



# Dossier

## Quelques remarques sur les capacités et incapacités en droit des affaires

### 4 Notaires

Forum TechNot 2019  
De FoxNot à ODEON en passant par BIRD et Oscar : zoom sur les outils à portée de clic dans

### 6 Interview

Entretien avec Daniel Kadar,  
co-managing partner de Reed Smith à Paris

### 8 Entreprises

L'efficacité de la fiducie sûreté à  
l'épreuve de la pratique

### 10 Avocats

Les Assises de l'Ordinalité  
Quel avenir pour les Ordres ?

### 52 Étude

Le nouveau statut du conjoint ou partenaire  
du chef d'entreprise

### 54 Fiche pratique

Actualités Contrats d'affaires

## Actualité

### Notaires

- 4** Forum TechNot 2019  
De FoxNot à ODEON en passant par BIRD et Oscar :  
zoom sur les outils à portée de clic dans les offices

### Interview

Entretien avec Daniel Kadar,  
co-managing partner de Reed Smith à Paris

### 8 Entreprises

L'efficacité de la fiducie sûreté à l'épreuve  
de la pratique

### 10 Avocats

Les Assises de l'Ordinalité  
Quel avenir pour les Ordres ?

### 13 Interview

Cadeaux d'affaires ou entre particuliers :  
quelle réglementation ?  
Entretien avec Vital Saint-Marc, associé de RSM

## Étude

### 52 Le nouveau statut du conjoint ou partenaire du chef d'entreprise

Deen Gibirila,  
Professeur émérite,  
(Université Toulouse 1 Capitole)

## Quelques remarques sur les capacités et incapacités en droit des affaires

### 15 Propos introductifs

Deen Gibirila,  
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),  
Co-directeur scientifique du dossier  
Marie Rakotovahiny,  
Maître de conférences HDR  
(Université Toulouse III Paul Sabatier)  
Co-directrice scientifique du dossier

### 17 La capacité des personnes morales

Clément Gautié,  
Doctorant en droit,  
Université Toulouse 1 Capitole

### 21 La capacité fiscale

Malik Aitali,  
Docteur en droit,  
Avocat à la cour d'appel de Paris

### 26 La capacité commerciale du mineur émancipé

Deen Gibirila,  
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole)

### 33 Le mineur associé

Stéphane Valory,  
Avocat à la Cour, Docteur en droit,  
Chargé d'enseignement à Aix-Marseille III

### 41 Le mineur et le droit bancaire

Karine Rodriguez,  
MCF, HDR, e2s - UPPA,  
Responsable du M2 droit de la consommation

### 48 Les incapacités de l'associé unique

Marie Rakotovahiny  
Maître de conférences-HDR,  
Université Toulouse III, Paul Sabatier

## Fiches pratiques

### 54 Actualités Contrats d'affaires

Bastien Brignon, Adeline Cerati-Gauthier,  
Anne-Marie de Matos, Jean-Brice Tap, Vincent  
Perruchot-Triboulet, Nancy Vignal

# QUELQUES REMARQUES SUR LES CAPACITÉS ET INCAPACITÉS EN DROIT DES AFFAIRES

Appréhendée comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, la capacité est une condition indispensable, essentielle à la validité des contrats en droit. Elle est unique, unitaire. Corrélativement, l'incapacité ne traduit pas une situation homogène notamment en droit des affaires et couvre une variété de situations et de finalités. L'étude collective sur les capacités et les incapacités en droit des affaires se propose d'explorer la capacité juridique et son revers l'incapacité/ les incapacités, au regard de quelques situations juridiques issues du droit des affaires, afin d'en faire ressortir toutes les singularités.

## **15** Propos introductifs

Deen Gibirila,  
Professeur émérite (Université Toulouse 1  
Capitole),  
Co-directeur scientifique du dossier

Marie Rakotovahiny,  
Maître de conférences HDR (Université Toulouse  
III Paul Sabatier)  
Co-directrice scientifique du dossier

## **17** La capacité des personnes morales

Clément Gautié,  
Doctorant en droit,  
Université Toulouse 1 Capitole

## **21** La capacité fiscale

Malik Aitali,  
Docteur en droit,  
Avocat à la cour d'appel de Paris

## **26** La capacité commerciale du mineur émancipé

Deen Gibirila,  
Professeur émérite (Université Toulouse 1  
Capitole)

## **33** Le mineur associé

Stéphane Valory,  
Avocat à la Cour, Docteur en droit,  
Chargé d'enseignement à Aix-Marseille III

## **41** Le mineur et le droit bancaire

Karine Rodriguez,  
MCF, HDR, e2s - UPPA,  
Responsable du M2 droit de la consommation

## **48** Les incapacités de l'associé unique

Marie Rakotovahiny  
Maître de conférences-HDR,  
Université Toulouse III, Paul Sabatier



## Propos introductifs

**Deen Gibirila,**  
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),  
Co-directeur scientifique du dossier

**Marie Rakotovahiny,**  
Maître de conférences HDR (Université Toulouse III Paul  
Sabatier)  
Co-directrice scientifique du dossier

Traiter des capacités et incapacités en droit des affaires consiste d'une part, à appréhender qui peut ou ne peut intervenir dans le monde des affaires, d'autre part, à cerner les différentes capacités et incapacités, de jouissance, d'exercice, professionnelles... Toujours est-il que peuvent agir dans le monde des affaires les personnes morales (sociétés civiles ou commerciales, sociétés particulières, association, fondations...) et les personnes physiques.

Selon l'article 1123 du Code civil « toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ». La capacité est donc le principe et l'incapacité, l'exception. Dès sa majorité, s'il s'agit d'une personne physique ou dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (sociétés, GIE), ou encore sa déclaration à la Préfecture (association), s'il s'agit d'une personne morale, une personne est considérée comme capable, autrement dit apte à être titulaire de droits et d'obligations, donc apte à contracter.

En revanche, « toute interdiction faite à une personne de passer un acte juridique est une incapacité » (1). Cette incapacité peut être atteinte dans une de ses deux composantes. Elle est frappée d'une incapacité de jouissance quand elle est complètement privée de ses droits, ce qui signifie qu'elle ne peut exercer elle-même ceux-ci ou se faire représenter par une autre. Elle est atteinte d'une incapacité d'exercice qui peut la toucher alors qu'elle est en principe pleinement capable, et s'ajouter à la précédente.

L'incapacité d'exercice vise une personne qui, bien que disposant de la capacité de jouissance, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits, ne peut les mettre en œuvre sans l'intervention d'une tierce personne agissant en son nom et pour son compte afin de la représenter ou de l'assister. Cette incapacité est généralement destinée à protéger l'intérêt général ou l'intérêt spécial des cocontractants. Les incapacités de jouissance et d'exercice qui intéressent essentiellement les personnes physiques, sont en principe respectivement sanctionnées par la nullité absolue et par la nullité relative.

Il convient de différencier l'incapacité, autrement dit l'absence de capacité, du défaut de pouvoir. Le pouvoir donne la possibilité à celui qui en est investi d'exprimer un intérêt à l'aide d'actes juridiques visant à l'engager personnellement ou la personne morale au sein de laquelle elle dispose « des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » ou pour laquelle elle a reçu une délégation du pouvoir d'agir en son nom et pour son compte.

Quelles qu'elles soient, les capacités et incapacités touchent plusieurs catégories de personnes physiques et plusieurs branches du droit des affaires. S'agissant en revanche des personnes morales, le législateur n'envisage que la capacité juridique sans se référer à l'incapacité, pour la simple et bonne raison que les notions d'incapacité et de personnalité morale sont antinomiques (2). La personnalité juridique qui fonde l'existence et la titularité des droits et des obligations pour les personnes morales implique leur immatriculation (sociétés et groupements d'intérêt économique) ou leur déclaration à la préfecture (associations) préalable. Néanmoins, la capacité du groupement est limitée par le principe de spécialité statutaire qui suppose qu'il n'est capable d'agir que dans la limite de son objet statutaire. D'ailleurs, l'ordonnance du 16 février 2016 consacre une capacité de jouissance limitée et spéciale (3).

Le domaine étendu de l'actuelle étude conduit à limiter celle-ci à quelques aspects (4), en renvoyant pour les autres à des études publiées auparavant dans le *Journal des Sociétés* :

- la capacité de l'associé marié ou partenaire (5) ;
- les incapacités professionnelles et les procédures collectives (6).

1 – Dans la présente étude collective, la priorité est donnée aux personnes morales dans la mesure où elles constituent le cadre général des capacités et incapacités en droit des affaires (7).

À l'instar des personnes physiques, les personnes morales doivent, pour accomplir des actes juridiques, jouir de la capacité juridique. Si pour les premières, la capacité de jouissance et d'exercice

1) R. Houille, Les incapacités : *RTD civ.* 1947, p. 383.

2) V. pour les sociétés, M. Rakotovahiny, Incapacités et sociétés, dans « Personnes, famille et entreprise », s/s la direction de D. Gibirila : *Journ. sociétés* avr. 2017, p. 12.

3) C. civ., art. 1145, al. 2, « La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

4) « Quelques remarques sur les capacités et incapacités en droit des affaires ».

5) F. Cohet, Pacs et droit des sociétés dans « Personnes, famille et entreprise » : *Journ. sociétés* avr. 2017, p. 18 ; D. Gibirila, Le conjoint de l'associé dans « Personnes, famille et entreprise » : *Journ. sociétés* avr. 2017, p. 52, s/s la direction de D. Gibirila.

6) B. Brignon, Faillite personnelle et interdiction de diriger : quelle sanction prononcer ?, dans « La responsabilité des dirigeants sociaux », s/s la direction de D. Gibirila : *Journ. sociétés* juin 2018, p. 49.

7) C. Gautié, La capacité des personnes morales : *Journ. sociétés* déc. 2019.

8) D. Gibirila, La capacité commerciale du mineur émancipé : *Journ. sociétés déc.* 2019.

9) S. Valory, Le mineur associé : *Journ. sociétés déc.* 2019.

10) K. Rodriguez, Le mineur et le droit bancaire : *Journ. sociétés déc.* 2019.

11) D. Gibirila, La capacité commerciale du mineur émancipé : *préc.*, note 8.

12) M. Rakotovahiny, Les incapacités de l'associé unique : *Journ. sociétés déc.* 2019.

est, en principe, générale, pour les secondes elle est restreinte. La capacité des personnes morales n'a en effet été consacrée par le Code civil que par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016, puis par la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018 réformant le droit des contrats, ainsi que le régime général de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2018. Jusqu'à lors, la capacité des personnes morales se limitait aux actes « utiles à la réalisation » de l'objet de celles-ci. L'interprétation de cette utilité était source de contentieux, de sorte que le législateur s'est orienté vers une capacité des personnes morales limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles.

**2** – Quant à la capacité fiscale, elle concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Elle implique des obligations diverses en cours d'activité ou de vie sociale. Pour les personnes physiques, notamment les auto entrepreneurs et les dirigeants, la situation doit être analysée à l'aune de leur capacité à générer une responsabilité fiscale. Pour les personnes morales, de la constitution du groupement à sa dissolution, il existe divers régimes d'obligations fiscales.

Enfin, l'article 12 de la loi de finances pour 1992 a réformé le régime fiscal des opérations qui affectent les sociétés lors de leur constitution ou en cours de vie sociale. À cet égard, l'augmentation de capital au moyen d'apports nouveaux est soumise à un régime fiscal de droit commun.

**3** – À propos des personnes physiques, une attention toute particulière doit être apportée au mineur émancipé (8). En effet, si leur capacité civile ne laisse place à aucun doute dans la mesure où leur émancipation suffit à leur conférer cette capacité, leur capacité commerciale implique de se conformer à une procédure particulière dont l'actuelle étude collective s'attache à révéler les différentes étapes

**4** – Comme toute personne physique, le mineur se voit reconnaître une large capacité de jouissance. Il est en conséquence apte à entrer dans le capital des sociétés commerciales et civiles, à l'exception de celles qui requièrent la capacité commerciale dont il est dépourvu (9). Il n'en va autrement que s'il a été émancipé et autorisé à être commerçant. À de rares exceptions près, l'acquisition de la qualité d'associé résulte d'un acte de disposition qui suppose parfois l'autorisation préalable du juge des tutelles. Il en va ainsi de l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, ainsi que de la cession ou de l'apport de

droits sociaux portant sur des sociétés de capitaux. Dans les autres cas, l'accord conjoint des deux administrateurs légaux ou l'accord de l'unique administrateur légal suffit à accomplir l'acte de disposition faisant du mineur un associé.

La réforme du régime de l'administration légale des mineurs par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, en diminuant considérablement les hypothèses d'intervention du juge des tutelles, a donné plus de liberté aux administrateurs légaux, au prix d'une protection amoindrie des intérêts du mineur. Les droits attachés à la qualité d'associé de ce dernier qui est frappé d'une incapacité générale d'exercice, sont exercés en principe par son ou ses représentant(s) légal(x), sauf si la loi, le juge des tutelles ou celui ayant légué ou donné au mineur des titres de société en décident autrement.

**5** – S'agissant du mineur en droit bancaire (10), faute de traitement spécifique et précis de la question par des textes, celle-ci est complexe. Le système de l'administration légale impose une représentation par les parents, avec pour les actes les plus graves tels que les emprunts bancaires, l'obtention préalable et obligatoire d'une autorisation du juge.

Ce système de représentation, protecteur du mineur, est complété par une responsabilité importante des différents acteurs, parents malintentionnés ou banquiers négligents envers le mineur qui subirait un préjudice de leur fait. Néanmoins, afin que cette protection n'engendre pas une rigidité trop importante eu égard aux besoins de la pratique, un espace de liberté est laissé au mineur. D'une part, il a la possibilité de demander l'émancipation qui lui permet d'effectuer la plupart des opérations en droit bancaire comme le ferait un majeur (11). D'autre part et surtout, il peut effectuer seul les « actes de la vie courante », ce qui lui permet d'ouvrir un compte de dépôt, d'effectuer des dépôts de fonds sur ce compte ou encore de disposer d'une carte de retrait au montant plafonné.

**6** – Figure baroque du droit des sociétés, l'associé unique ne saurait être ignoré. Être associé unique d'une EURL ou d'une SASU implique-t-il forcément d'avoir la capacité juridique, autrement dit la capacité de jouissance et d'exercice pour participer à la vie sociétaire ? À l'inverse l'incapacité de l'associé unique ne délimiterait-elle pas son champ d'intervention au sein de la société ? L'incapacité juridique est double : l'incapacité de protection et l'incapacité professionnelle. Chacune de ces incapacités poursuit une finalité bien précise, qui a toute sa légitimité, dans le contexte sociétaire. C'est sur cette question que porte l'étude intitulée « Les incapacités et l'associé unique » (12).