

UNIVERSITE DE TOULON
Faculté de Droit de Draguignan

Séance n° 1 : Entreprise, association et société

Exposé oral : Entreprise, association et société : pouvoir de qualification du Juge

Chercher et lire : Lamarche, Thierry. La notion d'entreprise, RTDCom. 2006, p. 709.

Lire documents ci-joints :

- **Comparaison du régime juridique : association-entreprise individuelle-société**
- **Cass. Com. 2017.**
- **De Bermond de Vaulx, Jean-Marie. L'empire des faits et l'émergence de la notion de société, Rec. Dalloz, 1996, p. 185.**

**COMPARAISON DU RÉGIME JURIDIQUE
ASSOCIATION - ENTREPRISE INDIVIDUELLE - SOCIÉTÉ**

Critères	Association	Entreprise individuelle	Société
Personnalité morale	Oui, si déclarée à la préfecture ; personnalité plus complète si l'association est reconnue d'utilité publique (peut recevoir alors dons et legs)	Non	Oui, si immatriculée au registre du commerce et des sociétés
Objet	Civil en principe, mais peut accomplir des actes de commerce accessoirement	Civil ou commercial	Civil ou commercial
But	Désintéressé ou lucratif (uniquement la réalisation d'économies)	Lucratif	Lucratif
Capital	Aucune exigence	Aucune exigence	Exigence variable selon le type de société
Patrimoine	Cotisations, local, immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but social	Patrimoine personnel de l'entrepreneur	Aucune limitation
Apports	Facultatifs (connaissances, activités, biens...)	Aucun	Obligatoires
Droits financiers	Néant ; ne peuvent se partager ni d'éventuels excédents ni le boni de liquidation	Résultats pour l'entrepreneur	Partage des bénéfices et du boni de liquidation entre associés
Responsabilité des membres	Limitée à ce qu'ils ont éventuellement apporté	Illimitée	Responsabilité limitée ou illimitée selon le type de société
Responsabilité des dirigeants	Application des articles 180 et 182 de la loi du 25 janvier 1985 si l'association a un objet économique et un but lucratif	Illimitée	Responsables de leurs fautes de gestion, de la violation des statuts, des lois et règlements.

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième à sixième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 février 2015), que l'Autorité de la concurrence (l'ADLC) a été saisie par la Fédération nationale des associations de gestion agréées d'une plainte relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables (le CSOEC) dans le secteur de la télétransmission des données comptables et fiscales des entreprises et professions libérales aux autorités fiscales, au moyen de son portail télédéclaratif « jedecclare.com », dont elle avait confié la commercialisation à l'association l'Expert comptable media association (l'ECMA) ; que par une décision n° 13-D-06 du 28 février 2013, l'ADLC a dit que le CSOEC et l'ECMA ont enfreint les dispositions des articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce et leur a infligé des sanctions pécuniaires tenant compte de la non-contestation des griefs et des engagements proposés, qu'elle a rendus obligatoires ; que l'ECMA a formé un recours contre cette décision ;

Attendu que l'ECMA fait grief à l'arrêt du rejet de son recours alors, selon le moyen :

1°/ que le juge est tenu d'examiner tous les éléments de preuve présentés par les parties au soutien de leurs prétentions si bien qu'en se bornant à retenir, pour nier la faculté pour l'ECMA de se prévaloir, dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre, du facteur de minoration tenant à l'exercice d'une activité « mono-produit », que l'Autorité de la concurrence avait exactement constaté, au vu des données fournies, que le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI représentait environ 63 % du chiffre d'affaires total de l'ECMA, sans examiner l'attestation comptable versée en appel par cette dernière, de laquelle il ressortait clairement que ce pourcentage était de 88,9 % et 96,8 % respectivement pour les années 2011 et 2012, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que seules les entreprises sont soumises à la prohibition des abus de position dominante et partant, au régime de sanction propre aux entreprises qui y est attaché si bien qu'en sanctionnant l'ECMA pour abus de position dominante par application du plafond prévu pour une contrevenante « non entreprise » après avoir auparavant considéré que l'ECMA relevait du champ d'application de la sanction en matière d'abus de position dominante applicable aux entreprises, la cour d'appel a violé les articles L. 464-2, I et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'est une entreprise au sens du droit de la concurrence toute entité exerçant une activité économique consistant à proposer des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique de sorte qu'en jugeant que l'ECMA ne pouvait pas être considérée comme une entreprise au regard de l'article L. 464-2, I du code de commerce au motif que l'ECMA, association régie par la loi du 1er juillet 1901, a pour objet d'assurer l'organisation et la gestion de diverses actions du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables qui en assume la gouvernance, après avoir pourtant constaté que l'ECMA exerce des activités de production, de distribution et de services, ce dont il résulte qu'elle relève bien de la qualification d'entreprise, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

4°/ que les entreprises visées par l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code de commerce recouvrent toutes sortes de structures exerçant une activité économique consistant à proposer des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de leur statut juridique et donc ne visent pas exclusivement les sociétés commerciales de sorte qu'en rejetant comme étant mal fondée la critique reprochant à l'Autorité de la concurrence d'avoir procédé à une confusion, pour l'application de l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code de commerce, entre la notion d'entreprise et celle de société commerciale, quand il ressortait de la décision de l'Autorité de la concurrence que celle-ci avait écarté l'application du régime de sanction propre aux entreprises aussitôt après avoir constaté que l'ECMA était une association régie par la loi du 1er juillet 1901, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

5°/ que le plafond de sanction forfaitaire de 3 millions d'euros prévu par l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code de commerce, applicable aux structures autres que les entreprises, est justifié par l'absence de chiffre d'affaires réalisé par ladite structure et par là-même, ne s'applique qu'à cette hypothèse si bien qu'en écartant le moyen par lequel l'ECMA faisait valoir qu'en tout état de cause, dès lors qu'elle réalise un chiffre d'affaires, elle ne pouvait être soumise au plafond forfaitaire de 3 millions d'euros, au motif erroné qu'il n'y a pas lieu de procéder à une distinction que le texte ne fait pas, la cour d'appel, qui a constaté que l'ECMA réalisait un chiffre d'affaires, tout en refusant de la soumettre au régime de sanction pécuniaire dont le montant est déterminé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par la structure, a encore violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, qui a examiné l'attestation comptable invoquée à la première branche, a retenu que le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI ne représentait que 63 % du chiffre d'affaires de l'ECMA ;

Attendu, en second lieu, que si toute entité exerçant une activité économique peut, quelle que soit sa forme juridique, faire l'objet d'une sanction fondée sur les articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, il n'en demeure pas moins que l'article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce institue un plafond de sanctions différent selon que l'entité contrevenante est ou non une entreprise ; qu' en se référant à la notion d'entreprise, le législateur a entendu distinguer les personnes condamnées en fonction de la nature de leurs facultés contributives respectives ; qu'il a ainsi fixé un montant maximum de la sanction pécuniaire, proportionné au montant du chiffre d'affaires pour celles qui sont constituées selon l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et fixé en valeur absolue pour les autres contrevenants ; qu'après avoir relevé que l'ECMA était une entité exerçant une activité économique, comme telle soumise aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce qui prohibent l'abus de position dominante, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette association, régie par la loi du 1er juillet 1901, n'était pas pour autant une entreprise au sens de l'article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce et qu'elle en a déduit qu'en déterminant la sanction au regard du maximum légal de trois millions d'euros, l'ADLC avait fait l'exacte application de ce texte, qui ne distingue pas selon que le contrevenant, qui n'est pas une entreprise, réalise ou non un chiffre d'affaires ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen, pris en sa deuxième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne l'association l'Expert-comptable média association aux dépens ;

Recueil Dalloz 1996 p.185

L'empire des faits et l'émergence de la notion de société

« Let things be what they are » Unknown author

Jean-Marie de Bermond de Vault

1. - La société de fait n'est pas une société de droit, comme l'a observé M^{me} Dekeuwer-Défossez⁽¹⁾ : mais l'inverse est-il vrai ? Certainement pas, car toute société de droit a vocation à plonger ses racines dans la réalité, faute de quoi elle ne serait qu'une forme sans force et sans efficacité condamnée à ne rester qu'une « âme errante »⁽²⁾.

Si l'on accepte cette prémisse, la société de droit est donc toujours aussi une société de fait - sauf à réserver le cas de la société fictive⁽³⁾ - dans toute la mesure où elle est entièrement vouée à l'action, une action qui est, précisément, le premier sens retenu du mot « fait » par le plus usuel des dictionnaires, *Le Petit Larousse* ⁽⁴⁾.

2. - Avant la loi n° 78-9 du 4 janv. 1978, la doctrine estimait que la société de fait et la société créée de fait obéissaient à un régime unique, même si elle s'attachait à relever certaines nuances entre ces deux figures presque jumelles⁽⁵⁾.

On est donc fondé à en tirer comme conséquence que le mot « fait » revêtait le même sens dans ces deux formes de sociétés ; mais, désormais, le législateur⁽⁶⁾ a imposé son interprétation au terme de laquelle la société créée de fait est une société de droit⁽⁷⁾, par assimilation à la société en participation, faisant ainsi subir à l'idée de fait une considérable évolution qui rappelle celle, bien connue, de la notion de société à la suite de la création de la société unipersonnelle⁽⁸⁾.

3. - Pourtant la question qui se pose est de savoir si l'identification⁽⁹⁾ ainsi opérée de la société créée de fait et de la société en participation est satisfaisante et se trouve corroborée par les événements réellement vécus dont les juges du fond ont à connaître⁽¹⁰⁾ : la lecture des décisions rendues « montre que la société créée de fait n'est pas voulue, ni même pensée, en tant que telle par ses initiateurs, mais se déduit d'une recherche comportementale conduite par le juge »⁽¹¹⁾.

Dans la société créée de fait, qui est dépourvue de la personnalité morale, l'on revêt d'une forme préétablie, à savoir la société, une situation présentant « le caractère d'un fait *matériel* qui s'impose »⁽¹²⁾ dans laquelle l'un des soi-disant associés abandonné, lésé ou floué lorsque cette situation prend fin (par exemple, brouille⁽¹³⁾, décès de l'un des partenaires, etc.), réclame ce qu'il estime être son dû avant que l'oeuvre commune ne se défasse et ne disparaisse à jamais sans laisser de trace, tout au moins sur le plan juridique, ce qui explique que la société créée de fait puisse être analysée comme une demande de liquidation⁽¹⁴⁾.

4. - Sous un angle différent, une exploitation déficitaire peut aussi contribuer à faire apparaître une société créée de fait lorsqu'un engagement a tourné au profit de l'un des comparses qui se verra alors attribuer la qualité, que parfois il ne désire nullement, d'associé⁽¹⁵⁾.

Ainsi une situation tout à fait informelle a pu effectivement exister, certes, mais ce n'est qu'au moment où cette structure sera dissoute que la société créée de fait accédera officiellement à l'existence juridique⁽¹⁶⁾ tout en restant

exclue du champ d'application de la loi n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation
judiciaires des entreprises (17).

Se pose alors la question de savoir si le législateur n'a pas figé par le biais de l'art. 1873 c. civ. une conception trop réductrice de l'originalité propre à la société créée de fait qui semble s'adapter avec quelque difficulté au moule imposé de la société en participation « dont la source se trouve dans un contrat expressément conclu entre deux ou plusieurs personnes » (18).

C'est pour cet ensemble de raisons qu'il convient de rechercher dans l'étude de la jurisprudence l'évolution des significations du concept de fait dans les rapports complexes qu'il entretient avec l'idée sociale et, ainsi, cette plasticité même des faits va conduire le juge, au gré des espèces qui lui sont soumises, aussi bien à reconnaître l'existence d'une société (I) qu'à refuser ce statut (II).

I. - Le fait et l'attribution du statut juridique de société.

5. - L'art. 1843-4 c. civ., qui arrête, en cas de contestation, le mode de détermination de la valeur des droits sociaux lorsque la cession en a été décidée, est la pierre angulaire de bien des contentieux quand « la fortune due aux efforts communs » (19) se trouve en possession de l'un des concubins ou encore lorsqu'un coïndivisaire cherche à négocier sa sortie de l'indivision, ce qui revient à déterminer le prix de sa quote-part.

6. - Ainsi, en 1982, deux pharmaciens avaient conclu une convention d'indivision d'une durée de cinq années, conformément à l'art. 1873-3 c. civ., dont l'objet était l'exploitation d'une officine pharmaceutique (20). Mais la convention ne fut pas renouvelée à son expiration.

Sur ces entrefaites, l'un des indivisaires céda sa quote-part à un tiers ; l'autre indivisaire contesta cette cession, arguant du non-renouvellement de la convention d'indivision, et soutint que les relations antérieures s'étaient poursuivies dans le cadre d'une société créée de fait, ce qui emportait comme conséquence que la valeur des droits sociaux devait être déterminée par un expert dans les conditions prévues par l'art. 1843-4.

La Cour de Paris accueillit cette thèse en soulignant que les pharmaciens avaient « collaboré de façon effective à l'exploitation du fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité ».

7. - Le fait matériel peut s'entendre de la situation de deux personnes qui, vivant maritalement, fondent ensemble un commerce ; si l'un des concubins demande en justice le partage des bénéfices de l'exploitation commune, le juge sera conduit à effectuer une recherche au terme de laquelle il découvrira la réalité d'une société créée de fait : si le concubinage ne peut, par le seul fait de son existence, produire entre les parties les effets réservés à l'union légitime, les faits de la cause rapportés par le Tribunal civil de la Seine établissaient clairement en l'espèce que M^{me} K. occupait dans la maison de son concubin une situation prépondérante qui n'était nullement celle d'une employée salariée, mais bien plutôt celle d'un véritable associé (21).

Le fait a créé entre les parties un lien de droit et des obligations réciproques qui ne sauraient permettre à l'une d'elles « de s'approprier exclusivement la propriété d'une industrie créée et exercée en commun pendant plusieurs années » (22).

8. - A vrai dire, la notion de fait prend une coloration beaucoup plus intéressante lorsqu'il est examiné non plus du point de vue de l'un des « associés de fortune » qui a contribué à le créer et à le déterminer dans le temps (naissance d'une collaboration, d'un concubinage ou d'une structure sociétaire de fait, etc.), mais par un tiers cocontractant qui

n'en perçoit - et n'en connaît - que l'apparence⁽²³⁾.

Comme l'a écrit M. Champaud⁽²⁴⁾, le cadre du litige décide du régime de la preuve qui doit être apportée par celui qui, invoquant l'existence de la société, cherche à établir la réalité de ses trois éléments constitutifs, à savoir la mise de chacun, la participation aux bénéfices et aux pertes, l'*affectio societatis*.

Même dans ce domaine précis, il arrive que les apports restent incertains, notamment lorsqu'ils ont été réalisés en industrie⁽²⁵⁾, mais une incertitude peut aussi planer sur la réalité d'apports en nature, telle associée supposée (la concubine) étant venue « probablement avec ses biens et ses deniers »⁽²⁶⁾ (V. *infra*, n° 14).

9. - Ce qui compte ici, c'est une réalité visible qui s'impose du premier coup d'oeil dans sa vérité tout factice à un observateur qui estimera de bonne foi⁽²⁷⁾ que les faits tels qu'ils se présentent sont suffisamment explicites par eux-mêmes pour qu'il ne ressente pas la nécessité de pousser son examen plus avant ou, simplement, de se montrer plus curieux.

Mais si le décor ainsi planté en trompe-l'oeil donne à croire que l'on a affaire en l'espèce étudiée à l'exercice en commun par deux époux d'une véritable activité commerciale, et non à une simple entraide, il y aura bien montage du point de vue du tiers cocontractant d'une apparence de société créée de fait entre époux : c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation en décidant que, « si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de ces divers éléments »⁽²⁸⁾.

M. Prieur a fait remarquer « qu'une réalité confuse ne saurait fonder une apparence »⁽²⁹⁾, ce qui est peut-être rejoint par une voie différente l'exigence de la bonne foi de la part du spectateur intéressé.

10. - L'associé qui entend établir l'existence d'une société créée de fait doit démontrer la réalité des trois éléments caractéristiques du contrat de société⁽³⁰⁾, ce qui est normal puisqu'il connaît « la société de l'intérieur »⁽³¹⁾.

M. Leveneur estime, quant à lui, que dans le cadre de la théorie de l'apparence la société n'existe pas en réalité, faite de réunion des trois éléments constitutifs, mais que l'apparence étant trompeuse, cela suffit⁽³²⁾. Il convient d'apporter une nuance à cette appréciation : le point essentiel n'est pas que la société créée de fait apparente soit une structure sociétaire qui ne reposerait pas sur les trois éléments constitutifs sus-rappelés ; le point essentiel est l'attitude du juge qui entend faciliter la preuve du tiers cocontractant, preuve qui s'avérerait en pratique trop difficile puisque le tiers ne connaît pas la situation sociétaire de l'intérieur ; rien n'empêche, à notre avis, qu'une société créée de fait envisagée du seul point de vue de la théorie de l'apparence réunisse en fait ces trois critères ; il suffit de constater que la preuve de chacun de ces éléments ne sera pas expressément exigée du tiers, d'autant qu'il n'existe aucune publicité légale susceptible de le renseigner sur une base objective.

En d'autres termes, la question qui intéresse le juge est de savoir si les tiers ont pu légitimement croire à l'existence d'une société dont les éléments constitutifs ne sont pas nécessairement réunis, mais qui pourraient l'être. Ainsi s'explique que la Cour de cassation ait admis qu'un tiers puisse être fondé à croire que le salarié avec lequel il avait traité était l'associé apparent du dirigeant de l'entreprise qui l'employait, lorsqu'il a eu « toutes les raisons de penser (qu'il) avait à faire à des associés ayant d'identiques pouvoirs et d'identiques responsabilités dans l'entreprise »⁽³³⁾. Mais que l'un des protagonistes ait intérêt à faire reconnaître en justice sa qualité d'associé d'une société créée de fait, il devra dépasser ce stade de l'apparence et apporter la preuve de la réalité de ce groupement informel dont il prétend être membre en démontrant que les conditions de fond du contrat de société sont bien réunies.

A vrai dire, même en la présence de la demande d'un tiers, la condition de l'existence d'une société créée de fait sous-

tend celle de son apparence qui ne peut en être totalement dissociée, ce qui, tout bien considéré, est logique si l'on veut garder à la théorie de l'apparence un contenu rationnel, et non pas uniquement émotionnel (34).

Cette analyse est confortée par un arrêt de la Cour de cassation du 8 janv. 1991 qui a rejeté la demande d'un tiers - en l'occurrence l'Administration fiscale - qui se bornait à invoquer l'apparence d'une société créée de fait sans apporter la preuve de son existence, et cette preuve exigeait que soient démontrées de la façon la plus classique comme l'a rappelé M. Penneau dans son commentaire, l'intention de s'associer des intéressés, l'existence d'apports et la volonté de contribuer aux pertes (35) (V. *infra*, n° 16).

11. - Un créancier, en ayant recours à une société de renseignements commerciaux, a pu démontrer l'existence d'une société créée de fait : le créancier avait réussi à être informé de la conclusion d'un accord auquel son débiteur avait été partie, prouvant l'existence de son *affectio societatis* qui s'était traduite en l'espèce par la transformation d'une participation d'associé de fait en apport à une société à constituer (36).

Au-delà de ce cas qui montre la difficulté pour un créancier de prouver l'existence d'une société créée de fait, s'affirme tout l'intérêt que présente pour un tiers la possibilité de s'en tenir à l'apparence - une apparence qui l'a trompé - d'une société créée de fait qui reste pour lui un fait juridique dont la preuve est admise traditionnellement par tous moyens (37).

De plus, il y avait une difficulté qui aurait pu s'avérer potentiellement gênante et à laquelle la Cour de cassation a su porter remède : en effet, une conception trop large de la société créée de fait aurait été susceptible d'entrer « en résonance » avec une vision fantomatique de l' *affectio societatis* que l'on aurait alors découvert ne fût-ce que dans un simple « coup de main » (38), et aurait pu entraîner « un risque de requalification de presque toutes les formes de collaboration » (39).

Le mot « fait », qui marque à un point tel ces structures sociales embryonnaires ou nulles en droit qu'elles en gardent le nom qui sert à les caractériser, société créée de fait, société de fait, peut aussi servir à refuser toute qualification de société à certaines situations de pur... fait, et cela quel que soit l'intérêt de soi-disant associé à faire admettre l'existence, profitable pour eux naturellement, d'une société.

II. - Le fait et le refus du statut juridique de société.

12. - Ce refus se manifeste d'abord par un processus de refoulement, conduit par la Cour de cassation, de l'idée parfois trop envahissante de société que mettent en avant des personnes cherchant à collaborer entre elles : en effet, la Cour suprême n'entend pas « se laisser mystifier » (40) par l'émergence de sociétés déformalisées que crée la pratique.

Le principe de la subsidiarité de la société créée de fait que la doctrine a contribué à expliquer empêche certainement que des parties puissent y avoir recours pour organiser leurs relations, ou plus exactement les « doubler », lorsqu'elles avaient antérieurement constitué une société de droit, ou même un simple ensemble contractuel certes dépourvu de personnalité morale, mais qui tire toute sa cohérence de l'art. 1134 c. civ.

Ainsi, une société LBC avait été créée en 1983 entre une banque et un promoteur. Puis les nouveaux associés conclurent avec LBC plusieurs contrats ayant pour objet, naturellement, la construction et l'assistance financière (dans le domaine de l'hôtellerie). Le promoteur, finalement évincé, saisit la justice pour faire juger qu'il existait entre la banque et lui-même, d'une part, et LBC, d'autre part, une société créée de fait qu'il convenait de dissoudre au motif que la banque avait méconnu ses obligations d'associé (41).

La Cour de Paris a rejeté cette argumentation, car il lui est apparu que l'ensemble contractuel qui définissait la nature des relations entre les contractants « selon des stipulations claires et précises » faisait obstacle à une requalification de la situation juridique ayant existé entre eux en société créée de fait.

13. - Qui plus est, des faits aussi importants que l'achat de la nue-propiété d'un immeuble, l'ouverture d'un compte courant, le fait de donner une caution hypothécaire lors d'une ouverture de crédit, qui pourraient sembler constituer les ingrédients constitutifs d'une société pour les tenants d'une conception objectiviste de la société ¹¹(42), restent cependant impuissants à constituer une société si la pseudo-associée forcée - en l'espèce une concubine qui vivait dans « une certaine soumission au chef de famille », précédé - n'a manifesté aucune volonté de former une société de fait avec son concubin, contrairement à ce que soutenait la banque du défunt ¹¹(43).

14. - Plus troublante sur le plan de l'analyse juridique est l'indétermination de l'apport et le flou qui entoure cette notion lorsque le fait lui-même demeure difficile à cerner.

L'affaire *Bonnin* ¹¹(44) fournit une illustration tout à fait topique de cette assertion : en l'espèce l'apport en nature consistait en des meubles et des bijoux qui avaient été « probablement » apportés par la concubine ; ce point essentiel, directement contesté par la partie adverse, devait entraîner la cassation partielle de l'arrêt rendu par la Cour de Bastia qui s'était contentée de supposer que les biens sus-décrits constituaient l'actif d'une société (créée) de fait.

Plus fréquemment encore, une profonde incertitude règne sur l'apport en industrie, ce qui n'est guère étonnant après tout dans des situations qui naissent difficilement à la vie juridique et dans lesquelles l'on confondra aisément un dévouement sans faille avec un apport en industrie dont la réalité, la valeur et l'intensité dépendent dans chaque cas de l'oeil (plus ou moins intéressé) de l'observateur. On comparera utilement cette situation à celle - organisée - de l'apport en industrie réalisé dans le cadre d'une SARL tel que la loi n° 82-596 du 10 juill. 1982 l'a prévu, qui est tout à fait possible lorsque l'activité principale de l'apporteur est liée à la réalisation de l'objet social, avantage que la loi étend expressément au conjoint ¹¹(45). Or le juge affirme avec une constance que les plaideurs finiront peut-être par remarquer que l'apport en industrie ne saurait être ramené à de simples tâches d'exécution matérielle consistant, par exemple, en des travaux de nettoyage, d'entretien et de comptabilité qui, certes, facilitent incontestablement l'exploitation d'un fonds de commerce : mais l'apport en industrie, lui, postule en plus et surtout une participation exclusive de toute idée de subordination à la direction effective de la société créée de fait supposée ¹¹(46).

15. - Et, précisément, la Cour suprême veille à ce qu'une telle supposition n'aboutisse pas trop facilement à la découverte d'une société créée de fait dans les relations d'affaires suivies et complexes que les parties ont pu entretenir. Dans cet esprit, il convient d'écarter la qualification de société créée de fait lorsque le juge constate dans une situation donnée l'absence de participation aux bénéfices d'un soi-disant associé : en effet, manque alors l'un des éléments essentiels de la société ¹¹(47).

Aussi bien, des faits objectivement rapportés peuvent sembler établir l'amorce de la création d'une entreprise sociétaire : pourtant, bien que la recherche d'une synergie entre deux groupes G et C était attestée par « le moratoire obtenu par C, l'avalisation des lettres de change acceptées par les sociétés G, la surveillance de la gestion, l'harmonisation des méthodes de vente et d'achat », le refus que l'un des partenaires, le groupe G en l'occurrence, restait libre d'opposer à ces mesures traduisait l'absence d'une société créée de fait entre les parties ¹¹(48). Cet arrêt de la Cour de cassation en date du 8 mars 1994 mérite d'autant plus d'être remarqué qu'un auteur a opportunément rappelé que l'avalisation de traites acceptées est interprétée d'ordinaire par la jurisprudence comme l'indice d'une participation au risque entrepreneurial ¹¹(49).

16. - Les rapprochements d'entreprises, puis leur éloignement, laissent parfois sur la grève juridique des projets de collaboration ou des protocoles d'accord suffisamment élaborés pour que l'un des *venturers* invoque lors de la

liquidation des intérêts qui avaient été mis en commun l'existence d'une société créée de fait. Ainsi, il arrive que des associés véritables coopérant déjà entre eux dans le cadre d'une société cherchent à établir d'autres relations en dehors de la société, mais dans un domaine si proche de l'objet social qu'une confusion peut se produire. La désignation par des entreprises d'un mandataire commun qui recevra mission de les représenter auprès du maître de l'ouvrage, si elle circonscrit une zone d'intérêt commun en dehors du cadre social (qu'il ne faut pas confondre avec l'intérêt social) (50), signifie aussi que les parties à cet accord n'entendent pas aller au-delà, ce qui interdit de voir dans le contexte de cette désignation une société créée de fait alors qu'en outre aucune *affectio societatis* n'unissait les protagonistes (51).

On sait que l'Administration fiscale a cherché à faire qualifier par le juge l'exercice en commun d'activités pratiquées dans le cadre de professions médicales ou paramédicales de société en participation ou créée de fait, lorsque les intéressés, oubliant l'exigence légale, n'avaient pas pris la précaution de régler leurs relations dans un contrat écrit : en l'espèce rapportée, bien que deux kinésithérapeutes partageaient de nombreux éléments patrimoniaux allant jusqu'à l'utilisation d'un compte bancaire joint, l'esprit séparatiste qui sous-tendait des activités parallèles et semblables certes, mais non communes, rendait impossible en réalité l'existence d'une société créée de fait (52) (V. *supra*, n° 10).

17. - Le fait de prévoir la répartition des tâches par un contrat - en l'espèce un contrat de production - dans lequel une société a effectué un apport financier forfaitaire pour la production d'un film est la marque d'un esprit séparatiste absolument à l'opposé de l'*affectio societatis* (53). Sera également exclusive de l'*affectio societatis* la situation dans laquelle deux groupes, recherchant une coopération ponctuelle limitée à un but précis, d'assistance technique ou autre, entendent garder leurs activités pour le reste distinctes et même rivales.

Une banque avait financé certaines opérations d'une société cliente qui s'étaient soldées par des pertes considérables. Les juges du fond condamnèrent la banque - en sa qualité « d'associée de fait » - au paiement de l'entier passif de sa cliente. Il s'était formé entre ces deux firmes une société de fait, mais la Cour de cassation rejeta la conclusion à laquelle était parvenu l'arrêt déféré à sa censure, au motif que les membres occultes de cette prétendue société n'étant tenus envers les tiers ni solidairement, ni même conjointement, il en résultait que la société cliente restait seule et unique débitrice (54).

Cette discussion montre donc qu'est en jeu l'existence incertaine d'une société - il faut entendre à l'époque « association » comme le relève l'annotateur de l'arrêt qui corrige sur ce point la Cour de cassation - en participation (créée de fait), et l'annotateur parle aussi, en désignant la même chose, de « société de fait en participation » ! Mais, en revanche, ni l'arrêt, ni la note n'emploient l'expression « créée de fait » en tant que qualificatif de la société. M. Chartier a traduit en termes actuels la situation plutôt confuse qui régnait en l'espèce sur le plan terminologique par l'expression nouvelle de « société en participation créée de fait » (55).

18. - Au terme de cette étude, on prend conscience à la lecture de la jurisprudence que le législateur a procédé dans l'art. 1873 c. civ. à une assimilation peut-être insuffisamment réfléchie de la société créée de fait à la société en participation. *Quid*, par exemple, du cautionnement d'une dette future par une société créée de fait que la doctrine analyse comme une demande de liquidation alors que le jeu de l'apparence a pu faire croire à la réalité de l'engagement pris ? C'est ici qu'il faut rappeler la remarque profonde de M^{me} Dekeuwer-Défossez d'après laquelle « un fait ne peut pas être nul : il existe, ou il n'existe pas, et le juriste n'y peut rien » (56). Certaines difficultés liées à l'application concrète du régime de la société en participation à des faits et aux sociétés éponymes qu'ils engendrent demeurent.

Une porte entrouverte ? Si l'on reprend littéralement la formule de l'art. 1873, quel sens faut-il donner exactement à l'adjectif « applicable » ? Pourrait-on soutenir qu'il ne veut pas dire « dispositions qui doivent être appliquées », mais plus simplement « dispositions qu'il est loisible au juge d'appliquer » ? En effet, si l'on consulte le dictionnaire de Paul Robert, qui ne donne d'ailleurs pas d'autre sens, on lit au mot « applicable », « qui est susceptible d'être appliqué » : le

lien existentiel entre les deux types de société n'apparaît pas dès lors aussi étroitement déterministe qu'on a bien voulu l'écrire.

Nul doute que cette interprétation sera très discutée sur un plan juridique mais elle permet - au niveau de l'analyse grammaticale - d'ouvrir le débat et, d'une façon plus générale, serait-il donc impossible d'appréhender, en paraphrasant Quinte Curce, ces communautés d'intérêts *non alias quam simulatione societatis* ?