

L'EFFET PERTURBATEUR DU DROIT DE LA CONSOMMATION, TOUJOURS D'ACTUALITE ? RÉFLEXIONS À L'AUNE DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Emmanuel Jubault

Notaire associé

Benoit Lecourt

Professeur à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE

Natacha Sauphanor-Brouillaud

Professeur à l'Université Paris Nanterre, membre du CEDCACE

co-directrice du Master droit privé fondamental

co-directrice de la Chaire Droit de la consommation (CY Cergy Paris Université)



Ces contributions sont issues de l'atelier consacré à « **Effet perturbateur du droit de la consommation et droit des sociétés** » organisé par le CEDCACE à l'Université Paris Nanterre le 5 juin 2024 et s'inscrivant dans le cycle d'ateliers consacré à « **L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ?** » sous la direction scientifique de Natacha Sauphanor-Brouillaud.

Les actes du cycle d'ateliers sont librement consultables sur le site Internet du CEDCACE : <http://cedcace.parisnanterre.fr>

INTRODUCTION¹

1. **Pertinence du sujet.** Après l'analyse de la procédure civile² et du droit des sûretés³, c'est au tour du droit des sociétés d'être questionné sur le point de savoir si l'effet perturbateur du droit de la consommation est toujours d'actualité. Le sujet semble audacieux tant la visibilité des perturbations entre les deux disciplines est moins frappante. Alors que les points de tensions avec les disciplines citées concernaient essentiellement les techniques protectrices du droit de la consommation : clauses abusives pour la procédure civile, information, mention manuscrite et surendettement, pour le droit des sûretés, ici les

¹ Cette introduction a été rédigée par N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

² J.-Ch. BRUYERE, M. PLISSONNIER, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ? Réflexions en procédure civile à l'aune de la jurisprudence sur les clauses abusives », in cycle d'ateliers, L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ? Direction scientifique N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, <https://cedcace.parisnanterre.fr/publications>

³ M. BOURRASSIN, A. GOUÉZEL, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ? Réflexions en droit des sûretés », in cycle d'ateliers, L'effet perturbateur du droit de la consommation, toujours d'actualité ? Direction scientifique N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, <https://cedcace.parisnanterre.fr/publications>

crispations entre les matières⁴ se sont opérées par le truchement non des techniques, mais des contractants concernés par le droit de la consommation : le professionnel d'un côté, le non professionnel et le consommateur de l'autre. Cette perturbation tient notamment à l'absence qui a perduré un certain temps, de définition légale de ces catégories en droit interne⁵. Or, précisément, cette lacune a été analysée par de nombreux spécialistes comme provoquant des dénaturations du droit de la consommation ou du droit civil. Il n'était guère observé que le dirigeant se trouvant potentiellement protégé par le biais du droit de la consommation, il en résultait une perturbation du droit des sociétés.

2. **Notion de professionnel et droit des sociétés.** Pourtant, il existe des difficultés d'articulation entre les deux disciplines. Et la transposition, dans le code de la consommation, des définitions européennes du consommateur et du professionnel n'y a pas mis fin. Certes, le professionnel est défini comme toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole⁶. Toutefois, une première difficulté tient au caractère fonctionnel et non pas conceptuel de la notion. Le professionnel se caractérise en fonction de la finalité de l'acte litigieux, celui-ci devant s'inscrire, selon la CJUE, non pas dans le cadre de son activité professionnelle, mais d'une activité professionnelle⁷. Aussi la notion d'activité professionnelle est le pivot pour comprendre qui est professionnel et qui ne l'est pas. Or l'énumération (commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole) n'épuise pas l'intégralité des activités pouvant être exercées à titre professionnel⁸. L'activité professionnelle apparaît comme une notion « indéterminée »⁹, que la doctrine, la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation ont rendu déterminable. Une autre difficulté rejaillit alors immédiatement qui tient à l'absence d'unité entre ces trois sources du droit dans ce travail de détermination. Puisque le consommateur et le professionnel sont des notions générales et abstraites issues du droit européen, il faut donc s'en remettre à l'interprétation autonome développée à leur égard par la Cour de justice, laquelle s'impose au juge national. Comme l'a montré M. Nègre dans sa thèse consacrée à « L'activité professionnelle en droit européen de la

⁴ Ne sont pas abordés ici les liens « harmonieux » qui peuvent être noués entre les matières notamment lorsque le droit des sociétés et le droit de la consommation utilisent des techniques similaires de protection comme l'avait montré Yves GUYON. Voir Y. GUYON, « Actionnaires et consommateurs », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, D. 2004, p. 481.

⁵ Le droit européen comporte depuis les premières directives de protection des consommateurs des définitions précises du consommateur et du professionnel qui faisaient partie du droit positif et qui étaient globalement identiques dans toutes les directives.

⁶ C. consom., art. liminaire, 3^o transposant la définition européenne de la directive 2011/83/UE.

⁷ Ainsi, l'entreprise (EDF) qui conclut un contrat de crédit avec un de ses salariés est-elle un professionnel car consentir des crédits est une activité professionnelle même si ce n'est pas l'activité principale d'EDF. Voir CJUE, 21 mars 2019, Pouvin et Dijoux c. EDF, aff. C-590/17.

⁸ CJUE 3 oct. 2013, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, aff. C-59/12 : application de la qualité de professionnel à un organisme de droit public en charge d'une mission d'intérêt général, telle que la gestion d'un régime légal d'assurance maladie.

⁹ D. NEGRE, « L'activité professionnelle en droit européen de la consommation. Etude d'un critère de qualification », thèse dactyl. Université de Bordeaux, Université du Luxembourg, 2023, §270 et s.

consommation»¹⁰, quatre critères se dégagent pour caractériser l'activité professionnelle : une activité tournée vers le public¹¹, son caractère rémunéré, habituel et organisé¹². Il conviendra dès lors de se demander si cette acception a pu réduire la perturbation du droit des sociétés qui a pu concerner la société et le dirigeant, ceux-ci s'étant trouvés à l'épreuve de la notion de professionnel.

3. **Notion de consommateur et droit des sociétés.** Quant au consommateur, il s'entend désormais comme toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole¹³. Ici, encore la conception fonctionnelle est prédominante à telle enseigne que la personne qui souscrit des contrats financiers ne peut se voir refuser la qualité de consommateur sous prétexte de l'importance des risques de pertes financières liés à la conclusion de tels contrats, de son expertise dans le domaine des instruments financiers ou de son comportement actif dans le cadre de telles opérations¹⁴. Une telle conception n'est pas sans compliquer la qualification du consommateur qui procède à l'acquisition de droits sociaux, l'associé se trouvant à l'épreuve de la notion de consommateur.

4. **Notion de non-professionnel et droit des sociétés.** Enfin, une dernière friction résulte de la catégorie, spécifiquement française, du non professionnel, défini comme toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles¹⁵. Le contentieux révèle la grande diversité d'entités ayant tenté d'entrer dans ce moule. Certaines se situent en dehors du droit des sociétés : l'association caritative¹⁶, le syndicat de copropriétaires¹⁷,

¹⁰ CJUE, 4 oct. 2018, Kamenova, aff. C-105/17. Voir D. Nègre, « L'activité professionnelle en droit européen de la consommation. Etude d'un critère de qualification », *op. cit.*, § 328 et s.

¹¹ CJUE, 10 déc. 2020, Personal Exchange International, aff. C-774/19 : une personne physique qui a conclu avec une société établie dans un autre État membre un contrat pour jouer au poker sur Internet, qui n'a ni officiellement déclaré une telle activité ni offert cette activité à des tiers en tant que service payant ne perd pas la qualité de « consommateur » même si cette personne joue à ce jeu un grand nombre d'heures par jour, possède des connaissances étendues et perçoit des gains importants issus de ce jeu.

¹² CJUE, 4 oct. 2018, Kamenova, aff. C-105/17. Voir D. Nègre, L'activité professionnelle en droit européen de la consommation. Etude d'un critère de qualification, thèse dactyl. Université de Bordeaux, Université du Luxembourg, 2023, § 328 et s.

¹³ C. consom., art. liminaire, 1^o transposant la définition européenne de la directive 2011/83/UE.

¹⁴ CJUE 3 oct. 2019, Petruchová, aff. C-208-18, Contrats conc. consom. 2019, comm. 208, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Contrats conc. consom., 2020. Chron. 1, C. AUBERT DE VINCELLES ; RDC 2020, p. 83, note A. TENENBAUM, D. 2020, p. 625, obs. H. AUBRY ; CJUE 2 avr. 2020, Reliantco Investment et Reliantco Investment Limassol Sucursala București, aff. C-500/18, Banque et Dr. 6/2020, n^o 43, p. 48, note J. PROROK, Procédures 2020, comm. 106, obs. C. NOURISSAT, D. 2021, p. 595, obs. H. AUBRY.

¹⁵ C. consom., art. liminaire, 2^o.

¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 2019, n^o 18-15.851.

¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n^o 16-10.007, Contrats conc. consom. 2017, comm. 137, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 sept. 2022, n^o21-19829, LEDC déc. 2022, p. 3, obs. M. LATINA ; Contrats conc. consom. 2022, comm. 199, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 oct. 2022, n^o 20-16885, n^o 20-16886, n^o20-16887,

l'ancien comité d'entreprise - désormais comité social et économique¹⁸. D'autres sont au cœur de notre champ d'étude : les sociétés civiles immobilières, familiales ou non. Comme l'avait montré un éclairant article co-écrit par notre collègue Mme Becqué-Ickowicz et par M. Savouré, notaire, la qualification de « non professionnel » présente à l'égard des SCI « un véritable enjeu pour l'application de textes dans les actes de la pratique notariale courante (vente immobilière, avant-contrats...) »¹⁹. Ces sociétés se trouvent en effet à l'épreuve de la notion de non-professionnel.

5. **Plan.** Il convient donc d'aborder ces trois points, dont l'étanchéité n'est qu'apparente à raison de la porosité des notions : la société et le dirigeant à l'épreuve de la notion de professionnel (I) ; les SCI à l'épreuve de la notion de non professionnel (II) et l'associé à l'épreuve de la notion de consommateur (III).

6. I. LA SOCIÉTÉ ET LE DIRIGEANT À L'ÉPREUVE DE LA NOTION DE PROFESSIONNEL²⁰

7. Comme indiqué dans l'introduction, l'absence, pendant longtemps, de définition légale du consommateur et du professionnel en droit interne a donné prise à une extension du bénéficiaire du droit de la consommation au profit du professionnel. Si de nombreux observateurs ont décrié cette dénaturation du droit de la consommation, il a rarement été relevé que la société se trouvant potentiellement protégée par le biais du droit de la consommation, il en est résulté par le passé une perturbation inutile du droit des sociétés (A). Depuis, l'insertion de définitions dans le code de la consommation, et l'évolution de la jurisprudence, permettent de constater, toujours du point de vue du dirigeant une orthodoxie presque parfaite (B).

A. Le passé : une perturbation inutile

Contrats conc. consom. 2022, comm. 199, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX. Voir égal. B. BALIVET, « Le cas de la personne morale non-professionnelle : aspects du droit de la copropriété », *in* Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie, RLDC 2021/36, n° 192.

¹⁸ La mission légale du CSE (C. trav., art. L. 2312-78), dépourvue de caractère lucratif et non rémunérée par une clientèle, justifie que contrairement à la chambre commerciale (Cass. com. 16 févr. 2016, n° Contrats conc. consom. 2016, comm. 129, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX, RDC 2017, p. 109, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD), la première chambre civile ait accordé au comité d'entreprise la qualité de non-professionnel : Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n°AJ contrat 2017. 436, note Y. PICODD. 2018. Pan. 583. obs. H. AUBRY ; G. LOISEAU, « À la rencontre du non-professionnel », D. 2016, p. 1844. Cette solution est transposable au CSE : F. BERGERON-CANUT, « Le cas de la personne morale non professionnelle : aspects de droit du travail », *in* Le non-professionnel : à la recherche d'une catégorie, RLDC 2021/39, n° 192.

¹⁹ S. BECQUE-ICKOWICZ ET D. SAVOURE (notaire à Versailles), « Les SCI : professionnelles ou non ? », Defrénois fév. 2018, n°6, Dossier, p. 41.

²⁰ Cette première partie a été rédigée par B. LECOURT ET N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

8. Il fut un temps, où la jurisprudence avait étendu le bénéfice du droit de la consommation au profit du professionnel ayant conclu un contrat pour les besoins de son activité professionnelle, mais sans rapport direct avec celle-ci (1). Cette jurisprudence était du point de vue du droit des sociétés inutilement perturbatrice (2).

1) Une jurisprudence extensive du droit de la consommation

9. **Légistique et politique juridique.** Avec le recul, deux raisons peuvent expliquer cette jurisprudence extensive. La première, d'ordre légistique, résulte de la non-transposition à l'époque des définitions européennes des professionnel et consommateur qui existaient pourtant dans toutes les directives de protection des consommateurs. Le juge, alors peu familiarisé avec le droit européen, n'avait pas eu le réflexe de s'en inspirer. La seconde, liée à la politique juridique tenait à la volonté d'offrir une protection aux professionnels, le droit commun des contrats ne leur étant à l'époque d'aucun secours.
10. **Extension à des entrepreneurs individuels.** Le législateur, par la loi Doubin du 31 décembre 1989, avait ainsi élargi le dispositif protecteur en matière de démarchage au professionnel personne physique ayant conclu un contrat dépourvu de rapport direct avec son activité professionnelle. A ce titre, un exploitant d'un commerce de location de vidéo-cassettes a pu obtenir la nullité d'un contrat de crédit-bail d'un photocopieur conclu au mépris des règles sur le démarchage²¹ ; un kinésithérapeute a pu se rétracter de la commande d'un logiciel. De même n'ont pas été considérés comme ayant un rapport direct avec leur activité, les achats, toujours par démarchage, de matériels de surveillance pour un artisan boucher²², pour un exploitant de pressing²³ ou pour un entrepreneur en construction maçonnerie²⁴.
11. **Extension à une société anonyme.** C'est ensuite la jurisprudence qui, s'inspirant de ce critère légal de l'absence de rapport direct avec l'activité professionnelle avait étendu au professionnel personne physique ou morale d'autres dispositifs protecteurs. Ainsi une société anonyme a été considérée comme créancière de l'obligation précontractuelle d'information pour un contrat d'encadrement de photos de l'hôtel qu'elle exploitait au motif que ce contrat était sans rapport direct avec son activité²⁵. En d'autres termes, cette dernière jurisprudence revenait à considérer que des dirigeants de sociétés de capitaux avaient agi en dehors de l'objet social. Cette jurisprudence était du point de vue du droit des sociétés inutilement perturbatrice.

²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 1996, n°94-14662.

²² CA Toulouse, 6 fev. 2001, JCP G 2001, IV, 2953.

²³ CA Chambéry, 24 sept. 2002, Contrats conc. consom. 2003, comm. n°80, obs. G. RAYMOND.

²⁴ CA Aix-en-Provence, 25 sept. 2002, JCP G 2003, IV, 1916.

²⁵ CA Rennes, 30 janv. 1998, Contrats conc. consom. 1998, comm. 152, obs. G. RAYMOND.

2) Une jurisprudence inutilement perturbatrice du point de vue du droit des sociétés

12. **Actes ne relevant pas de l'objet social.** En présence d'une société de capitaux, la règle, issue de la directive du 9 mars 1968 (désormais codifiée dans la directive n°2017/1132) est la suivante : les dirigeants engagent la société, même s'ils ont accompli un acte qui n'entre pas dans l'objet social²⁶. Toute clause contraire est réputée non écrite. Il existe une exception, mais qui est très rarement mise en œuvre : le tiers savait que l'acte en question dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances (la publication des statuts ne peut constituer cette preuve). Dans le cadre interne, il n'en demeure pas moins que le dirigeant d'une société de capitaux qui a accompli un acte étranger à l'objet social risquera d'engager sa responsabilité vis-à-vis de la société (la faute consistant dans la violation des statuts) ; de même, il pourra être révoqué. En revanche, dans les sociétés civiles, les associés sont tenus personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales, proportionnellement à leurs apports²⁷. Aussi, le gérant ne peut accomplir que des actes qui relèvent de l'objet social. Par conséquent, dans l'ordre externe, le gérant engage la société uniquement par les actes entrant dans l'objet social²⁸.
13. **Protection des tiers.** La règle selon laquelle le dirigeant d'une société de capitaux engage cette dernière même pour les actes ne relevant pas de l'objet social a pour objectif la protection des tiers : ces derniers doivent pouvoir, en toute sécurité juridique, passer des contrats avec une société de capitaux, sans avoir à vérifier si de tels contrats entrent dans bien l'objet de la société. Concrètement, il s'agit d'éviter aux cocontractants de la société de capitaux, avant de signer chaque contrat, d'avoir à vérifier que l'acte correspond bien aux activités décrites dans les statuts de la société. De telles vérifications seraient au demeurant contraires au principe de rapidité des affaires et dans un contexte international (par exemple, signature d'un contrat passé entre une société de droit français et un fournisseur italien), elles seraient particulièrement difficiles à mettre en œuvre.
14. **Absence de rapport direct avec l'activité professionnelle.** La jurisprudence étendant la protection aux professionnels par le biais du critère de l'absence de rapport direct avec l'activité professionnelle est désormais abandonnée par la première chambre civile. La chambre commerciale et la troisième chambre civile s'y réfèrent encore sans qu'il en résulte de perturbation, le critère jouant plutôt en défaveur des professionnels notamment lorsqu'il s'agit de société, au constat d'un rapport direct du contrat litigieux avec leur

²⁶ Pour les SARI, v.C. com., art. L. 223-18 ; pour les SA, v. C. com., art. L. 225-56-I.

²⁷ C. civ., art. 1857.

²⁸ C. civ., art. 1849, al. 1er.

activité²⁹. L'inverse serait désormais voué à l'échec, au regard de la définition du professionnel, puisque « contracter dans un domaine qui n'a pas de rapport direct avec son activité reste « dans le cadre de l'activité »³⁰. L'actualité est celle d'une orthodoxie presque parfaite.

B. L'actualité : une orthodoxie presque parfaite

15. L'introduction des notions de consommateur et professionnel en droit interne respectivement par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation a mis un terme à la jurisprudence perturbatrice du droit des sociétés. La jurisprudence qui refuse de protéger par le droit de la consommation le dirigeant en devenir (2) est parfaitement conforme en droit des sociétés. L'orthodoxie serait à son comble si ne subsistait pas la protection légale de la société démarchée (1) rendant donc cette orthodoxie presque parfaite.

1) La protection de la société démarchée

16. **Entreprises de moins de cinq salariés.** En droit de la consommation, subsiste la protection des professionnels en matière de démarchage selon des critères qui ont été modifiés : l'objet du contrat conclu hors établissement ne doit pas entrer dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et le nombre de salariés employés par celui-ci doit être inférieur ou égal à cinq³¹. La protection vise essentiellement l'entrepreneur individuel, hypothèse que l'on écartera, ce dernier n'ayant pas recouru à une forme sociétaire, ainsi que des petites entreprises de moins de cinq salariés.

17. **Activité « principale » du professionnel et droit des sociétés.** En droit des sociétés, la formule « activité principale » qui sous-entend l'existence d'activités accessoires est inadaptée. En matière sociétaire, ce critère posé par le droit de la consommation soulève une difficulté puisqu'il revient à considérer qu'un contrat pourrait ne pas entrer dans le champ de l'activité principale. Ce qui reviendrait à considérer que ce contrat est éloigné de l'objet social. La notion d'activité accessoire, sous-entendue par le texte, est délicate à mettre en œuvre. Il y a une petite perturbation car le droit des sociétés ne raisonne pas en

²⁹ Voir par ex. Cass. com., 11 oct. 2023, n°22-10.521, Contrats conc. consom. 2023, comm. 196, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX : « Le contrat liant une société d'expertise comptable à une autre société a un rapport direct avec l'activité de la société cliente, de sorte que cette dernière ne peut se prévaloir de la qualité de non-professionnel et ne peut bénéficier de la protection contre les clauses abusives ».

³⁰ C. AUBERT DE VINCELLES, « Repenser les notions de consommateur et de professionnel », in *40 ans du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier*, Lextenso, p. 65 et s. n°9.

³¹ C. consom., art. L. 221-3. Sur cette disposition v. J. JULIEN, La consumérialité, Le juriste dans la cité, *Etudes en la mémoire de Ph. Neau-Leduc*, LGDJ, Lextenso, p. 537 et s.

termes d'activités accessoires. Mais le droit de la consommation ne présuppose pas que les actes qui n'entrent pas le champ principal sont contraires à l'intérêt social. La formule est plus adaptée que celle du rapport direct. L'orthodoxie entre droit de la consommation et droit des sociétés est en revanche parfaite s'agissant de l'absence de protection du dirigeant en devenir.

2) L'absence de protection du dirigeant en devenir

18. **Activité professionnelle future.** En droit européen, la question de savoir si une personne qui contracte pour l'exercice d'une activité professionnelle future est toujours consommateur ou déjà professionnel s'est essentiellement posée sous un angle processuel à l'égard de l'application des règles attributives de compétence du Règlement de Bruxelles I Bis réservées aux consommateurs³². Pour écarter celles-ci, la CJUE a toujours retenu une interprétation restrictive de la notion de consommateur, conforme à la conception du consommateur vu comme un particulier qui agit pour des besoins relatifs à sa vie privée, domestique ou familiale³³. Elle juge que « cette protection particulière ne se justifie pas (...) en cas de contrat ayant pour but une activité professionnelle, fut-elle prévue pour l'avenir, étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle »³⁴.

19. **Croyance légitime.** Cependant, dans une décision 9 mars 2023³⁵, la CJUE a justifié cette solution en se fondant sur un autre argument qui pourrait rapprocher encore davantage le droit de la consommation et le droit des sociétés. Une personne avait acheté un véhicule auprès d'un vendeur professionnel. Cependant, le contrat avait été conclu grâce à

³² Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, art. 13 puis Règlement de Bruxelles n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit Règlement Bruxelles I bis, art. 17.

³³ Présente dès le programme préliminaire en faveur des consommateurs édicté en 1975 (Résolution du Conseil du 14 avr. 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs.), cette conception a présidé à l'élaboration des textes de droit international privé de la consommation (D. Nègre, L'activité professionnelle en droit européen de la consommation. Etude d'un critère de qualification, thèse dactyl. Université de Bordeaux, Université du Luxembourg, 2023, §26 et s.). Ainsi c'est lorsqu'il agit « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle », que le consommateur dispose d'un privilège juridictionnel (Convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 Règlement de Bruxelles I bis, art. 17 préc.) ou de règles protectrices sur la loi applicable (Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 5, puis Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 dit Règlement Rome I, art. 6.).

³⁴ CJUE, 3 juill. 1997, Benincasa, aff. C-269/95, pt 18 ; CJUE 14 fév. 2019, Milivojević, aff. C-630/17, D. 2020, p. 624, obs. H. AUBRY, Contrats conc. consom. juill. 2020, Chr. Droit européen des contrats, C. AUBERT DE VINCELLES, n°5, pt 89 ; CJUE 9 mars 2023, Wurth Automotive, aff. C-177/22, Procédures n° 5, Mai 2023, comm. 143 par C. NOURISSAT ; RDC déc. 2023, p. 70, note A. TENENBAUM ; D. 2023, p. 1812, obs. E. Farnoux, p. 650, obs. H. AUBRY, RTDCom. 2023, p. 493, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST, pt 23.

³⁵ CJUE, 9 mars 2023, Wurth Automotive, aff. C-177/22, préc.

l'intermédiaire du partenaire de l'acheteuse, partenaire qui était concessionnaire automobile et directeur d'une plate-forme Internet dédiée à cette activité. L'acheteuse était mentionnée sur la page d'accueil comme concepteur de sites Internet alors qu'elle n'avait pas encore exercé cette activité au moment de l'acquisition du véhicule. Le contrat de vente, conclu à son nom, mentionnait que l'opération était entre professionnels. Le véhicule étant entaché de vices cachés, un litige survient sur la compétence de la juridiction saisie par l'acheteuse. Or, la CJUE indique que pour vérifier la qualité de consommateur au sens du Règlement Bruxelles I Bis, il peut être tenu compte de l'impression créée par le comportement de cette personne dans le chef de son cocontractant de bonne foi, de sorte que ce dernier pouvait «légitimement ignorer la finalité extra-professionnelle de l'opération en cause»³⁶. La Cour fournit une liste non exhaustive d'éléments qui ont pu en l'espèce faire naître chez le contractant de bonne foi cette impression : commande d'objets susceptibles de servir à l'exercice de sa profession, utilisation du papier à en-tête professionnel, mention de la possibilité de récupérer la TVA³⁷. La décision de la CJUE est une illustration de la «croyance légitime»³⁸ du contractant. Si l'on rappelle qu'il s'agit là d'une condition d'application du mécanisme de l'apparence³⁹, lequel est un mode de protection non pas du tiers de bonne foi, terminologie, source de confusion, mais bien, du bénéficiaire de l'apparence⁴⁰, il s'agit donc ici de protéger le professionnel, débiteur de la protection, selon un raisonnement lié à la sécurité juridique, proche du droit des sociétés.

20. **Professionnel par anticipation.** En droit interne, la question du professionnel par anticipation a été posée à la Cour de cassation, sous l'angle du droit substantiel de la consommation, dans deux affaires qui à 20 ans d'écart, l'une en 2001 ⁽⁴¹⁾ et l'autre en 2022⁴² qui ont conduit la première chambre civile à considérer comme professionnel un demandeur d'emploi ayant contracté en vue d'une activité professionnelle future. Celle de 2001 intéresse plus spécifiquement le droit des sociétés, du moins indirectement. Une personne au chômage avait signé à son domicile un bon de commande de matériel, auprès d'une société vendeur de matériel informatique et avait versé un acompte important. Le même jour, il avait souscrit auprès de cette même société un contrat de crédit-bail mobilier. Il était mentionné que l'achat était réalisé pour l'exploitation, en son nom propre, d'une imprimerie en cours de création. Quelques mois après la commande, il

³⁶ CJUE, 9 mars 2023, Wurth Automotive, aff. C-177/22, préc. pt 32. La possibilité de prendre en compte cet élément subjectif est cependant envisagée par la CJUE, à titre subsidiaire lorsque les éléments objectifs de nature à établir la finalité professionnelle ou non du contrat ne sont pas suffisants (voir pts 30 à 32 de la décision).

³⁷ CJUE, 9 mars 2023, aff. C-177/22, Wurth Automotive, préc., pt 33.

³⁸ A. TENENBAUM, RDC 2023/4, p. 71.

³⁹ A. DANIS-FATOME, Apparence et contrat, préf. G. VINEY, LGDJ, Bibl.dr.pr, T. 414, n°882 et s.

⁴⁰ A. DANIS-FATOME, Apparence et contrat, préc. n°21.

⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juill. 2001, n° 99-12512, Bull. civ. I, n°209 ; D. 2001, A.J., p. 2828, obs. C. RONDEY ; D. 2002, somm., p. 932, obs. O. TOURNAFOND ; RTD civ. 2001, p. 873, obs. J. MESTRE ET B. FAGES, JCP G., 2002, I, 148, Chronique de droit des obligations sous la direction de J. GHESTIN, § 1, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2022, 21-10.487, LEDC Mai 2022, p. 3, obs. O. ROBIN-SABARD ; Contrats conc. consom. 2022, comm. 89, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Dalloz actu, 17 mars 2022 obs. C. HELAINE.

abandonne son projet d'entreprise et assigne alors la société en annulation du contrat et en remboursement de l'acompte. Il entendait se prévaloir des dispositions qui accordaient alors au démarché un droit de rétractation pour les contrats conclus sans rapport direct avec son activité professionnelle. La Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que « [l'] acquisition avait un rapport direct avec l'activité professionnelle, même future, de l'acheteur ». Cette qualité de « professionnel par anticipation » est conforme à ce qui pourrait être envisagé au titre des actes passés durant la période de formation de la société⁴³.

21. **Société en formation.** En droit des sociétés, on pourrait concevoir l'hypothèse suivante : un fondateur, qui sera le futur dirigeant de la société, accomplit un certain nombre d'actes en vue de la formation d'une société : signature d'un contrat de bail, achat de bureaux et de matériel informatique, embauche de salariés, ouverture d'un compte courant au nom de la société, etc. Ces différents actes sont passés avant l'immatriculation de la société. Les règles, qui ont pour objectif d'assurer une protection des associés, sont les suivantes (C. com., art. L. 210-6) : soit le fondateur a reçu un mandat des autres associés, mandat énumérant les actes pour lequel il a été donné et mentionnant le montant maximum à ne pas dépasser, soit la société ratifie, après l'immatriculation, par une assemblée générale des associés, ces différents actes. Dans ces deux hypothèses, les actes seront repris rétroactivement par la société : c'est donc cette dernière qui sera censée dès l'origine les avoir souscrits ; elle en assumera donc les conséquences. Mais l'on pourrait concevoir une autre alternative. Selon la première, l'assemblée générale ne ratifie pas l'ensemble des actes, auquel cas, le fondateur sera personnellement tenu : il devra les exécuter lui-même. Selon la seconde, la société n'est pas immatriculée, car le projet n'a finalement pas abouti. Le fondateur sera alors personnellement tenu de l'ensemble des actes passés durant la période de formation. Si un mandat lui avait été confié par les autres associés, ces derniers seront tenus également des engagements passés. Dès lors, ils seront tenus solidairement avec le fondateur. On peut alors se poser les questions suivantes : pour tous ces actes, le fondateur doit-il être considéré comme consommateur (puisque la société n'existera pas ou que les actes n'auront pas été repris par la société), ou peut-on le concevoir comme un professionnel puisqu'il a passé des actes en vue de la constitution d'une société ? On devrait opter pour la deuxième solution, car l'objectif du fondateur était clair : il s'agissait de conclure des contrats en vue d'une activité professionnelle future. On pourrait objecter que cette activité ne sera pas exercée par le fondateur lui-même, mais par la société. Mais il n'en demeure pas moins que la finalité des actes a bel et bien une coloration professionnelle.
22. On reviendra sur cette conception fonctionnelle de l'acte lorsqu'il s'agira de confronter l'associé à la notion de consommateur. Il importe, auparavant, de s'interroger sur un autre bénéficiaire du droit de la consommation, le non-professionnel dès lors qu'une catégorie de sociétés, les SCI, se trouvent à l'épreuve de cette notion.

⁴³ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, JCP G., 2002, I, 148, préc.

II. LES SCI A L'EPREUVE DE LA NOTION DE NON PROFESSIONNEL⁴⁴

23. **Diversité des SCI.** La société civile ayant un objet immobilier (ci-après « SCI ») étant une personne morale, ne saurait revêtir la qualité de consommateur, notion réservée aux personnes physiques. Dès lors et malgré leur tentative, elles ne pourront jamais bénéficier des dispositions réservées aux consommateurs telles que la prescription biennale⁴⁵. Pour autant, faut-il considérer les SCI comme des professionnelles au sens du droit de la consommation ? Deux raisons ont pu faire douter de l'application de cette qualification. La première tient à ce qu'en droit de la consommation, le professionnel est défini par référence à une énumération d'activités : commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, au sein desquelles l'activité civile n'est pas mentionnée. Cependant, la CJUE nous ayant clairement indiqué que cette liste n'est qu'indicative⁴⁶, rien n'empêche de considérer qu'une société ayant une activité civile pourrait être un professionnel. La seconde tient à la diversité des SCI. Si la qualité de professionnelle du promoteur immobilier s'impose, l'hésitation est plus grande en présence d'une SCI constituée par « une famille nombreuse pour faciliter la gestion de sa maison de vacances »⁴⁷. On comprend alors que la notion de non-professionnel, défini par l'article liminaire du code de la consommation comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles », ait pu susciter une certaine attraction. En réalité cette démarche consistant à qualifier l'ensemble des SCI à l'aune du droit de la consommation n'est pas la plus pertinente. Une réorganisation de la matière passe par un affinement de la notion de la SCI, en distinguant selon que les SCI sont des outils en vue de la protection des associés (A) ou des outils en vue d'une activité rémunérée (B).

A. La SCI, outil en vue de la protection des associés

24. La SCI est avant tout une société civile classiquement régie par les articles 1845 et suivants du code civil. La création d'une SCI est le résultat d'une vraie démarche, d'une réflexion, qui prend du temps. Il faut d'abord comprendre les intérêts, en droit des

⁴⁴ Cette deuxième partie a été rédigée par E. JUBAULT.

⁴⁵ C. consom., ancien art. L. 137-2, nouvel art. L. 218-2 : « L'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans ». Le texte ne s'applique qu'au consommateur, catégorie qui n'est pas fongible avec celle de non-professionnel. Les SCI qui ont tenté de bénéficier de la qualité de consommateurs se sont donc heurtées à un rejet de leur demande : Cass. civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n°14-18287 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 fév. 2016, n° 15-14.689 ; Cass. civ 1^{re}., 8 fév. 2017, n° 15-26.263 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 2017, n° 16-15.458 ; Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 2018, n° 16-27.546.

⁴⁶ CJUE, 3 oct. 2013, Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, aff. C-59/12, pt 32 : « le législateur de l'Union a consacré une conception particulièrement large de la notion de «professionnel», laquelle vise «toute personne physique ou morale» dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée et n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public.

⁴⁷ S. BECQUE-ICKOWICZ ET D. SAVOURE, « Les SCI : professionnelles ou non ? », préc.

sociétés, à procéder à la création d'une SCI (1), ce qui permettra ensuite, dans un second temps, d'envisager la qualification de non-professionnels (2).

1) Les intérêts en droit des sociétés

25. **Défaut fréquent d'intérêt fiscal à la création d'une SCI.** De nombreuses SCI ont été créées ou souhaitent être créées sans motifs réellement pertinents. Ainsi, à priori, et malgré des exceptions, l'achat d'une résidence principale, via une SCI, ne se justifie pas. Il en résulte même fiscalement un préjudice lorsque les associés sont redevables de l'IFI. L'abattement fiscal de 30% pour détention d'une résidence principale n'est applicable que si la détention est en direct. Une décote des parts sociales pour illiquidité -parfois relative d'ailleurs- est cependant possible mais elle est habituellement limitée autour de 15%, afin d'être admise fiscalement. Il est à cet égard opportun d'opérer un lien avec l'article 215 du code civil selon lequel les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous. Il y a de la même manière une illiquidité de la maison détenue en directe. Et la SCI, ayant un objet et une activité civile est transparente fiscalement. Autrement dit, au plan fiscal la SCI est neutre par rapport à une détention en directe d'un bien immobilier par des personnes physiques. Donc il n'existe pas d'intérêt fiscal de ce point de vue. Il peut même en résulter des inconvénients liés à la tenue d'une comptabilité, du coût de constitution de la SCI, du délai de constitution, de la tenue d'assemblée générale par les associés, etc. Par ailleurs, le financement bancaire est en pratique plus élevé pour une SCI que pour des personnes physiques. Il y a sans doute eu une mode à la création de société civile pour procéder à l'acquisition d'une résidence principale ou secondaire. Il reste que la création d'une SCI peut se révéler opportune particulièrement dans trois hypothèses, lorsque les associés sont de la même famille.
26. **Protection d'une personne vulnérable.** Les parents ayant un enfant vulnérable ont un intérêt à la création d'une SCI avec leurs enfants pour acquérir un logement destiné à celui des enfants qui est vulnérable. L'enfant vulnérable va en effet détenir toutes les parts sauf une qui est détenue par le gérant, qui sera l'un des parents, ou les frères et sœurs. De la sorte, l'enfant vulnérable pourra soit habiter soit profiter des revenus du logement, sous le contrôle du gérant ; cette protection ayant vocation à survivre après le décès des parents qui s'occupent tout au long de leur vie, de leur enfant. La rédaction des statuts est particulièrement importante dans ce type de situation.
27. **Gestion d'un patrimoine dit familial.** Les parents qui souhaitent acquérir une « maison de famille », qui n'a donc pas vocation à être louée mais à être utilisée par les parents, leurs enfants et leurs futures familles (mais qui pourrait tout autant être utilisé entre amis) ont intérêt à la création d'une SCI afin de faciliter la gestion du bien, notamment en prévision du futur lorsque les parts sociales se transmettent, après décès, aux héritiers, ce qui entraîne un nombre important d'associés. Les pouvoirs conférés au gérant et aux associés, doivent donc être bien définis pour conjuguer liberté de gestion sans porter

atteinte aux droits des associés et à l'esprit de la SCI. Une société est une personne, morale certes, mais qui vit et évolue. Aussi, la société peut passer d'un outil de gestion familial à un outil de production de revenus. Nous avons eu ainsi à traiter d'un cas où une SCI familiale était à la base constituée pour gérer et transmettre un petit immeuble comportant un local commercial en rez-de-chaussée, dans lequel le grand-père avait son activité, et un logement familial au-dessus. Aujourd'hui, plus aucun membre de la famille n'occupe l'immeuble, qui a été divisé en plusieurs logements avec toujours un local commercial, et des logements loués à des personnes extérieures à la SCI. Celle-ci est donc passée du stade SCI familiale à une SCI de production de revenus qui sera analysée ultérieurement⁴⁸.

28. **Transmission d'un bien immobilier.** Les parents peuvent enfin trouver un intérêt d'ordre fiscal à créer une SCI pour transmettre un bien immobilier financé par un emprunt. Schématiquement la SCI procède alors à l'emprunt et met en location le bien, permettant ainsi de dégager des revenus pour faire face en partie aux charges de l'emprunt. Il est alors ensuite possible de transmettre (au travers une transmission de parts) le bien immobilier à titre gratuit aux enfants en procédant à une donation des parts de la SCI, le plus souvent en nue-propriété, les parents conservant l'usufruit des droits sociaux. L'intérêt fiscal réside dans la transmission de parts dont la valeur nette comptable sera égale à la valeur de l'actif, déduction faite du montant de l'emprunt. Ainsi par exemple, pour un achat d'un bien immobilier de 500 k€ pour lequel la SCI, au capital de mille euros, a souscrit un emprunt à hauteur de ce prix (emprunt bancaire pour partie et compte courant d'associé pour le surplus), la valeur nette comptable qui sera donc la base de l'imposition pour la donation des parts sera retenue pour 1.000 € (sous déduction de la valeur de l'usufruit conservé par le donateur). Cette donation ne générera donc pas de droits de mutation à titre gratuit à régler au trésor public. Toutefois, il conviendra de procéder également à la transmission du compte courant d'associé des parents, par une donation ultérieure, à défaut de quoi son montant constituera un actif taxable dans la succession des parents donateurs. Ce compte courant augmente au fur et à mesure des apports nécessaires pour régler la charge de l'emprunt non couverte par les loyers perçus par la SCI. Le même bien immobilier, détenu cette fois directement par les parents, donné en nue-propriété à leurs enfants, est donné pour sa valeur brute, sans déduction de la dette d'emprunt (sauf exception les parents conservent naturellement la charge du remboursement de la dette). Certes les donateurs vont conserver la charge du remboursement de l'emprunt, cependant la fiscalité de la donation sera plus importante car elle sera assise sur la valeur de l'immeuble, soit 500k€ dans notre exemple. Nous ne détaillerons pas ici ces mécanismes de transmission. Les intérêts, en droit des sociétés, à procéder à la création d'une SCI étant précisés, il importe à présent d'envisager si ces sociétés peuvent être qualifiées de non-professionnels au sens du droit de la consommation.

2) La qualification de non-professionnel

⁴⁸ V. Infra, II, B, Les SCI, outils en vue d'une activité rémunérée.

29. **Condition de la qualification : rédaction stricte de l'objet social.** Les SCI qui sont créées en vue de la protection des associés qu'il s'agisse de personnes vulnérables, ou qu'il s'agisse de gérer un patrimoine familial (maison de famille) ou de partager une maison entre amis, ou enfin de transmettre un patrimoine, peuvent être qualifiées de « non professionnel » au sens du droit de la consommation à condition cependant que l'objet social soit étroitement rédigé. La qualification de non-professionnel va en effet dépendre étroitement de l'objet social, l'objet social conditionnant l'activité future. Or, l'objet social est souvent libellé de façon trop large. Ainsi, comme l'avaient observé Mme Becqué-Ickowicz et M. Savouré, notaire, « l'acquisition, rénovation, location, gestion de tous immeubles situés en France ou à l'étranger » reviendra à considérer que la SCI exerce une activité professionnelle⁴⁹. Il faut préciser davantage l'objet social en indiquant par exemple « SCI constituée par une famille nombreuse pour faciliter la gestion de sa maison de vacances en évitant l'indivision » ; « gérer la résidence principale » ; « acquérir un immeuble pour que ses associés y habitent » (*contra* : SCI servant à administrer des locaux professionnels, comme les sociétés civiles de construction-vente). Donc, l'objet social doit faire apparaître le caractère familial de la SCI ou les liens amicaux des associés. Cependant, le risque est que si l'objet social est rédigé trop étroitement, les activités seront très limitées car le gérant est tenu de respecter à la lettre cet objet. En outre et comme on l'a déjà évoqué, l'objet social peut-être évolutif. Pendant une période la résidence détenue par SCI est utilisée par la famille. Puis un impératif de revenus ou simplement une location à raison du défaut d'utilisation par la famille, entraîne un changement de qualification de la SCI en cours de vie sociale et un changement de régime fiscal (cf BOI-IS-CHAMP-10-30 n° 240).

30. **Intérêts de la qualification du point de vue du droit de la consommation.** En qualité de non-professionnels, les SCI créées en vue de la protection des associés peuvent, lorsqu'elles contractent avec des professionnels, bénéficier de textes protecteurs du droit de la consommation. L'éradication des clauses abusives en est une illustration⁵⁰. Le dispositif de résiliation des contrats tacitement reconductibles ouvert aux non-professionnels⁵¹, peut s'avérer également particulièrement opportun, les SCI étant amenées à conclure des contrats soumis au dispositif conçu par la loi lequel oblige le professionnel à informer le consommateur à un moment pertinent de sa faculté de résilier le contrat. Faute d'information, le consommateur peut résilier le contrat sans pénalité contractuelle.

31. **Enjeux de la qualification du point de vue du code de la construction et de l'habitation.** Dans le cas d'une acquisition immobilière, l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation autorise « l'acquéreur non professionnel » à se rétracter dans un délai de dix jours ». Ce mécanisme dépourvu de motifs et de sanction assure une protection de l'acquéreur contre lui-même, lorsqu'il a donné son consentement de

⁴⁹ S. BECQUE-ICKOWICZ ET D. SAVOURE (notaire à Versailles), « Les SCI : professionnelles ou non ? », préc.

⁵⁰ Le dispositif protecteur contre les clauses abusives (C. consom., art. L. 212-1) est étendu, en droit interne, aux non-professionnels (C. consom., art. L. 212-2).

⁵¹ Le dispositif protecteur pour les contrats tacitement reconductibles (C. consom. art. L. 215-1) bénéficie aux non-professionnels en application de l'article L. 215-3 du code de la consommation.

manière trop impulsive. La difficulté ici est que la qualification « non professionnel » est utilisée dans un sens proche de celui de consommateur, au sens où il s'agit de protéger celui qui acquiert un immeuble pour des besoins personnels. Il ne s'agit pas ici du « non professionnel », personne morale du code de la consommation. Pour autant la disposition n'étant pas réservée aux personnes physiques, les SCI ont tenté de s'en prévaloir, ce qui a donné lieu à deux importantes décisions de la Cour de cassation leur refusant un tel bénéfice. Dans la première décision⁵², il a été jugé que l'objet social de la SCI « était l'acquisition, l'administration et la gestion par location ou autrement de tous immeubles et biens immobiliers meublés et aménagés » et que l'acquisition avait un rapport direct avec cet objet social. Dans la seconde décision, qui concernait une SCI familiale, la cour d'appel avait considéré que celle-ci n'était propriétaire que d'un seul bien, n'avait jamais réalisé d'opération d'achat-revente, et ne faisait pas profession de l'acquisition immobilière. L'arrêt a été cassé, au motif là encore d'un rapport direct entre la promesse de vente et l'objet social de la SCI⁵³. Ces solutions ont été critiquées car la première, par analogie, et la seconde, explicitement, revenaient à considérer qu'une SCI familiale ne pourrait être considérée comme un acquéreur non professionnel et ne pourrait pas se rétracter⁵⁴. Cependant, d'une part, la troisième chambre civile raisonnait en termes de « rapport direct » entre l'acquisition et l'objet social. Or, ce critère n'existait déjà plus en droit de la consommation. D'autre part, si l'objet social est conçu de façon très stricte, la SCI peut prétendre à la qualité d'acquéreur non professionnel. En pratique d'ailleurs, les notaires ont tendance à accorder le droit de rétractation à la société civile, avec des associés personnes physiques/une famille, dont l'objet est « la détention et la gestion pour ses membres d'un bien immobilier », pour éviter un risque de nullité postérieur, ce qui n'est pas sans être lourd de conséquence pour le vendeur. Si la SCI peut être considérée comme un non-professionnel lorsqu'elle est conçue comme un outil en vue de la protection des associés, tel n'est plus le cas lorsque la SCI est un outil en vue d'une activité rémunérée.

B – Les SCI, outil en vue d'une activité rémunérée

32. L'application de la qualité de professionnel à l'ensemble des SCI ayant une activité rémunérée qui devrait s'imposer n'a pas toujours été mise en œuvre par la jurisprudence à raison précisément de la diversité des SCI. L'unification de la qualification semble cependant amorcée (1), et l'éviction du droit de la consommation qui en résulte se révèle même favorable aux SCI ayant une activité rémunérée (2).

1) L'unification de la qualification de professionnel

⁵² Cass. civ. 3^{ème}, 24 oct. 2012, n°11-18.774, Defrénois 2012, p. 1288, note C. GRIMALDI ; Defrénois 2013, p. 175, note S. BECQUE-ICKOWICZ et D. SAVOURE ; JCP N 2012, n° 481380, note J.-P. GARCON.

⁵³ Cass. civ. 3^{ème}, 16 sept. 2014, n°13-20.002, Defrénois 2014, n° 22, p. 1187, note S. BECQUE-ICKOWICZ ; RDC 2015, p. 331, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁵⁴ S. BECQUE-ICKOWICZ et D. SAVOURE (notaire à Versailles), « Les SCI : professionnelles ou non ? », préc.

33. **L'assimilation en droit de la consommation.** La société civile peut naturellement être le support d'une activité rémunérée. L'attention, portée à la rédaction de l'objet social – à nouveau - est donc un point déterminant. Si une SCI n'est plus créée avec un objectif de protection d'une personne vulnérable ou de gestion d'un bien familial tel qu'une résidence secondaire, mais qu'elle acquiert des locaux de bureaux ou un appartement en vue de la location, elle génère des revenus. Exerçant une activité rémunérée, elle est un professionnel au sens où l'entend la CJUE. La première chambre civile a ainsi dans les affaires dites Helvet Immo considérée qu'une SCI agit en qualité de professionnel lorsqu'elle souscrit des prêts immobiliers pour financer l'acquisition d'immeubles conformément à son objet⁵⁵.

34. **La différenciation en droit civil et fiscal pour les SCI exerçant une activité de location meublée.** En présence d'une SCI constituée en vue de la transmission d'un patrimoine, le droit civil et le droit fiscal ont une appréciation différente de l'activité de la SCI lorsque la location effectuée par la SCI est de type « meublée ». Au plan civil, la location meublée est une activité civile, alors qu'au plan fiscal elle est considérée comme commerciale. Aussi, puisque la location meublée relève de la comptabilité commerciale, la SCI devra constater un amortissement du bien immobilier (hors terrain) et l'impôt sur les sociétés s'appliquera automatiquement, ce qui ne sera pas le cas si la location n'est pas en meublé. Le régime de l'impôt sur les sociétés n'est pas sans poser problème au moment de la revente, à raison des enjeux de plus-value. Celle-ci sera considérable à raison de la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition, puisque du fait de l'IS, le prix d'acquisition ne va faire que baisser en raison de la dépréciation du bien correspondant à l'amortissement comptable. Ainsi, par exemple, au bout de 10 ans, l'immeuble aura perdu 30% de sa valeur comptable et aura pourtant pris (normalement...) en valeur, d'où des plus-values très importantes. En résumé, la SCI ayant une activité rémunérée de location meublée sera considérée comme un professionnel au regard du code de la consommation, car le fait que l'activité civile ne soit pas mentionnée n'est pas, selon la CJUE, un obstacle à la qualification de professionnel. Elle sera également considérée au plan fiscal, comme professionnel.

35. **L'évolution pour les SCI de construction.** L'enjeu de qualification du professionnel s'est posé en droit de la consommation afin de faire bénéficier la SCI de construction du dispositif sur les clauses abusives. La troisième chambre civile considérait ainsi qu'une SCI, promoteur immobilier, était un professionnel de l'immobilier mais non un professionnel de la construction, et devait être considérée comme un non-professionnel vis-à-vis du contrôleur technique afin de le soustraire à une clause limitative de responsabilité en application de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation relatif aux clauses abusives⁵⁶. Pour la troisième chambre civile, le non-professionnel devait s'entendre du professionnel qui n'est pas de la même spécialité que son cocontractant. Il s'agissait en quelque sorte d'une résurgence du critère de l'incompétence qui, pendant un

⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 2023, n°22-13.969.

⁵⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 4 fév. 2016, n° 14-29.347, Contrats conc. consom. 2016, comm. 105, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP G 2016, 796, obs. Y.-M. SERINET ; RDI 2016, obs. B. Boubli ; JCP E 2016, 1300, note N. PICOD, RDC 2017, p. 109 note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 nov. 2019, 18-23.259 JCP E 2020, 1002, obs. R. LOIR, AJ contrat 2020 p. 37, note Y. PICOD, D. 2020, p. 625, obs. H. AUBRY.

temps, a permis d'étendre la protection contre les clauses abusives au professionnel qui se trouvait « dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur »⁵⁷. Les décisions avaient été critiquées puisque ce critère subjectif de la compétence avait été abandonné par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans le cadre de l'application de la législation sur les clauses abusives⁵⁸. Cependant, les affaires ont été rendues dans le cas particulier de la responsabilité dans le secteur de la construction. Si les clauses limitatives et exonératoires de la responsabilité décennale sont illicites en application de l'article 1792-5 du code civil, tel n'est pas le cas des clauses limitant la responsabilité de droit commun, l'article 1792-5 ne concernant que les cas de responsabilité légale⁵⁹. C'est pourquoi la jurisprudence avait cherché à en limiter en la validité⁶⁰ en la faisant « varier suivant la qualité du maître de l'ouvrage, profane ou professionnel »⁶¹. Comme l'explique Monsieur Zedda, conseiller à la troisième chambre civile, celle-ci « avait fini par appliquer en matière de clauses abusives les distinctions qu'elle opérait de longue date entre professionnels de l'immobilier et professionnels de la construction pour déterminer l'étendue des obligations de conseil des constructeurs et le caractère fautif de l'immixtion du maître de l'ouvrage »⁶². Cette jurisprudence perturbatrice à l'égard de la SCI promoteur immobilier qui serait un « non-professionnel » de la construction est abandonnée, par un revirement de la troisième chambre civile du 25 mai 2023. Dans cette décision, pour considérer que les dispositions sur les clauses abusives n'étaient pas applicables, les magistrats ont par une substitution de motifs de pur droit énoncé que « *Le contrat ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle du maître de l'ouvrage, celui-ci ne peut être considéré comme un non-professionnel dans ses rapports avec le maître d'œuvre, peu important ses compétences techniques dans le domaine de la construction* »⁶³. Certes, la décision ne concerne pas les SCI mais elle marque, comme le relève le conseiller rapporteur⁶⁴, l'abandon par la troisième chambre civile du critère de la compétence. L'éviction du droit de la consommation qui en résulte se révèle favorable aux SCI ayant une activité rémunérée.

⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 28 avr. 1987, n° 85-13674, D. 1987, Somm., p. 455, obs. J.-L. Aubert ; JCP G 1987, II, 20893, note G. PAISANT ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. MESTRE ; Defrénois 1987, art. 34120, n° 104, p. 1478, obs. J.-L. AUBERT ; D. 1988, Jur., p. 1, note Ph. DELEBECQUE.

⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 1995, n° 92-18227, D. 1995, Jur., p. 327, note G. PAISANT ; D. 1995, Somm., p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1995, p. 360, obs. J. MESTRE ; Contrats, conc., consom. 1995, comm. n° 84, obs. L. LEVENEUR ; JCP G 1995, I, 3893, n° 28, obs. G. VINEY.

⁵⁹ Sur cette analyse, v. G. VINEY, « Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs » : RD imm. 1982, p. 329 ; Ph. MALINVAUD, *Droit de la construction*, Dalloz Action, 6^e éd., 2014/2015, n° 477.277.

⁶⁰ Ph. MALINVAUD, *Droit de la construction, op. cit.*, n° 477.277.

⁶¹ G. MESTRE et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., n° 205.

⁶² J.-F. ZEDDA, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, D. 2023, p. 2258.

⁶³ Cass. civ. 3^{ème}, 25 mai 2023, n°21-20.643, Contrats conc. consom. 2023, comm. 124, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; RDI 2023. 429, obs. C. Charbonneau ; D. 2023, p. 651, obs. H. AUBRY, p. 2258, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, obs. J.-F. ZEDDA.

⁶⁴ J.-F. ZEDDA, Chron. préc.

2) L'éviction du droit de la consommation favorable aux SCI ayant la qualité de professionnel

36. Dans un rapport contractuel de vente immobilière, le fait que le co-contractant SCI ne puisse pas bénéficier de la protection du droit de la consommation peut être un argument pour être distingué favorablement par rapport à un autre acquéreur.
37. **Sécurité pour le contractant vendeur immobilier.** L'article L 271-1 du code de la construction et de l'habitation énonce dans son premier alinéa « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte ». Le contractant vendeur immobilier traitant avec une SCI considéré comme un professionnel ne craindra donc pas la rétractation dans les 10 jours, ouverte par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation. Or, entre deux acquéreurs, le vendeur va préférer celui qui est engagé fermement dès la promesse de vente, même s'il vend un peu moins cher car il s'agit fréquemment ici d'un élément de négociation de prix. De même, le cas échéant, le vendeur va préférer un acquéreur qui ne bénéficie pas du dispositif de protection de l'emprunteur immobilier assuré par les articles L 313-1 et suivants du code de la consommation (informations précontractuelles renforcées, condition suspensive d'obtention du prêt, délai de réflexion 10 jours, etc.). En effet l'article L. 313-2, 2° du code de la consommation écarte du champ d'application de la protection les prêts « destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle, notamment celle des personnes physiques ou morales qui, à titre habituel, même accessoire à une autre activité, ou en vertu de leur objet social, procurent, sous quelque forme que ce soit, des immeubles ou fractions d'immeubles, bâtis ou non, achevés ou non, collectifs ou individuels, en propriété ou en jouissance ». On retrouve ici l'exclusion par la jurisprudence des SCI dont l'objet social est large y compris pour une SCI familiale⁶⁵. Cependant, en pratique, les banques, pour ce type de SCI familiale qui emprunte pour acquérir un bien immobilier d'habitation, respectent le formalisme de l'article L. 313-1 du code de la consommation et notamment l'émission d'une offre avec obligation de réflexion de 10 jours avant de pouvoir accepter l'offre de prêt. Ce délai est souvent considéré par les emprunteurs comme défavorable car retardant leur projet d'acquisition.

⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 2015, n°14-24915 qui considère qu'au regard de l'objet social, la SCI familiale est hors champ d'application des dispositions du code de la consommation. Les vendeurs avaient cédé un immeuble, sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt, à une SCI familiale dont l'objet social est l'acquisition, la rénovation, la reconstruction, la division par lots ou par appartements, la location, gestion par tous moyens de tous biens et ensembles immobiliers. La SCI ayant renoncé à acquérir le bien, les vendeurs l'ont assignée en résolution de la vente et en paiement d'indemnités. La SCI s'était prévaluée avec succès devant la cour d'appel de la violation du dispositif de condition suspensive d'obtention du prêt. Cassation au motif qu'au regard de l'objet social de la SCI et de la destination du prêt litigieux, celui-ci n'entrait pas dans le champ d'application des dispositions du code de la consommation régissant le crédit immobilier.

38. **Applicabilité du droit commun pour les clauses créant un déséquilibre significatif.** Depuis la réforme du droit commun des contrats, l'inapplicabilité du dispositif protecteur du code de la consommation en matière de clause abusive est compensée par le possible recours à l'article 1171 du code civil qui répute non écrite toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion.
39. **Garantie des vices cachés du code civil.** Si la SCI est vendeur de l'immeuble, elle sera tenue, en qualité de professionnelle, à la garantie des vices cachés vis-à-vis de l'acquéreur profane et vis-à-vis de l'acquéreur professionnel qui n'est pas de même spécialité⁶⁶. Elle pourra cependant se prévaloir de la clause limitative ou exclusive de garantie des vices cachés si l'acquéreur est un professionnel de même spécialité. Si la SCI est acquéreur de l'immeuble et contracte avec un vendeur qui n'a pas la qualité de professionnel, celui-ci pourra donc valablement s'exonérer de la garantie des vices cachés. Dans ce cas, comme l'avaient relevé Mme Becqué-Ickowicz et M. Savouré, la situation de la SCI qualifiée de professionnelle ou non, ne change rien⁶⁷. Si le vendeur est en revanche un professionnel, la SCI professionnelle ne profitera pas de la garantie des vices cachés dans l'hypothèse où elle est de même spécialité que le vendeur. Cependant, aujourd'hui, il existe en réalité peu de contentieux en matière de vices cachés pour les immeubles, la documentation produite sur un immeuble pour la vente relevant d'un véritable audit.
40. Les SCI peuvent donc, on l'a compris se couler, en fonction de leur objet social, dans le moule des professionnels ou des non professionnels. Il importe à présent de se demander ce qu'il en est pour l'associé, lequel se trouve à l'épreuve de la notion de consommateur.

III. L'ASSOCIE A L'EPREUVE DE LA NOTION DE CONSOMMATEUR⁶⁸

41. **Enjeux.** La question qui se pose est la suivante : l'associé peut-il être considéré comme un consommateur ? L'enjeu est de taille, car si on ouvre la porte au droit de la

⁶⁶ C. civ., art. 1643 « Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie ». L'actuel article 1643 du code civil fait peser sur le vendeur la garantie des vices cachés sauf s'il a stipulé qu'il ne serait obligé à aucune garantie pour les vices dont il n'avait pas connaissance. La jurisprudence est cependant venue limiter la portée du texte en faisant peser une présomption irréfragable de connaissance des vices sur tout vendeur professionnel. Lorsque l'acheteur est un professionnel qui n'est pas de la spécialité du vendeur, la jurisprudence écarte la clause limitative. Donc en droit positif, la clause évasive ou restrictive n'est valable que si le vendeur est un particulier ou, s'agissant de vente entre professionnels, si l'acheteur est de la même spécialité que le vendeur. V. Cass. civ. 1^{ère}, 27 oct. 2016, n°15-24232, Contrats conc. consom. 2017, comm. 3, obs. L. LEVENEUR : la SCI est un vendeur professionnel.

⁶⁷ S. BECQUE-ICKOWICZ et D. SAVOURE (notaire à Versailles), « Les SCI : professionnelles ou non ? », préc.

⁶⁸ Cette troisième partie a été rédigée par B. LECOURT.

consommation, deux dispositions protectrices peuvent recevoir application. Il en est ainsi d'une part d'une disposition qui pour l'instant n'a pas encore été évoquée : la prescription de deux ans pour l'action des professionnels, s'agissant des biens ou des services qu'ils fournissent aux consommateurs⁶⁹. On vise alors l'hypothèse dans laquelle une personne sollicite un prêt pour acquérir des droits sociaux. Cette prescription ne s'applique pas aux actions fondées sur un prêt consenti pour les besoins d'une activité professionnelle. Il en est ainsi d'autre part de la législation sur les clauses abusives, déjà évoquée⁷⁰. On pourrait détecter une clause abusive dans un contrat de cession de droits sociaux passé entre un professionnel et un consommateur. Si le cessionnaire ou le cédant est considéré comme consommateur et si l'autre partie est un professionnel, la législation protectrice des clauses abusives s'applique. Le fait qu'elles soient négociées n'empêche pas, du moins en droit interne⁷¹, l'application de la législation sur les clauses abusives, l'alinéa 6 de l'article L. 212-1 faisant référence aux « stipulations négociées librement négociées »⁷². À défaut, si le cessionnaire ou le cédant est considéré comme professionnel, il ne sera pas possible de recourir au droit commun de l'article 1171 du code civil, car nous ne sommes pas en présence d'un contrat d'adhésion et les clauses figurant dans un contrat de cession de droits sociaux ont été en principe négociées.

42. **Plan.** Afin de répondre à la question de savoir si l'associé peut dans ces hypothèses être considéré comme un consommateur, il convient de rappeler l'article liminaire du code de la consommation définissant le consommateur : il s'agit de « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Distinguons alors deux hypothèses : celles qui ne soulèvent aucune difficulté, pour lesquelles le statut de consommateur est écarté (A) et celles qui au contraire laissent planer un doute (B) pour lesquelles le statut de consommateur est discuté (B). Pour ces hypothèses, nos raisonnements seront prospectifs, car les arrêts de la Cour de cassation sont rares.

A. Le statut de consommateur écarté

43. Les hypothèses ci-après ne semblent pas poser de difficultés : elles concernent la personne qui achète des droits sociaux dans une société dans laquelle la détention de parts ou d'actions implique soit l'exercice d'une activité professionnelle dans ladite société (2), soit la qualité de commerçant (1). Le statut de consommateur n'est donc pas discuté.

⁶⁹ C. consom., art. L. 218-2.

⁷⁰ C. consom., art. L. 211-2.

⁷¹ En droit européen, selon la directive 93/13, le champ d'application du déséquilibre significatif est déterminé par l'absence de négociation de la clause (art. 3, pt 1).

⁷² Il reste que selon l'alinéa 2, le caractère abusif s'apprécie en fonction des circonstances qui entourent la rédaction du contrat. Aussi, le juge français pourrait-il être plus sévère à l'égard du consommateur lorsque la clause a fait l'objet d'une négociation individuelle.

1) L'achat de parts sociales impliquant la qualité de commerçant

44. **Société en nom collectif.** Une personne qui achète des parts sociales dans une société en nom collectif ne peut être considérée comme un consommateur, car les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant⁷³.
45. **Société en commandite par actions.** La solution est similaire pour l'achat d'actions dans une société en commandite par actions, lorsque l'acheteur deviendra associé commandité, statut qui lui confère la qualité de commerçant.

2) L'achat de parts sociales impliquant l'exercice d'une activité professionnelle

46. **Société civile professionnelle.** Une personne qui achète des parts d'une société civile professionnelle (SCP d'avocats, de médecins, de notaires, par exemple) n'est pas consommateur, car cet achat est fait en vue d'y exercer une activité professionnelle, celle d'avocat ou de notaire. Il convient ici de rappeler les particularités de la SCP : cette société a pour objet l'exercice en commun de la profession unique de ses membres, la société étant elle-même membre de la profession et titulaire de la clientèle. Par conséquent, l'exercice en commun d'une profession implique chez les associés un « *affectio societatis* » plus développé que dans les autres groupements professionnels. Chaque associé joue un rôle actif de par sa double qualité, qualité d'associé et qualité de membre de la profession. Dès lors, seules peuvent être nommées associés les personnes exerçant la profession de la SCP ou celles remplissant les conditions requises pour exercer ladite profession. Les SCP ne peuvent avoir pour associés que des professionnels. Donc, il est clair que la personne qui achète des parts sociales dans une SCP est un professionnel.
47. **Société d'exercice libéral (SEL).** Pour les sociétés d'exercice libéral (SEL), plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue par des professionnels en exercice au sein de la société (art. 5, I de la loi du 31 décembre 1990). Le reste doit être détenu par tout professionnel, personne physique ou morale, de l'EEE ou de la Suisse, exerçant la profession constituant l'objet social de la société. Néanmoins, depuis la loi n°2015-990 du 6 août 2015, dite « Loi Macron », pour les professions juridiques et judiciaires, plus de la moitié du capital et des droits de vote peut aussi être détenue par des personnes, établies dans l'EEE ou en Suisse, exerçant l'une quelconque des professions juridiques ou judiciaires. Cette société doit au moins comprendre, parmi ses associés, une personne exerçant la profession constituant l'objet social de la société (art. 6, I, 3° de la loi du 31 décembre 1990). Il suffit donc qu'un associé, même minoritaire, exerce la profession juridique ou judiciaire objet de la société, tout le complément du capital ou des droits de vote peut être détenu par des associés relevant de professions juridiques ou judiciaires. Il reste que malgré cette réforme, la personne qui achète des parts sociales

⁷³ C. com., art. L. 221-1.

dans une SEL, sans y exercer son activité, ne peut être considérée comme consommateur, car elle exerce, ailleurs, une profession libérale. Cette interprofessionnalité capitalistique conduit à considérer, par exemple, que l'avocat qui achète des actions dans une société de commissaire de justice ne peut être considéré comme consommateur. On retrouve ici la conception fonctionnelle du professionnel : puisque l'achat des parts sociales par cet avocat a pour fonction un investissement dans une société qui exerce une profession relevant de la même catégorie que la sienne (dans l'exemple, profession juridique). Il est donc un professionnel.

48. **Société pluriprofessionnelle d'exercice (SPE).** La solution devrait être similaire pour l'achat de parts sociales dans une société pluriprofessionnelle d'exercice (SPE). Il s'agit depuis la loi « Macron » précitée d'une société ayant pour objet l'exercice en commun de plusieurs des professions d'avocat, d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, de commissaires de justice, de notaires, d'administrateurs judiciaires, de mandataires judiciaires, de conseils en propriété industrielle et d'expert-comptable⁷⁴. En effet, le capital et les droits de vote de la SPE doivent être détenus par toute personne physique ou morale exerçant au sein de la société, ou en dehors, l'une de ces professions et exercées en commun au sein de la société. La SPE peut revêtir toute forme sociale ; il est donc possible de recourir à une société civile ou une société commerciale, à l'exception pour ces dernières de celles qui confèrent la qualité de commerçant (sociétés en nom collectif et sociétés en commandite par actions). Si la SPE doit comprendre parmi ses associés au moins un membre de chacune des professions qu'elle exerce, la loi ne pose aucune condition quant au pourcentage de capital ou de droits de vote. Dès lors, les professionnels en exercice dans la société peuvent n'avoir qu'une participation symbolique. Néanmoins, le restant du capital et des droits de vote doit être détenu par des personnes physiques ou morales relevant des professions juridiques et judiciaires exercées en commun dans la SPE (par exemple, pour une SPE exerçant la profession d'avocats et de commissaires de justice, si le restant du capital peut être détenu par des personnes exerçant en dehors de la société, ces dernières ne peuvent être que des avocats et des commissaires de justice). Là encore, cette interprofessionnalité capitalistique conduit à considérer, au regard de la conception fonctionnelle du professionnel, que la personne qui achète des droits sociaux dans ce type de sociétés ne peut être considérée comme consommateur. C'est ce même critère de la finalité qui devrait nous guider lorsque le statut d'associé ne s'impose pas.

B. Le statut de consommateur discuté

49. Il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles le statut de consommateur de la personne qui achète des droits sociaux est loin d'apparaître clairement. Nous pensons toutefois qu'un critère est commun à ces différentes hypothèses : le critère de l'activité professionnelle. En d'autres termes, lors de l'achat, une finalité professionnelle est-elle

⁷⁴ Loi n°90-1258 du 31 déc. 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, mod. par ord. n°2016-394 du 31 mars 2016, art. 31-3 et s.

recherchée ? La conception fonctionnelle de l'acte (2) présente à cet égard une grille de lecture plus opérante qu'une conception conceptuelle du consommateur (1).

1) Les limites de la mise en œuvre d'une conception conceptuelle du consommateur

50. **Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 2022, n°20-19043.** Un seul arrêt de la Cour de cassation traite directement de la question : la décision de la première chambre civile du 20 avril 2022, publiée au bulletin, et abondamment commentée⁷⁵. Il s'agissait de l'achat de parts sociales au sein d'une SARL exploitant une boulangerie. Les juges du fond avaient retenu que l'opération était destinée à financer l'acquisition de parts sociales, ce qui excluait que les emprunteurs puissent être considérés comme des consommateurs. La Cour de cassation cassa l'arrêt, car « l'acquisition de parts sociales ne suffisait pas, à elle seule, à exclure la qualité de consommateur des emprunteurs ». Aussi, précisa-t-elle, l'emprunteur ne perd la qualité de consommateur que s'il « agit à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle ». La solution, sur le plan des principes, est logique, car c'est la société qui se livre à une activité commerciale. L'associé ne fait que détenir une part du capital social et posséder les droits découlant des titres, à savoir le droit de vote aux assemblées et le droit de percevoir des dividendes. Et l'exercice de ce droit de vote ne réside pas dans une activité professionnelle. A l'unanimité, les auteurs ont approuvé cet arrêt. En effet, ils estimèrent que la finalité de l'acte ne consistait pas dans l'exercice d'une activité professionnelle. Mais on ajoutera une précision très importante : la solution est logique uniquement si les associés n'exercent pas la profession de la société. Les auteurs n'ont pas insisté sur ce point. Or, selon le moyen annexé, les acquéreurs exerçaient leur activité professionnelle dans la boulangerie. Certes, l'acquisition de titres n'était pas une condition d'exercice d'une telle activité, mais il n'en demeure pas moins qu'elle intervenait dans un cadre professionnel et qu'elle permettait donc à ces acquéreurs de prendre assise dans cette SARL, cela en étant davantage impliqués dans la boulangerie, et notamment en votant aux assemblées. D'après le moyen annexé à l'arrêt, les emprunteurs étaient, selon les dires de la banque, salariés de la SARL, mais elle n'avait pu le prouver avec certitude (ce qui d'ailleurs est étrange, tant il est aisé de rapporter cette preuve ...). Si la preuve avait été rapportée que les acquéreurs exerceraient leur activité dans la boulangerie, la Cour de cassation aurait - nous l'espérons - donné une solution différente. D'ailleurs, dans cette hypothèse, au regard de la conception fonctionnelle de la Cour de justice de l'Union européenne, la solution consistant à considérer que l'emprunteur est un professionnel se serait peut-être imposée plus facilement. Donc, finalement, l'apport de cet arrêt quant à savoir si l'acquéreur de droits sociaux est un consommateur ou un professionnel est très modeste. Il faut alors envisager différentes hypothèses et raisonner à l'aune de la conception fonctionnelle de l'acte.

2) L'apport de la conception fonctionnelle de l'acte

⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 avr. 2022, n°20-19043, publié au Bulletin, RTDCom. 2022, p. 579, obs. A. LECOURT, LEDB juin 2022, n° DBA200v2, obs. M. MIGNOT ; LEDC juill. 2022, n° DCO200x9, obs. G. CATTALANO ; Gaz. Pal. 5 juill. 2022, obs. S. PIEDELIEVRE ; Gaz. Pal. 8 nov. 2022, p. 42, obs. A. GOUËZEL, Contrats, conc. consom. 2022, comm. 110, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; JCP E 2022, 1269, note R. THIANCOURT ; JCP E 2022, 1253, spéc. n°19 ; BJS juill.-août 2022, p. 9, note A. TADROS ; D. 2023, p. 617, OBS. H. AUBRY.

51. **Acquisition de droits sociaux dans une société commerciale.** Prenons l'hypothèse de la personne physique qui achète des droits sociaux dans une société commerciale dès lors qu'elle exerce – ou exercera - une activité de gestion dans cette société. On pourrait la considérer comme consommateur, puisque c'est la société qui a la qualité de commerçant et qui exerce une activité commerciale. Le dirigeant n'est qu'un mandataire ; il accomplit des actes de commerce au nom et pour le compte de la société. D'ailleurs, l'exercice de ses fonctions managériales n'est pas légalement subordonné à l'achat de droits sociaux. Il n'en demeure pas moins que la qualification de consommateur est gênante, car, là encore, le futur dirigeant agit bien à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle future. Avoir la qualité d'associé lui permettra un exercice de ses fonctions de dirigeant en toute plénitude en tant qu'il pourra voter aux assemblées. Si, en tout cas, il existe une clause dans les statuts de la société qui requiert la qualité d'associé pour se voir confier des fonctions de direction, la qualité de consommateur, lors de l'achat de titres, doit être exclue : les droits sociaux sont acquis dans l'objectif d'exercer une activité professionnelle, celle de dirigeant. Une telle solution est conforme à la jurisprudence de la CJUE et de la Cour de cassation sur le professionnel par anticipation.
52. **Acquisition de droits sociaux d'une société unipersonnelle.** Il est une autre hypothèse dans laquelle la qualité de professionnel devrait s'imposer : c'est lorsqu'une personne acquiert les droits sociaux d'une société unipersonnelle afin de réaliser son activité professionnelle. En effet, cet entrepreneur utilise l'écran de la personnalité morale pour exercer son activité professionnelle. Le prêt est donc souscrit dans le cadre d'une activité professionnelle future.
53. **Acquisition de droits sociaux en vue d'exercer le contrôle de la société.** Qu'en est-il de la personne qui achète des droits sociaux en vue d'acquiescer le contrôle de la société (à savoir la majorité des droits de vote), sans exercer une quelconque activité professionnelle dans ladite société ? D'un côté, on devrait affirmer que l'acquéreur a la qualité de consommateur, car, on le rappellera, c'est la société qui exerce une activité commerciale, et donc professionnelle, et non pas ses associés, même majoritaires. D'un autre côté, plusieurs arguments invitent à nuancer notre réponse. En effet, la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, depuis longtemps, qualifie de commerciale la cession de contrôle, lui appliquant alors les règles du droit des affaires⁷⁶. Depuis un arrêt du 10 juillet 2007, elle considère que le tribunal de commerce est compétent même en l'absence de cession de contrôle⁷⁷. La différence tient au fait qu'en

⁷⁶ Cass. com. 29 mai 1978, JCP E 1978, IV, 239 ; Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, n° 12-17.714, JCP E 2014. 1189, n° 6, obs. M. BUCHBERGER ; Gaz. Pal. 19 nov. 2013, p. 25, note B. DONDERO : « La convention qui a pour objet l'organisation de la société commerciale en transférant son contrôle ou en garantissant le maintien à ses titulaires, est un acte commercial ». La commercialité de l'opération emporte les conséquences suivantes : liberté de la preuve (Cass. com. 11 mars 2003, n° 457 F-D, RJDA 2003, n° 599), solidarité présumée (Cass. com. 28 avr. 1987, Bull. civ. IV, n° 103 ; 16 janv. 1990, Bull. Joly 1990. 272, note Y. Streiff ; 11 mars 2003, Bull. Joly 2003. 666, note T. MASSART ; 28 mars 2006, JCP E 2007. 1416, note H. HOVASSE ; 28 nov. 2006, RJDA 5/07, n° 489), validité de la clause attributive de compétence territoriale prévue dans le contrat de cession (Com. 6 déc. 2016, n° 15-16.577, JCP E 2017. 1214, n° 2, obs. M. BUCHBERGER).

⁷⁷ Cass. com., 10 juill. 2007, n°06-16548, Bull. civ. IV, n°193 ; D. 2007. AJ 2041, obs. A. LIENHARD, JCP E 2007. 373, Dr. sociétés, oct. 2007, n° 179, note H. HOVASSE, Bull. Joly 2007. 1242, note D. PORACCHIA, RTDF 2007, n° 3,

présence de cession de contrôle, les juges appliquent toutes les règles du droit des affaires (liberté de la preuve, par exemple), alors qu'à défaut, ils doivent respecter les règles du droit civil (preuve réglementée). Il existe donc bien une différence selon la Cour de cassation entre ces deux types d'opérations, la cession de contrôle étant considérée comme relevant du monde des professionnels. En revanche, lorsqu'il s'agit uniquement d'acquérir une minorité de titres, la Cour estime que l'acquéreur mérite d'être protégé : il ne doit pas être soumis au droit commercial – droit des forts selon la formule de Ripert – mais au droit commun. Ainsi, le régime de la preuve, tel que réglementé par le code civil, est censé lui apporter une meilleure protection. On ajoutera deux remarques. En premier lieu, la clause compromissoire est valable dans une cession de contrôle, la Cour de cassation estimant que l'opération est commerciale, sans se soucier de la qualité professionnelle du cédant et du cessionnaire, comme l'exige l'article 2061 du code civil⁷⁸. En second lieu, lorsque le cessionnaire désire annuler la cession en invoquant un dol ou une erreur sur les qualités substantielles, la jurisprudence, d'une manière générale, est beaucoup plus sévère à l'encontre des cessionnaires d'une cession de contrôle, exigeant de ces derniers qu'ils se comportent comme de véritables professionnels, et en faisant alors peser sur eux une obligation de se renseigner⁷⁹. Par conséquent, s'agissant de l'achat du contrôle de la société, on pourrait encore ici revenir à la conception fonctionnelle du professionnel : l'achat a été fait dans l'unique objectif d'acquérir le pouvoir dans une société commerciale. Ce pouvoir permettra à l'associé, à lui seul, de prendre toutes les décisions aux assemblées générales. Ces décisions peuvent être essentielles pour la société (révocation des administrateurs dans une SA, du gérant dans une SARL, affectation des bénéficiaires aux réserves, par exemple). Par conséquent, l'acte d'achat est tellement imprégné de coloration professionnelle qu'il est difficile de reconnaître la qualité de consommateur à l'acquéreur. On appliquerait ici la conception fonctionnelle du professionnel en ce sens que l'acquéreur n'a eu qu'un objectif en vue : avoir le contrôle d'une société qui exerce une activité commerciale.

54. **Acquisition de titres par les salariés.** Autre hypothèse qui, d'ailleurs, pouvait s'avérer courante : le salarié qui acquiert des titres au sein de la société dans laquelle il travaille⁸⁰. Ce salarié peut être conduit à emprunter si le prix de cession est important. À défaut d'une cession de contrôle, on pourrait le considérer comme consommateur. Pourtant, l'achat de titres intervient dans un cadre professionnel et a pour finalité une implication dans les affaires sociales. Effectivement, le salarié, désormais associé, pourra voter aux assemblées et aura connaissance d'un certain nombre d'informations. L'acquisition consiste rarement, chez les salariés, à faire un simple placement. Si en tout cas, l'acte de

p. 122, note D. PORACCHIA; Rev. sociétés 2008. 793, note B. SAINTOURENS. V. aussi Cass. com. 20 janv. 2015, n° 13-24.195, Rev. sociétés 2015, p. 507, note N. BORGA ; Dr. sociétés 2015, n° 85, obs. R. MORTIER. – Com. 12 févr. 2008, n° 07-14.912, Bull. civ. IV, n° 39 ; D. 2008, AJ, p. 612 ; JCP 2008. 10129, note C. Lebel ; Bull. Joly 2008, p. 485, note J.-F. BARBIÈRI ; RTD com. 2008, p. 358, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO ; Rev. sociétés 2008, p. 370, note B. SAINTOURENS.

⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2014, n°13-11568, Bull. civ. I, n°171 ; Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 2014, n° 13-11.568, JCP E 2015, 1186, n° 11, obs. M. CAFFIN-MOI ; D. 2014, p. 2541, note TH. CLAY ; D. 2015. 56, note B. DONDERO ; JCP 2014, 1138, obs. B. LE BARS ; Bull. Joly 2014, 685, note J.-J. BARBIÈRI ; RLDA, janv. 2015, p. 10, note D. BERT.

⁷⁹ V. B. LECOURT, Répertoire Dalloz « Sociétés », v° « Cession de droits sociaux », juin 2018, spéc. n°95 et 106 s.

⁸⁰ C'était peut-être le cas dans l'affaire précitée du 20 avril 2022 (V. *supra* n°49).

cession est opérée par le salarié en vue d'une reprise de l'entreprise, ce dernier ne peut être considéré comme un consommateur. On rappellera que pour faciliter les reprises d'entreprises par les salariés, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a posé une obligation d'information des salariés lors d'une cession de parts ou d'actions dans les entreprises employant moins de cinquante salariés et entrant dans les seuils d'une PME (entreprise dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan n'excède pas 43 millions d'euros). Cette obligation d'information prend naissance dès lors que plus de la moitié du capital est cédée, donc en cas de cession de contrôle.

55. **Acquisition de titres en bourse.** Lorsqu'une personne achète des titres en bourse, a-t-elle la qualité de consommateur ? On pourrait répondre par l'affirmative, sauf si les actes d'achat et de vente sont répétés, auquel cas l'intention est spéculative. Mais ce n'est pas le critère de la CJUE en droit financier pour l'application du règlement Bruxelles 1 bis, qui réserve un privilège de juridiction aux consommateurs : dans l'arrêt du 2 avril 2020⁸¹, le caractère répétitif n'a pas été pris en compte. Reprenant la solution qu'elle a posée en 2019⁸², la CJUE considère que la notion de consommateur est centrée exclusivement sur le non-rattachement à une activité professionnelle⁸³. Dès lors, précise la Cour, le comportement du client est indifférent, si bien que l'existence d'un nombre élevé de transactions sur une période courte ou de sommes importantes qui ont été investies est sans incidence. De la même façon, on devrait considérer que l'expertise de l'investisseur ou son comportement particulier n'a pas à être prise en considération. En somme, les considérations tenant à la situation subjective de l'investisseur sont indifférentes. Par conséquent, la seule question qui se pose est la suivante : l'achat est-il effectué dans le cadre d'une activité professionnelle ? Il reste que cette conception jurisprudentielle revient à considérer que l'investisseur ayant une expertise avérée demeure un consommateur. Au nom d'un plus grand réalisme, on pourrait plaider pour une approche graduée du droit de la consommation, mais cela réduirait considérablement l'efficacité de ce droit.

56. **Acquisition de parts d'une SCI familiale.** Il convient également de revenir au cas spécifique des SCI familiales. Le statut de ces dernières en tant que non-professionnel a été précédemment analysé. Mais si l'on se place du côté de la personne qui achète des titres dans une telle société, il y a lieu aussi de se poser la question de sa qualité de

⁸¹ CJUE 2 avr. 2020, Reliantco Investment et Reliantco Investment Limassol Sucursala București, aff. C-500/18, Banque et Dr. 6/2020, n° 43, p. 48, note J. PROROK, Procédures 2020, comm. 106, obs. C. NOURISSAT, D. 2021, p. 595, obs. H. AUBRY.

⁸² CJUE 3 oct. 2019, Petruchová, aff. C-208-18, Contrats conc. consom. 2019, comm. 208, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; Contrats conc. consom., 2020. Chron. 1, AUBERT DE VINCELLES ; RDC 2020, p. 83, note A. TENENBAUM, D. 2020, p. 625, obs. H. AUBRY ; Banque et Droit, déc. 2019, p. 69, obs. J. CHACORNAC, RDBF, mars 2020, obs. C. KLEINER, Procédure 2019, comm. 318, obs. C. NOURISSAT.

⁸³ Le particulier avait passé sur la plateforme en ligne plusieurs ordres à cours limité en vue de parier sur la baisse du prix du pétrole. Ayant perdu la totalité de la somme bloquée sur le compte de négociation, il avait saisi le tribunal spécialisé de Cluj en Roumanie afin d'engager la responsabilité civile délictuelle de la société prestataire, ainsi que de sa filiale, pour violation des dispositions relatives à la protection des consommateurs. La reconnaissance de la qualité de consommateur lui permettait de saisir les juridictions de son domicile, donc les juridictions roumaines, en application du règlement Bruxelles 1 bis.

consommateur. L'hypothèse sera fréquente car une telle personne sera souvent obligée de recourir à l'emprunt au regard du prix de cession souvent élevée des parts d'une SCI. La question de sa qualité de consommateur pourra donc apparaître dans le cadre de ce prêt. Là encore, tout dépend de savoir si la SCI a été reconnue comme professionnelle et l'on peut reprendre ici la distinction opérée dans la deuxième partie selon que la SCI est un outil de protection des associés (protection de personnes vulnérables, gestion d'un patrimoine familial, partage d'une maison entre amis, transmission d'un patrimoine) ou un instrument en vue d'une activité rémunérée⁸⁴. On peut citer un arrêt qui a refusé la qualité de consommateur à l'associé d'une SCI qui emprunte des fonds afin d'alimenter les comptes courants d'associés de plusieurs SCI qu'il a créées et qui constituent son activité professionnelle (Cass. civ. 1re, 23 sept. 2020, n° 19-16.15813). On peut imaginer que si, *a contrario*, l'avance en compte courant d'associés avait été consentie dans une SCI familiale afin de financer l'habitation personnelle de l'associé apporteur, la qualité de consommateur lui aurait été reconnue.

57. En définitive, il n'existe pas de lien systématique entre le statut d'associé et la qualification de professionnel. La qualité de consommateur ou de professionnel ne peut être appréciée qu'en fonction de la conception professionnelle de l'activité, d'où une appréciation au cas par cas. Et peu importe que l'activité professionnelle, actuelle ou future, soit accessoire.

58. **Conclusion.** Pour conclure, il existe donc des perturbations entre le droit de la consommation et le droit des sociétés. Néanmoins les deux matières peuvent s'enrichir mutuellement. Ainsi, le fondateur qui passe des actes durant la période de formation de la société peut être considéré comme un professionnel par anticipation. De même, s'agissant des SCI, en tant que non-professionnelles, il est apparu qu'il faut affiner la notion de SCI en distinguant celles qui sont des outils en vue de la protection des associés et celles qui sont des outils en vue d'une activité rémunérée. Enfin, la qualité de consommateur ou de professionnel de l'associé ne peut être appréciée qu'à l'aune de la conception fonctionnelle de l'acte, conception propre au droit de la consommation.

⁸⁴ V. *supra* n° 23 s.