

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 6

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da
Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2010

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares; Prof. Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski, Prof. Sérgio Murilo Santos Campinho e Prof. Valter Shuenquener de Araújo).

Coordenação: Sérgio Murilo Santos Campinho e Mauricio Moreira Mendonça de Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), Arnoldo Wald (UERJ), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Leonardo Greco (UERJ), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse 1 e Centre de Droit des Affaires de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg), Sérgio Murilo Santos Campinho (UERJ), Theóphilo de Azeredo Santos (UNESA) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Pinto, Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, Rosany Fagundes, Valter Shuenquener de Araújo e Viviane Perez.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 6 (janeiro/junho 2010)

. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Bocater, Camargo, Costa e Silva Advogados Associados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

DE LA «COMMUNAUTÉ D'INTÉRÊTS»

DA “COMUNHÃO DE INTERESSES”

Julien Therón

Résumé: La «communauté d'intérêts» utilisée dans un grand nombre de domaines (cautionnement, solidarité passive, procédure civile, droit social), est loin d'être un concept flou aux incidences incertaines. Ne pouvant être assimilée à l'intérêt commun, elle est un mode original d'appréhension du groupe dans ses rapports avec les tiers, là où la loi ne le prend normalement pas en considération. Le droit positif y recourt à des fins très précises. Au sein de groupes dans lesquels la pluralité de personnes masque l'exercice du pouvoir par une seule, elle est un instrument permettant de rendre ponctuellement perméable certaines personnes morales, pour tirer des conséquences de la réalité du pouvoir exercé par leur intermédiaire. Utilisée au sens générique, contrairement à ce qui est suspecté en procédure civile ou encore en matière de solidarité passive, elle ne peut être révélatrice de l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers.

Mots clés: Communauté d'intérêts. Intérêt commun. Groupe de personnes. Autonomie juridique. Patrimoine indépendante. Pouvoir de direction.

Resumo: A comunhão de interesses, utilizada em diversas áreas (caução, responsabilidade solidária, processo civil, direito do trabalho etc.), está longe de ser um conceito vago, com implicações

incertas. Não podendo ser equiparada ao interesse comum, trata-se de um modo original de apreensão do grupo em suas relações com terceiros, quando a lei normalmente não o leva em consideração. O direito positivo recorre à comunhão de interesses para determinados fins muito específicos. Nos grupos em que a pluralidade de pessoas oculta o exercício do poder por uma única pessoa, a comunhão de interesses se revela uma ferramenta bastante útil para algumas sociedades, por tirar conclusões a partir da realidade do poder exercido por seu intermediário. Utilizado em sentido genérico, ao contrário do adotado por vezes no processo civil ou ainda no âmbito da responsabilidade solidária, a comunhão de interesses não pode ser um indicativo da existência de uma representação comum dos seus membros perante terceiros.

Palavras-chave: Comunhão de interesses. Interesse comum. Grupo de pessoas. Autonomia jurídica. Patrimônio independente. Poder de direção.

Sommaire: I. La «communauté d'intérêts», irréductible à l'intérêt commun. A. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation attrayante. B. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation rejetée. 1. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions génératrices de solutions distinctes. 2. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions invoquées dans un but distinct. II. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes liées par des intérêts communs. A. L'originalité de la notion de «communauté d'intérêts». 1. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes appréhendée par le Droit. 2. La «communauté d'intérêts», situation de fait appréhendée par le Droit. B. La légitimité du recours à la «communauté d'intérêts». 1. La «communauté d'intérêts» révélatrice de la réalité du pouvoir. 2. La «communauté d'intérêts» révélatrice de l'existence d'un mandat.

1. La notion de «communauté d'intérêts» n'est pas aussi familière à l'esprit du juriste que peut l'être l'intérêt commun¹. Elle est cependant connue pour être utilisée par la jurisprudence, afin de valider de manière dérogatoire les cautionnements consentis par des sociétés en

dehors de leur objet social. Récemment, la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi rappelé que «le cautionnement donné par une société n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée»². Habités à cette solution³, les commentateurs assimilent généralement la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun de la société se portant caution et de la personne cautionnée.

2. *A priori*, synonyme d'intérêt commun, employée dans un domaine relativement restreint, «la communauté d'intérêts» ne mériterait pas d'étude qui lui soit propre⁴. Pourtant à la lecture du droit positif, la réalité se révèle toute autre. La «communauté d'intérêts» déborde largement le seul cadre des cautions consenties par les sociétés, et intéresse une grande part des branches du droit privé. Elle se manifeste dans des domaines aussi variés que la solidarité passive, la pro-

1 Cf. T. Hassler, «L'intérêt commun», RTD com. 1984, p. 581.

2 Cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 2007, n° 04-17893, D. 2007, p. 2881, Dr. Sociétés 2008, comm. 26, obs. R. Mortier; Revue Lamy Droit Civil mars 2008 n° 47, p. 25, note M. Storck, JCP G 2008, I, 152, n° 3, obs. P. Simler et P. Delbecque, RTD com. 2008, p. 141, obs. M.-H. Monsérié-Bon.

3 Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, Bull. civ. I, n° 75, JCP G 1988, IV, n° 190, D. 1988, somm., p. 273, obs. L. Aynès, RTD com. 1988, p. 459, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, Rev. Sociétés 1988, p. 415, note Y. Guyon; CA Paris 2^{ème} ch. B. 3 janvier 1991, RTD com. 1991, p. 405, obs. M. Jeantin; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, Bull. civ. I, n° 34, D. 2000, p. 147, note J. Faddoul, D. 2000, somm. p. 479, obs. J.-C. Hallouin, D. 2001, somm. p. 692, obs. L. Aynès, Dr. Sociétés 2000, comm. 50, note T. Bonneau, Bull. Joly Sociétés 2000, p. 502, note A. Couret, Rev. Sociétés 2000, p. 301, note Y. Guyon, également M. Boizard, «Validité d'un cautionnement accordé par une société civile immobilière en garantie des engagements souscrits par des sociétés tiers»; Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2000, JCP N 2000, p. 1404, note J.-P. Garçon; Cass. com. 6 juin 2001, inédit n° 98-19040, Dr. Sociétés, comm. 150, note F.-X. Lucas; Cass. com. 17 juillet 2001, inédit, n° 98-18438; Cass. com. 3 décembre 2003, inédit n° 02-11163, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 358, note J.-F. Barbiéri; Cass. com. 8 novembre 2005, inédit n° 01-15503, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 339; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, inédit n° 03-20064. Voir également Cass. com. 26 juin 2007, inédit n° 06-10766, Dr. Sociétés 2007, comm. 192, obs. R. Mortier, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 23 note F.-X. Lucas; Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, inédit n° 06-16077.

4 Voir cependant Q. Urban, La «communauté d'intérêts», un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés», RTD com. 2000, p.1.

cédure civile, le droit social, le droit fiscal, les scissions de sociétés, la dissolution de mouvements sectaires, pour ne citer qu'eux

La «communauté d'intérêts» suscite d'autant plus la curiosité, qu'elle est systématiquement utilisée pour déroger au droit commun. Tour à tour, elle permet de valider un acte en droit des sociétés⁵, implique une présomption de consentement en matière de solidarité commerciale⁶, est avancée pour justifier certains cas légaux⁷ ou encore effets secondaires⁸ de la solidarité passive. Faisant apparaître les liens qu'un tiers au procès entretient avec une partie à un jugement, elle est susceptible d'engendrer un mécanisme de représentation, lui interdisant de faire tierce opposition⁹. En matière sociale, parce qu'elles sont liées par une «communauté d'intérêts», la jurisprudence qualifie parfois plusieurs personnes morales de co-employeurs d'un salarié, alors même que ce dernier n'a conclu de contrat de travail qu'a-

5 Jurisprudence précitée en matière de cautionnement.

6 Par dérogation au principe selon lequel la solidarité entre débiteur ne se présume pas (art. 1202 C. civ.), s'appuyant sur un usage ancien la jurisprudence présume la solidarité entre débiteurs en matière commerciale (Cass. req., 20 octobre 1920, S. 1922, 1, 201, note J. Hamel; Cass. civ. 7 janvier 1946, D. 1946, 132). Cette présomption est classiquement justifiée par l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre débiteurs. Voir Cass. com. 21 décembre 1982, inédit; M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, Obligations, Contrats, Sûretés réelles, 4^{ème} éd. 1952, n° 1853; F. Derrida, «De la solidarité commerciale», *RTD com.* 1953, p. 329; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd. Litec 2007, n° 443.

7 A titre d'illustration, la «communauté d'intérêts» existant entre débiteurs est avancée pour justifier la solidarité existant entre époux pour les dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants (art. 220 C. civ.). Voir par exemple : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *Les obligations*, T. 3, Le rapport d'obligation, 4^{ème} éd. Dalloz 2006, n° 314; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, 9^{ème} éd. Dalloz 2005, n° 1250.

8 Voir J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, É. Savaux, *op. cit.*, n° 321 : «Il existe une certaine communauté d'intérêts entre codébiteurs solidaires dont le sort est en partie lié. De là est venue l'idée que chacun a qualité pour représenter les autres. Certains actes accomplis par l'un ou contre l'un produisent des effets à l'égard de tous».

9 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667, *JurisData* n° 2008-042984; Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 1998 n° 97-16013, *Bull. civ. I* 1998 n° 354, *RTD civ.* 1999, p. 205, obs. R. Perrot. Contra : Cass. 2^{ème} civ. 11 mai 2000, inédit n° 97-20901; Cass. 2^{ème} civ. 7 juin 2006, inédit n° 04-16859; Cass. 2^{ème} civ. 7 juin 2007, n° 06-13671.

vec une seule d'entre elles¹⁰. Utilisée comme critère pour mettre en évidence les liens unissant plusieurs entités juridiquement indépendantes¹¹, la «communauté d'intérêts» permet également de démontrer l'existence d'unités économiques et sociales¹². Dans un tout autre domaine, elle conduit à considérer comme liée par un contrat, une société qui a pourtant perdu sa qualité de partie au terme d'une scission¹³. Par ailleurs, un tribunal peut ordonner la dissolution simultanée de toutes les sociétés et associations liées par une «communauté d'intérêts» au groupement sectaire lui étant soumis¹⁴. Ou encore, un créancier peut-il saisir un navire n'appartenant pas à son débiteur, au motif que son propriétaire est lié à ce dernier par une «communauté d'intérêts»¹⁵. Enfin, elle permet de caractériser certains abus de droit en matière fiscale¹⁶.

10 Le salarié est alors reconnu lié au titre du même contrat de travail à plusieurs employeurs. Par conséquent, ils sont tous deux tenus d'exécuter les obligations professionnelles issues du contrat de travail à l'égard du salarié. Si l'employeur de droit n'y procède pas le co-employeur pourra être condamné solidairement à y procéder (voir par exemple Cass. soc. 25 janvier 2006, inédit n° 04-45341). Dans le même sens lorsqu'un salarié est employé successivement par deux sociétés, et est licencié par la seconde, il est admis —en raison de la «communauté d'intérêts» liant ses employeurs successifs— à se prévaloir de son ancienneté acquise au service de la première (Cass. soc. 1^{er} juillet 1965, Bull. soc. 1965 n° 530).

11 Voir par exemple : Cass. soc. 19 décembre 1972, Bull. soc. 1972 n° 710, D. 1973, 381, note Despax.; B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, 5^{ème} éd. Dalloz 2007, n° 90.

12 La démonstration d'une unité économique liant plusieurs entités autonomes permettra alors d'additionner les effectifs des différentes personnes morales la composant afin de mettre en place, à supposer les seuils requis franchis, des représentants du personnel communs. Ce, au lieu de vérifier, entité par entité, si ces seuils sont atteints.

13 Voir par exemple Cass. com. 5 février 1991, D. 1992, p. 27, note Y. Chartier; Cass. com. 5 mars 1991, D. 1991, p. 441, obs. J. Honorat; Rev. Sociétés 1991, p. 545. Voir également M.-L. Coquelet «Fusion de sociétés, apports partiels d'actifs», J.-Cl. Sociétés, fasc. 164-10, n° 96.

14 Article 1 de la loi du 12 juin 2001 «tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires. portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales».

15 Voir par exemple Cass. com. 21 février 1995, inédit n° 92-17917; Cass. com. 12 février 1991 inédit 89-16771; CA Rouen, 3 novembre 1998, Droit Maritime Français 1999, p. 123, note Y. Tassel.

16 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 01-12925.

3. Méconnue, bien que fréquemment utilisée, portant dérogation au droit commun, la «communauté d'intérêts» mérite qu'une étude lui soit consacrée, car s'il existe nécessairement un lien entre la «communauté d'intérêts» et l'intérêt commun, la synonymie n'est pas inéluctable. Si la «communauté d'intérêts» résidait réellement dans une manifestation de l'intérêt commun, il faudrait alors admettre que le système juridique français pourtant fondé sur des concepts individualistes, protège l'intérêt commun en dehors du strict cadre des sociétés, de l'indivision ou encore du mandat d'intérêt commun. Il apparaît alors difficile de se résoudre à l'assimilation des deux notions, d'autant que le cas échéant, seraient attachées à la «communauté d'intérêts» des conséquences différentes de celles qui sont généralement prêtées à l'intérêt commun. Jamais les dérogations au droit commun imputées à la «communauté d'intérêts» ne semblent en effet déduites des hypothèses au sein desquelles l'intérêt commun est invoqué.

Pour justifier de ces divergences, une partie de la doctrine affirme qu'elle est «*un miroir de la notion d'intérêt commun. Mais la fidélité du calque n'est pas parfaite. Subrepticement, imperceptiblement, l'image déforme le sujet. Le terme de communauté d'intérêts a une souplesse que n'a pas son alter ego, l'intérêt commun*»¹⁷. En somme, sans pour autant détacher la notion de «communauté d'intérêts» de celle d'intérêt commun, elle souligne son caractère flou, difficilement réductible à une définition rigoureuse. Les obstacles à l'assimilation des deux notions s'estompent mais ne disparaissent pas. Les raisons pour lesquelles les conséquences de la «communauté d'intérêts» sont radicalement différentes de celles de l'intérêt commun restent inexplicables. Surtout, il est difficile de considérer que le droit positif attache des conséquences à une notion qui ne peut être strictement définie, identifiée. Ce serait même admettre une part d'arbitraire, les juges étant libres ou non de l'identifier selon le régime qu'ils entendent appliquer.

17 T. Hassler, op. cit., p. 597.

Au-delà, s'il est vrai que le foisonnement des matières, et des conséquences y étant attachées, rendent difficile son appréhension, faute de définition précise de la «communauté d'intérêts», il est difficile de justifier le régime qui lui est imputé par le droit positif, ou encore de prévoir celui qui devrait l'être. A titre d'exemple, il a été souligné¹⁸, en matière de procédure civile ou encore d'effets secondaires de la solidarité entre débiteurs, que la «communauté d'intérêts» existant entre plusieurs personnes était parfois considérée comme engendrant un mécanisme de représentation mutuelle de ses membres. Une partie de la doctrine conteste cependant un tel effet¹⁹, et la jurisprudence paraît avoir du mal à fixer une position²⁰.

4. La «communauté d'intérêts» doit alors être caractérisée de manière plus précise afin de circonscrire les effets qui peuvent lui être imputés. Si son assimilation à l'intérêt commun ne permet d'expliquer que de manière imparfaite les conséquences qui lui sont attachées, il est cependant difficile *a priori* de l'en distinguer. Pourtant, parce que les solutions impliquées par l'une et l'autre notion sont distinctes tant par leur nature que par leur finalité, il convient de distinguer les deux concepts.

Une fois isolée de l'intérêt commun, encore faut-il identifier la nature de la «communauté d'intérêts». Dans cette perspective, il est tentant d'emprunter le premier sens de l'expression «communauté», de l'entendre comme le «groupe social dont les membres vivent ensemble, ou ont des biens, des intérêts communs»²¹. C'est d'abord un groupe, un ensemble de personnes. La «communauté d'intérêts» peut

18 Supra n° 2.

19 Par exemple selon J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux (op. cit.) : «le recours à la représentation n'est pas indispensable, ses applications, notamment dans le domaine de la procédure civile aboutissent à des résultats parfois injustes et à des solutions incertaines».

20 Si certains arrêts de la Cour de cassation excluent que la «communauté d'intérêts» puisse engendrer un mécanisme de représentation (Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 400), d'autres semblent l'admettre (Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667).

21 Dictionnaire Le Robert, v. «communauté».

alors se définir comme le groupe de personnes dont les membres sont liés en raison d'un ou plusieurs intérêts communs. Cette définition est d'autant plus séduisante, qu'au-delà de ses diverses manifestations, elle paraît donner une certaine unité à la notion de «communauté d'intérêts». Lorsque l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée par le droit positif, il semble en effet qu'il s'agisse systématiquement de démontrer l'existence d'un groupe là où la loi ne le prend normalement pas en considération, pour en tirer des conséquences. Les effets pouvant être imputés à une telle notion semblent alors pouvoir être circonscrits avec précision.

En somme, une fois soulignée l'impossible assimilation de la notion de «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun (I), il importe de démontrer que cette expression est utilisée par le droit positif pour souligner l'existence d'un groupe lié par des intérêts communs (II).

I. La «communauté d'intérêts», irréductible à l'intérêt commun.

6. Indubitablement, la «communauté d'intérêts» entretient des liens étroits avec la notion d'intérêt commun. Lorsqu'elle existe, c'est en raison d'affinités entretenues par ses membres. D'ailleurs de manière intrinsèque, la «communauté d'intérêts» se définit comme l'ensemble des intérêts que les membres du groupe mettent en commun. La tentation est alors forte d'assimiler les deux notions (A). Pourtant, aussi séduisante que puisse paraître cette assimilation, lorsque le droit positif utilise l'une ou l'autre notion, il leur prête des conséquences distinctes. Surtout, si l'intérêt commun est excipé afin de défendre l'intérêt de ses membres, les solutions impliquées par la «communauté d'intérêts» sont manifestement étrangères à cette finalité. L'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun doit alors être rejetée (B).

A. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation attrayante.

7. Les motifs d'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun ne manquent pas. Fondamentalement, il y a là une approche conforme à l'appréhension du groupe par le droit, plus intéressé par l'intérêt des membres du groupe que par le groupe lui-même (1). En outre, l'observation du droit positif montre l'existence de liens étroits entre les deux notions. Systématiquement, lorsqu'est démontrée l'existence d'une «communauté d'intérêts», il faut admettre l'existence d'un groupe de personnes liées par la poursuite d'intérêts communs (2).

1. Une assimilation conforme à l'appréhension intrinsèque du groupe par le droit.

8. Sans doute en héritage des enseignements de Hobbes — ayant tiré toutes les conséquences juridiques du nominalisme— l'homme apparaît-il en droit comme seul, clôt sur lui-même²². A l'état de nature il faut le considérer dépourvu de toute espèce de lien avec ses semblables. Et s'il y a un recours nécessaire à l'ordre social, ce n'est qu'à une seule fin: pour garantir ses droits subjectifs, les rendre effectifs. Le droit objectif n'a plus qu'un terme: le droit subjectif. La «communauté d'intérêts» permettant dans certaines situations de déroger à l'application de règles de droit commun²³, l'assimiler à l'intérêt commun présenterait l'avantage de préserver la cohérence de ce système individualiste. L'intérêt commun se définit en effet comme «la convergence d'intérêts particuliers»²⁴. Aussi, les solutions suscitées par l'existence d'une «communauté d'intérêts» seraient justifiées par la protection de l'intérêt de chacun de ses membres.

9. Cette assimilation est d'autant plus aisée, que le groupe en tant que réalité sociale, c'est-à-dire comme ensemble de personnes n'est pas ou peu pris en considération par le système juridique. His-

22 Voir M. Villey, *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit*, 2^{ème} éd. Dalloz 1978, n° 77 et s.

23 Supra n° 2.

24 T. Hassler, op. cit. p. 637.

toriquement, l'idée même de groupe est perçue comme une limite à la liberté et à l'égalité devant présider entre les hommes²⁵, s'opposant à l'esprit individualiste qui animait le Code civil. Cette tendance subjective rejaillit inévitablement sur la notion de communauté.

Dès l'origine, le Droit s'est focalisé sur les intérêts de ses membres, puisqu'il n'y voyait qu'un ensemble de biens. Les communautés taisibles en témoignent. Celles-ci consistaient en des groupes, généralement de parents, mais pas nécessairement, qui se formaient par la vie commune. Le but de ses membres, face à des conditions de vie extrêmement difficiles résidait dans la volonté de «*manoir (habiter) ensemble à un pain et à un pot*»²⁶. Le Droit n'a retenu de ces communautés que leur «contenu», c'est-à-dire les biens acquis pendant la vie en commun. Sans doute est-ce parce qu'ayant vocation à régler les conflits, les juristes n'ont été saisis à propos de la communauté que de problèmes de répartition des biens en cas de dissolution ou de départ d'un de ses membres.

Si le terme de communauté est aujourd'hui utilisé en matière de régimes matrimoniaux²⁷, il ne désigne pas un groupement, mais seulement la masse de biens commune aux époux dans le cadre d'un régime matrimonial particulier²⁸. Du phénomène social de groupement de personnes, le droit fait de l'expression «communauté» un terme servant à désigner les biens communs²⁹.

25 T. Hassler, op. cit., p. 582.

26 J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz 2002, n° 1001.

27 Selon certains auteurs, le terme de communauté en son sens matrimonial et moderne du terme est vraisemblablement issu de ces communautés taisibles : voir Olivier-Martin cité par J. P. Lévy et A. Castaldo, op. cit., n° 1081.

28 Depuis le XVI^{ème} s. (A. Lemaire, «Les origines de la communauté entre époux dans le droit coutumier français», RHD, 1928, p. 586).

29 La lecture de Pothier est à ce titre riche d'enseignements (*uvres de Pothier*, éd. publiée par M. Siffrein 1821, T.V, p. 112), puisqu'il dénomme «communauté» tout ce qui est mis en commun par plusieurs personnes. Que cette mise en commun soit contractuelle, la communauté résulte alors d'un contrat de société, légale ou testamentaire, il s'agit alors d'une «communauté entre héritiers».

Aussi, est-il tentant, d'assigner à l'expression de «communauté d'intérêts», la signification de communauté d'intérêts matériels, patrimoniale³⁰. En somme, lorsque plusieurs personnes ont un intérêt commun, toute l'activité que génère cet intérêt est à l'origine de dettes, de créances, d'acquisitions. Aucun patrimoine n'étant affecté à cet intérêt, dettes créances et biens en cause doivent être communs³¹. Prise en ce sens, la communauté d'intérêts ne soulèverait dès lors que des problèmes de liquidation. Cependant, une telle problématique est exclue de la majorité des hypothèses dans lesquelles la «communauté d'intérêts» est utilisée³². Cette acception doit par conséquent être rejetée.

Tous ces éléments conduisent à considérer que la communauté dans son acception juridique serait inexorablement réductible à ce qui est mis en commun, qu'il s'agisse de biens, ou d'intérêts. La communauté d'intérêts, en tant que groupe social ne constituerait qu'une donnée sociologique dont le droit privé, n'ayant vocation qu'à protéger l'individu, ne peut tirer en tant que tel de conséquence³³.

2. Une assimilation confortée par la concomitance des notions de «communauté d'intérêts» et d'intérêt commun.

30 Par exemple : F.-X. Testu, «Convention de croupier : étendue de la société en participation qui en est issue, charge du passif et obligation d'information», D. 1999, p. 516, spéc. n° 12.

31 Ainsi, dans sa décision du 9 novembre 1999 relative au PACS, le Conseil Constitutionnel a-t-il énoncé que «la vie commune ne se limite pas à une communauté d'intérêts matériels et pécuniaires». Il y a ici une problématique qui est similaire à celle existant en matière de société créée de fait. D'ailleurs, selon un arrêt du 9 juin 1971, Bull. civ. I, 1971, n° 192, la société créée de fait nécessite deux conditions : une communauté d'intérêts (interprétée comme des apports personnels pour servir l'intérêt commun) et un but commun.

32 Même lorsque l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée par la jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux. Voir par exemple Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993 (Bull. civ. 1^{ère} 1993, n° 172, D. 1994, p. 25, note G. Paisant), où l'existence d'une communauté d'intérêts «familiale» est utilisée pour en déduire la ratification tacite d'un acte par un époux qui n'y avait pas expressément consenti.

33 Sur la difficile appréhension du groupe par le Droit, voir E. Verny, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, préf. A. Decocq, LGDJ 2002, n° 1.

10. Dès que l'existence d'une «communauté d'intérêts» est invoquée, il apparaît concomitamment qu'existent entre ses membres des intérêts convergents. L'assimilation des deux notions semble alors aller de soi.

La «communauté d'intérêts», n'est en effet invoquée que lorsqu'il existe plusieurs personnes poursuivant des buts identiques. Ainsi, en droit social, lorsque la «communauté d'intérêts» est utilisée comme critère d'identification de l'unité économique³⁴, il s'agit de mettre en évidence l'objectif commun poursuivi par des sociétés³⁵. Dans un tout autre domaine, la jurisprudence invoque — comme si les deux notions étaient équivalentes — tantôt l'idée d'intérêt commun³⁶, tantôt celle de «communauté d'intérêts» pour justifier la présomption de solidarité existant en matière commerciale³⁷.

11. L'assimilation de la «communauté d'intérêts» à l'intérêt commun est d'autant plus tentante qu'elle permet à la doctrine de justifier la jurisprudence validant une caution consentie par un dirigeant en dehors de l'objet social.

Normalement, dans les sociétés à risque illimité³⁸, en raison de l'ampleur des risques encourus par les associés, un tel acte n'est pas

34 Dans le cadre de la démonstration de l'existence d'une unité économique et sociale.

35 Dans le but de mettre en place des représentants du personnel communs au personnel de ces sociétés (supra n° 2). B. Teyssié, *op. cit.*

36 Cass. civ. 7 janvier 1946, D. 1946, p. 132 : «L'article 1202 du Code civil n'est pas applicable en matière commerciale, où, selon un usage antérieur au Code de commerce et maintenu depuis, la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun des parties en cause».

37 Cass. com. 21 décembre 1982, inédit. Voir également : J. Hamel, note ss. Cass. req. 20 octobre 1920, S. 1922, 1, 201; F. Derrida, «De la solidarité commerciale», *op. cit.*; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, *Droit des sûretés*, *op. cit.*

38 Dans les sociétés à risque limité, par mesure de protection des tiers, la société est normalement engagée par les actes du dirigeant passés en dehors de l'objet social, à moins de prouver que le tiers en cause connaissait les limites assignées à l'objet social. Or, il apparaît que dans cette dernière hypothèse, comme dans le cadre des sociétés à risque illimité, l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société caution et le tiers cautionné interdit de contester la validité de la caution. Voir Cass. com. 17 juillet 2001, inédit n° 98-18438.

valable. Pourtant, la jurisprudence consacre sa validité lorsque la société caution est liée avec le débiteur garanti par une «communauté d'intérêts»³⁹. Ce serait donc, selon la doctrine, parce que les juges estiment l'acte de caution passé dans l'intérêt commun, de la société caution et du débiteur cautionné, qu'elle est valable⁴⁰.

S'il est de prime abord paradoxal de présumer la conformité d'un acte à l'objet social en raison du respect de l'intérêt social⁴¹, il n'en demeure pas moins, que nombre d'espèces rendent cette justification vraisemblable. Fréquemment, l'opération cautionnée présente un tel intérêt pour la société caution, qu'elle semble indispensable à la réalisation de son objet social. Elle doit alors être considérée comme entrant indirectement dans l'objet social. Peu importe qu'elle ait été ou non directement visée dans les statuts. Il en est *a priori* ainsi lorsqu'une SCI se porte caution au profit de son locataire, alors qu'elle tire l'essentiel voire la totalité de ses revenus du bail⁴². Le crédit consenti à la débitrice principale, étant de nature à lui assurer le paiement des loyers⁴³, l'acte de caution est pour elle nécessaire⁴⁴.

39 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; CA Paris 2^{ème} ch. B. 3 janvier 1991, op. cit.; Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 6 juin 2001, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.; Cass. civ. 3^{ème} 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, op. cit.

40 Voir par exemple : L. Aynès, obs. ss; Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; J.-F. Barbière, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», JCP E 1992, Cahiers droit de l'entreprise n° 2, p. 16 et s., spéc. p. 22. P. Bouteiller, «Cautionnement donné par une société», JCP N 2001, p. 258; B. Dondero «Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes», D. 2004, p. 405, spéc. n° 33; G. Piette, «Cautionnement et intérêt social», JCP G. 2004, I, 142; F. Lejeune, «Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social», Droit et Patrimoine, Juin 1996, p. 56, spéc. p. 58; M. Storck, op. cit.; R. Mortier, obs. ss. Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Ph. Schultz, «L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social», *Études offertes à P. Simler*; Dalloz 2006, p. 429.

41 Voir J.-F. Barbière, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», op. cit.

42 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.; 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.

43 L. Aynès, note ss. Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} février 2000, op. cit.; C. Champaud et D. Danet, op. cit.

44 Cet intérêt pour la société-caution étant d'autant plus grand que le prêt consenti est destiné à effectuer des travaux dans les lieux loués (Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.).

Tout ceci conforte l'idée que «communauté d'intérêts» et intérêt commun sont des notions devant être considérées comme équivalentes. Pourtant, une analyse précise de chaque situation, si elle fait ressortir l'existence d'objectifs, d'intérêts communs entre les membres de la communauté met également en avant que ce ne sont pas eux qui justifient les solutions tirées de la communauté d'intérêts. Les deux concepts ne sont par conséquent pas similaires.

B. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, une assimilation rejetée

12. Lorsque le droit positif invoque une «communauté d'intérêts», il y attache des conséquences différentes de celles qu'il déduit des hypothèses au sein desquelles il se réfère à l'intérêt commun. Le fait que chacune des notions dirige des solutions qui lui sont propres fait naître un doute quant à leur synonymie (1). Surtout, la conviction de l'impossible assimilation des deux concepts l'emporte au regard de leur différence de finalité. L'intérêt commun a vocation à protéger l'intérêt de ses membres, tandis qu'il y a là un but étranger à la «communauté d'intérêts». Les solutions qu'elle emporte ne sont pas destinées à servir les intérêts de ses membres (2).

1. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions génératrices de solutions distinctes.

13. Lorsque l'intérêt commun est reconnu et protégé par le droit, il implique un régime particulier. La «convergences d'intérêts particuliers»⁴⁵ résulte du fait qu'il existe une situation juridique intéressant personnellement plusieurs individus. Aussi, il faut éviter qu'un seul n'y porte atteinte, dans la mesure où par incidence, il léserait l'intérêt des autres personnes parties à cette situation. Parce que l'intérêt de plusieurs l'emporte sur l'intérêt d'un seul⁴⁶, l'intérêt commun

45 T. Hassler, *op. cit.*

46 En cela, il a même été affirmé que l'intérêt commun se situait entre l'intérêt individuel et l'intérêt général (T. Hassler, *op. cit.*, spéc. p. 592).

implique une limitation de l'activité individuelle de ses membres. Ils sont obligés de prendre en considération l'intérêt commun dans la délibération de leurs actes. Ils ne peuvent dans un intérêt strictement individuel porter — ne serait-ce que de manière incidente — atteinte à l'intérêt commun. Autrement, il en découlerait une atteinte aux autres intérêts individuels le composant. Ainsi, parce qu'il n'est pas l'unique propriétaire, l'indivisaire ne peut seul prendre les décisions qu'il désire sur le bien en cause. Parce qu'il existe une convergence d'intérêts quant au bien indivis, les prérogatives des propriétaires sont limitées. Seules peuvent être prises des décisions conformes à l'intérêt commun. Pour s'en assurer, l'unanimité est nécessaire⁴⁷. Et, lorsqu'un indivisaire porte atteinte à l'intérêt commun par le refus qu'il oppose à une décision pourtant nécessaire à l'indivision, ses prérogatives sont encore diminuées, sa volonté étant déclarée inefficace⁴⁸. Dans un autre domaine, lorsqu'un intérêt commun⁴⁹ lie le mandant au mandataire, le mandat ne peut contrairement aux règles de droit commun être

47 La possibilité pour certains actes (815-3 C. civ.) d'être pris à la majorité des deux tiers, amène une partie de la doctrine à s'interroger sur le point de savoir s'il n'y a pas là, la marque que l'indivision relève d'un intérêt collectif, et non plus commun (F. Zenati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd. PUF 2008, n° 351).

48 815-5 C. civ. L'intérêt commun commandant également qu'en cas d'urgence il soit dérogé aux règles de majorité ou d'unanimité, donc à la volonté d'un indivisaire (815-6 C. civ.). A l'évidence si son seul intérêt était en cause, l'acte ne pourrait être passé sans attendre qu'il exprime une volonté en ce sens.

49 Cet intérêt se caractérise par le fait que mandant et mandataire ont tous deux intérêt à la réalisation de l'objet du mandat (A. Brunet, «Clientèle commune et contrat d'intérêt commun», *Études dédiées à A. Weill*, D. 1983 p. 85 et s., spéc. p. 88; T. Hassler, op. cit., p. 602; J. Ghestin, «Le mandat d'intérêt commun», *Mélanges offerts à J. Derruppé*, «Les activités et les biens de l'entreprise», Litec 1991, p. 105; C. Jassogne, «L'intérêt commun, notion à géométrie variable», *Les contrats de distribution commerciale en droit belge et en droit français*, Larcier 1996, p. 13. Certains auteurs (A. Brunet, op. cit.; J. Ghestin, op. cit.) affirmant par conséquent qu'il n'y a d'intérêt commun que lorsque mandant et mandataire ont des droits concurrents sur l'objet même du mandat (la clientèle). Tandis que d'autres (M. Behar-Touchais et G. Virassamy, *Les contrats de la distribution*, LGDJ 1999, n° 359) —estimant qu'une telle doctrine ouvre la voie à la difficile détermination de la propriété de la clientèle— préfèrent affirmer qu'il suffit que les deux parties collaborent à la réalisation d'une œuvre commune au sein de laquelle leurs intérêts se trouvent étroitement liés.

librement révoqué. Cela en raison de l'atteinte qui pourrait en découler pour les intérêts du mandataire. Tout comme l'unanimité est requise en matière d'indivision, le mandant doit en principe obtenir l'accord du mandataire pour que le contrat puisse être résilié⁵⁰. En matière de société, s'il peut être dérogé aux règles de la majorité par le biais de l'abus de majorité, c'est en raison de l'atteinte qui est portée par la décision aux intérêts particuliers des minoritaires⁵¹.

En somme parce que l'intérêt commun n'est qu'imbrication d'intérêts étroitement liés, toute action d'une de ses parties suppose la prise en compte de l'intérêt des autres le composant. Il n'est dans cette mesure utilisé par le droit positif que pour limiter l'activité de ses membres.

14. La «communauté d'intérêts» ne s'inscrit pas dans cette perspective. Elle n'est jamais invoquée pour rétablir un équilibre entre des parties poursuivant un intérêt commun. Aucune hypothèse ne révèle l'action d'une personne portant atteinte à l'intérêt commun qui la lie à d'autres, la solution issue de l'existence d'une «communauté d'intérêts» venant réparer cette atteinte.

Ainsi, dans le cas d'une société se portant caution en dehors de son objet social au bénéfice d'un tiers, il n'y a aucune atteinte à l'intérêt commun la liant au débiteur. Le droit objectif ne vient pas en conséquence réparer cette atteinte. Au contraire, arguant de l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société et le débiteur, la jurisprudence estime que la sûreté consentie est valable.

S'il s'agissait d'intérêt commun, il ne serait plus un instrument de limitation de l'activité des membres qu'il lie, mais au contraire un

50 La jurisprudence (Cass. civ. 13 mai 1885, S. 1887, 1. 220; Cass. com. 26 février 1958, D. 1958, p. 541, J. Vidal; Cass. com. 10 novembre 1959, Bull. civ. III, n° 384; Cass. 1^{ère} civ. 3 juillet 2001, D. 2001, p. 2826) estimant que le mandat en cause ne peut être révoqué que du consentement mutuel des parties ou pour une cause légitime reconnue en justice ou encore en application des clauses et conditions spécifiées dans le contrat.

51 D. Schmidt, *op. cit.*, n° 6.

motif justifiant la validité d'actes qui autrement ne pourraient l'être. Cela est impossible. L'intérêt commun — simple somme d'intérêts individuels — ne peut permettre à une société d'agir au-delà de sa capacité normale. L'intérêt commun ne transcendant pas les intérêts de ses membres, la volonté de le satisfaire ne permet pas aux parties d'agir au-delà de ce qu'elles le peuvent dans un intérêt strictement personnel. Le seul biais par lequel une telle explication paraîtrait possible résiderait dans l'appartenance de la société caution à un groupe de sociétés⁵². A l'instar de ce que l'intérêt du groupe constitue un fait justificatif en matière d'abus de biens sociaux⁵³, il justifierait quelques dérogations au droit commun des sociétés, autorisant notamment certains concours financiers normalement prohibés⁵⁴. L'objet de la société ne devrait pas être envisagé indépendamment, mais au regard de la stratégie du groupe. Une telle assertion, aussi séduisante soit elle ne peut être retenue. Si tel était le cas, la justification ne tiendrait plus véritablement dans l'existence d'un intérêt commun, mais à l'instar de ce qu'est l'intérêt social pour les associés, d'un intérêt collectif, transcendant les intérêts particuliers de ses membres. La poursuite de cet intérêt propre au groupe légitimerait alors le sacrifice au moins temporaire de certains intérêts particuliers, l'individu étant nécessaire-

52 La notion de groupe de sociétés, n'étant pas ici retenue dans le sens qu'elle a en matière de consolidation comptable (L. 233-16 C. com.) ou en matière de déclaration de franchissements de seuils pour les sociétés cotées (L. 233-3 C. com.). Le concept de groupe est alors entendu de manière large. Ainsi, selon J. Paillusseau («La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques», D. 2003, p. 2346, spéc. n° 9), il est possible de considérer qu'il y a groupe de société dès que des sociétés, malgré le principe d'indépendance et d'autonomie juridique, ne sont véritablement indépendantes parce qu'elles sont économiquement liées. La notion de «communauté d'intérêts» est d'ailleurs utilisée pour caractériser le groupe de société : voir par exemple, C. d'Hoir-Lauprêtre, «L'émergence d'un droit des obligations adapté au phénomène des groupes de sociétés», D. 1993, p. 248; Q. Urban, op. cit.

53 M.-E. Boursier, «Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité», Rev. Soc. 2005, p. 273.

54 La notion de «communauté d'intérêts» a d'ailleurs été utilisée en dehors du couple SCI/société d'exploitation. Ainsi, pour la caution consentie par une SNC au profit d'une autre société voir : Cass. com. 6 juin 2001, op. cit.. Pour une communauté d'intérêts entre deux SARL, voir : Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.

ment soumis au collectif. Surtout, une telle justification doit être rejetée, car l'utilisation de la «communauté d'intérêts» en matière de caution dépasse les seules hypothèses dans lesquelles un groupe de société peut être identifié. Elle sert en effet à valider des cautions consenties par des sociétés au profit de débiteurs personnes physiques⁵⁵. L'intérêt du groupe ne peut par conséquent être le fondement de ces solutions⁵⁶.

15. Dans le même sens, lorsque la «communauté d'intérêts» est invoquée pour justifier une présomption de solidarité entre débiteurs en matière commerciale⁵⁷, il y a là une conséquence qui ne peut être rattachée au régime de l'intérêt commun. L'intérêt commun comme l'abus de droit est *«un mécanisme correcteur, une façon d'assurer le respect des finalités du système juridique»*⁵⁸. En principe, chacun est libre d'administrer ses intérêts comme il l'entend. Cependant dès que cet intérêt est commun —même s'il n'est pas transcendant à l'intérêt de ses membres— parce que l'action de chacun engendre nécessairement des conséquences sur la situation des autres, la liberté est restreinte. L'intérêt commun au sens strict du terme n'est qu'un instrument de limitation de l'action de ses membres. Il ne peut être source de présomptions de consentement. Pas plus qu'il ne peut être à l'origine d'un mécanisme de représentation en procédure civile. Aussi, lorsqu'une «communauté d'intérêts» est avancée pour écarter la tierce opposition d'une personne non partie au jugement, il ne peut s'agir d'une conséquence normalement attachée à l'intérêt commun au sens strict du terme. Les exemples peuvent être multipliés, aucune des

55 Cass. com. 8 novembre 2007, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit..

56 La Cour de cassation rejette d'ailleurs la justification par l'intérêt du groupe. Voir Cass. com. 13 novembre 2007, inédit n° 06-15826, JCP G 2008, I, 147, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker, JCP G 2008, I, 152, n° 3, obs. P. Simler et P. Delebecque, LPA 3 avril 2008, n° 68, p.7, note. P. Schultz.

57 Supra n° 11.

58 T. Hassler, op. cit. p. 631.

conséquences attachées à la «communauté d'intérêts», aussi diverses soient-elles, ne sont assimilables à celles de l'intérêt commun. Qu'elle permette de démontrer qu'un salarié relève d'une pluralité d'employeurs alors que son contrat le lie à un seul⁵⁹, serve de critère d'identification d'une unité économique et sociale⁶⁰

Si les solutions découlant de la présence d'une «communauté d'intérêts» ne ressemblent en rien à celles découlant normalement de l'intérêt commun, ce seul élément ne peut à lui seul permettre d'écarter toute synonymie entre les deux expressions. Il n'y a là qu'un indice, définitivement conforté par le fait que la «communauté d'intérêts» n'est jamais avancée dans un but protection de l'intérêt de ses membres.

2. «Communauté d'intérêts» et intérêt commun, des notions invoquées dans un but distinct.

16. L'analyse des situations dans lesquelles le droit positif utilise la «communauté d'intérêts» montre qu'au-delà des apparences, les solutions qu'elle implique ne sont pas destinées à satisfaire l'intérêt de ses membres. Ce qui est motivé par l'existence d'une «communauté d'intérêts», ne l'est donc pas par la satisfaction de l'intérêt commun. Les deux notions sont nécessairement irréductibles l'une à l'autre.

Une telle affirmation peut paraître surprenante en matière de sociétés, où la doctrine justifie généralement la jurisprudence validant les cautions consenties par le dirigeant en dehors de l'objet social par le prisme de l'intérêt commun⁶¹. Pourtant, même dans cette hypothèse, il n'est pas certain que la caution soit passée entre autres intérêts dans celui de la société. Plusieurs éléments tendent même à prouver le contraire.

59 Voir par exemple: Cass. soc. 25 janvier 2006, op. cit.

60 Cass. soc. 19 décembre 1972, Bull. soc. 1972 n° 710; B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, op. cit., n° 90.

61 Supra n° 12.

En premier lieu, lorsque la «communauté d'intérêts» est reconnue pour valider un acte de cautionnement, il est loin d'être acquis que l'intérêt de la société l'exige de manière si impérieuse que la réalisation de son objet social en dépende. Même lorsqu'une SCI se porte caution pour son locataire, alors qu'elle tire tous ses revenus du loyer perçu⁶², cela n'est pas inéluctable⁶³. Si le fait de n'avoir qu'une seule source de revenus crée une fragilité certaine et rend la SCI dépendante de son locataire, cette dépendance n'est réelle que si l'immeuble présente des caractères suffisamment marqués⁶⁴ qui en limitent les possibilités de location. A défaut, la SCI n'est pas liée à son locataire. Son intérêt réside d'ailleurs dans la résiliation du bail en cas de difficultés de paiements⁶⁵

En deuxième lieu, si l'intérêt de la société constituait le véritable critère de validation des cautions consenties pas des sociétés au profit de tiers, cette solution devrait être étendue à toutes les hypothèses dans lesquelles cette condition est réalisée. Or, cela ne peut pas être le cas, puisque la jurisprudence exige pour que la caution soit valable, que les emprunteurs cautionnés personnes physiques soient associés principaux de la société caution⁶⁶, ou encore qu'il y ait identité d'associés et de gérance entre la société cautionnée et la société caution.⁶⁷ Outre le fait, qu'il n'y a là aucun indice quant à la conformi-

62 L. Aynès, obs. ss. Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, op. cit.; A. Couret, note ss. Cass. 1^{ère} civ. 29 février 2000, op. cit. et ss. Cass. com. 14 juin 2000, Bull. Joly sociétés 2000, p. 1054; J. Faddoul, note ss. Cass. com. 1^{er} février 2000, op. cit.

63 C. Champaud, et D. Danet, op. cit.

64 Emplacement, aménagements, contraintes de voisinage

65 Dans une hypothèse où une SCI avait consenti une caution au bénéfice de la société louant ses locaux, pour que cette dernière puisse obtenir un prêt nécessaire à son activité, la 1^{ère} chambre civile a d'ailleurs considéré dans un arrêt que l'acte en cause était souscrit dans l'intérêt exclusif du locataire (Cass. 1^{ère} civ. 6 mars 1979, Bull. civ. I 1979, n° 81, RTD com. 1979, p. 753, obs. Alfandari et M. Jeantin).

66 Cass. com. 8 novembre 2007, op. cit.; Cass. com. 26 juin 2007, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.

67 Cass. 1^{ère} civ., 15 mars 1988, op. cit.; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} février 2000, op. cit.; Cass. com. 6

té de l'acte à l'intérêt de la société⁶⁸, cela conduit à rejeter la validité de la caution consentie au profit de certaines opérations pourtant indispensables à la réalisation de l'objet social. Même en l'absence d'identité d'associés et de gérance, une société peut avoir un intérêt impérieux à ce que soit consenti du crédit à un de ses partenaires essentiels comme à un fournisseur ou un client important⁶⁹.

En troisième lieu, si l'intérêt social justifiait véritablement les actes en causes, il est étonnant que la jurisprudence ne l'explique pas clairement⁷⁰. La lecture des arrêts oblige même à considérer que l'intérêt social n'est que rarement directement visé. Lorsqu'il l'est c'est après avoir relevé l'existence d'une «communauté d'intérêts» pour relever qu'il n'est pas violé⁷¹, ou encore qu'il n'y a pas lieu de vérifier son intégrité dans la mesure où cela n'était pas demandé⁷²! Ce constat permet de douter que les magistrats vérifient la conformité de l'objet social par le prisme de l'intérêt social, la dernière hypothèse révélant même avec une acuité particulière que la «communauté d'intérêts» est envisagée indépendamment de l'intérêt social, et par conséquent de l'intérêt commun

Enfin, la caution n'est manifestement pas d'«intérêt commun» dès lors qu'elle est consentie dans l'intérêt exclusif du débiteur cau-

juin 2001, op. cit.; Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.; Cass. com. 3 décembre 2003, op. cit.

68 A moins de confondre intérêt social et intérêt commun des associés. Voir D. Schmidt, op. cit.

69 Y. Guyon, obs. ss. 15 mars 1988, op. cit.; J.-F. Barbiéri, «Cautionnement et sociétés, dix ans de jurisprudence», op. cit.

70 Y. Guyon, obs. ss. Cass. com. 28 mars 2000, Rev. soc. 2000, p. 535.

71 Voir par exemple Cass. com. 17 juillet 2001, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 6 décembre 2005, op. cit.

72 Cass. 2^{ème} civ. 13 mars 2008, op. cit. : «qu'ayant ainsi fait ressortir l'existence d'une communauté d'intérêts entre le centre de formation, caution, et la société cautionnée, la cour d'appel qui n'était pas tenue d'effectuer d'autres recherches, dès lors qu'il n'était pas établi ni même allégué que le cautionnement était contraire à l'intérêt social, a légalement justifié sa décision».

tionné, la société n'en retirant directement ou indirectement aucun avantage. Dans cette hypothèse en effet, il n'y a plus «convergence d'intérêts»⁷³.

17. Tous ces arguments conduisent à considérer que la validation des cautionnements par le biais d'une «communauté d'intérêts» ne peut s'expliquer par l'existence d'une «convergence d'intérêts particuliers», bref par le biais de l'intérêt commun.

Ces mêmes différences entre la «communauté d'intérêts» et l'intérêt commun se retrouvent dans bien d'autres domaines. Ainsi, par dérogation au droit commun, la «communauté d'intérêts» est avancée comme légitimant la présomption de solidarité existant entre débiteurs en matière commerciale⁷⁴. Il est difficile de percevoir quel peut être l'avantage que retirent les débiteurs d'une telle solution. A l'évidence, la solidarité est une institution qui est favorable au créancier, le mettant à l'abri de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs. A l'inverse, elle n'est pas à l'avantage des débiteurs dont un seul peut se retrouver obligé au paiement du tout, supportant l'éventuelle insolvabilité de son codébiteur. D'ailleurs, lorsque cet intérêt commun est décrit, il apparaît comme: «l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter et des débiteurs dont il augmente le crédit»⁷⁵. Il ne s'agit dès lors plus de l'intérêt commun entendu comme une «convergence d'intérêts particuliers», mais bien plus d'un intérêt transcendant les parties. La présomption est fondée par «l'intérêt général du crédit commercial»⁷⁶, et non pas par l'intérêt commun.

Il est même des hypothèses dans lesquelles la communauté d'intérêts est invoquée, alors qu'elle est foncièrement contraire à l'intérêt de ses membres: qu'elle soit destinée à caractériser un abus en

73 Cass. com. 6 décembre 2005, op. cit.; Cass. com. 8 novembre 2005, op. cit.

74 Supra n° 11.

75 J. Hamel, op. cit.

76 M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, 1931, T. 7, n° 382.

droit fiscal⁷⁷, permette d'étendre la dissolution d'une secte à toutes les sociétés liées au mouvement en raison de la «communauté d'intérêts» les unissant⁷⁸, ou encore conduite à attribuer la qualité de débitrice à une société ayant normalement perdu cette qualité par le biais d'une scission, en raison des liens entretenus avec la société bénéficiaire⁷⁹

Constater que l'intérêt commun ne peut servir à justifier les solutions impliquées par la «communauté d'intérêts», c'est affirmer la singularité de cette dernière notion. Encore convient-il de dégager les caractères qui lui confient son identité.

II. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes liées par des intérêts communs.

18. Irréductible à l'intérêt commun, l'entreprise de caractérisation de la «communauté d'intérêts» n'est pas vaine. Cette expression doit être appréhendée comme désignant un groupe de personnes liées par un ou plusieurs intérêts communs. Plus précisément, lorsque l'expression de «communauté d'intérêts» est utilisée par le droit positif, c'est pour démontrer l'existence d'un groupe et en tirer des conséquences vis-à-vis des tiers, là où la loi ne le prend normalement pas en considération (A).

Lorsqu'elle est invoquée, ses membres sont traités différemment que s'ils agissaient à titre purement individuel. Permettant de déroger au droit commun, souvent en l'absence de prescription légale, la «communauté d'intérêts» n'est pour autant pas illégitime. N'y

77 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, Bull. civ. I, n° 01-12925.

78 Article 1 de la loi du 12 juin 2001 «tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales».

79 Alors que cette opération emporte normalement transmission universelle des droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet d'apport. Voir par exemple Cass. com. 5 février 1991, D. 1992, p. 27, note Y. Chartier; Cass. com. 5 mars 1991, op. cit.; Cass. 3^{ème} civ. 16 janvier 2008, inédit n° 04-20218.

sont en effet attachées des conséquences importantes que dans les hypothèses où dans un groupe comprenant des personnes morales celles-ci ne servent en réalité que les intérêts d'une seule personne. Le recours à cette notion apparaît, dans cette mesure, légitime (B).

A. L'originalité de la notion de «communauté d'intérêts».

19. Le Droit attachant dans certaines situations des conséquences positives au constat de l'existence d'une «communauté d'intérêts», il convient d'identifier sa nature réelle. Elle apparaît alors comme un groupe de personnes liées par un ou plusieurs intérêts communs. En utilisant la notion de «communauté d'intérêts», l'existence d'un groupe est démontrée afin d'en tirer des incidences quant au régime qui doit gouverner les rapports entre ses membres et les tiers (1). Encore faut-il préciser que le recours à cette notion n'apparaît utile que dans les hypothèses où il n'existe pas de règles gouvernant les rapports du groupe en cause avec les tiers, en général parce qu'il résulte d'une situation de fait (2).

1. La «communauté d'intérêts», groupe de personnes appréhendé par le Droit.

20. La «communauté d'intérêts» n'est pas l'intérêt commun mais le groupe de personnes liées par un intérêt commun. Il n'y a pas là un simple sophisme. Quel que soit le domaine, dès lors que l'expression «communauté d'intérêts» est utilisée, c'est l'existence du groupe social qui intéresse en premier lieu le droit.

Pour preuve, les décisions se prononçant sur la présence d'une «communauté d'intérêts» montrent l'existence d'un groupe de personnes poursuivant ou protégeant un intérêt commun. Mais il importe peu que la solution déduite soit favorable à cet intérêt. Le constat objectif du groupe conduit seul à consacrer l'existence d'une «communauté d'intérêts».

Ainsi, il a été relevé⁸⁰ que l'intérêt commun ne pouvait systé-

80 Supra n° 11.

matiquement justifier la validité de la caution consentie par une SCI en dehors de son objet social au profit de la société d'exploitation louant ses locaux. Par contre, indubitablement les deux sociétés peuvent être considérées comme formant un groupe poursuivant un objectif commun. Leur lien est tel que la doctrine affirme dans cette hypothèse que c'est le patrimoine d'une seule et même entreprise qui a été scindé en deux⁸¹. Dans le même sens ce n'est que parce qu'elles «*constituent réellement une entreprise unique*»⁸², que deux sociétés peuvent être considérées comme formant une unité économique et sociale. Dans un tout autre domaine, s'il n'existe aucun intérêt commun entre deux débiteurs à ce que leur dette soit présumée solidaire, c'est l'existence d'un groupement qui est à l'origine de cette règle. Sous l'ancien Droit en effet, la présomption ne fonctionnait que dans la situation où deux marchands achetaient ensemble une marchandise. Cette règle était fondée sur une présomption irréfragable de société⁸³, donc d'un groupe de personnes poursuivant un objectif commun. Les exemples peuvent être multipliés. Systématiquement, quel que soit le domaine, la «communauté d'intérêts» est considérée comme existante par le seul constat du groupe, indépendamment de l'intérêt que ce dernier en retire. Ainsi, en matière de sectes, si à l'évidence il n'existe pas d'intérêt commun à ce que plusieurs sociétés ou personnes morales soient dissoutes en raison de leur activité, le fait que l'on puisse identifier entre elles des liens permettant de justifier qu'elles poursuivent le même but est apte à l'expliquer⁸⁴. C'est de l'appartenance à un groupe que sont tirées des conséquences juridiques.

21. Dans tous ces exemples, il est évident qu'il y a «communauté d'intérêts», entendue comme groupe de personnes, et non pas

81 Voir par exemple : A. Couret, obs. ss. Cass. 1^{ère} civ. 29 février 2000, op. cit., spéc. n° 7; J. Faddoul, op. cit.

82 G. Couturier, «L'unité économique et sociale, trente ans après», *Semaine sociale Lamy*, 2003, suppl. au n° 1140.

83 Pothier, op. cit., T.1, p. 247

84 Art. 1 de la loi du 12 juin 2001, op. cit.

intérêt commun. Les deux notions sont proches, mais ne se superposent pas. Dans le cadre de la «communauté d'intérêts», c'est l'existence même du groupe qui est prise en considération, indépendamment de l'intérêt qui unit ses membres. Cette prise en compte du groupe par le Droit a généralement pour fin de protéger des intérêts qui lui sont tiers.

Ainsi, lorsque les juges usant du terme de «communauté d'intérêts» existant entre une société et un débiteur, considèrent la caution consentie par la première au-delà de l'objet social comme valable, ils ont au préalable tranché un conflit d'intérêts. Celui-ci opposait l'intérêt de la société se portant caution⁸⁵ à celui du créancier. C'est la protection de l'intérêt du créancier qui justifie que l'on ait recours à la démonstration de l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre la société-caution et le débiteur. Dans le même sens, s'il est parfois fait recours à la «communauté d'intérêts» liant les débiteurs pour justifier la présomption de solidarité en matière commerciale, il s'agit de protéger l'intérêt du tiers créancier. L'origine coutumière de cette présomption en atteste. Initialement, elle n'avait vocation à s'appliquer que dans les seules hypothèses où le créancier était en mesure de penser que ses débiteurs étaient liés par une société en nom collectif⁸⁶. Ce qui, le cas échéant lui garantissait aux termes de l'ordonnance de 1673 le caractère solidaire de la dette⁸⁷. La présomption de solidarité avait alors sans doute pour vocation de ne pas déjouer ses prévisions en cas d'insolvabilité du débiteur auquel il s'adresse⁸⁸. En matière sociale, lorsque des sociétés entretiennent des liens tels que peut

85 Comprenant indirectement celui des associés lorsque la société est à responsabilité illimitée, ce qui est le cas dans la majorité des hypothèses.

86 C'est-à-dire lorsque deux commerçants effectuaient des achats en commun.

87 Pothier, op. cit. t. 5, p. 247.

88 De même, c'est encore dans l'intérêt du créancier, qu'est relevée une «communauté d'intérêts» en matière maritime afin de lui permettre de saisir un navire n'appartenant pas à son débiteur (En application de la jurisprudence appliquant l'article 3 de la Convention de Bruxelles du 10 mai 1952).

être caractérisée entre elles une «communauté d'intérêts», sa mise en évidence permet la défense de l'intérêt des salariés. Elle peut en effet conduire à qualifier les membres de la communauté de co-employeurs⁸⁹. Il en allait de même à l'origine lorsque la «communauté d'intérêts» entre deux sociétés était utilisée pour démontrer l'existence d'une unité économique et sociale⁹⁰. Cette reconnaissance était destinée à défendre l'organisation légale des relations collectives du travail contre des menaces liées à l'utilisation de techniques sociétaires par l'employeur⁹¹.

Si généralement la «communauté d'intérêts» est invoquée afin de protéger des intérêts tiers à ses membres, il n'en est pas toujours ainsi. En matière de presse notamment, pour qu'il y ait diffamation⁹², il est nécessaire que les propos diffamatoires aient fait l'objet de publicité. Or, la Cour de cassation, prenant en considération la nécessité qu'il peut y avoir à partager des informations au sein d'un groupe, estime que les propos diffamatoires tenus dans une réunion privée de personnes liées par une «communauté d'intérêts» et relatifs à l'objet commun ne sont susceptibles d'aucune incrimination⁹³. S'il ne s'agit pas de protéger l'intérêt tiers au groupe, il n'en demeure pas moins

89 Y. Aubrée, «Contrat de travail», Rép. Dalloz Travail, n° 118. Aussi, en cas de passage du salarié d'une société à l'autre il ne perdra pas son ancienneté et par conséquent tous les droits qui peuvent en découler en cas de licenciement (par exemple : Cass. soc. 1^{er} juillet 1965, Bull. soc. 1965 n° 530).

90 La «communauté d'intérêts» ayant vocation à prouver la composante économique de l'unité économique et sociale.

91 G. Couturier, op. cit.. Il est cependant vrai que cette optique a aujourd'hui changé. Les chefs d'entreprises peuvent y recourir spontanément dans les ensembles complexes afin de dissocier «l'entreprise cadre de régulation des relations de travail et les sociétés employeurs» (id.). Ainsi, selon M. Cohen («Les confusions relatives au périmètre de l'unité économique et sociale», Revue de jurisprudence sociale 1/03/01, p. 183) ils peuvent y avoir recours «pour conforter leur montage juridique dans leurs rapports avec les administrations, les syndicats et les représentants du personnel, pour profiter parfois de nouveaux effets de seuil, ou pour des raisons fiscales».

92 Au sens de l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881.

93 par exemple Cass. crim. 24 août 1922, Gaz. Pal. 1922. 2. 636.

qu'il s'agit de prendre en considération le phénomène de groupe afin d'en tirer des conséquences vis-à-vis des tiers.

Finalement, quelle que soit sa finalité, le recours à la notion de «communauté d'intérêts» a pour vocation la démonstration de l'existence d'un groupe de personnes liées par des intérêts communs. Encore faut-il préciser que cette notion ne présente d'utilité que dans les hypothèses où *a priori* le droit ne prévoit pas la prise en considération du groupe: dans les hypothèses où il résulte d'une situation de fait.

2. La «communauté d'intérêts», situation de fait appréhendée par le Droit

22. L'expression «communauté d'intérêts» — entendue comme un groupe de personnes poursuivant un ou plusieurs intérêts communs — englobe toutes les hypothèses de groupements de personnes. La réalité recouverte est alors vaste. C'est sans doute la raison pour laquelle, elle permet de désigner tant un ensemble de personnes morales, que de personnes physiques, et même de personnes physiques et morales⁹⁴! Destiné à appréhender un groupe dans ses rapports avec les tiers, le recours à cette notion est inutile lorsque celui-ci est doté d'une personnalité morale. Le cas échéant, vis à vis des tiers, le groupe s'efface derrière la personne.

Au sens large du terme, la «communauté d'intérêts» est donc susceptible de concerner tous les groupes de personnes, dépourvus de personnalité morale. Pour autant, il convient de souligner que la loi ou la jurisprudence n'utilisent l'expression «communauté d'intérêts» que dans les hypothèses où le groupement n'obéit à aucune forme préétablie par le Droit⁹⁵. La «communauté d'intérêts» sert à démontrer l'existence en fait de groupes de personnes.

94 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 8 novembre 2007, op. cit.

95 Ou du moins dans les seules hypothèses où les membres d'un groupe n'ont pas juridiquement organisé leurs relations avec les tiers.

23. Généralement, le groupement en cause n'obéit à aucun schéma juridique préétabli, l'union n'existe qu'en fait. Les membres de la communauté ont eu la volonté d'installer leur relation dans la sphère du «non-droit». Elles sont libres de le faire. Cependant la résurgence du groupe est parfois nécessaire, notamment lorsque la sauvegarde d'intérêts tiers l'exige. Il s'agit alors de démontrer qu'elles ont choisi de mener ensemble une action, de poursuivre un but, et d'en tirer comme conséquence que ce qui atteint l'une d'elles ne peut laisser les autres indifférentes. La démonstration de leur appartenance au groupe leur fait perdre en quelque sorte leur autonomie, leur indépendance vis-à-vis des tiers.

Par exemple, lorsqu'un entrepreneur décide de scinder le patrimoine de son exploitation en deux, et qu'il confie les biens immobiliers à une société civile immobilière, et le reste à une société d'exploitation, *in abstracto* il y a deux sociétés juridiquement indépendantes, simplement liées par une relation de bailleur à preneur. Mais il ressort d'une analyse concrète des faits, que les deux sociétés poursuivent exactement les mêmes objectifs, que l'activité de l'une ne peut être désolidarisée de l'autre. Il en va alors de l'intérêt du créancier qu'une telle union de fait soit prise en compte. La qualification de «communauté d'intérêts» intervient à cette fin. Elle permet de considérer que le créancier a noué des rapports avec le «membre d'un groupe», là où en application du droit commun, il n'y a normalement qu'une relation interindividuelle classique. Cette considération conduit à considérer que la société caution n'est pas totalement étrangère à la relation établie entre le créancier et le débiteur.

De même, les sociétés constituant une unité économique sont juridiquement indépendantes. S'il existe un groupe, il s'agit simplement d'une situation de fait. En considérant qu'elles sont liées par une «communauté d'intérêts», elles sont alors traitées comme si elles n'étaient qu'une vis-à-vis des salariés. Il en va pareillement en matière de sectes, où toutes les personnes morales membres d'une «com-

munauté d'intérêts» vont pouvoir être dissoutes simultanément, alors qu'*a priori* le sort des unes ne devrait pas avoir d'incidence sur les autres.

Affirmer que l'expression «communauté d'intérêts» ne s'applique au sens strict du terme qu'à des groupes de fait peut paraître excessif au regard d'un arrêt qualifiant, une indivision de communauté d'intérêts⁹⁶. Cependant, outre le fait qu'il y a ici une solution isolée, il importe de souligner que les motifs ayant poussé à une telle qualification sont identiques à ceux existant en matière de groupe de fait. Il s'agissait d'établir qu'un indivisaire avait représenté en défense son coïndivisaire lors d'un jugement afin d'écarter la recevabilité de sa tierce opposition. En l'absence de mandat de représentation, pour le demandeur, ce dernier était véritablement un tiers. L'indivision étant dépourvue de personnalité morale, dès lors qu'un seul indivisaire est assigné en justice, tous les autres restent tiers. La démonstration d'une «communauté d'intérêts» avait donc bien pour but de démontrer qu'en fait, en agissant contre un membre du groupe, les autres ne pouvaient être considérés comme totalement étrangers⁹⁷.

24. En démontrant l'existence d'une «communauté d'intérêts», l'appartenance d'une personne à un groupe va être prise en considération vis-à-vis des tiers. Elle perd son indépendance à l'égard des autres membres, alors que le groupe ne résulte que d'une situation de fait. La «communauté d'intérêts» permet de traiter une personne comme «membre de groupe» dans des situations où la loi ne voit normalement qu'une personne totalement indépendante, autonome. À l'évidence, il n'existe aucun obstacle, lorsque la loi le prévoit. Par contre le recours d'office par le juge à la «communauté d'intérêts» peut poser problème. En excipant d'une «communauté d'intérêts», le juge distingue entre les individus selon qu'ils appartiennent ou non à un groupement, là où la loi n'opère aucune distinction.

96 Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, n° 07-11667.

97 Voir infra B. 2.

B. La légitimité du recours à la «communauté d'intérêts».

25. Les conséquences attachées à la «communauté d'intérêts» dérogent au droit commun en ce que l'appartenance à un groupe modifie le régime juridique applicable à ses membres. Ces derniers sont traités différemment que s'ils étaient seuls. Leur individualité s'efface en raison de la «communauté d'intérêts» à laquelle ils adhèrent. C'est cette atteinte à l'indépendance, à l'autonomie juridique qui heurte le civiliste. D'autant qu'il paraîtrait absurde de tirer ce type de conséquences de la participation à tous type de «communauté d'intérêts». Cette dernière est susceptible de se manifester selon une variété d'intensités innombrables, tant les rapprochements entre les hommes sont susceptibles de degrés différents.

Un tel obstacle s'estompe cependant, dans la mesure où dans la grande majorité des hypothèses, la «communauté d'intérêts» n'est utilisée que pour désigner une catégorie spécifique de groupes de personnes. Il s'agit de ceux, exclusivement constitués de personnes morales ou mêlant personnes morales et physiques, au sein desquels le pouvoir n'est exercé que par une seule. La «communauté d'intérêts» permet alors de passer outre l'écran de la personnalité morale pour appliquer un régime juridique prenant en compte la réalité du pouvoir exercé (1). Hormis cette hypothèse, en l'absence de prescription légale, la «communauté d'intérêts» est dépourvue d'effets. Loin d'être révélatrice de l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers, elle crée simplement un contexte plus favorable que d'autres à l'identification d'un «mandat tacite» (2).

1. La «communauté d'intérêts» révélatrice de la réalité du pouvoir.

26. La plupart du temps lorsque le droit positif se réfère à l'expression «communauté d'intérêts», il s'agit de désigner une catégorie très particulière de groupe: celui au sein duquel, derrière l'apparence d'une pluralité de membres se cache l'exercice d'un pouvoir unique. C'est de cette prise en considération que le droit positif tire alors des conséquences.

27. Il en est ainsi, dès que la «communauté d'intérêts» permet de révéler la réalité du pouvoir détenu par une personne sur des biens par l'intermédiaire de personnes morales. Les critères d'identification de ce type de «communautés d'intérêts» sont à ce titre éloquentes. Lorsqu'une caution passée en dehors de l'objet social par une société est validée en raison d'une «communauté d'intérêts», le débiteur cautionné est soit une société comportant des associés et une direction identiques à la société caution, soit associé principal dans cette dernière. Ce sont les mêmes personnes qui contrôlent les deux sociétés ou de manière plus manifeste encore le débiteur cautionné contrôle la société caution. La «communauté d'intérêts» met en évidence le fait que c'est un seul patrimoine, celui de l'entreprise, ou du débiteur qui a été fragmenté en deux. Aussi lorsque le créancier obtient une caution d'une des sociétés en garantie de l'engagement consentie par l'autre, il ne fait que s'assurer qu'il a dans son gage la totalité des biens de l'entreprise. De même lorsqu'il obtient une caution en garantie de l'engagement de l'associé principal, il attire dans son gage la totalité des biens en réalité contrôlés par son débiteur. Finalement, par le biais de ces cautions, il est possible de procéder à des montages de sociétés type société civile immobilière/société d'exploitation, sans être suspecté de frauder les droits des créanciers. Elles leur assurent les mêmes droits que si tous les biens étaient restés dans un seul patrimoine. Il est alors normal qu'une fois la caution consentie, lorsque la société conteste sa validité, il ne soit pas fait droit à sa demande.

Certes, une analyse abstraite de l'objet social se fiant seulement à la rédaction des statuts tend à considérer l'acte comme ne rentrant pas dans le programme fixé à la société. Mais une analyse concrète révèle que la société a été constituée en grande partie pour satisfaire les intérêts de ceux qui la contrôlent⁹⁸. Garantir les engagements de ces derniers entre inéluctablement dans cet objectif. La caution consentie bien que non formellement prévue, est néanmoins se-

⁹⁸ Cela a souvent été pris en considération par les tiers créanciers

lon les termes de la jurisprudence «indirectement»⁹⁹ conforme à l'objet social¹⁰⁰.

Cette vocation de la «communauté d'intérêts» à faire apparaître la réalité du pouvoir exercé sur les biens dont la ou les personnes morales du groupe sont propriétaires, se manifeste également en matière de saisie conservatoire de navire¹⁰¹, en droit fiscal¹⁰². Parfois il est vrai que la finalité assignée à la «communauté d'intérêts» n'est pas directement avouée. Ainsi, la jurisprudence semble dans certains cas utiliser la «communauté d'intérêts» dans le cadre d'une application de la théorie de l'apparence afin de permettre à un créancier d'atteindre le patrimoine d'une société qui n'est *a priori* pas sa débitrice. Incontestablement, l'existence d'un tel groupement peut induire en erreur les tiers, quant à la personne de leur débiteur. Cependant à la lecture des arrêts en cause, il apparaît clairement que la théorie de l'apparence n'est qu'un prétexte permettant au créancier de pouvoir agir contre les différentes sociétés du groupe parce qu'elles sont en réalité contrôlées par la même personne. Tel a par exemple été le cas en matière d'apport partiel soumis au régime des scissions¹⁰³ ou encore en matière de construction¹⁰⁴.

28. Dans d'autres circonstances, lorsqu'une «communauté d'intérêts» est excipée afin de démontrer l'existence d'une unité économique et sociale, il s'agit de dévoiler la réalité du pouvoir exercé par l'intermédiaire de personnes morales distinctes non plus sur des

99 Cass. 1^{ère} civ. 15 mars 1988, op. cit.

100 Il est tentant de penser que ce faisant, elle énonce aux associés qu'ils ne peuvent se contredire (*Venire contra factum proprium nulli conceditur*).

101 En ce qu'elle permet à un créancier de demander la saisie conservatoire d'un navire n'appartenant pas à la société débitrice, mais à une autre société composée des mêmes associés. Y. Tassel, «Navire, saisie conservatoire», *J. Cl. Transport*, fasc. 1128, n° 83.

102 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 septembre 2003, op. cit.

103 Cass. com. 5 février 1991, op. cit.

104 Cass. 3^{ème} civ. 26 juin 1996, inédit n° 94-20742.

biens mais sur un ensemble de salariés. Il existe une entreprise unique répartie entre plusieurs sociétés juridiquement distinctes. *«La reconnaissance de l'unité économique et sociale n'est rien d'autre que le constat d'une réalité: ces sociétés constituent réellement ensemble une entreprise unique. C'est, en somme, le principe de réalité qui conduit ainsi à appréhender cette entreprise unique en dépit de la pluralité des sociétés juridiquement distinctes»*¹⁰⁵. L'unité économique pourra alors être prouvée en démontrant la similarité ou la complémentarité des activités ainsi que la concentration du pouvoir de direction¹⁰⁶, et parfois même l'existence d'une imbrication de capitaux¹⁰⁷.

29. Souvent, dans toutes ces situations, les personnes morales en cause ne sont véritablement que des instruments destinés à servir les intérêts particuliers de ceux qui les contrôlent¹⁰⁸. Ces «communautés d'intérêts» révèlent en ce sens le caractère fictif de certaines personnes morales. Cependant, comme le souligne une partie de la doctrine¹⁰⁹, la personnalité juridique naissant dès immatriculation, il existe toujours un risque que celles-ci soient parfois utilisées dans le seul but de scinder un patrimoine. Il n'est d'ailleurs pas certain qu'une telle attitude soit opposée à la volonté du législateur¹¹⁰.

105 G. Couturier, op. cit. : *«La reconnaissance de l'unité économique et sociale n'est rien d'autre que le constat d'une réalité : ces sociétés constituent réellement ensemble une entreprise unique. C'est, en somme, le principe de réalité qui conduit ainsi à appréhender cette entreprise unique en dépit de la pluralité des sociétés juridiquement distinctes»*.

106 Il y a par exemple unité de direction lorsqu'à la tête de chacune des entités en principe juridiquement autonomes se trouvent le même directeur général et le même secrétaire général (Cass. soc., 15 janv. 2002, n° 00-60.256). Il en est de même pour deux sociétés dirigées par la même personne physique et où il n'existe qu'un seul directeur des ressources humaines (Cass. soc., 29 mai 2002, n° 01-60.627). La présence de liens familiaux entre les différents dirigeants constitue aussi un indice (Cass. soc., 9 juin 1988, no 87-60.346).

107 B. Teyssié, op. cit.

108 La simple démonstration de l'existence d'un groupe ne suffit pas. Voir par exemple Cass. com. 13 novembre 2007, op. cit.

109 J.-J. Daigre, «Sociétés fictives», Rép. Dalloz sociétés, n° 18.

110 La possibilité de constituer des sociétés unipersonnelles n'est-elle pas destinée à permettre à un individu de scinder son patrimoine? Voir. J.-J. Daigre, op. cit.

La «communauté d'intérêts» apparaît alors comme un excellent outil destiné à contourner l'écran de la personnalité morale lorsque cela est nécessaire sans pour autant lui porter une atteinte définitive, à l'instar de la déclaration de fictivité. Elle ne conduit pas à la disparition de la société en cause. Un tel effet serait inutile. Dans le cadre des cautions consenties par des sociétés au-delà de leur objet social, par exemple, les créanciers n'ont pas intérêt à la disparition de la société, mais seulement à ce que la caution soit maintenue¹¹¹.

La «communauté d'intérêts» est alors une notion fonctionnelle grâce à laquelle un équilibre délicat est obtenu. Elle permet de sauvegarder les intérêts de tiers tout en limitant au maximum l'impact que cela peut avoir sur la personne morale. Elle ne jette pas le discrédit sur certains montages juridiques¹¹², et elle évite aux tiers d'avoir à rapporter la preuve parfois difficile de l'existence d'une fraude¹¹³ nécessaire en matière de fictivité¹¹⁴.

30. Irréductible à la fictivité des personnes morales, la «communauté d'intérêts» l'est également à la confusion de patrimoine¹¹⁵. Dans la confusion de patrimoines, les patrimoines de plusieurs personnes morales ont été traités comme s'il s'était agi d'un seul. Or, par nature la «communauté d'intérêts» n'entraîne pas de telles conséquences, elle n'implique pas qu'il y ait eu des flux financiers anormaux

111 En cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur, ils ont même intérêt à ce que la personne morale de la société caution reste intègre.

112 Comme celui liant société civile immobilière à une société d'exploitation (C. Cutajar, «Le montage de société civile immobilière/société d'exploitation à l'épreuve de l'extension jurisprudentielle de la procédure collective», Bull. Joly sociétés, 1999, p. 1057).

113 En matière d'unité économique et sociale, la démonstration d'une «communauté d'intérêts» entre les sociétés s'est ainsi substituée à la démonstration d'une fraude. Le premier arrêt en la matière employant l'expression «communauté d'intérêts» est en effet celui à compter duquel l'exigence d'une fraude a disparu (Cass. soc. 19 décembre 1972, op. cit.).

114 J.-J. Daigre, «Société fictive», *Rép. sociétés Dalloz.*, n° 46.

115 J.-P. Garçon, «La séparation de l'actif immobilier et de l'actif commercial par superposition de deux sociétés civile et commerciale, et la confusion de patrimoine», Bull. Joly sociétés, 1996, p. 901.

d'un patrimoine à un autre. La «communauté d'intérêts» peut constituer un indice de confusion¹¹⁶ mais ne suffit pas à elle seule à la caractériser¹¹⁷.

2. La «communauté d'intérêts» révélatrice de l'existence d'un mandat.

31. Le terme de «communauté d'intérêts» désigne dans la majorité des hypothèses un groupe de personnes en réalité contrôlées par une seule. La notion de «communauté d'intérêts» n'est pas pour autant réductible à cette seule situation. Parce que la «communauté d'intérêts» est un groupe de personnes liées par des intérêts communs, il est tentant de présumer que ses membres se sont délivrés mutuellement mandat pour tous les actes relatifs aux objectifs communs. Pourtant, en l'absence de prescription légale une telle idée doit être rejetée compte tenu de l'atteinte qui pourrait être portée à l'autonomie des membres du groupe. La «communauté d'intérêts» constitue simplement dans certaines hypothèses un contexte plus propice que d'autres à la reconnaissance d'un mandat tacite.

32. Ainsi, pour une partie de la doctrine la présomption de solidarité commerciale est fondée sur l'existence d'une «communauté d'intérêts». Faute de voir dans cette dernière expression l'intérêt commun des parties, c'est peut-être l'idée de représentation mutuelle de ses membres qui justifie cette solidarité¹¹⁸. Le cas échéant, encore faut-il préciser que cette solidarité ne tire pas sa force du seul constat de l'existence d'une «communauté d'intérêts», mais de l'application d'une règle coutumière¹¹⁹. Pour preuve, faute de prescription légale¹²⁰,

116 Voir par exemple : Cass. com. 1^{er} octobre 1997, inédit n° 95-14578.

117 Voir par exemple : Cass. com. 25 juin 2002, inédit, n° 99-12886; Cass. com. 14 mars 1995, Bull. civ. IV 1995, n° 82; Cass. com. 3 novembre 1992, inédit n° 90-17171; Cass. com.; 20 octobre 1992, Bull. civ. IV, n° 313. Contra : Cass. com. 30 juin 1964; Bull. civ. IV, n° 342.

118 Dans cette hypothèse, il faut alors adhérer au propos de F. Derrida, et considérer que la présomption de solidarité ne peut jouer que dans les hypothèses au sein desquelles peut être identifiée une «communauté d'intérêts» (op. cit., n° 22, p. 350).

la solidarité n'est présumée au sein de «communauté d'intérêts» qu'en matière commerciale, c'est-à-dire dans le domaine d'application de la coutume.

Il serait d'ailleurs inopportun de considérer que tout groupe entraîne une présomption de représentation mutuelle de ses membres. L'atteinte qui risquerait de leur être portée serait trop forte. A défaut de volonté expresse, il ne peut y avoir de représentation présumée que dans les hypothèses prévues par la loi¹²¹.

33. C'est sans doute la raison pour laquelle, en procédure civile, l'existence d'une «communauté d'intérêts» entre une partie à un jugement et un tiers, ne permet plus à elle seule de considérer ce dernier comme ayant été représenté¹²². Il est vrai que lorsqu'un intérêt est commun à plusieurs personnes, lorsque ce dernier a été défendu par l'une d'elles, pour éviter la multiplicité des recours, il pourrait être considéré qu'elle l'a fait pour l'ensemble de la communauté. Faute de prescription de la loi¹²³, il serait sans doute trop attentatoire à

119 Il est cependant difficile de déterminer si c'est la coutume qui est véritablement la source de cette règle ou la jurisprudence qui la véhicule. Voir P. Jestaz, «Source délicate», RTD civ. 1993 p. 78.

120 Un certain nombre de solidarités légales sont justifiées par l'existence d'une «communauté d'intérêts». Voir par ex. J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, op. cit., n° 314.

121 D'ailleurs, même sous l'ancien Droit la simple «communauté d'intérêts» ne suffisait pas à justifier de la solidarité entre commerçants. Il fallait se trouver dans le champ d'application de l'ordonnance de 1673. Les débiteurs devaient donc être associés d'une société en nom collectif ou du moins présumés l'être (pour la solidarité coutumière). Dans toutes les autres sociétés en effet, parce que ce n'était pas visé par l'ordonnance, bien qu'il y ait indéniablement «communauté d'intérêts», il était exclu qu'une telle représentation mutuelle soit présumée. Ainsi selon Pothier (op. cit., t.5, n° 105: *«Lorsque la dette n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en est tenue envers le créancier quand même par le contrat il auroit exprimé qu'il contractoit pour le compte de la société, tant en son nom qu'au nom de son associé: la disposition de l'ordonnance de 1673 qui porte qu'un associé oblige en cas ses associés, ne concerne que les sociétés de commerce»*)

122 Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 400.

123 Alors qu'elle estime représentés au jugements créanciers et ayants cause de la partie 583 CPC.

l'autonomie des membres de la «communauté d'intérêts» de retenir un tel principe. La seule «communauté d'intérêts» n'assure nullement que l'intérêt commun soit défendu au mieux par n'importe lequel de ses membres. Il serait dès lors excessif de considérer que tous sont, sans y avoir consenti, représentés par un seul. La «communauté d'intérêts», ne peut donc seule justifier le rejet de la recevabilité d'une tierce opposition¹²⁴. Elle doit être corroborée par d'autres éléments permettant de prouver que le tiers en cause a ostensiblement décliné la possibilité de défendre lui-même ses intérêts à l'instance. Il en va par exemple ainsi du coïndivisaire qui a refusé d'intervenir volontairement ou même d'être appelé en la cause comme l'y avait invité une des parties au jugement¹²⁵.

Puisque la «communauté d'intérêts» ne suffit pas à caractériser la représentation¹²⁶, les effets secondaires attachés par la jurisprudence à la solidarité ne sont plus justifiés¹²⁷. Il n'est plus possible de considérer que dans le cas où un seul débiteur a été assigné par le créancier, la chose jugée à son égard s'impose aux autres¹²⁸, ou encore que les coobligés ne peuvent former tierce opposition contre le jugement rendu contre l'un d'eux.

34. Il faut rejeter l'idée selon laquelle la «communauté d'intérêts» permet, en l'absence de loi, de présumer de manière irréfragable

124 Seule, la «communauté d'intérêts» n'est pas exclusive de la notion de tiers, même en cas d'étroite dépendance entre les intéressés. Il a pu être considéré qu'une solution contraire avait été consacrée par la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 1998, op. cit.), en ce qu'elle a considéré comme devant être rejetée une tierce opposition exercée par une commune contre un arrêt auquel était partie une régie communale au motif qu'existait entre les deux une «communauté d'intérêts». Cependant, force est d'admettre que la régie communale et la commune ne font qu'une, puisque la première est dépourvue de personnalité morale.

125 Cass. 1^{ère} civ. 5 mars 2008, op. cit.

126 Cass. 2^{ème} civ. 8 juillet 2004, op. cit.

127 Ils sont d'ailleurs critiqués depuis longtemps. Voir par exemple : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour, E. Savaux, op. cit., n^o 314; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, op. cit., n^o 448.

128 Contra par ex. Cass. 2^{ème} civ. 29 janvier 1997, Bull. civ. II., n^o 30, JCP 1997, I, 4015, obs. Billau.

l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres. Cependant, il faut admettre que la «communauté d'intérêts» crée un contexte particulièrement propice à l'existence d'un mandat tacite¹²⁹. Les membres se regroupant afin d'atteindre un but, il est plausible que certains agissent au nom de tous, sans pour autant obtenir un consentement exprès. La proximité créée par certaines «communautés d'intérêts» peut conduire à estimer que les agissements des uns ne peuvent se faire sans l'assentiment des autres, ratifiant nécessairement la gestion qui est faite. Il est alors légitime que la jurisprudence prenne en considération tous ces éléments afin de les considérer comme révélateurs du consentement tacite au mandat¹³⁰. La «communauté d'intérêts» rend tellement vraisemblable l'existence de ce dernier, qu'elle l'admet même, par dérogation au droit commun, pour des actes de disposition¹³¹.

*
* *
*

35. Cet essai de présentation de la «communauté d'intérêts» ne serait être achevé sans préciser que le droit positif se réfère à cette notion dans bien d'autres hypothèses, à d'autres fins: comme en matière de témoignage, afin de tirer les conséquences du manque d'indépendance qui risque d'exister entre ses membres¹³². Sans doute l'exhaustivité ne peut elle être atteinte, du moins ne l'a-t-elle pas été. Cependant, qu'il soit permis de proposer une nouvelle approche de la «communauté d'intérêts». Ne se réduisant pas à une vague idée de l'intérêt commun, elle est le groupe lié par des intérêts convergents. Utilisée au sens générique elle n'est pas à elle seule révélatrice de

129 P. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd. Defrénois 2007, n° 562.

130 Voir par exemple : Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993, op. cit.

131 qu'il s'agisse de la conclusion d'un bail commercial (Cass. 1^{ère} civ. 17 mai 1993, op. cit.); de l'acquisition (Cass. 1^{ère} civ., 20 avril 1997, op. cit.) ou même de la vente d'un bien immobilier (Cass. 3^{ème} civ. 7 décembre 1988, op. cit.)

132 202 CPC.

l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres vis-à-vis des tiers. A peine permet elle de tirer de ce contexte particulier un indice rendant plus crédible la probabilité de mandats tacites. Ses effets les plus énergiques, ont lieu au sein d'une catégorie bien spécifique de groupes, ceux dans lesquels la pluralité de personnes masque l'exercice du pouvoir par une seule. Elle est alors un instrument permettant de rendre ponctuellement perméable certaines personnes morales afin de tirer des conséquences de la réalité du pouvoir exercé par leur intermédiaire.