figure au bilan ». Or, cette valeur est celle affichée à la clôture de l'exercice et non la valeur de l'action au jour de la conclusion du contrat, l'article 35 alinéa 3 prévoyant qu'« à la clôture de l'exercice, les titres empruntés qui figurent au bilan de l'emprunteur et la dette représentative de l'obligation de restitution qui résulte des contrats en cours sont inscrits au prix que ces titres ont sur le marché à cette date »⁷³. Si le preneur en pension ne dispose pas d'un droit aussi affirmé, l'article 12-I alinéa 1^{er} de la loi du 31 décembre 1993 autorise néanmoins les parties à convenir, soit que le prix de rétrocession des titres sera d'un montant supérieur au prix de cession initiale, soit qu'il sera égal à la valeur des titres au jour de l'échéance de l'opération.

A l'inverse, le régime de droit commun du prêt de titres, ainsi que celui du réméré ne permettent pas au propriétaire temporaire de bénéficier d'un éventuel enrichissement social⁷⁴. Dans le cadre d'un prêt de consommation, l'interdiction faite à l'emprunteur de recevoir une telle plus-value procède des articles 1895 et 1897 du Code civil. Aux termes de ces deux textes, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de la valeur des espèces (le prêt porte sur de l'argent) ou du prix des choses (l'objet du prêt consiste en des lingots ou des denrées), le débiteur doit toujours rendre la somme numérique prêtée en cas de prêt d'argent, les mêmes quantité et qualité en cas de prêt de lingots ou denrées, et seulement cela. Aussi, lorsque le

⁷² S'agissant du prêt de titres réglementé, l'article 31 b) de la loi du 17 juin 1987 prévoit expressément que « le prêt porte sur des titres qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt, du détachement d'un droit à dividende ou du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source prévue au 1 de l'article 119 *bis* ou à l'article 1678 *bis* du Code général des impôts ou ouvrant droit à un crédit d'impôts prévu au b du 1 de l'article 220 du même code, d'un amortissement, d'un tirage au sort pouvant conduire au remboursement ou d'un échange ou d'une conversion prévus par le contrat d'émission ». La clarté du texte exclut tout commentaire.

Quant à la pension-livrée, d'une part, l'article 12-II de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 dispose que « la pension porte sur des valeurs, titres ou effets, qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet, pendant toute la durée de l'opération de pension, du détachement d'un droit à dividende, ouvrant droit à l'avoir fiscal mentionné à l'article 158 *bis* du Code général des impôts ou au crédit d'impôt prévu au b du 1 de l'article 220 du même code ou du paiement d'un intérêt soumis à la retenue à la source prévue au 1 de l'article 119 *bis* ou à l'article 1678 *bis* du Code général des impôts ou ouvrant droit au crédit d'impôt prévu au b du 1 de l'article 220 du même code. L'amortissement, le tirage au sort conduisant au remboursement, l'échange, la conversion ou l'exercice d'un bon de souscription mettent fin à l'opération de pension » ; d'autre part, l'article 12-VI alinéa 2 énonce que « lorsque la durée de la pension couvre la date de paiement des revenus attachés aux valeurs, titres ou effets donnés en pension, le cessionnaire les reverse au cédant qui les comptabilise parmi les produits de même nature ». On le constate, ici encore la lettre de la loi ne permet pas au propriétaire temporaire des actions de jouir du droit aux bénéfices distribués.

⁷³ Technique dite de « *repricing* » (A. LUNEL-JURGENSEN et F. GUÉRANGER, *Le réméré, la pension-livrée et le prêt de titres*, préc., p. 255). La correspondance entre la valorisation des titres au sein du bilan de l'emprunteur et la valorisation de la dette représentative de l'obligation de restitution est exigée afin de permettre la neutralité fiscale de l'opération, « spécialement au regard de la taxation des plus-values ». « La neutralité de l'opération est assurée chez le prêteur par l'inscription au bilan d'une créance égale à la valeur comptable des titres prêtés. Aucune plus-value n'apparaît donc chez le prêteur. Du côté de l'emprunteur, l'opération sera valorisée au cours du marché et exclue expressément du régime des plus-values » (M. JEANTIN, *Les prêts de titres*, préc., p. 474).

⁷⁴ En ce sens, Y. GUYON, *Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., n° 253.

prêt porte sur des actions, ces dernières doivent-elles, sauf clause contraire⁷⁵, être restituées pour la valeur qu'elles affichaient au jour de la conclusion du contrat, privant ainsi l'emprunteur du bénéfice de dividendes et/ou d'une éventuelle plus-value de cession. Quant au réméré, la prohibition de principe découle de l'article 1659 du Code civil qui exige la restitution du prix principal et des remboursements visés à l'article 1673⁷⁶. Toutefois, ici encore, la convention pourra prévoir, notamment, que « le prix principal ne constituera qu'un prix plancher en cas d'augmentation de la valeur des titres » ou que « le prix sera fonction de la valeur des actions au jour de l'exercice du réméré »⁷⁷.

20. On le voit, propriété d'actions et qualité d'actionnaire ne sont pas nécessairement synonymes, ce qui implique que la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale constitue une condition autonome de celle de l'apport.

Mais, l'autonomie de la vocation aux bénéfices *lato sensu* ne se limite pas à l'apport ; elle s'étend également à la contribution aux pertes, cette dernière constituant un élément autonome de la condition d'actionnaire.

b) L'autonomie de la contribution aux pertes

21. La contribution aux pertes ne représente pas le « négatif » de la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale⁷⁸. Cette troisième exigence ne peut être réduite au « contraire »⁷⁹ de la vocation aux bénéfices pour une raison essentielle : une perte est réalisée en cas d'amoindrissement patrimonial (*damnum emergens*), ainsi qu'en cas de manque à gagner (*lucrum cessans*). Or, la perte ne constituerait l'envers de la vocation aux bénéfices qu'à la condition d'être synonyme du seul *lucrum cessans* ; en effet, plus que le retrait effectif d'un enrichissement individuel de la richesse sociale, c'est la vocation à un tel retrait qui caractérise l'associé⁸⁰. Aussi est-il juste de considérer que l'absence de gain – *lucrum cessans* – représente une éventualité contenue dans la condition de vocation aux bénéfices⁸¹.

Mais, loin de se traduire par un seul *lucrum cessans*, la perte se caractérise également et principalement par un *damnum emergens*⁸². Or, nul ne saurait soutenir que cette seconde signification du vocable « perte » est comprise dans le concept de vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale. Bien au contraire, un fossé sépare le fait

⁷⁵ En ce sens, not. A. BÉNABENT qui relève que « rien n'interdit de stipuler une dérogation à cette règle, par exemple en prévoyant une valeur *minima* de restitution », c'est-à-dire une clause de prix plancher (*Droit civil. Les contrats spéciaux. Civils et commerciaux*, Montchrestien, DOMAT, 4^{ème} éd., 2000, n° 453).

⁷⁶ « Frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation ».

⁷⁷ A. PERROT, *loc. cit.*, n° 42.

⁷⁸ *Contra* A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 54.

⁷⁹ Opinion néanmoins soutenue par M. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 37.

⁸⁰ En ce sens, J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, tome 1, Dalloz, 1^{ère} éd., 1954, cité par A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 62. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, DOMAT, 3^{ème} éd., 1994, n° 69. C. REGNAULT-MOUTIER, *Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ?*, Bull. Joly, 1994, p. 1155, spéc., n° 8.

⁸¹ *Lato sensu* : « gain matériel ou pécuniaire qui ajoute à la fortune des associés » ou « moindre dépense ». Sur ce point, v. *supra* n° 12.

⁸² Ainsi, en droit de la responsabilité civile, la perte n'est-elle réalisée qu'en présence d'un *damnum emergens*. V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Précis, Dalloz, 7^{ème} éd., 1999, n° 670. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 54).

d'espérer s'enrichir ou, à tout le moins, de ne pas s'appauvrir, et celui de s'appauvrir, inhérent à la notion de contribution aux pertes.

22. Ne se confondant pas avec la vocation aux bénéfices, la contribution aux pertes se distingue également de l'apport ; effectuer un apport en vue d'en retirer un profit ne signifie pas accepter de le perdre. Le contenu de l'article 1832 du Code civil témoigne d'ailleurs de la véracité de cette affirmation en ce que son troisième alinéa pose expressément que « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Or, si cet engagement était contenu dans l'apport et la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale, l'article 1832 ne contiendrait que deux alinéas...

23. C'est pourquoi, la contribution aux pertes constitue, à notre sens, une condition *per se* de la notion d'actionnaire⁸³ et non une condition « toute entière contenue dans la mise en commun d'apports »⁸⁴.

24. Si les conditions de propriété de l'action, de vocation au retrait d'un enrichissement individuel de l'enrichissement social et de contribution aux pertes sont distinctes les unes des autres, la qualification d'actionnaire exige néanmoins leur cumul.

2. Des éléments cumulatifs

25. Autonomes, les trois éléments cités ne composent la notion d'actionnaire qu'à condition d'être cumulés. La raison de l'exigence du cumul est simple : le propriétaire d'actions satisfera d'autant plus sûrement à la finalité des droits conférés par l'action qu'il aura vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale et aura accepté de contribuer aux pertes éventuelles. Parce que la finalité des droits⁸⁵ conférés aux détenteurs d'actions consiste dans la satisfaction de l'intérêt commun des associés⁸⁶, que cet intérêt constitue le but de toute société⁸⁷ et que le but social n'est autre que la vocation aux bénéfices dans sa dimension collective, il est rassurant que le titulaire desdits droits possède une telle vocation. Et si la vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale constitue la garantie principale du respect de la finalité des droits d'associés, la contribution aux pertes s'avère néanmoins importante dès lors qu'elle exacerbe la vigilance de l'actionnaire, celui-ci n'ayant aucun intérêt à perdre son apport.

En conséquence, revêt seul la qualité d'actionnaire – et d'associé en général –, le propriétaire d'actions, ou de parts sociales, animé de la vocation à retirer un enrichissement individuel de la richesse sociale et disposé à contribuer aux pertes éventuelles.

⁸³ En ce sens, not. J. HAMEL, *L'affectio societatis*, RTDC, 1925, p. 761, spéc., p. 773. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 123. Y. CHARTIER, note sous Com., 17 mai et 14 juin 1983, D., 1985, jur. p. 125, spéc., p. 126. Ces deux arrêts font d'ailleurs de la contribution aux pertes une condition de la notion d'actionnaire.

⁸⁴ Contrairement à l'opinion de M. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 57.

⁸⁵ Et, plus précisément, la finalité des droits extra-patrimoniaux : droit de voter, droit d'agir en justice (action en désignation d'un expert de gestion – article 226 –, action en responsabilité civile des dirigeants – articles 244, 245 (SA de type moniste), 249 (SA de type dualiste), 260, 261 (SCA) et 262-9 (SAS) –, action en nullité – articles 1844-10 du Code civil et 235-1 de la loi de 1966 –).

⁸⁶ V. C. KOERING, *op. cit.*, n° XIII, 7, 130 et s..

⁸⁷ Sur la distinction entre la finalité sociale et le but social, v. *supra* note 52.

26. Mais alors, si la réunion de ces trois éléments garantit dans une certaine mesure⁸⁸ le respect de la finalité des droits, rien ne justifie que doctrine⁸⁹ et jurisprudence⁹⁰ subordonnent la notion d'actionnaire à l'existence d'un élément supplémentaire, l'*affectio societatis*.

II. L'INCIDENCE DU CONTENU DE LA NOTION D'ACTIONNAIRE SUR L'*AFFECTIO SOCIETATIS*

27. Bien que l'*affectio societatis* soit une notion fréquemment invoquée tant pour distinguer la société d'autres institutions juridiques proches⁹¹ que pour vérifier la qualité d'associé⁹², aucun consensus ne s'est dégagé sur sa signification. Apparue au III^{ème} siècle de notre ère⁹³, la notion a connu diverses définitions consistant en des traductions plus ou moins heureuses de la locution latine.

28. Ainsi a-t-elle été d'abord définie par « l'intention de s'associer »⁹⁴. Malgré sa justesse sémantique⁹⁵ et sa consécration administrative⁹⁶, cette signification a cependant été

⁸⁸ L'appât d'un gain supérieur à celui dû peut conduire l'actionnaire à détourner ses droits de leur finalité, c'est-à-dire à lui faire commettre un acte qualifié « d'abus de majorité ou de minorité » par le droit positif. Sur notre critique de cette expression, v. *op. cit.*, n° 130 et s..

⁸⁹ Outre la quasi-totalité des auteurs d'ouvrages généraux de droit des sociétés (doit toutefois être exclu de cette liste l'ouvrage de M. DIDIER, *op. cit.*, tome 2, p. 32), v. également C. CHAMPAUD et D. DANET, obs. sous CA Paris, 23 mars 1993, RTDCom., 1993, p. 516. G. DURAND-LÉPINE, *L'exclusion des actionnaires dans les sociétés non cotées*, PA, 24 juillet 1995, p. 7. P. ÉTAIN, note sous Com., 21 janvier 1997, PA, 11 février 1999, p. 15, spéc., p. 18. R. MICHA-GOUDET, *Consentement des parties. Promesse de société*, JCl., Sociétés, fasc. 7-30, spéc., n° 30. S. ASCENSIO, note sous CA Paris, 13 novembre 1998, Bull. Joly, 1999, p. 270, spéc., p. 276. P. CANIN, *La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés*, Droit des sociétés, 1998, p. 4. H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTDCom., 1999, p. 273, spéc., p. 274. D. GIBIRILA, note sous Com., 16 juin 1998, Defrénois, 1999, art. 36959, spéc., p. 420. Y. GUYON, *Affectio societatis*, JCl. Sociétés, fasc. 20-10, refondu par N. REBOUL. N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc.. C. BAILLY-MASSON, *La fictivité, une épée de Damoclès disparue ?*, PA, 24 janvier 2000, p. 4. R. BAILLOD, note sous Com., 8 février 2000, Bull. Joly, 2000, p. 661, spéc., pp. 662 et 663. J.-J. DAIGRE, note sous CA Versailles, 17 mars 2000, Bull. Joly, 2000, p. 845.

⁹⁰ Récemment, Com., 21 janvier 1997, préc.. – 10 février 1998, Bull. Joly, 1998, p. 767, note J.-J. DAIGRE. – CA Paris, 3 novembre 1998, Bull. Joly, 1999, p. 359, note A. COURET – 3 novembre 1998, Bull. Joly, 1999, p. 289, note B. SAINTOURENS. – Com., 30 mai 2000, Bull. Joly, 2000, p. 1094, note P. SCHOLER.

⁹¹ V. *infra* n° 39 à 55.

⁹² M. GUYON qualifie l'*affectio societatis* de « révélateur » de la qualité d'associé (*Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 68).

⁹³ ULPIEN, texte rapporté au *Digeste* de JUSTINIEN (XVII, 2, 31) cité par P. DIDIER, *op. cit.*, tome 2, p. 34. HAMEL doute cependant de l'origine précise de la notion (*L'affectio societatis*, préc., p. 762).

⁹⁴ Sur l'historique de la notion, v. P. DIDIER, *op. cit.*, pp. 33 à 37. Y. GUYON, *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 1 à 3. L'on relèvera que dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Paris a remis au goût du jour cette expression en retenant, pour annuler des contrats de société litigieux, que « les parties n'avaient pas l'intention de s'associer dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité » (7 juillet 1995, JCP E., 1996, I, p. 523, n° 1, obs. M.-E. ANDRÉ et J. RAYNARD, cassé par Com., 10 février 1998, préc.). De même, M. DAIGRE a, récemment, assimilé l'*affectio societatis* à l'intention de s'associer (note sous CA Versailles, 17 mars 2000, préc., p. 847). Comp. Com., 21 janvier 1997 qui a cassé un arrêt estimant, notamment, que le défaut d'intention de s'associer n'était pas établi, alors que, selon la Cour de cassation, l'associé dont la situation juridique était litigieuse « n'était animé d'aucune *affectio societatis* » (Bull. Joly, 1997, p. 465, note P. LE CANNU ; Rev. droit bancaire et bourse, 1997, n° 60, p. 69, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE ; JQ, 25 février 1997, p. 4 ; Rev. soc., 1997, p. 439, note D. BUREAU ; RJDA, 4/1997, n° 521).

⁹⁵ « A l'origine, dans le *Digeste*, le substantif féminin *affectio* désigne la faculté de vouloir » (Y. GUYON, *Affectio societatis*, par N. REBOUL, *ibidem*). Cette traduction est cependant remise en question par M. de BERMOND de VAULX (*Le spectre de l'affectio societatis*, JCP E., 1994, I, 346, n° 16) ; l'auteur rappelle la

jugée insatisfaisante⁹⁷ au motif, légitime, qu'elle conduit à assimiler l'*affectio societatis* au consentement⁹⁸. L'argument est péremptoire dans la mesure où l'intention de s'associer n'est autre, en effet, que l'élément intentionnel inhérent au « don » de son consentement à un contrat. Parce que lorsqu'elle contracte, la personne est nécessairement animée de l'intention de conclure le contrat en question, toute convention contient dès lors une « *affectio contracti* » ou, comme l'écrit M. TERRÉ⁹⁹, « il existe dans tout contrat, plus ou moins forte selon les types, une dose d'*affectio societatis* ».

Bien plus, définir l'*affectio societatis* par l'intention de s'associer présente le vice « de ne pas rendre compte de la particularité de l'*affectio societatis* qui vise aussi l'exécution du contrat¹⁰⁰ et qui n'est donc pas uniquement liée, comme le consentement, à sa formation »¹⁰¹.

Enfin, la doctrine souligne usuellement que « définir l'*affectio societatis* par la volonté d'entrer en société, c'est amorcer un cercle vicieux, puisque l'objet de la recherche est, précisément, de déterminer s'il y a une société »¹⁰².

29. D'autres propositions doctrinales et jurisprudentielles ont alors été faites, conduisant à traduire l'*affectio societatis* par la « collaboration de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun [des associés] participant aux bénéfices comme aux pertes »¹⁰³. Cette définition actuelle est critiquée par M.

traduction donnée par CICÉRON, consistant en « une modification soudaine de l'esprit ou du corps due à certaines causes, telles que la joie, le désir, la crainte, le chagrin, la maladie, la faiblesse et autres sentiments qui relèvent du même genre » (*De inventione*, I, XXV, 36).

⁹⁶ Circulaire du 15 septembre 1977 relative au vocabulaire judiciaire (JO du 24 septembre 1977 ; JCP G., 1977, III, 46255).

⁹⁷ Déjà THALLER « protestait contre la méthode simpliste qui résout l'*affectio societatis* en une intention de constituer la société » (P. DIENER, note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, D., 1977, jur. p. 619, spéc., n° 13).

⁹⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, tome 1, par M. GERMAIN et L. VOGEL, n° 1027. P. DIENER, note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, préc., n° 12. Comp. B. SAINTOURENS : « Les deux causes de nullité [que sont le défaut d'*affectio societatis* et le vice du consentement] ne se confondent pas nécessairement » (note sous CA Paris, 3 novembre 1998, préc., p. 293).

⁹⁹ *La distinction de la société et de l'association*, Mélanges Secrétan, Montreux, 1964, p. 325, spéc., p. 326. Déjà, DEMOGUE écrivait : « Les contractants forment une sorte de microcosme ; c'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale » (*Traité des obligations*, tome 6, 1932, Paris, Rousseau, n° 12, cité par A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 78). Egaleme nt, J. HAMEL : « tous ceux qui passent ont, ou doivent avoir, la volonté de passer ce contrat et il n'a jamais été parlé d'*affectio emptionis venditionis* ou d'*affectio locationis* » (*Quelques réflexions sur le contrat de société*, Mélanges DABIN, tome 2, p. 645, spéc., p. 646).

¹⁰⁰ Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 124. – TGI Paris, 14 mars 1973, Bull. Joly, 1974, p. 21 ; GP, 1973, 2, p. 912, note M. PEISSE ; RTDCom., 1974, p. 104, n° 2, obs. R. HOUIN ; Rev. soc., 1974, p. 92, note M. GUILBERTEAU.

¹⁰¹ Y. GUYON, *Affectio societatis*, JCl. Sociétés, fasc. 19 (ancienne version), spéc., n° 11, cité par A. VIANDIER, « La notion d'associé », préc., n° 76.

¹⁰² A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 76. J. HAMEL, *L'affectio societatis*, préc., pp. 762 et 763. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 124.

¹⁰³ Com., 3 juin 1986, Rev. soc., 1986, p. 585, note Y. G. Les propositions antérieures furent les suivantes :

– « volonté de participer de manière égalitaire à une œuvre commune » (P. PIC, *De l'élément intentionnel dans le contrat de société*, Annales, 1906, p. 153, cité par P. DIDIER, *op. cit.*, tome 2, p. 35) ;

– « volonté d'union et volonté de participer directement aux risques de l'entreprise » (J. HAMEL, *L'affectio societatis*, préc., pp. 774 et s.).

– « participation de tous les associés, sur un pied d'égalité, à la prise des décisions importantes » (A. AMIAUD, *L'affectio societatis, Aequitas und bona fides*, Mélanges SIMONIUS, Bâle, 1955, p. 1, cité par P. DIENER, note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, préc., n° 7) ;

DIDIER au motif qu'elle semble ramener l'*affectio societatis* au « droit de participer aux délibérations sociales, comme l'écrit en bon français, l'article 1844 du Code civil »¹⁰⁴. Bien que nous partagions le scepticisme de M. DIDIER quant à l'opportunité du concept d'*affectio societatis*, nous ne sommes pas convaincue par le reproche adressé par l'auteur à la définition actuelle de l'*affectio societatis*. Assimiler le droit de participer aux délibérations sociales à l'*affectio societatis* revient, à notre sens, à confondre l'état d'esprit devant animer l'actionnaire qui agit, ou s'abstient d'agir, et les instruments – en l'espèce les droits – mis à sa disposition pour agir, soit, en d'autres termes, à confondre en une même notion – celle de participation aux délibérations sociales – l'élément psychologique et son vecteur matériel. Dès lors, si l'*affectio societatis* doit guider l'actionnaire dans l'exercice de son pouvoir d'action, ce pouvoir n'est pas l'*affectio societatis* ; l'*affectio societatis* désigne la psychologie de l'actionnaire qui agit et non l'agissement lui-même¹⁰⁵.

30. La multiplicité des définitions de l'*affectio societatis* et leur caractère peu satisfaisant¹⁰⁶ ne sont pas un hasard. Bien au contraire, ils manifestent la vanité de l'*affectio societatis* non seulement en tant qu'élément constitutif de la notion d'actionnaire (A), mais encore, et par voie de conséquence, en tant que condition du contrat de société (B).

A. L'*affectio societatis*, un vain élément constitutif de la notion d'actionnaire

31. Nous l'avons indiqué¹⁰⁷, doctrine et jurisprudence subordonnent la qualité d'actionnaire à la présence d'un élément particulier, plus proche du « sentiment »¹⁰⁸ que du principe juridique : « la collaboration de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun [des associés] participant aux bénéfices comme aux pertes »¹⁰⁹. L'exigence d'une telle condition est claire : elle vise à garantir l'exercice des droits conférés par l'action en vue de la réalisation du but de la société, c'est-à-dire en vue de la satisfaction de l'intérêt commun des actionnaires¹¹⁰. Afin de s'assurer que tous les associés désirent effectivement œuvrer ensemble tout au long de la vie sociale et satisfaire ainsi la cause de constitution de la société, il est bon d'ériger la présence d'un tel désir en condition particulière du contrat de société. M. SCHMIDT¹¹¹ n'affirme d'ailleurs rien d'autre lorsqu'il

– « élément [qui] implique, outre la vocation à la répartition des bénéfices, une participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité, un pouvoir de contrôle et de critique, un concours actif à l'administration de l'affaire » (TGI Paris, 14 mars 1973, préc.);

– « coopération active à une entreprise commune..., coopération affectée d'un certain caractère d'égalité, [impliquant au moins] que tous les associés aient un droit de contrôle et de libre critique » (H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, LGDJ, 1975, n° 218, cité P. DIENER, note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, préc., n° 7).

¹⁰⁴ *Op. cit.*, tome 2, p. 36.

¹⁰⁵ Les conseillers de la Cour d'appel de Paris l'avaient d'ailleurs entrevu en ce qu'ils énoncèrent en 1951 qu'il ne peut y avoir contrat de société si « le concours à la gestion, le pouvoir de contrôle et de critique, la participation à l'administration, tous actes qui sont comme la matérialisation de l'*affectio societatis* » font défaut (11 juillet 1951, S., 1953, 2, p. 81, note A. DALSACE).

¹⁰⁶ M. PEISSE va jusqu'à affirmer qu'aucune définition de l'*affectio societatis* n'a jamais existé... (note sous TGI Paris, 14 mars 1973, préc., p. 915).

¹⁰⁷ *Supra* n° 26.

¹⁰⁸ A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 75. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 200. *Contra* N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 25 et 26.

¹⁰⁹ Com., 3 juin 1986, préc..

¹¹⁰ Sur la synonymie existant entre le but social et l'intérêt commun des associés, v. *supra* n° 25.

¹¹¹ *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly éditions, 1999, p. 20, note 59.

écrit : « L'*affectio societatis* s'entend de la volonté de ne considérer dans la société que son intérêt d'actionnaire en écartant tous autres intérêts personnels contraires ».

Pour autant, la garantie de respect du but social ne passe pas nécessairement par l'*affectio societatis*. En effet, cette notion n'apporte aucune garantie supplémentaire au respect du but de la société (1). L'affirmation est logique car nous constaterons qu'il n'est pas utile d'invoquer l'*affectio societatis* pour conférer à la notion d'actionnaire, et, corrélativement, au contrat de société, une dimension psychologique (2).

1. L'*affectio societatis* n'apporte aucune garantie supplémentaire au respect du but social

32. Pour s'assurer au mieux du respect du but social par l'actionnaire, il est inutile d'user du concept d'*affectio societatis*. En effet, la réunion des conditions de propriété des actions, de vocation au retrait d'un enrichissement individuel de la richesse sociale et de contribution aux pertes¹¹² suffit à s'assurer d'un tel respect. Par ailleurs, l'*affectio societatis* constitue un critère de la notion d'actionnaire d'autant plus vain que sa présence ne modifie pas la nature de la présomption pesant sur l'associé. La réalité du risque « d'abus » de ses droits par l'actionnaire – ou, plus exactement, selon nous, de détournement de leur finalité¹¹³ – implique que la réunion des trois conditions précitées fait présumer simplement la volonté de l'actionnaire d'exercer ses droits conformément à leur finalité. Or, l'addition de l'*affectio societatis* ne confère aucun caractère irréfragable à la présomption car la volonté « de collaborer de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun [des associés] participant aux bénéfices comme aux pertes » n'a jamais mis une société à l'abri d'une décision sociale contraire à l'intérêt commun des associés... C'est pourquoi, la notion d'*affectio societatis* n'apporte, à notre sens, aucune garantie supplémentaire à la réalisation du but social¹¹⁴.

33. Mais, si le cumul des trois conditions posées par l'article 1832 du Code civil suffit à s'assurer du respect de la finalité des droits d'associé, l'on ne saurait pour autant conclure à la vanité de l'*affectio societatis* en tant qu'élément constitutif de la qualité d'actionnaire. Pour parvenir à une telle conclusion il est nécessaire de démontrer que l'absence d'*affectio societatis* n'exclut pas la dimension psychologique de la notion d'actionnaire.

¹¹² *Supra* n° 4 à 25.

¹¹³ Sur cette question, v. réf. *supra* note 86.

¹¹⁴ Un arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 3 novembre 1998, illustre de manière topique la vanité de l'*affectio societatis* au regard de l'article 1832 du Code civil, les conseillers ayant assimilé cette notion à la vocation aux bénéfices et à la contribution aux pertes ! « ...il résulte des propres écritures de la SCP KEVORKIAN & Partners [énoncent-ils,] que Jean-Louis COCUSSE s'est borné à utiliser les services communs en s'engageant à régler un forfait mensuel de 60.000 F. HT, ce qui est exclusif de l'*affectio societatis* indispensable à la qualité d'associé » (Bull. Joly, 1999, p. 359, note A. COURET). La mention de l'*affectio societatis* est inutile, voire carrément erronée, puisqu'un forfait est exclusif de la vocation aux bénéfices et de la contribution aux pertes. *Contra* P. DIENER estimant qu'« il est possible de distinguer l'*affectio societatis* de la volonté d'apports et de la participation aux bénéfices, malgré les liens évidents qui unissent ces éléments » (note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, préc., n° 8).

2. L'absence d'*affectio societatis* n'exclut pas la dimension psychologique de la notion d'actionnaire

34. L'*affectio societatis* présente une caractéristique indéniable : sa dimension psychologique. L'*affectio societatis* suppose, en effet, que l'associé agisse avec la volonté de respecter l'essence de la société. C'est, d'ailleurs, en raison d'une telle caractéristique que M. SCHMIDT a pu affirmer, d'abord, que « l'*affectio societatis* représente l'obligation issue du pacte social, faite à tout associé de se conduire en associé »¹¹⁵, ensuite, que « l'*affectio societatis* s'entend de la volonté de ne considérer dans la société que son intérêt d'actionnaire en écartant tous autres intérêts personnels contraires »¹¹⁶.

Pour autant, la dimension psychologique ne justifie pas, à notre sens, la consécration d'une notion autonome¹¹⁷. Cet état d'esprit animant l'associé en cours de vie sociale¹¹⁸ n'est autre que sa conscience, celle d'« Homme en société commerciale ». A l'instar de la conscience humaine, l'*affectio societatis* présente cette immanence qui ne permet de l'appréhender qu'à travers ses manifestations extérieures ; ainsi, l'*affectio societatis* de l'actionnaire se manifeste-t-elle à travers l'apport qu'il réalise et l'acceptation de le perdre¹¹⁹, l'espoir qui l'habite de retirer un enrichissement individuel de la richesse sociale¹²⁰, enfin l'exercice de ses droits extra-patrimoniaux¹²¹. Or, l'actionnaire qui agit de la sorte est nécessairement animé de l'intention, sinon de satisfaire au but social, au moins de ne pas y attenter. C'est pourquoi, l'on peut voir dans l'*affectio societatis* non pas un élément autonome du contrat de société, mais bien plutôt l'*animus* sous-jacent à tout acte de l'actionnaire, que cet acte soit concomitant ou postérieur à la création de la société.

35. Admettre que l'*affectio societatis* n'est autre que la conscience ordinaire de l'individu en société nous apparaît d'autant plus admissible que cette acception rejoint

¹¹⁵ D. SCHMIDT, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Sirey, 1970, n° 235. Egalement, Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 124.

¹¹⁶ *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, préc., p. 20, note 59.

¹¹⁷ *Contra* notamment D. GIBIRILA qui estime que la participation cumulative aux bénéfices et aux pertes ne peut suffire à elle seule à caractériser une société « dont l'existence dépend de l'intention commune des parties, autrement dit de l'*affectio societatis* qui implique le partage à la fois des profits et des risques » (note sous Com., 16 juin 1998, préc., p. 420).

¹¹⁸ Nous rappellerons qu'au moment de la formation du contrat, la dimension intentionnelle du consentement exprimé retire son utilité à l'*affectio societatis*. Sur cette question, v. *supra* n° 28.

¹¹⁹ A cet égard, on relèvera qu'en définissant l'*affectio societatis* par « l'acceptation des risques nés de la création de la société », Mme CUTAJAR-RIVIÈRE ne distingue pas cette notion de celle contribution aux pertes, celle-ci impliquant, par définition, l'acceptation d'y contribuer (*La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, n° 181).

¹²⁰ En ce sens, Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE : « En réalité les aspects objectifs [collaboration dans l'intérêt commun et sur un pied d'égalité, vocation aux bénéfices et aux pertes, participation à la vie sociale] révèlent l'élément psychologique. Par ailleurs, l'élément psychologique résultera du constat de l'existence des premiers » (*op. cit.*, n° 180).

¹²¹ Il en découle que, à l'instar de M. VIANDIER (*La notion d'associé*, préc., n° 80 à 85), nous ne partageons pas l'opinion selon laquelle « l'*affectio societatis* fonderait l'exercice des prérogatives d'associés » (Req., 3 août 1936, S., 1937, 1, p. 288 ; Rev. soc., 1936, p. 172. – C. CHOUCKROUN, *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*, LGDJ, 1957, p. 49. E. GAILLARD, *La théorie institutionnelle et le fonctionnement de la société anonyme*, thèse, Lyon, 1932, p. 56, cités par A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 81, note 339. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, n° 124. C. CHAMPAUD, obs. sous Rennes, 22 novembre 1971, RTDCom., 1974, p. 101, n° 7). En effet, refusant de voir dans l'*affectio societatis* un principe du droit des sociétés, nous ne pouvons, de ce fait, reconnaître à ce concept la qualité de fondement des droits dont jouit l'actionnaire.

l'opinion selon laquelle « *affectio societatis* et bonne foi ne font qu'une »¹²² ou, si l'on admet l'équivalence de la bonne foi et du devoir de loyauté¹²³, qu'« *affectio societatis*, bonne foi et loyauté ne font qu'une ». En effet, exiger d'un individu qu'il agisse de bonne foi revient à exiger de lui qu'il agisse guidé par sa (bonne) conscience, sa morale¹²⁴, soit, en l'espèce, qu'il agisse dans le respect des termes de son engagement contractuel. Ainsi, l'actionnaire partie au contrat de société se doit-il d'exécuter les obligations découlant de son engagement contractuel, c'est à dire de n'agir qu'en vue de la satisfaction du but social ou, plus précisément encore, d'exercer ses droits en vue de cette seule satisfaction.

36. L'affirmation du lien existant entre les notions de bonne foi, de loyauté, de conscience et d'*affectio societatis* appellent deux observations. Tout d'abord, la reconnaissance de l'analogie existant entre la bonne foi – ou la loyauté – et l'*affectio societatis* n'est plus uniquement le fait d'une fraction de la doctrine. La Cour d'appel de Paris¹²⁵ a en effet énoncé que « le contrat de société impose aux associés des obligations

¹²² A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 78. G. CAMERLYNCK, *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, thèse, Paris, 1929, p. 9. S. VAISSE, *La loi de la majorité dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1967, p. 67. G. SOUSI, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse, Lyon III 1976, p. 343. *Contra* J.-M. de BERMOND de VAULX, *Le spectre de l'affectio societatis*, préc., n° 13 et 14. N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 3.

¹²³ Depuis DEMOGUE, la doctrine tend à admettre que « l'obligation de bonne foi implique, concrètement, un devoir de coopération » (A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 78), un devoir de loyauté pesant sur chacun des contractants. D'où, la définition donnée par M. CORNU : la loyauté consiste « soit [dans] la sincérité contractuelle ([lors de] la formation du contrat), soit [dans] la bonne foi contractuelle ([lors de] l'exécution du contrat) » (*Vocabulaire juridique*, préc., V° Loyauté) ou encore, les propos de M. GHESTIN : « l'obligation de loyauté imprègne le droit tout entier au travers du principe moral de bonne foi. Celle-ci est en effet synonyme de sincérité, de franchise et plus largement de loyauté » (*Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993, n° 255) ; « Le principe de bonne foi consacre une exigence générale de loyauté dans les relations contractuelles. [...] La bonne foi apparaît finalement comme la consécration générale d'une exigence de loyauté dont le degré, mais non le principe, peut être défini par le législateur, ou, à défaut, déterminé par la jurisprudence à partir des usages, et plus généralement, des bonnes pratiques contractuelles » (*op. cit.*, n° 264). L'on notera que MM. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE émettent plutôt l'idée que la loyauté découle de la bonne foi, excluant ainsi qu'elle lui soit parfaitement synonyme ; ces auteurs écrivent en effet : « La jurisprudence n'a d'ailleurs longtemps déduit de cette référence à la bonne foi que des conséquences limitées, y découvrant un devoir de loyauté qui pèserait sur chacun des contractants et qui permettrait, de manière en quelque sorte négative, de sanctionner la mauvaise foi, la mauvaise volonté de ceux-ci dans l'exécution des contrats » (*op. cit.*, n° 414). De même, M. COUTURIER écrit-il : « Il est acquis que la bonne foi se traduit par des exigences de comportement. Les devoirs de loyauté, voire de coopération... en résultent... » (préface de la thèse de M. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989. M. PICOD distingue par ailleurs également les notions de bonne foi et de loyauté). L'on citera également MM. ROLAND, STARCK et BOYER, selon qui la bonne foi dans l'exécution d'un contrat, exigée par l'article 1134 du Code civil, s'entend d'un devoir de loyauté et de coopération (*Les obligations. Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n° 1381). Sur les liens entretenus par les concepts de bonne foi et de loyauté, v. not. Y. PICOD, *op. cit.*

¹²⁴ Comp. G. RIPERT : « la bonne foi est l'un des moyens utilisés par le législateur et les tribunaux pour faire pénétrer la règle morale dans le droit positif » (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, n° 157).

¹²⁵ 17 septembre 1993, JCP E., 1994, I, 392, n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. Le contenu de l'attendu de cette décision peut être rapproché de celui de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale le 27 février 1996, relevant l'existence d'un devoir de loyauté à la charge des dirigeants (JCP G., 1996, I, 22665, note J. GHESTIN ; D., 1996, jur. p. 518, note Ph. MALAURIE ; JCP E., 1996, II, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; Bull. Joly, 1996, p. 485, note A. COURET ; RTDC, 1997, p. 114, n° 2, obs. J. MESTRE ; B. DAILLE-DUCLOS, *Le devoir de loyauté du dirigeant*, JCP E., 1999, p. 1486.) V. également, Com., 24 février 1998 : « ...l'intéressé avait exercé successivement les fonctions de gérant, puis de directeur général après la transformation, ce dont il découlait qu'il était tenu à une obligation de loyauté à l'égard de cette entreprise... » (JCP E., 1998, pan. p. 637 ; QJ, 19 mai 1998, p. 4 ; Les Echos, 14 juin 1998, p. 61, note B. DAILLE-DUCLOS).

particulières, dont un devoir de loyauté, entendu comme celui de ne pas porter atteinte à l'intérêt social ». Ensuite, parce que la bonne foi et la loyauté sont des concepts juridiques consacrés¹²⁶, nous les préférons à celui de « conscience » bien que ce dernier soit psychologiquement le plus juste.

37. En conséquence, il n'est pas aberrant de conclure à la vanité de l'*affectio societatis* en tant qu'élément constitutif de la notion d'actionnaire ; solution d'autant moins contestable qu'elle respecte parfaitement le silence conservé par la loi sur l'*affectio societatis*¹²⁷.

38. La vanité de l'*affectio societatis* apparaît avec d'autant plus de force que cette notion se révèle être un critère inutile de la notion de société.

B. L'*affectio societatis*, un vain critère de la notion de société

39. Doctrine et jurisprudence¹²⁸ usent de l'*affectio societatis* afin de déterminer l'existence, d'une part, d'un contrat de société (1), d'autre part, d'une société irrégulièrement constituée (2). L'usage de la locution latine est-il justifié ? Nous observerons qu'une réponse négative s'impose.

1. L'*affectio societatis*, un vain critère du contrat de société

40. La frontière existant entre le contrat de société et d'autres situations juridiques proches telles que le contrat de prêt avec participation aux bénéfices, le contrat de travail, le contrat de vente, le contrat de mandat, le contrat de commission, le contrat de franchise, le contrat de concession, le contrat d'édition ou l'indivision légale ou conventionnelle, peut parfois sembler floue¹²⁹. Aussi le droit use-t-il traditionnellement de l'*affectio societatis* pour les distinguer. Pour autant, une telle solution ne nous paraît pas justifiée dans la mesure où l'*affectio societatis* constitue, à notre sens, un vain critère de distinction du contrat de société tant par rapport à ces contrats (a), que par rapport à l'indivision (b).

H. LE NABASQUE, *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, préc.. M. LATHÉLIZE-BONNEMAISON, *Bilan et perspective du devoir de loyauté en droit des sociétés*, PA, 23 juin 2000, p. 7.

¹²⁶ S'agissant de la bonne foi, son support est textuel : article 1134 alinéa 3 du Code civil. Quant à la loyauté, outre son insertion au sein de l'article 5-1-1 alinéa 3 du règlement du CMF, le droit positif, en général, la regarde avec faveur ; cette tendance est notamment illustrée par la réduction du rôle de la faute intentionnelle dans le cadre de la réticence dolosive (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, préc., n° 571), ou par l'élargissement de l'obligation de loyauté à la formation du contrat (not. Com., 17 juin 1997, D., 1998, p. 208, note J. CASEY). V. également, J. MESTRE, RTDC, 1994, p. 850, n° 2. P. JOURDAIN, *Rapport français, La bonne foi*, Association H. CAPITANT, tome XLIII, Litec, 1992, p. 121).

¹²⁷ Comp. A. VIANDIER : « On pourrait certes considérer que le législateur, en n'intégrant pas ce dernier élément [l'*affectio societatis*] dans l'article 1832, a entendu le rejeter. Rien, cependant, ne serait plus contestable » (La notion d'associé, préc., n° 2). Sur les raisons avancées à cette affirmation par M. VIANDIER, v. *supra* note 13.

¹²⁸ V. *supra* n° 26.

¹²⁹ Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 126. Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 44.

a) L'*affectio societatis*, un vain critère de distinction du contrat de société par rapport à d'autres contrats

41. A l'appui de cette affirmation, les contrats de prêt avec participation aux bénéfices (α), de travail (β), de distribution et d'édition (γ) seront envisagés et comparés au contrat de société.

a) Le contrat de prêt avec participation aux bénéfices¹³⁰

42. « Lorsqu'un banquier [ou tout autre individu] consent une avance à l'un de ses clients et reçoit en contrepartie une quote-part des bénéfices, est-il prêteur ou associé ? », s'interroge, notamment, M. MERLE¹³¹. La réponse est essentielle car, en cas de « faillite » de la société, la situation juridique du banquier diffère fortement, le droit au remboursement de l'associé arrivant loin derrière celui des créanciers... Le droit positif fait face au problème en invoquant l'*affectio societatis*, définie ici comme le « droit d'intervention dans la société »¹³² : « l'existence ou l'absence de faculté d'intrusion [synonyme d'intervention] [permettrait] de qualifier ou non d'associé le prêteur admis à participer aux bénéfices de l'emprunteur »¹³³.

Une telle solution ne saurait convaincre dès lors que l'article 1844 alinéa 1^{er} du Code civil, support textuel du droit de participer aux décisions collectives, ne constitue pas le siège de l'*affectio societatis*. Or, en définissant l'*affectio societatis* par le « droit d'intervention dans la société », c'est au droit de participer aux décisions collectives que l'on est renvoyé. En fait, l'on retrouve ici l'argument avancé par M. DIDIER¹³⁴ au soutien de sa démonstration selon laquelle l'*affectio societatis* n'est qu'un vain concept ; en l'espèce, la notion se ramène en effet « au droit de participer aux délibérations sociales, comme l'écrit en bon français, l'article 1844 du Code civil »¹³⁵.

Quant à la seconde caractéristique du contrat de prêt avec participation aux bénéfices elle le distingue également du contrat de société. Parce que l'engagement pris par l'emprunteur de restituer à l'autre le montant de la valeur fournie¹³⁶ revient à exonérer le prêteur de toute contribution aux pertes, le troisième élément constitutif du contrat de société fait défaut.

Par conséquent, les articles 1832 et 1844 alinéa 1^{er} du Code civil suffisent à distinguer le contrat de société du contrat de prêt avec participation aux bénéfices, l'*affectio societatis* s'avérant dénuée de toute utilité.

43. Qu'en est-il maintenant du contrat de travail dont la majorité des auteurs¹³⁷ estiment que, le contrat de société plaçant l'associé dans une situation proche de celle créée

¹³⁰ Le contrat de prêt avec participation aux bénéfices « renferme toujours les deux clauses suivantes : une répartition des bénéfices entre les contractants et un engagement pris par l'un d'eux de restituer à l'autre le montant de la valeur fournie » (J. HAMEL, *L'affectio societatis*, préc., p 778).

¹³¹ *Ibidem*. Pour un arrêt récent refusant de requalifier un contrat de prêt en contrat de société, v. CA Paris, 28 septembre 1999, Bull. Joly, 2000, p. 90, note B. SAINTOURENS.

¹³² Not. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, préc., n° 176. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 126. Ph. MERLE, *ibidem*.

¹³³ A. VIANDIER, *ibidem*.

¹³⁴ *Op. cit.*, tome 2, pp. 32 et 36, cité *supra* n° 29.

¹³⁵ P. DIDIER, *op. cit.*, tome 2, p. 36.

¹³⁶ V. ci-dessus note 130.

¹³⁷ Not. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 126 ; *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 26 et 29. Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 44. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 173.

par le contrat de travail, c'est l'*affectio societatis* qui permet de différencier ces deux contrats ?

b) Le contrat de travail

44. Lorsqu'un individu se fait rétribuer ses services par une participation aux bénéfices sociaux, les magistrats et une fraction de la doctrine utilisent l'*affectio societatis* pour qualifier l'individu d'associé ou de salarié¹³⁸. Leur motivation est la suivante : excluant tout lien de subordination, l'*affectio societatis* implique une égalité de traitement entre associés¹³⁹. La référence à l'*affectio societatis* paraît cependant inutile puisqu'en examinant l'existence et la réalité d'un lien de subordination entre les parties au contrat litigieux, les magistrats¹⁴⁰ ne vérifient rien d'autre que la présence de l'élément déterminant du contrat de travail¹⁴¹... L'on relèvera, par ailleurs, qu'en élevant « l'absence de participation aux pertes [au rang de] critérium [de distinction le] plus sûr du contrat de travail [par rapport au contrat de société] », M. HAMEL¹⁴² renvoie à un principe textuellement consacré par l'article 1832 alinéa 3 du Code civil – la contribution aux pertes –, déniait ainsi définitivement toute fonction à l'*affectio societatis*¹⁴³.

45. Une conclusion similaire s'applique-t-elle aux contrats de distribution et d'édition ?

c) Les contrats de distribution et d'édition

46. Tout individu qui entre en société poursuit un objectif identique à celui de ses coassociés : retirer un enrichissement individuel optimal de la richesse sociale¹⁴⁴. L'objectif est identique car si chacun entre en société dans un but d'enrichissement individuel, chacun raisonne néanmoins de manière globale. En effet, l'actionnaire raisonne en termes de valorisation de la société, c'est-à-dire de la totalité des actions, et non en termes de valorisation de son seul investissement¹⁴⁵. Et parce qu'un enrichissement individuel optimal implique un enrichissement social optimal, tout associé a en vue l'optimisation de la richesse

¹³⁸ *Ibidem*. V. en dernier lieu, Com., 30 mai 2000, Bull. Joly, 2000, p. 1094, note P. SCHOLER.

¹³⁹ Ainsi, M. GUYON écrit-il : « Tantôt enfin c'est l'absence de lien de subordination entre les parties qui permet d'opérer la qualification. [L'*affectio societatis*] postulant que les associés soient traités sur un pied d'égalité, elle exclut toute subordination d'une partie à une autre » (*op. cit.*, tome 1, préc., n° 126). V. également N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 16.

¹⁴⁰ Not. Com., 5 novembre 1974, Rev. soc., 1975, p. 492, note Y. GUYON. – Soc., 17 avril 1991, Bull. V, n° 200.

¹⁴¹ Sur ces éléments constitutifs, v. not. G. COUTURIER, *Droit du travail*, tome 1, *Les relations individuelles de travail*, Thémis, PUF, 3^{ème} éd., 1996, n° 44-2 et s..

¹⁴² L'*affectio societatis*, préc., p. 790.

¹⁴³ *Contra* N. REBOUL qui fonde la légitimité de l'*affectio societatis* par le caractère fonctionnel de cette notion (*Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 13).

¹⁴⁴ L'optimisation de l'enrichissement s'apprécie *in concreto* et non *in abstracto*, c'est-à-dire en fonction des capacités de la société sur son marché.

¹⁴⁵ Comp. P. DIDIER : « ...son intérêt d'associé lui conseille de maximiser la valeur de sa part dans la société et, par là, la valeur de la société elle-même, ce qui est conforme à l'intérêt des autres associés » (*Les conventions de vote*, Mélanges FOYER, PUF, 1997, p. 341, spéc., p. 345 ; *op. cit.*, tome 2, p. 324).

sociale. C'est pourquoi, quel que soit le nombre de parts ou actions possédées, chaque associé poursuit un même intérêt¹⁴⁶.

Au contraire, fondés sur des rapports de domination entre les parties, les contrats de vente, d'édition, de concession et de franchise n'impliquent pas cette communauté d'intérêts¹⁴⁷. Et si M. GUYON¹⁴⁸ relève que le contrat d'édition est proche du contrat de société lorsque « l'auteur prend à sa charge une partie des frais d'impression et de diffusion », la particularité de l'hypothèse confirme, d'une part, la différence existant entre ces deux contrats, d'autre part, la vanité de l'*affectio societatis*. Il est vain d'user de l'*affectio societatis* car, soit le critère de divergence d'intérêts entre les parties suffit à caractériser le contrat¹⁴⁹, soit, si l'on estime que la réussite de l'opération constitue un intérêt commun aux parties au contrat, le mode d'enrichissement des cocontractants associé aux biens apportés permet de qualifier le contrat conclu : une participation fixe au profit généré par l'activité commerciale, associée à la communication d'un savoir-faire, d'une marque ou d'une enseigne, plaide en faveur de la conclusion d'un contrat de distribution.

47. En conclusion, il ne nous semble pas nécessaire d'user de l'*affectio societatis* pour distinguer le contrat de société d'autres contrats, les caractéristiques propres à ces derniers suffisant à les différencier du contrat de société.

48. Cette affirmation n'est pas spécifique à la distinction existant entre le contrat de société et les contrats de prêt, de travail, de distribution et d'édition ; l'*affectio societatis* constitue, en outre, un vain critère de différenciation du contrat de société par rapport à l'indivision, qu'elle soit légale¹⁵⁰ ou conventionnelle.

b) L'*affectio societatis*, un vain critère de distinction du contrat de société par rapport à l'indivision

49. Critère traditionnel de distinction du contrat de société et de l'indivision¹⁵¹, l'*affectio societatis* paraît superflue car, en recherchant si les parties ont « la volonté d'affecter

¹⁴⁶ Comp. J.-J. DAIGRE : « Que chaque associé poursuive un intérêt propre n'est pas exclusif d'un objectif commun. La recherche d'un intérêt particulier n'exclut pas la participation à une aventure commune » (note sous Com., 10 février 1998, préc., p. 770). Pour autant, nos deux positions ne sont pas antinomiques dès l'instant que l'on veut bien admettre que l'objectif visé par M. DAIGRE rejoint la « cause subjective » de création d'une société ou d'acquisition de parts ou actions, alors que le but visé par nous s'entend de la « cause objective » de tels actes.

¹⁴⁷ En ce sens, not. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 126 ; *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 8, 48, 52.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, tome 1, préc., n° 126.

¹⁴⁹ La divergence d'intérêts s'avère ainsi évidente en matière de vente : alors que le vendeur a intérêt à obtenir un prix élevé, l'acheteur souhaite, à l'inverse, acquérir la chose à bas prix. Mais, en fait, dans les contrats de distribution et d'édition apparaît également ce principe selon lequel la réussite de l'affaire implique une partie « perdante » et une partie « gagnante ». En effet, parce que le rapport de domination est inhérent à ces contrats et qu'un tel rapport s'oppose à une réelle communauté d'intérêts, ces contrats ne donnent pas lieu à une véritable convergence d'intérêts.

¹⁵⁰ Héritaire et post-communautaire.

¹⁵¹ Not. Com., 12 février 1973, Bull. IV, n° 70, p. 61. – CA Versailles, 17 mars 2000, préc.. – C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil*, RTDCom., 1979, p. 645. Y. GUYON, *op. cit.*, tome 1, préc., n° 126. Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 44. M. STORCK, *Les groupements de copropriétaires d'actions*, Rev. soc., 1983, p. 293, spéc., n° 14. L'on rappellera qu'outre le critère psychologique de l'*affectio societatis*, la doctrine s'est longtemps fondée sur le critère matériel

un bien à une exploitation commune »¹⁵², les juges contrôlent, en fait, l'objet de la situation juridique litigieuse. En effet, la détermination de l'objet d'un contrat quel qu'il soit¹⁵³ implique de répondre à la question suivante : « *quid debetur*¹⁵⁴ ? Qu'ont voulu les parties ? A quoi se sont-elles engagées ? » ; or, si la volonté des participants est tout entière tournée vers l'affectation de tout ou partie de leurs biens à une exploitation commune, les magistrats vont, par définition, se trouver en présence d'un contrat de société, les termes de l'article 1832 alinéa 1^{er} du Code civil étant quasiment reproduits.

Au contraire, dès lors que la communauté de biens ne découle pas de l'affectation volontaire de ceux-ci à une exploitation collective, mais procède d'un « état subi »¹⁵⁵, la situation juridique présente les traits de l'indivision et non de la société. Parce que l'objet même de ces deux types de communauté de biens diffère, il n'est donc pas besoin d'user de l'*affectio societatis* pour distinguer l'indivision de la société.

50. Inutile au titre de critérium du contrat de société, l'*affectio societatis* l'est également lorsqu'il s'agit de détecter l'existence d'une société irrégulièrement constituée.

2. L'*affectio societatis*, un vain critère de la société irrégulièrement constituée

51. Qu'il s'agisse de démontrer l'existence d'une société créée de fait (a) ou d'une société fictive (b), l'*affectio societatis* est inutile, les éléments constitutifs légaux de la société suffisant à qualifier ces deux formes sociétaires.

a) La société créée de fait

52. La société créée de fait désigne « la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes¹⁵⁶ se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société »¹⁵⁷. Société à part entière, la société

de la personnalité morale pour distinguer l'indivision de la société. Sur l'insuffisance de ce second critère, v. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *loc. cit.*, n° 12 et s..

¹⁵² Com., 18 novembre 1997, Bull. Joly, 1998, p. 145 ; J.-J. DAIGRE, *L'étalon au prétoire ou des saillies comme critère de la société en participation*, Bull. Joly, 1998, p. 99. Cet arrêt a consacré le critère proposé par Mme SAINT-ALARY-HOUIN ; l'auteur écrivait en effet en 1979 : « Concrètement, le seul recours dont dispose l'interprète en présence de collectivités non personnalisées dont les membres sont animés d'un esprit de collaboration et réalisent des profits ne peut être que d'ordre psychologique. Il faut, désormais, scruter l'intention des parties, analyser leur volonté. La nuance entre la société et l'indivision, est, dans ce cas, très mince. La première se présente comme une affectation de biens à l'entreprise collective ; c'est un groupement dynamique. La seconde est une jouissance des biens dans le souci d'en maintenir la valeur. Elle est de nature plus statique » (*loc. cit.*, n° 71).

¹⁵³ Ou plus précisément de l'objet de l'obligation des parties à un contrat quel qu'il soit.

¹⁵⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 313.

¹⁵⁵ Y. GUYON, *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 15.

¹⁵⁶ Amis, parents, concubins (Req., 8 janvier 1946, JCP G., 1946, II, 3053, note J. HÉMARD. – Com., 3 novembre 1953, Bull. III, n° 342 ; D., 1953, jur. p. 731. – 15 janvier 1968, Bull. IV, n° 22 ; D., 1970, somm. p. 196. – 16 décembre 1975, D., 1978, jur. p. 292, note H. TEMPLE. – Civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, Bull. I, n° 320 ; Droit des sociétés, 1995, n° 207, note Th. BONNEAU ; JCP E., 1995, I, 505, n° 5, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN. – 15 octobre 1996, JCP G., 1996, IV, p. 2407. – N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 20 et s.), sociétés (CA Paris, 3 novembre 1998, Bull. Joly, 1999, p. 359, note A. COURET), époux mariés sous le régime de la séparation de biens.

¹⁵⁷ Ph. MERLE, *op. cit.*, n° 614. La société créée de fait doit être distinguée de la société de fait. « La société de fait est une société ratée, la société créée de fait est une société qui s'ignore. La société de fait est au départ une

créée de fait ne l'est que si les éléments textuels du contrat de société sont cumulativement réunis¹⁵⁸, éléments auxquels s'ajoute l'élément psychologique inhérent à tout contrat¹⁵⁹ : l'intention de conclure ce dernier et de l'exécuter de bonne foi, dite, en notre matière, « intention de s'associer ». Or, nous l'avons dit¹⁶⁰, à l'instar de tout phénomène psychologique, cette intention a besoin de vecteurs matériels pour se manifester ; ainsi, alors que l'apport constitue ce vecteur lors de la création de la société¹⁶¹, c'est la participation aux décisions collectives – concrétisée par la participation à la gestion sociale dans les petites sociétés et par le droit de voter en assemblée générale dans les sociétés plus importantes¹⁶² – qui représente un tel vecteur. Dès lors, parce que l'élément psychologique nécessaire à l'existence d'une société est présent même en l'absence de toute invocation de l'*affectio societatis*, l'on cherche vainement la fonction de cette notion.

En conclusion, les trois conditions de l'article 1832 du Code civil, assorties de l'obligation traditionnelle d'exécution de bonne foi des conventions, s'avèrent, à notre sens, suffisantes pour démontrer l'existence d'une société créée de fait¹⁶³.

53. Un raisonnement proche de celui mené à propos de la société créée de fait peut être conduit à l'égard de la société fictive.

b) La société fictive

54. Antithèse de la société créée de fait¹⁶⁴, la société fictive, au sens traditionnel du terme¹⁶⁵, est déclarée telle lorsque l'*affectio societatis* fait défaut aux associés. Le

société immatriculée, mais qui a été annulée ; c'est une société dégénérée qu'il faut liquider ; son régime relève de la théorie des nullités. Dans la société créée de fait, on ne respecte pas les formes ; il n'y a généralement pas d'écrit et encore moins d'immatriculation ; on respecte en revanche le fond ; le comportement des personnes en présence est celui de véritables associés, même s'ils n'en ont pas pleinement conscience. La loi du 4 janvier 1978 a aligné le régime de la société créée de fait sur celui de la société en participation (article 1873) » (M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1560).

¹⁵⁸ En ce sens, not. P. FIESCHI-VIVET, note sous Com., 1^{er} décembre 1981, JCP G., 1983, II, 19976, renvoyant à l'ouvrage de H. TEMPLE, *Les sociétés de fait*, préc.. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 1562. – Com., 17 mai 1983, D., 1987, jur. p. 127, note Y. REINHARD. – 20 janvier 1987, Bull. Joly, 1987, p. 94, note L. FAUGÉROLAS ; JCP G., 1988, II, 20987, note L. FAUGÉROLAS. – 21 avril 1992, Bull. Joly, 1992, p. 666, note A. CUISANCE. – 8 janvier 1991, D., 1993, jur. p. 31, note J. PENNEAU. – CA Paris, 3 novembre 1998, JCP E., 1999, p. 1199, note J.-J. DAIGRE. – Com., 8 février 2000, préc.. Le Conseil d'Etat, pour sa part, impose également le cumul des éléments constitutifs du contrat de société : 24 juillet 1987, Droit fiscal, 1988, n° 827. – 23 novembre 1988, Droit fiscal, 1989, n° 561.

¹⁵⁹ *Supra* n° 34 à 36.

¹⁶⁰ *Supra* n° 34.

¹⁶¹ En ce sens, H. BLAISE : « ...c'est précisément par l'apport que se réalise dans une large mesure sur le plan des faits cette intention d'entrer en société » (*L'apport en société*, Sirey, 1955, n° 8, p. 16, cité par N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, préc., n° 28, note 134).

¹⁶² En ce sens, M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 37.

¹⁶³ *Contra* J.-J. DAIGRE : « Il est aujourd'hui acquis que, pour les sociétés non immatriculées, l'*affectio societatis* est le critère fondamental de la société, celui qui permet de dire s'il existe réellement une société créée de fait (ou en participation) entre deux personnes ou de distinguer le contrat de société d'autres contrats, tel que celui de prêt ou de travail » (note sous CA Versailles, 17 mars 2000, préc., p. 847). L'on ajoutera à ces trois conditions, celle d'une pluralité d'associés. Mais, dès lors que toute mise en société implique par définition une pluralité d'individus – on ne se met pas tout seul en société puisque celle-ci consiste en une « réunion d'hommes... » (E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, éd. du Cap, Monaco, V° Société) –, cette condition n'est pas spécifique au contrat de société.

¹⁶⁴ P. ROUAST-BERTIER : « Apparence sans réalité, la société fictive est l'antithèse de la société créée de fait, réalité sans apparence » (*Société fictive et simulation*, Rev. soc., 1993, p. 725, spéc., n° 4). Sur la question, v.

raisonnement adopté par le droit positif est le suivant : l'*affectio societatis* étant déduite des éléments prévus par l'article 1832 du Code civil, l'absence de l'un d'eux démontre celle de l'*affectio societatis* et donc, le caractère fictif de la société¹⁶⁶. Cette déduction a conduit M. DIENER¹⁶⁷ à affirmer que « le défaut d'*affectio societatis* lors de la constitution résume l'absence de la totalité des éléments constitutifs d'une société et l'absence de consentement ». Un tel raisonnement ne saurait nous satisfaire car si le manquement à l'un quelconque des éléments constitutifs du contrat de société suffit à constater la fictivité d'une société¹⁶⁸, l'invocation de l'*affectio societatis* s'avère dès lors parfaitement inutile. Pourquoi, en effet, arguer d'une condition ignorée de la loi alors que l'absence de l'une des conditions légales suffit à démontrer la fictivité d'une société ?...

également, J.-F. BARBIÉRI, *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, PA, 25 octobre 1996, p. 13. Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*; *Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective*, Bull. Joly, 1999, p. 1057.

¹⁶⁵ Une société est fictive lorsque l'un des éléments constitutifs du contrat de société fait défaut (not. P. ROUAST-BERTIER, *loc. cit.*, n° 4 et s.). Cette conception traditionnelle s'oppose à une conception moderne, lentement remise en cause, déduisant la fictivité de la confusion des patrimoines entre la société et son principal associé, de la confusion d'activités entre eux, ainsi que de l'absence de vie sociale de la société soupçonnée de fictivité (not. P. ROUAST-BERTIER, *loc. cit.*, n° 15 et s.). Sur la critique de l'assimilation des concepts de confusion des patrimoines et de fictivité, v. J.-F. BARBIÉRI, *Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés*, préc.. J.-J. DAIGRE, note sous Com., 21 novembre 1995, JCP E., 1996, II, 852, spéc., n° 8. Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective*, préc., p. 1059 et s. – Com., 3 février 1998, JCP E., 1998, I, 652, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; Bull. Joly, 1998, p. 654, note J.-J. DAIGRE. Dans cette note M. DAIGRE écrit : « La Cour de cassation met les choses au point : pas de confusion des patrimoines entre l'associé resté propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance à la SARL en l'absence de flux financiers anormaux, qui sont à prouver par celui qui les invoque ; pas de fictivité tant qu'il n'est pas démontré que les associés n'avaient pas partagé les bénéfices et les pertes ou n'avaient pas eu d'*affectio societatis* ». Néanmoins, par un arrêt du 13 octobre 1998, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu la fictivité sur le fondement de la confusion des patrimoines, faisant ainsi dire à M. SERLOOTEN : « Malgré son ambiguïté, puisqu'une telle formule laisse entendre qu'une société peut ne pas naître fictive mais devenir fictive, cette opinion correspond à la réalité. La confusion des patrimoines n'entraîne pas la fictivité de la société mais elle en est le révélateur. Ce sont les circonstances d'exploitation de la société qui révèlent sa fictivité initiale. La confusion progressive des patrimoines et des structures administratives permettent *a posteriori* de mettre en évidence l'absence d'*affectio societatis* et donc la fictivité » (note sous l'arrêt, Bull. Joly, 1999, p. 60). Cette solution semble toutefois remise en cause par un arrêt du 6 juillet 1999 qui distingue la confusion des patrimoines de la fictivité au titre de la condition d'extension d'une procédure collective (JCP E., 2000, p. 515, note M.-O. DIAS-BIDAULT). La Cour d'appel de Paris ne semble pas s'être ralliée à la conception traditionnelle de la fictivité puisqu'elle a récemment conditionné la qualification de société de façade à :

- l'absence d'activité sociale,
- la détention de la quasi totalité du capital par le gérant et son épouse
- et au fait que le gérant « s'engageait tant au nom de la société qu'en son nom propre » (28 octobre 1999, Bull. Joly, 2000, p. 219, note J.-Ph. DOM).

¹⁶⁶ Ainsi, par exemple, M. DAIGRE écrit-il : « A l'origine, la fictivité ne résultait que de l'absence d'un élément constitutif du contrat de société. Quel que fût cet élément manquant, son défaut démontrait celui d'*affectio societatis* » (note sous Com., 21 novembre 1995, préc., n° 7 ; note sous Com., 3 février 1998, préc., n° 2). L'opinion est classique : not. B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Sociétés commerciales*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2000, n° 472. A. MARTIN-SERF, *Sociétés fictives et frauduleuses*, JCl., Sociétés, fasc. 7ter, spéc., n° 4 et 5. P. ROUAST-BERTIER, *loc. cit.*, n° 10 et 14. Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *Le montage société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective*, préc., p. 1062 ; note sous Com., 22 juin 1999, JCP E., 2000, pp. 182 et 183. Comp. C. BAILLY-MASSON, *La fictivité, une épée de Damoclès disparue ?*, préc..

¹⁶⁷ Note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1976, préc., n° 26.

¹⁶⁸ V. not. Com., 3 février 1998, préc..

55. A cette première cause de vanité de l'emploi de l'*affectio societatis*, à titre de critère de fictivité d'une société, s'en ajoute une seconde, relative à la sanction de la fictivité. Parce qu'une société fictive est frappée de nullité non rétroactive¹⁶⁹ et que la nullité d'une société exige la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés ou du droit des contrats¹⁷⁰, le défaut d'*affectio societatis* est inapte à fonder la nullité d'une société, faute de tout support textuel¹⁷¹. Au contraire, dès l'instant que l'on se satisfait de l'absence de l'un des éléments prévus par l'article 1832 du Code civil pour constater la nullité d'une société, demandeurs en nullité et magistrats disposent d'un fondement juridique indiscutable : la société fictive est nulle parce qu'une telle société suppose la violation de l'article 1832 du Code civil, disposition assurément impérative du droit des sociétés...

56. Au total, l'*affectio societatis* n'est utile ni pour déterminer la notion d'associé, ni pour cerner celle de société. Doublement du consentement au moment de la formation du contrat de société¹⁷² et du principe de bonne foi lors de son exécution¹⁷³, critère superflu de distinction de la société¹⁷⁴, l'*affectio societatis* se caractérise par sa vanité ou, pour employer un terme moins fort, par sa redondance. Et si cette proposition va certes à l'encontre de l'affirmation d'un « renouvellement de la notion d'*affectio societatis* »¹⁷⁵, elle nous apparaît cependant d'autant plus admissible qu'elle n'est pas nouvelle. COPPER-ROYER estimait, en effet, que « l'*affectio societatis* est une notion archaïque qu'il est peu scientifique d'avoir conservé dans le droit moderne »¹⁷⁶. De même, on se souvient que M. DIDIER¹⁷⁷ considère que « l'*affectio societatis* se ramène au droit de participer aux délibérations sociales, comme l'écrit en bon français, l'article 1844 ».

¹⁶⁹ La Chambre commerciale de la Cour de cassation a expressément rejeté la théorie de l'inexistence de la société fictive dans l'arrêt « LUMALE », rendu le 16 juin 1992 (Bull. Joly, 1993, p. 960 ; Droit des sociétés, 1992, n° 178, note Th. BONNEAU ; D., 1993, jur. p. 508, note L. COLLET ; P. LE CANNU, *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, Bull. Joly, 1993, p. 875. Confirmation a été donnée par un arrêt de la même Chambre, rendu le 22 juin 1999 (PA, 22 juillet 1999, p. 7 ; D. Affaires, 1999, p. 1336, note M. B. ; Bull. Joly, 1999, p. 978, note A. COURET ; JCP E., 2000, p. 181, note Ch. CUTAJAR). Comp. les observations de M. DOM sous CA Paris, 28 octobre 1998, préc., n° 7 à 9. *Contra* P. DIENER, note sous CA Paris, 16 novembre 1993, Bull. Joly, 1994, p. 73, spéc., n° 12 ; note sous Civ. 3^{ème}, 22 juin 1992, préc., n° 22 et s.). *Contra* Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE qui estime que la société écran fictive est inexistante et ne saurait être nulle (*op. cit.*, n° 384 à 420 ; note sous Com., 22 juin 1999, préc., p. 185).

¹⁷⁰ Articles 1844-10 du Code civil et 360.

¹⁷¹ En ce sens, P. BÉZARD, *Sociétés civiles*, Librairies techniques, 1979, cité par Ch. CUTAJAR-RIVIÈRE, *op. cit.*, n° 394, p. 364. *Contra* not. R. HOUIN et F. GORÉ, *La réforme des sociétés commerciales*, D., 1967, chron., p. 123, spéc., n° 21. R. SINAY, *Le droit nouveau de la constitution des sociétés commerciales et de leurs modifications statutaires*, Rev. soc., 1966, p. 281, spéc., n° 82. P. LE CANNU, *Inexistence ou nullité des sociétés fictives*, préc., n° 21. B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n° 28230. M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 218. Comp. M. de GAUDEMARIS : « Désormais, l'article 1844-10 sanctionne le non-respect des articles 1832 et 1833 du Code civil par la nullité de la société. Or, l'*affectio societatis* a toujours été considéré comme faisant partie des éléments constitutifs de la société-contrat »... (*Théorie de l'apparence et des sociétés*, Rev. soc., 1991, p. 465, spéc., n° 9).

¹⁷² *Supra* n° 26.

¹⁷³ *Supra* n° 34 à 36.

¹⁷⁴ *Supra* n° 41 à 54.

¹⁷⁵ M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE, note sous Com., 21 octobre 1997, Rev. droit bancaire et bourse, 1997, n° 1, p. 69. Y. GUYON, *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 72. N. REBOUL, *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis**, préc..

¹⁷⁶ Cité par Y. GUYON, *Affectio societatis*, par N. REBOUL, JCl., fasc. préc., n° 10

¹⁷⁷ *Op. cit.*, tome 2, p. 36.

Conclusion

57. En conclusion, la logique juridique légitime une acception de la notion d'actionnaire centrée sur le texte fondateur du contrat de société : est actionnaire l'individu propriétaire d'une action au moins, ayant vocation à retirer un enrichissement individuel optimal de la richesse qui sera générée par l'activité sociale et acceptant de contribuer aux éventuelles pertes sociales dans la limite de son apport. Nul autre élément ne s'avère nécessaire pour qualifier l'actionnaire dès lors que l'on garde présent à l'esprit que, à l'instar de tout pacte, l'exécution du contrat de société est gouvernée par un impératif de bonne foi. Une fois entré en société, l'actionnaire se doit d'exercer les droits conférés par la propriété des actions en vue de la satisfaction de la cause de constitution de la société, qui n'est autre que l'intérêt commun des actionnaires¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Sur cette affirmation, v. *supra* n° 30 et *La règle « une action-une voix »*, préc., n° 11 et s.