

Concours 1ère année 2013 : Epreuve à Option Droit commercial

Correcteur/ auteur : Jean-Baptiste Lenhof, Maître de conférences, ENS Cachan

L'affectio societatis

1 ° Analyse du sujet

Il ne n'existe sans doute que peu de notions en droit qui soient, à l'image de *l'affectio societatis*, à la fois aussi évidentes à appréhender, en surface, que difficiles à sonder, tant ce concept apparaît toucher au fond même de la logique qui constitue l'ossature des sociétés.

La notion *d'affectio societatis* est, ainsi, loin d'être facile à traiter sans un solide niveau de connaissances, en dépit du classicisme apparent de la question posée, cette année, pour le concours de l'ENS Cachan. Le laconisme du libellé était, déjà, une source de réflexion pour le candidat. Que fallait-il traiter : de la notion abstraite, de ses déclinaisons concrètes, du rôle que le juge était susceptible de lui faire jouer ? Intuitivement, chacun devrait sentir, d'emblée, qu'il fallait englober ces trois dimensions et en proposer un traitement à la fois et structuré et synthétique.

En amont, une réflexion s'imposait, dans l'introduction, afin de faire ressortir les hésitations doctrinales à propos de ce concept majeur mais, néanmoins, inconnu des textes du droit des sociétés. A ce titre, il n'était pas nécessaire d'exposer toutes les approches retenues par les auteurs, mais il était vivement recommandé de s'appuyer sur une définition doctrinale, au moins. A titre d'exemple, l'analyse d'Hamel qui y voyait une « *volonté d'union ou de convergence d'intérêt* » pouvait être rappelée. Celle de Guyon, également, qui renvoyait, en substance, au parallélisme des intérêts et l'absence de lien de subordination qui caractérise la collaboration sur un pied d'égalité. Nos auteurs contemporains pouvaient, de même, être heureusement référencés.

Il était possible de rappeler, ensuite, que les hésitations doctrinales étaient d'autant plus fondées que la Cour de cassation s'est longtemps refusée à donner une définition précise de *l'affectio societatis*. On enseigne, couramment, que la production de cette définition par le juge, souvent appelée des vœux des auteurs, a trouvé une matérialité dans un arrêt du 3 juin 1986 qui a précisé que sont liés par *l'affectio societatis* les associés qui collaborent de façon effective à l'exploitation, dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices ainsi qu'aux dettes.

Cette définition est-elle devenue un carcan pour *l'affectio societatis*, aujourd'hui bornée par l'œuvre prétorienne ? Rien n'est moins sûr car la définition de la notion demeure protéiforme.

Cette caractéristique se comprend aisément lorsqu'on prend la peine de faire ressortir les fonctions de *l'affectio societatis*. C'est, d'une part, une condition de formation des sociétés, indépendante, textuellement, des conditions posées par le Code civil. C'est, d'autre part, un critère de reconnaissance d'une société créée de fait, dont le juge s'empare, en conjonction avec d'autres critères, pour décider qu'un groupement de personnes a, en fait, constitué une société. C'est, enfin, un outil de qualification permettant de distinguer entre contrat de société et contrats voisins (le contrat de prêt avec participation aux bénéfices par exemple).

La doctrine s'interroge, en revanche, sur la question de savoir si la disparition de *l'affectio societatis* pourrait entraîner la *disparition* de la société, (ce que pouvait, également, faire le candidat, comme opter pour ou contre la thèse soulevée). Pour notre part, la position pourrait être assez simple : il existe un régime légal réglant la mésentente entre associés et ce dernier suffit au juge (qui dispose *de facto* de pouvoirs très étendus) pour relever l'absence de volonté de continuer la société, ce constat pouvant déboucher sur sa dissolution¹.

Elle ressort davantage, encore, lorsqu'on analyse le concept à l'aune de son intensité, qui est variable selon les formes des sociétés. Comment comparer, en effet, la société entre époux (où la notion *d'affectio* prend théoriquement tout son sens) et la société multinationale cotée, susceptible de regrouper plusieurs millions d'actionnaires ? A l'évidence, le lien entre associés pourrait aller jusqu'à se confondre avec l'intérêt social dans le premier cas alors qu'il ne présenterait, dans le second, qu'un aspect extrêmement ténu, à l'image du désintérêt que les petits investisseurs accordent aux destinées des sociétés dont ils détiennent les titres en portefeuille. Dans cette optique, il était possible de proposer des illustrations de l'intensité de *l'affectio societatis* en rapport avec les formes de sociétés.

¹ - ce point pouvait, au demeurant, être habilement développé -

Que penser, enfin, du concept « *d'égalité* » mis en avant à la fois par la doctrine et par le juge du droit. Cette égalité supposée pourrait renvoyer, implicitement, à la prohibition des clauses léonines, mais, au delà de la recherche hypothétique d'un régime légal susceptible d'illustrer l'existence de ce principe d'égalité, il convenait de relever que l'égalité ne saurait déboucher sur un égalitarisme formel. Elle ne saurait être mesurée qu'à l'aune des circonstances que le juge examine, à savoir celle du type de droit social détenu. Qu'en est-il, par exemple, de l'égalité entre titulaires d'actions de préférences privées de droit de vote, et d'actionnaires *ordinaires* ? N'y aurait-il pas un lien entre le pouvoir accordé statutairement au titulaire du titre et l'*affectio societatis* ? Ainsi, un détour pouvait être imaginé par le régime des sociétés cotées afin de présenter l'ambiguïté de la situation de l'investisseur qui ne fait de la détention de l'action qu'un support de l'épargne, situation que le droit prend en considération en érigeant des règles particulières pour les sociétés cotées, notamment celles dont les titres sont admis à négociation sur un marché réglementé.

2 ° Connaissances à mobiliser pour la production de la dissertation.

a) Théorie

- La (une) définition doctrinale de l'AS. (cf. supra, pour des exemples, mais toutes les illustrations étaient admises).
- La position de la jurisprudence. (1986 « ...de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices ainsi qu'aux dettes », ou ses variantes (2006 i.e. ...« collaborer activement, sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun »). 1991 : « ...volonté d'union et acceptation d'aléas communs », 2008 : « ...volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes d'une entreprise commune ». On voit que la diversité des rédactions retenues laissait le champ libre au candidat d'opter pour l'une ou l'autre des solutions, la correction n'étant pas cristallisée sur le libellé d'un hypothétique attendu de principe.
- Les *supposées* illustrations textuelles. On a pu voir l'*affectio societatis* dans « l'entreprise commune » de l'article 1832 et « l'intérêt commun » de l'article 1383. Cette position doctrinale est largement admise mais, pour de nombreux auteurs, elle n'est pas décisive pour circonscrire la notion.
- Le rejet de la notion traditionnelle de L'AS. L'AS est, ainsi, traditionnellement décrite comme une conception subjectiviste car elle illustre la volonté de s'associer. Cette thèse est parfois contredite avec talent, ainsi que le fait M. Viandier qui souligne à la fois la passivité des associés - notamment celle des investisseurs boursiers -, l'aspect par trop psychologique de la notion, et surtout le « *cercle vicieux* » qu'elle génère : l'AS ne peut permettre de définir la société puisqu'étant *lui même* la volonté d'entrer en société. A ce titre, mieux vaut, selon l'auteur, s'appuyer sur une conception objective : la qualité d'associé.

Sur le plan théorique, les candidats pouvaient librement pencher pour la vision subjective ou objective, tant les approches ont, finalement, toutes leurs parts de vérité. L'idéal était d'adopter la position du juste milieu, mais toute autre thèse était acceptée.

b) Pratique

Utilité de la notion au regard du contrat de société.

- 1 Permet la reconnaissance de la société créée de fait.
- 2 Société fictive par disparition de l'AS (mais une partie de la doctrine n'est pas d'accord).
- 3 Dissolution de la société (plusieurs arrêts ont admis que la disparition de l'AS pouvait justifier la dissolution de la société : Cass. com. 19 sept. 2006 par exemple) mais nous avons déjà souligné que l'article 1884-7 permettait d'opter pour la voie légale pour prononcer la dissolution.
- 4 Une espèce, à notre connaissance, a sanctionné la situation d'un associé fictif (2006 précité).
- 5 Juste motif de retrait d'une société civile (Cass. civ. 3ème 27 sept 2006).
- 6 Société dont la durée a expiré : le constat de la continuité de l'*affectio societatis* permet d'appliquer aux associés les statuts de la société dissoute (Cass 1ère civ. 13 décembre 2005).

Utilité de la notion au regard d'autres contrats.

- 1 Contrats nommés, qui prévoient une participation aux bénéfices (vente, location, prêt, dépôt,) l'absence d'AS permet de faire sortir le contrat de la sphère du droit des sociétés.
- 2 Fiducie, il ne saurait y avoir d'AS puisque les personnes se dessaisissent volontairement du bien affecté.
- 3 Contrat de travail : le lien de subordination exclut en principe l'AS, mais se pose, parfois, la question du cumul du statut de salarié et d'associé, ce qui rend la distinction incertaine.

Problèmes d'application aux groupements.

- Le problème de la société unipersonnelle et du contrat avec soi-même méritait d'être soulevé. Comment, en effet, peut-on vouloir collaborer avec soi-même ?

- Le problème des sociétés de capitaux dont les titres peuvent présenter des droits différents (actions de préférence etc...).
- Le problème des titres pouvant donner accès au capital pouvait enfin être soulevé (obligations convertibles à terme en actions etc...) l'obligataire veut-il devenir actionnaire ?
- L'association sans but lucratif : où sont les bénéficiaires recherchés.
- Le GiE et le GEIE ne sont-ils pas structurés sur le même principe ?

3 ° Analyse des copies

Les remarques du jury varient assez peu au regard de celles de l'année précédente. Nous y renverrons laconiquement mais il nous semble que le concours de cette année présentait un nombre considérable de copies blanches et/ou de pure complaisance ne comportant que quelques lignes. Ainsi, le nombre de notes égales à 0 (ou 1) apparaît anormal et donne une image négative du concours, en raison de l'abaissement de la moyenne qu'il entraîne. Le sujet pouvait être perçu comme étant d'un classicisme déconcertant (c'était là sa seule difficulté) mais il convient de souligner que le thème : « *L'affectio societatis* » est traité dans une partie spécifique dans tous les ouvrages de référence, il correspond à environ deux à quatre pages de manuel, condensées de façon synthétique. A l'évidence, ainsi, fort peu de candidats se seraient donnés la peine d'ouvrir les bons ouvrages - ils le sont pratiquement tous - et on peut supposer que les autres se sont simplement appuyés sur des cours ou des *fiches* plus ou moins fidèlement établies.

Ces insuffisances contrastent avec la pléthore de citations doctrinales que les copies contiennent. Cette inflation de références littéraires, cette avalanche de citations de thèses dont l'indicateur aura eu de la peine à saisir le résumé sont navrantes de vanité. Les indications précitées, souvent fort mal placées dans le contexte, forment un brouillard qui n'a pour seul effet que de masquer le raisonnement (c'est peut-être, d'ailleurs, la finalité de cette *technique*). On souhaitera, donc, que cette tendance ne devienne pas une constante des productions des candidats au concours de l'ENS. Il convient de souligner, comme l'année précédente, que la technique qui consiste à émailler les copies de citations est contreproductive dans le sens où, le plus souvent, le candidat omet de préciser les sources les plus évidentes de droit positif comme tout bon étudiant de L2. Nous rappellerons nos propos dans le rapport de jury du concours de l'année 2012 : « *La recherche de la citation brillante et de la théorie la plus clivée a trop souvent été privilégiée avec des effets désastreux : hypertrophie de l'introduction, toute dédiée à l'explication d'abstractions inutilisables, anémie corrélative de la dissertation stricto sensu faute de connaissances suffisantes en droit substantiel, ignorance de la logique d'organisation des pouvoirs qui caractérise le fonctionnement des sociétés. La dissertation requiert des appuis sur le droit positif, ce qu'il convient de ne jamais oublier.* ».

Nous ne saurions, toutefois, que féliciter les candidats qui nous ont proposé des copies dignes d'éloges dont quelques unes, au surplus, étaient véritablement exceptionnelles.