**INTRODUCTION**

**I. L’ÉVOLUTION DU DROIT DES SOCIÉTÉS**

Notre droit des sociétés est **le fruit de la pratique et de l’histoire.** La société devant répondre à des besoins divers et évolutifs, le législateur a dû leur fournir les outils nécessaires à l’exercice de leur activité. En effet, le petit marchand du XIIème siècle, n’éprouvait pas les mêmes besoins que le grand industriel du XIXème siècle.

Pour dresser une rapide présentation :

Durant l’Antiquité, le « *ius fraternitatis*», le droit de la fraternité, où les associés doivent avoir entre eux la même confiance que des frères, s’est développé. Le développement des sociétés est bridé par l’*intuitu personae*, la considération de la personne et s’oppose à l’émergence de « *grandes* » sociétés.

Au Moyen-Âge, le « *jus mercatorum* » se développe mais touche peu au droit sociétés : il encadre principalement les contrats instantanés et les activités bancaires…

Sous l’Ancien droit (jusqu’à la Révolution), la société était essentiellement un moyen d’organiser l’exercice commun d’une activité. En matière commerciale, la société revêtait alors principalement deux formes :

* les *sociétés constituées pour l’exercice d’un commerce*, qu’on appelait les sociétés en nom collectif ; et
* les *sociétés momentanées* (ou *société anonyme*) ou comptes de participation, qui se dissolvaient aussitôt l’opération, espérée lucrative, était accomplie et que les comptes avaient été réglés.

Dans les deux cas, les associés étaient responsables indéfiniment des dettes

Le commerce (principalement maritime), grandissant, les besoins en financement augmentent, la société est alors utilisée comme substitut au prêt à intérêt, encore condamné par l’Église. C’est ce qui a été appelé le « *contrat de commande*», qui deviendra la *société en commandite* : le contrat de commande est passé entre le commandité (responsabilité illimitée) propriétaire ou l’armateur d’un bateau et un commanditaire (responsabilité limitée) qui fournit des fonds ou des marchandises, contre la promesse de participer aux bénéfices de l’expédition

Ces deux figures de sociétés, nées de la pratique, sont reprises dans l’ordonnance de 1673 sur le Commerce, l’ordonnance de Colbert, dite aussi le Code Savary, qui codifie les usages commerciaux qui consacre ainsi deux types de sociétés :

* la société générale où :
* tous les associés sont commerçants,
* l’*intuitu personae* est très fort, et
* les associés sont solidairement responsables des dettes de la société ;
* la société en commandite, où :

- les commandités auxquels sont applicables les règles de la société générale, et

- les commanditaires qui souvent vont apporter les capitaux importants mais ne sont responsables qu’à concurrence du montant de leur apport.

À la fin du XVIIIème siècle, il reste encore à s’affranchir de la responsabilité illimitée du commandité. La pratique recourt à des sociétés au sein desquelles aucun associé n’est responsable indéfiniment, sociétés qui prendront le nom de sociétés anonymes.

* **En 1807, le Code de commerce est adopté**. Ses rédacteurs innovent peu : on a coutume de dire que le Code de commerce « *est né vieux* ».Il consacre en tout et pour tout 47 articles aux sociétés commerciales qui se contentent de consacrer la distinction issue des besoins de la pratique de l’époque :
* un premier type de structure – *les sociétés en nom collectif* – où :
* l’*intuitu personae* est fort, et où
* la responsabilité des associés illimités ;
* un second type de structure – *les sociétés par actions (ou sociétés de capitaux)* – :
* ouvertes aux financements extérieurs, et où
* la responsabilité des associés est limitée

Pour parvenir au droit des sociétés tel qu’on le connaît aujourd’hui, il manque cependant encore un ingrédient : la limitation de la responsabilité dans les petites sociétés. C’est pour cette raison que le législateur crée en 1925 une nouvelle forme de société : la société à responsabilité limitée (SARL) (loi du 7 mars 1925).

**Deux textes viennent refondre la matière et poser les bases du droit des sociétés que nous connaissons aujourd’hui :**

* **la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ; et**
* **la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.**

**Par la suite les réformes s’enchaînent à un rythme de plus en plus soutenu** :

* la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée ;
* la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ;
* la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l’initiative économique (dite loi « Dutreil ») ;
* la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques (et instituant la société de participation financière des professions libérales) ;
* la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie ;
* la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi « Sapin 2 ») ;
* l’ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016 relative aux sociétés constituées pour l'exercice en commun de plusieurs professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;
* la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ;
* la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises ;
* la loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés.

Voilà rapidement brossée l’histoire du droit des sociétés, qui nous amène au droit positif.

**II. LES SOURCES DU DROIT DES SOCIÉTÉS**

Les sources du droit des sociétés sont tant nationales (**A**.) qu’internationales (**B**.).

1. **Les sources nationales**

Au niveau national, le droit des sociétés trouve ses sources tant dans les textes (**1**.) que dans la jurisprudence (**2**.).

**1. Les textes législatifs et réglementaires**

Plusieurs textes de droit des sociétés ont été codifiés (**a**.) mais tout le droit des sociétés ne se trouve pas enfermés dans les codes (**b**.).

1. **Les textes codifiés**

**i. *Le Code civil***

**Le Code civil comprend deux catégories de dispositions intéressant le droit des sociétés :**

* **des dispositions générales qui constituent le droit commun des sociétés,** **le corps de règles applicables à l’ensemble des sociétés (quelle que soit leur forme sociale), *à défaut de disposition spéciale contraire*. En effet, en vertu de l’adage *specialia generalibus derogant*, les lois spéciales dérogent aux règles générales.**

**Le droit commun des sociétés est ainsi régi par les** **articles 1832 à 1844-17 du Code civil** et les textes réglementaires précisant leurs modalités d’application.

* des **dispositions spéciales** **qui sont applicables à certaines formes sociales en particulier** et notamment aux :

- **sociétés civiles (articles 1845 à 1870-1 du Code civil) ;**

**- sociétés en participation et aux sociétés créées de fait** (**articles 1871 à 1872-2 du Code civil**).

**ii. *Le Code de commerce (Livre II)***

**Le Code de commerce comprend trois catégories de dispositions intéressant le droit des sociétés :**

* des **dispositions générales**, **applicables à toutes des sociétés commerciales**[[1]](#footnote-1) ;
* des **dispositions spéciales**, **applicables à certaines des sociétés commerciales : les sociétés par actions**[[2]](#footnote-2) ;
* des **dispositions spécifiques** **à chaque forme sociale**:

- la société en nom collectif [[3]](#footnote-3) ;

- la société en commandite simple[[4]](#footnote-4) ;

- la société à responsabilité limitée[[5]](#footnote-5) ;

- la société anonyme[[6]](#footnote-6) ;

- la société en commandite par actions[[7]](#footnote-7) ;

- la société par actions simplifiée[[8]](#footnote-8) ; et

- la société européenne[[9]](#footnote-9).

De nombreux codes contiennent des dispositions intéressant les sociétés, à travers d’autres branches du droit, comme le droit des contrats (Code civil), le droit des entreprises en difficulté (Code de commerce), le droit des marchés financiers (Code monétaire et financier)…

**b. Les textes non codifiés**

Plusieurs lois non codifiées réglementent également des formes sociales spécifiques, comme par exemple :

* la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération ;
* la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles ; et
* la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales…

**2. La jurisprudence**

S’il est aujourd’hui contesté que la jurisprudence soit une véritable « *source*» du droit, il est indispensable de s’y référer au cours de l’étude du droit des sociétés, celle-ci ayant consacré plusieurs solutions d’importance majeure dans le silence des textes, comme par exemple l’abus du droit de vote.

**B. Les sources internationales**

**1. Le droit primaire**

Il s’agit du droit issu des traités européens :

1957 : Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome)

1992 : Traité instituant la Communauté Européenne (Maastricht)

2009 : Traité sur l’Union européenne

Traité sur le Fonctionnement de l’Union Européenne

Les articles 49.2 et 50 du TFUE consacrent ainsi la liberté d’établissement des personnes morales.

**2. Le droit dérivé**

L’élaboration des normes européennes intéressant le droit des sociétés a répondu à plusieurs objectifs :

* l’**harmonisation du droit des sociétés** en instituant des garanties minimales pour les tiers qui contracteraient avec la société. C’est l’objet de ladirective du 9 mars 1968, applicable uniquement aux sociétés à risque limité, qui a :

- consacré un régime restrictif des nullités en droit des sociétés, et

- règlementé le régime des pouvoirs des dirigeants ;

* la **création de formes sociales européennes**, telles que :

- la *société européenne*, régie dans sa constitution et son fonctionnement par les dispositions du règlement du 8 octobre 2001 et, dans le silence de ces dernières, par les dispositions nationales. En France, elle est régie par les articles L. 229-1 et s. C. com. mais cette forme sociale peine à trouver un public en France,

- la *société coopérative européenne*, régie par un règlement du 22 mai 2003, et

- le *groupement européen d’intérêt économique*, régi par un règlement du Conseil du 25 juillet 1985 ;

* la **consécration d’une réglementation spécifique aux sociétés cotées,** c’est-à-dire aux sociétés qui offrent leurs titres au public sur les marchés financiers, qui se justifie pour deux raisons :

- dans ces sociétés, il faut garantir la protection (i) des tiers et des associés, (ii) du marché,la protection des investisseurs et des investisseurs potentiels, c’est pourquoi ces sociétés sont soumises à des obligations d’information spécifiques, lorsqu’elles entendent offrir leurs titres au public, puis tout au long de leur vie sociale ;

- dans ces sociétés encore, l’actionnariat est important et dispersé, c’est pourquoi il faut assurer une protection plus importante de ces actionnaires pour qu’ils puissent exercer leurs droits au sein de la société.

Il est possible de noter qu’une directive du 14 juin 2017 a réuni et remplacé six grands textes fondateurs qui intéressaient les règles fondamentales de la vie sociétaire.

Plus récemment, la directive 2019/2121 du 27 novembre 2019 est venue harmoniser les transformations, fusions et scissions transfrontalières de sociétés.

**III. L’INTÉRÊT DE LA FORME SOCIÉTAIRE**

L’entrepreneur qui souhaite développer son activité a plusieurs possibilités. Il peut exercer son activité :

* en tant qu’entrepreneur individuel ;
* dans le cadre d’une E.I.R.L. ; ou
* opter pour la forme sociétaire.

La forme sociétaire présente plusieurs intérêts, du point de vue patrimonial (**A**.), financier (**B**.), organisationnel (**C**.) et fiscal (**D**.).

**A. L’intérêt patrimonial**

La constitution d’une société permet à un entrepreneur de ne pas être responsable des dettes nées de son entreprise sur son patrimoine personnel que commande le principe de l’unité du patrimoine (**1**.), qui peut ainsi être aménagé (**2**.).

**1**. **Le principe de l’unité du patrimoine**

Le **Code civil** appréhende, par principe, le ***patrimoine*** d’une personne de manière unitaire :

* **« *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir*»** (**article 2284 du Code civil**) ;
* **« *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* »** (**article 2285 du Code civil**).

**2. Les aménagements au principe de l’unité du patrimoine**

Par exception au ***principe de l’unité du patrimoine***, le **Code civil** autorise une personne à compartimenter ses biens (et ainsi à cloisonner les risques liés à l’exploitation de son activité) en recourant à la technique de la ***fiducie***[[10]](#footnote-10).L’intervention d’un fiduciaire ne permet pas à l’entrepreneur de garder la main sur son activité.

Le **Code de commerce** autorise, ici par exception au principe de l’unité du patrimoine, et sous certaines conditions, un entrepreneur individuel :

- à bénéficier de l’***insaisissabilité légale sa résidence principale*** par les créanciers professionnels[[11]](#footnote-11) ;

- à protéger certains biens immobiliers non-affectés à l’exploitation de ses créanciers professionnels par le jeu d’une ***déclaration notariée d’insaisissabilité***[[12]](#footnote-12) ;

- à affecter une partie de son patrimoine à l’exploitation de son entrepriseet son activité professionnelle, en constituant une ***entreprise à responsabilité limitée***[[13]](#footnote-13) ; et

La constitution de la société va quant à elle conduire à la création d’une personne juridique nouvelle, avec un patrimoine propre et ainsi permettre de cloisonner les risques. Ce principe connaît toutefois deux atténuations :

* la responsabilité solidaire dans les sociétés à risques illimité ; et
* la prise de garanties.

**1. Principe (articles 2284 et 2285 du Code civil) : unicité du patrimoine**

* Une personne n’a qu’un seul patrimoine qui sert de gage (garantie) à ses créanciers, personnels ou professionnels.

**Entrepreneur CRÉANCIERS PERSONNELS & PROFESSIONNELS**

* Un entrepreneur peut, au sein de son patrimoine, protéger certains biens.

Résidence principale

**CRÉANCIERS PROFESSIONNELS**

**Entrepreneur**

Immeubles faisant l’objet d’une DNI

**CRÉANCIERS PERSONNELS**

**2. L’E.I.RL. : création d’un patrimoine (professionnel)**

**CRÉANCIERS PROFESSIONNELS**

**Entrepreneur Affectation**

Résidence principale

**CRÉANCIERS PERSONNELS**

Immeubles

sous DNI

**3. La société : création d’une personne (dotée de son patrimoine propre)**

**Créanciers de l’entrepreneur Créanciers de la société**

Résidence principale

Immeubles faisant l’objet d’une DNI

**Apports**

**B. L’intérêt financier**

L’entrepreneur individuel peut recueillir des fonds auprès de quelques membres de sa famille, à des amis, qui chacun apportera de l’argent (du numéraire) ou plus rarement des biens. Mais cela ne suffira généralement pas à sécuriser les banquiers au-delà d’un certain montant. Un individu, même avec la *love money*, ne pourra pas exploiter seul, une compagnie de chemin de fer ou des puits de pétrole dans l’océan arctique. Il est donc nécessaire de lever des fonds en offrant des garanties importantes, notamment en associant d’autre personnes, en augmentant le gage commun des créanciers

**C. L’intérêt organisationnel**

La constitution d’une société permet d’organiser l’activité de l’entrepreneur. Elle présente deux principaux avantages, lors de la vie (**1**.) et la transmission (**2**.) de la société.

**1. L’organisation d’un partenariat**

La société facilite l’**organisation d’un partenariat**. Elle offre :

* une structure qui permet à plusieurs personnes d’œuvrer à un projet un commun.
* un cadre organisationnel qui permet à plusieurs personnes de mettre leurs compétences en commun.
* une structure pour la prise de décisions de gestion.

**2. La transmission de l’entreprise**

L’entreprise en société se cède beaucoup plus facilement qu’une entreprise individuelle, que ce soit pendant la vie de l’entrepreneur ou à son décès :

* **pendant la vie de l’entrepreneur**:

- la cession de d’une entreprise individuelle implique en réalité une cession de son **fonds de commerce**. Or la cession de fonds de commerce, vous le verrez en droit commercial, est une opération très **formaliste et complexe** ;

- la cession d’une société peut impliquer la cession de titres sociaux (parts sociales ou actions). L’opération est **plus simple** qu’une cession de fonds de commerce et plus **avantageuse fiscalement**.

* **au décès de l’entrepreneur** :
* lors du décès de l’entrepreneur, l’entreprise individuelle disparaît souvent : les biens qui en permettaient l’exploitation tombent en **indivision** entre les héritiers: la gestion en devient extrêmement complexe ;
* lors du décès de l’un des associés, l’activité de la société ne s’interrompt pas : les parts que détenait l’associé tombent en **indivision** mais l’organisation des pouvoirs dans la société permet cependant la pérennité de l’entreprise.

**D. L’intérêt fiscal**

De manière schématique :

* lorsque l’entreprise est exploitée sous forme individuelle, l’entrepreneur est soumis à l’impôt sur le revenu pour la totalité du bénéfice réalisé. L’impôt sur le revenu est un impôt progressif – son taux varie en fonction du montant du revenu ;
* lorsque l’entreprise exploitée sous forme sociale, la fiscalité varie suivant la forme sociale :
* certaines sociétés ont un statut fiscal comparable aux entreprises individuelles. C’est dire que les bénéfices réalisés sont imposés dans le patrimoine des associés, à l’impôt sur le revenu (sociétés de personnes, dites transparentes) ;
* certaines sociétés sont soumises à l’impôt sur les sociétés :

. les bénéfices réalisés par la société sont imposés à un taux de 33 1/3%.

. les associés ne seront imposés que lorsque la société leur distribuera les bénéfices réalisés : les bénéfices réalisés constituent alors un revenu imposable (sociétés de capitaux, dites opaques).

Une fois prise la décision de créer une société, il faut encore choisir parmi les formes sociales offertes par la loi.

**IV. L’APPRÉHENSION DES FORMES SOCIÉTAIRES**

La diversité des formes sociales (**A**.) a conduit les auteurs à proposer diverses classifications de ces dernières (**B**.).

**A. La diversité des formes sociales**

Les formes sociales qui s’offrent au choix des fondateurs sont extrêmement nombreuses :

* les sociétés civiles ;
* les sociétés en nom collectif (SNC) ;
* les sociétés en commandite simple (SCS)
* les sociétés à responsabilité limitée (SARL) ;
* les sociétés à responsabilité limitée à associé unique (SARLU / EURL) ;
* les sociétés anonymes (SA) ;
* les sociétés en commandite par actions (SCA) ;
* les sociétés par actions simplifiées (SAS) ;
* les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU) ;
* les sociétés européennes (SE) ;
* les sociétés européennes unipersonnelles (SEU) ;
* les sociétés en participation…

Il faut ajouter qu’il existe encore d’autres formes sociales, que l’on a coutume d’appeler les sociétés particulières, et qui fonctionnent sur le modèle d’une des formes sociales précédemment citées.

Par exemple, la société d’exercice libéral (SEL) permet l’exercice de certaines professions libérales mais la SEL se décline, par référence aux formes sociales :

* SELARL : société d’exercice libéral à responsabilité limitée ;
* SELAFA : société d’exercice libéral à forme anonyme ;
* SELAS : société d’exercice libéral par actions simplifiée ;
* SELACA: société d’exercice libéral en commandite par actions…

**B. La diversité des classifications**

**1. Les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux**

**Les sociétés de personnes sont caractérisées par un fort *intuitu personae*, qui se matérialise notamment par :**

* **un capital représenté par des parts sociales ;**
* **l’existence d’une procédure légale d’agrément des cessions des parts sociales ; et**
* **un nombre réduit d’associés.**

Relèvent notamment de cette catégorie :

* les sociétés civiles ;
* les sociétés en nom collectif ; et
* les sociétés en commandite simple.

**Les sociétés de capitaux sont caractérisées par un fort appât du gain et une faible considération pour l’*intuitu personae***. Relèvent notamment de cette catégorie :

* les sociétés par actions ; et
* les sociétés en commandite par action.

Cette distinction est utile mais imparfaite car plusieurs sociétés comme la SARL[[14]](#footnote-14) et la SAS[[15]](#footnote-15) sont difficilement classables selon cette grille d’analyse.

**2. Les sociétés unipersonnelles et pluripersonnelles**

D’abord, la **loi du 11 juillet 1985 a consacré la possibilité** qu’une société à responsabilité limitée (SARL) puisse n’avoir qu’un seul associé. On ne parle alors plus de « société à responsabilité limitée » mais, improprement, « **d’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée » (EURL)**, formule inconnue du Code de commerce (on devrait évoquer la « société à responsabilité limitée à associé unique »).

Ensuite, la **loi du 12 juillet 1999** a admis qu’une société par actions simplifiée puisse avoir un seul associé : c’est alors **une « société par actions simplifiée unipersonnelle » (SASU)**;

Enfin, il existe un dernier type de société unipersonnelle : la **« société européenne unipersonnelle » (SEU).**

**3. Les sociétés cotées et non-cotées**

De nombreux corps de règles s’appliquent distinctement aux sociétés selon que ces dernières sont ou non cotées sur les marchés. Si cette distinction présente un véritable intérêt, elle ne sera pas retenue ici car l’étude des règles applicables aux sociétés cotées dépasse largement le programme d’études.

# **L’ordonnance n° 2020-1142 du 16 septembre 2020 a créé un chapitre relatif aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, au sein du code de commerce.**

**4. Les sociétés civiles et les sociétés commerciales**

**La pertinence**-La distinction des sociétés civiles et commerciales se justifie car ces dernières sont régies par différents corps de règles, qui se retrouvent dans différents codes : le Code civil et le Code de commerce.

**L’enjeu** - L’enjeu de la distinction est particulièrement important car elle conditionne :

* **la compétence juridictionnelle en cas de litige** :

- tribunal judiciaire ; ou

- tribunal de commerce ?

* **le régime probatoire**:

- règles de preuve de droit commun ; ou

- liberté de la preuve en matière commerciale ?

* **le caractère solidaire ou non des engagements**

**Le critère** - Le critère de distinction entre la matière civile et commerciale est fixé par les textes :

**Article L. 210-1 du Code de commerce**:

« *Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet.*

*Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions* ».

**Article 1845 du Code civil**

« *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés civiles, à moins qu’il n’y soit dérogé par le statut légal particulier auquel certaines d’entre elles sont assujetties*

*Ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n’attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet* ».

C’est aujourd’hui la distinction qui se révèle la plus pertinente.

**LE DROIT COMMUN**

**DES SOCIÉTÉS**

|  |
| --- |
| **PARTIE I.**  **LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ** |

**TITRE 1.**

**LA CONTRACTUALISATION DE LA SOCIÉTÉ**

Par principe, la société est instituée par un contrat conclu entre deux ou plusieurs personnes, contrat appelé « *les statuts*» (toujours au pluriel) de la société. En tant que tel, il obéit à des conditions de validité (**Chapitre 1**.) strictement encadrées. Si ces conditions de validité ne sont pas réunies, l’irrégularité de la constitution de la société sera sanctionnée (**Chapitre 2**.).

**CHAPITRE 1.**

**LES CONDITIONS DE VALIDITÉ**

La validité du contrat de société va dépendre de la réunion des conditions de validité communes à l’ensemble des contrats (**Section 1**) et à de conditions de validité qui lui sont propres (**Section 2**).

**Section 1. Les conditions de validité de droit commun**

La société est avant tout un contrat dont la validité est régie par les textes qui déterminent les conditions de validité des contrats, indépendamment de leur forme spécifique (vente, bail ou autre…). La société est ainsi soumise aux **conditions de validité de droit commun des contrats** :

**Article 1832 du Code civil**:

**« *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.***

***Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.***

***Les associés s’engagent à contribuer aux pertes*** ».

**Article 1101 du Code civil**

« *Le* ***contrat*** *est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

**Article 1128 du Code civil**:

« *Sont nécessaires à la validité d'un* ***contrat*** *:*

*1° Le consentement des parties ;*

*2° Leur capacité de contracter ;*

*3° Un contenu licite et certain*».

Pour qu’un contrat (quelle que soit sa nature) soit valide, le droit commun des contrats impose ainsi trois conditions : le consentement intègre et sincère (**§1.**) d’associés capables de s’engager (**§2.**) sur un contenu licite et certain (**§3.**).

**§1**. **Le consentement des associés**

**Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat[[16]](#footnote-16).** Leur caractère déterminant s'apprécie eu égard aux personnes et aux circonstances dans lesquelles le consentement a été donné[[17]](#footnote-17).

Le consentement des associés doit être intègre (**I**.) et sincère (**II**.).

**I. L’intégrité du consentement**

Le consentement de la partie qui s’engage doit être intègre, il ne doit pas être vicié. **L'erreur (A.), le dol (B.) et la violence (C.) vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes**[[18]](#footnote-18) :

**A. L’erreur**

**L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant**[[19]](#footnote-19).

**Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté**. L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie mais l'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité[[20]](#footnote-20).

**L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement**. L'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est néanmoins une cause de nullité[[21]](#footnote-21).

**L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité**[[22]](#footnote-22).

**B. Le dol**

**Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. La dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie constitue également un dol, appelé** « ***réticence dolosive***». Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation[[23]](#footnote-23).

**C. La violence**

**Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable**[[24]](#footnote-24).

**II. La sincérité du consentement**

Le consentement à l’acte doit être sincère. Il ne doit pas être simulé, ce qui invite à identifier les hypothèses les plus courantes de simulation de création de sociétés (**A**.) et les effets de ces dernières (**B**.).

**A. Les hypothèses de simulation**

Il est rare que le contrat de société se dissimule sous l'apparence d'un autre contrat (la société en participation occulte offre, en effet, une bonne solution pour garder secrète une société). En revanche, il est plus fréquent que le contrat de société serve d'acte ostensible destiné à masquer une convention secrète, voulue en réalité par les parties. Les hypothèses les plus courantes sont les suivantes :

* **dissimulation d'un contrat de prêt**[[25]](#footnote-25) pour échapper, par exemple, à la répression de l'usure ;
* **dissimulation d'un contrat de travail** de la part d'un employeur qui souhaite se soustraire aux lois sociales[[26]](#footnote-26) ;
* **dissimulation d'un contrat de vente**, notamment pour permettre aux parties de réaliser une vente immobilière sous la forme d'une cession de droits sociaux moins lourdement imposée[[27]](#footnote-27) ;
* **dissimulation d'une donation**,pour éviter la taxation des donations[[28]](#footnote-28).

**B. Les effets de la simulation**

La simulation va affecter les rapports entre les parties à l’acte secret (**1**.), entre ces dernières et les tiers (**2**.) et entre les tiers entre eux (**3**.).

**1. Rapport entre les parties à l’acte secret**

Si les parties sont à l'origine d’accord pour simuler la conclusion d’un contrat de société, ces personnes risquent par la suite d'entrer en conflit. L’une d’elles pourra invoquer le bénéfice de l’acte apparent et l’autre celui de l’acte réel, secret. Dans une telle situation, la Cour de cassation a affirmé que **c’est la situation réelle, telle qu'elle découle d'une interprétation de la volonté des parties à laquelle les juges du fond procèdent d'une manière souveraine, qui doit primer**. Deux conditions sont toutefois requises :

* l'acte secret doit constater une convention licite et valide ; et
* la partie qui y a intérêt doit exercer l'action en déclaration de simulation.

**S’il est donc à la fois valable et prouvé, l'acte secret l'emporte entre les parties sur l'acte ostensible**[[29]](#footnote-29). Il obéira alors aux règles qui lui sont propres.

**2. Rapport des parties avec les tiers**

**Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir**[[30]](#footnote-30).

Lorsqu'un procès oppose les parties qui ont conclu un acte secret, dissimulé à des tiers à l’acte litigieux (tels que leurs créanciers), ceux-ci bénéficient d'une option. Ils peuvent à leur gré, invoquer l’acte occulte ou l’acte apparent. Les parties doivent alors supporter les conséquences du choix opéré par les tiers.

L’option des tiers est indivisible. Les tiers ne pourraient pas cumuler les avantages, et prétendre obtenir tout à la fois le bénéfice de certains effets de l'acte apparent et celui de certains effets de l'acte secret.

**3. Rapport des tiers entre eux**

Ni la jurisprudence, ni la doctrine n’est fixée sur le litige opposant le tiers invoquant l’apparence et celui qui invoque la réalité.

**§2. La capacité des associés**

La capacité se définit généralement comme l'*aptitude d'une personne à être sujet de droit*. Pour participer à une société, pour y être associé, il faut donc être capable. Au regard de la diversité des règles encadrant la capacité, il est opportun de distinguer l’étude des personnes physiques (**I**.) et morales (**II**.).

**I. La capacité des personnes physiques**

La capacité des associés personnes physiques s’apprécie au niveau des incapacités générales (**A**.) et spéciales (**B**.).

**A. Les incapacités générales**

**Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles**[[31]](#footnote-31). En principe donc, les personnes physiques sont aptes à être associées de société. Le principe connaît cependant deux exceptions, l’une concernant les mineurs(**1**.), l’autre les majeurs protégés(**2**.).

1. **Les mineurs**

**a.** **La capacité de jouissance**

**La capacité de jouissance est *la faculté à être titulaire et à jouir de droits****.*

Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi[[32]](#footnote-32).

Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé[[33]](#footnote-33).

Par conséquent, **le mineur non émancipé peut être librement associé d'une société à responsabilité limitée, actionnaire d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée, associé commanditaire d'une société en commandite simple ou par actions, car dans ces sociétés, les associés, les actionnaires et les commanditaires n'ont pas la qualité de commerçant**. En effet, même si la souscription d'actions ou de parts sociales est considérée comme un acte de commerce[[34]](#footnote-34), on s'attache à la finalité de l'acte, regardé comme simple placement de fonds échappant aux risques du commerce.

Il y a toutefois un problème car les associés de certaines sociétés ont la qualité de **commerçant**. C’est le cas des :

* associés de sociétés en nom collectif ;
* associés commandités d’une société en commandite simple ; et
* associés commandités d’une société en commandite par actions.

Or, classiquement, **un mineur ne peut être commerçant**. L’interdiction ne résulte d’aucun texte mais est déduite de l’article 388-1-1 du Code civil[[35]](#footnote-35).

**Un mineur ne peut donc en principe pas être :**

* **associé de société en nom collectif ;**
* **associé commandité d’une société en commandite simple**
* **associé commandité d’une société en commandite par actions.**

Toutefois, le mineur émancipé (à partir de 16 ans révolus[[36]](#footnote-36)) peut être commerçant sur autorisation (i) du juge des tutelles au moment de la décision d’émancipation ou (ii) du président du tribunal judiciaire s’il formule cette demande après avoir émancipé[[37]](#footnote-37).

**Un mineur émancipé peut donc désormais être :**

* **associé d’une société en nom collectif ;**
* **associé commandité d’une société en commandite simple ; ou**
* **associé commandité d’une société en en commandite par actions.**

**Les mineurs, même non émancipés, peuvent quant à eux être :**

* **associé d’une société à responsabilité limitée, d’une société anonyme, d’une société par actions simplifiée ; ou**
* **associé commanditaire d’une société en commandite simple ou actionnaire commanditaire d’une société en commandite par actions.**

**b. La capacité d’exercice**

Si le mineur peut être associé d’une société à risque limité, il n’en demeure pas moins qu’il devra être représenté par son **représentant légal** afin d’accomplir les actes nécessaires à la souscription des titres sociaux. Le principe[[38]](#footnote-38) veut que les modalités de la représentation dépendent de la nature de l’acte :

* **acte d’*administration***[[39]](#footnote-39) ; ou
* **acte de *disposition[[40]](#footnote-40)***.

Le mineur peut ainsi protéger son entreprise dans une forme sociale à responsabilité limitée sans avoir à être émancipé (procédure lourde).

**2. Les majeurs incapables**

Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique.S'il n'en est disposé autrement, la mesure est destinée à la protection tant de la personne que des intérêts patrimoniaux de celle-ci. Elle peut toutefois être limitée expressément à l'une de ces deux missions[[41]](#footnote-41).

**Principe 1** - **Un majeur frappé d’une mesure d’incapacité (tutelle, curatelle…) ne peut pas avoir la qualité de *commerçant* et à l’instar du mineur non émancipé, ne peut pas être :**

* **associé d’une société en nom collectif,**
* **associé commandité d’une société en commandite simple ou**
* **associé commandité d’une société en commandite par actions.**

**Principe 2** - **Un majeur frappé d’une mesure d’incapacité peut toutefois être associé dans des sociétés revêtant une autre forme sociale :**

* **soit avec l’assistance de son curateur, ou**
* **soit avec la représentation de son tuteur le cas échéant.**

**B. Les incapacités spéciales**

Les incapacités spéciales visent certaines personnes en particulier comme l’étranger (**1**.)

**1. L’étranger**

**Principe[[42]](#footnote-42)** - **L’étranger qui désire exercer une activité commerciale en France doit, par principe, en faire la déclaration au préfet du département dans lequel il envisage d’exercer.** Cette obligation ne vise donc que les étrangers qui souhaitent devenir :

* associé d’une SNC ;
* associé commandité d’une SCS ; ou
* associé commandité d’une SCA.

**Exception** - Les ressortissants

* des États-membres de l’Union européenne,
* des États parties à l’accord sur l’Espace économique européen, ou
* la Confédération suisse, sont dispensés de cette formalité.

Les citoyens de l'Union européenne, les ressortissants d'un autre pays de l'Espace économique européen (Islande, Liechtenstein, Norvège) et de la Confédération suisse qui souhaitent établir leur résidence habituelle en France et devenir associés en nom ou représentants légaux d'une société française sont dispensés de titre de séjour. Ils doivent néanmoins se faire enregistrer auprès du maire de leur commune de résidence dans les trois mois suivant leur arrivée[[43]](#footnote-43).

**2. Les époux**

La Cour de cassation a longtemps considéré que les sociétés constituées entre époux étaient nulles, et ce alors qu’aucun texte ne se prononçait en ce sens.

Deux justifications à cette solution :

* d’une part, on considérait que ces sociétés avaient pour effet de porter atteinte au principe de l’immutabilité des conventions matrimoniales.
* d’autre part, on considérait que ces conventions pouvaient être dangereuses pour les époux, qui risqueraient d’y perdre la totalité de leurs biens, communs et propres : cette interdiction, désuète, a été levée.

Cette prohibition n’existe plus[[44]](#footnote-44). **Les époux peuvent donc être associés de la même société**.

**3. Les incompatibilités**

**Avocat** -Le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat encadre les incompatibilités de cette profession avec certaines fonctions sociales comme les fonctions de gérant d'une société à responsabilité limitée (SARL), de membre du directoire ou de directeur général d'une société anonyme (SA), sauf si la société a pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels.Un avocat peut, toutefois, être membre d'un conseil d'administration ou de surveillance s'il justifie d'une ancienneté de sept années d'exercice. Le conseil de l'ordre peut le dispenser d'une partie de ces années d'exercice. Depuis l’entrée en vigueur du décret n° 2020-58 du 29 janvier 2020, il est possible pour un avocat de devenir président du conseil d’administration d’une société anonyme.

**Commissaires aux comptes** - Il est interdit au commissaire aux comptes d'accepter ou de poursuivre une mission de certification auprès d'une personne ou d'une entité qui n'est pas une entité d'intérêt public lorsqu'il existe un risque d'auto-révision ou que son indépendance est compromise et que des mesures de sauvegarde appropriées ne peuvent être mises en œuvre[[45]](#footnote-45).

**Expert-comptable** -Depuis la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services, les experts-comptables ont la possibilité d'accepter, sous le contrôle du conseil régional dont ils relèvent et dans les conditions fixées par le règlement intérieur de l'ordre des experts-comptables, tout mandat social dans toute société dès lors que ce mandat n'est pas de nature à porter atteinte à leur indépendance.

**Fonctionnaire** - La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique maintient le principe selon lequel les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées et ne peuvent pas exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit. En cas de non-respect de cette interdiction, le fonctionnaire doit reverser les sommes indûment perçues. Ce principe connaît toutefois quelques exceptions. À titre d'exemple, les membres du personnel enseignant et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions.

**II. La capacité des personnes morales**

**La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles**[[46]](#footnote-46). Les textes propres à chaque type de personne morale (société, association, groupement d’intérêt économique…) vont ainsi déterminer les limites de sa capacité.

Remarque : *un groupement civil ne peut jamais être associé d’une société commerciale dans laquelle la qualité de commerçant est exigée des associés, comme une société en nom collectif.*

**§3. Le contenu du contrat de société**

**Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties**[[47]](#footnote-47). La notion de contenu du contrat, consacré dans le Code civil par l’ordonnance du 10 février 2016, ne trouve pas une véritable application en droit des sociétés, qui lui préfère la notion d’ « objet social ».

**Toute société doit en effet avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés**[[48]](#footnote-48). **La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité**[[49]](#footnote-49).

Il est ainsi nécessaire de bien cerner les contours de la notion d’objet social (**I**.), ses fonctions (**II**.) et ses caractères (**III**.).

**I. La notion d’objet social**

L’objet social est le genre d’activité que la société se propose de réaliser, sa raison d’être, l’objectif qui lui a été fixé.

**II. Les fonctions de l’objet social**

L’objet social de la société remplit plusieurs fonctions :

* **Critère de qualification de la société**[[50]](#footnote-50) ;
* **Critère de détermination de l’étendue des pouvoirs des dirigeants de la société pour agir au nom de celle-ci**:

- Dans les rapports entre la société et les tiers (ordre externe), il est nécessaire de relever la différence entre les sociétés à risque illimité et les sociétés à risque limité :

***. Les dirigeants de sociétés à risque illimité*** (SNC / sociétés civiles) ***ne peuvent engager la société à l’égard des tiers que s’ils accomplissent des actes qui entrent dans l’objet social***. Dans ces sociétés, les associés n’ont accepté d’être indéfiniment responsables des dettes de la société sur leurs patrimoines personnels que dans la limite de l’objet social. Tout acte qui dépasse l’objet social est donc nul.

***. Les dirigeants de sociétés à risque limité*** ***engagent la société à l’égard des tiers, même par les actes faits en dépassement de l’objet social. Ces actes sont donc pleinement valables, sauf s’il peut être démontré que le tiers contractant est de mauvaise foi. La mauvaise foi est caractérisée lorsque le tiers (i) savait que l’acte dépassait l’objet social, ou (ii) s’il ne pouvait l’ignorer. La seule publication des statuts ne suffit pas à présumer la mauvaise foi***.

Dans ces sociétés, ce principe trouve sa justification dans l’équilibre délicat qui a été trouvé entre les impératifs de protection des tiers et de protection des associés. Comme la responsabilité des associés est limitée au montant de leur apport, le législateur a fait primer la protection des tiers car une remise en cause des actes passés en dépassement de l’objet social pourrait les affecter.

- **Dans les rapports entre les dirigeants et les associés (ordre interne)**

**Quel que soit le type de société, les dirigeants doivent agir dans la limite de l’objet social.**

**Le dirigeant qui passe un acte en dépassement de l’objet social commet une faute. En conséquence, sa responsabilité pourra être recherchée par les associés et il pourra encore être révoqué**.

**.** ***Dans le cas d’une société à risque limité, l’acte accompli en dépassement de l’objet social engagera la société. Mais le dirigeant pourra (i) être condamné à réparer les conséquences dommageables de cet acte pour la société et (ii) être révoqué.***

***. Dans le cas d’une société à risque illimité, l’acte accompli est nul, ce qui n’empêche pas de tirer les conséquences (responsabilité / révocation) du dépassement de pouvoir per se.***

**III. Les caractères de l’objet social**

**L’objet social doit être *déterminable* -** Cette exigence se rattache au **principe de spécialité des personnes morales** selon lequel contrairement à une personne physique qui a une capacité de jouissance générale, pleine et entière, une personne morale ne peut être créée que pour accomplir **un objet spécial.** Sa **capacité de jouissance est limitée** à cet objet. En pratique, cependant, l’objet social est généralement conçu en des termes suffisamment étendus pour lui permettre de réorienter son activité si le besoin s’en fait sentir, sans avoir à modifier ses statuts.

Les statuts des sociétés définissent généralement l’objet social de la manière suivante :

« *La société aura pour objet :*

*(i) l’accomplissement de* [activité économique principale]*, et*

*(ii) toutes les activités commerciales, industrielles, financières ou immobilières s’y rattachant, directement ou indirectement* ».

C’est ce que l’on appelle généralement une **«** *clause parapluie* ».

**L’objet social doit être *licite* - Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité**[[51]](#footnote-51). **L’illicéité de l’objet social est caractérisée lorsque ce dernier est contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs. La société dont l’objet est illicite est entachée d’une nullité absolue.**

**Problème** - Un problème peut se poser lorsqu’il y a une dissonance entre l’objet statutaire et l’objet réel de la société. Dans une telle hypothèse, il est en effet nécessaire de distinguer :

* l’objet social « **statutaire** » désigne le genre d’activités que la société se propose de réaliser, tel qu’il est décrit dans ses statuts ;
* l’objet social « **réel** » désigne le genre d’activités que la société accomplit réellement et qui peut éventuellement être différent de celui décrit dans ses statuts.

**Solution initiale** - La Cour de cassation considérait traditionnellement que pour apprécier la licéité de l’objet social d’une société, il était nécessaire de prendre en considération (i) **l’objet social réel de la société** et (ii) non pas seulement **son objet social statutaire**, qui sera généralement licite.

Exemple :

*Vous voulez vous lancer dans le trafic de drogue. Vous n’allez jamais constituer une société en écrivant noir sur blanc : « la société a pour objet le trafic de drogue »… Vous constituerez une société dont l’objet social statutaire sera licite, alors qu’en réalité son objet réel est d’exploiter un trafic de stupéfiants et de blanchir les fonds en résultant. Dans les deux cas, la jurisprudence française acceptait d’annuler la société dont l’objet – réel ou statutaire – était illicite.*

**Solution contemporaine** - La solution de la Cour de cassation, pourtant justifiable, a évolué :

* la CJCE a affirmé dans un arrêt « *Marleasing*» du 13 novembre 1980 que **la licéité de l’objet ne s’appréciait qu’à l’égard de l’objet statutaire**; et
* la Cour de cassation a récemment opéré un revirement de jurisprudence[[52]](#footnote-52) et considère désormais qu’une société qui a été constituée pour exercer une activité illicite n’est pas nulle si l’objet statutaire est licite.

Cette solution, aux premiers abords surprenante, est limitéeaux sociétés qui entrent dans le champ de la directive européenne du 9 mars 1968, aujourd’hui codifiée au sein de la directive du 14 juin 2017 et n’est donc applicable qu’aux sociétés à risque limité.

**Section 2. Les conditions de validité de droit spécial**

En plus des conditions de validité communes à l’ensemble des contrats, le contrat de société doit réunir plusieurs autres conditions qui lui sont spécifiques : une pluralité d’associés (**§1.**), unis par un *affectio societatis* (**§2.**), qui réalisent des apports (**§3.**) et partagent leur vocation aux résultats (**§4**).

**§1. La pluralité d’associés**

Si une société ne pouvait traditionnellement être constituée qu’entre une pluralité de personnes a longtemps été le principe (**I**.), tel n’est plus le cas aujourd’hui (**II**.).

**I. Le principe**

**Article 1832 alinéas 1 et 2 du Code civil**

« *La société est instituée par* ***deux ou plusieurs personnes*** *qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.*

*Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne*».

La pluralité de personnes est donc l’essence de la société, il faut par principe plusieurs personnes pour constituer une société. Plusieurs, oui mais combien ? Existe-t-il un nombre maximal (**A.**) ? Minimal (**B.**) ?

**A. Le nombre maximal d’associés**

**Seule la S.A.R.L. est limitée en nombre d’associés qu’elle peut accueillir. En effet, le nombre des associés d'une société à responsabilité limitée ne peut être supérieur à cent.**

Si la société vient à comprendre plus de cent associés, elle est dissoute au terme d'un délai d'un an à moins que, pendant ce délai, le nombre des associés soit devenu égal ou inférieur à cent ou que la société ait fait l'objet d'une transformation[[53]](#footnote-53).

**B. Le nombre minimal d’associés**

Le nombre minimal d’associés diffère de celui retenu par l’article 1832 du Code civil pour la société en commandite par actions, où le nombre d’associés commanditaires ne peut pas être inférieur à trois[[54]](#footnote-54). Historiquement, la loi du 24 juillet 1867 imposait un minimum de 7 actionnaires au sein des sociétés anonymes, exigence supprimée par une ordonnance du 10 septembre 2015[[55]](#footnote-55), l’exigence de 7 actionnaires minimum être un frein pouvant être un frein à la compétitivité…

**II. Les exceptions**

Certaines sociétés peuvent être constituées par une seule personne (**A**.), d’autres au contraire le deviennent au cours de leur vie sociale (**B**.)

**A.** **Les sociétés unipersonnelles dès leur création**

**1. Les enjeux de la consécration des sociétés unipersonnelles**

Lors des travaux préparatoires à la loi du 11 juillet 1985, la possibilité de créer une société unipersonnelle a été très débattue.

* En faveur de la possibilité de créer une société unipersonnelle, on a fait valoir principalement deux arguments pratiques :

- la société unipersonnelle **faciliterait la transmission** de l’entreprise individuelle (i) au cours de la vie et (ii) au décès de l’entrepreneur ;

- la société unipersonnelle permettrait à un entrepreneur individuel de ne **pas être responsable des dettes** de son entreprise sur son patrimoine personnel.

* En défaveur de la possibilité de créer une société unipersonnelle, l’argument de texte a été invoqué. En effet, à l’époque l’article 1832 du Code civil disposait que la société était instituée par « ***plusieurs personnes* »** qui convenaient par « ***contrat***»… Sans pluralité de personnes, pas de contrat (on ne contracte pas avec soi-même), pas d’entreprise commune, pas d’*affectio societatis*, de *partage* du résultat…

**2. Les étapes de la consécration des sociétés unipersonnelles**

Plusieurs étapes ont conduit à la reconnaissance des sociétés unipersonnelles :

* la loi du 11 juillet 1985 fut la première à consacrer l’existence d’une société à responsabilité limitée créée à l’initiative d’une seule personne, communément désignée « *l’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* ». C’est cette loi qui est à l’origine de la consécration de l’article 1832 alinéa 2 du Code civil selon lequel une société « *peut être constituée, dans les cas prévus par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne* » ; et
* la loi du 12 juillet 1999, qui a introduit la possibilité de créer une société par actions simplifiée unipersonnelle.

**B. Les sociétés unipersonnelles en cours de vie sociale**

Il n’est pas impossible qu’une société régulièrement constituée par plusieurs associés devienne unipersonnelle en cours de vie sociale :

* un associé peut racheter toutes les parts d’autres associés ;
* un associé peut décéder, laissant son coassocié seul au sein de la société.

Dans de telles hypothèses, toutes les parts sont réunies dans une même main, la société devient alors **«***unipersonnelle* **»**.

**Traditionnellement**, avant l’entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 1966, la société devenue unipersonnelle était dissoute. Une telle solution se révélait fort préjudiciable lorsque l’activité était prospère.

**Aujourd’hui**, il convient d’opérer une distinction :

* si la société devenue unipersonnelle **a une forme qui admet l’unicité d’associé,** la société devenue unipersonnelle peut le rester : une SARL devient une SARLU, une SAS devient une SASU. Il n’y a pas ici de transformation, de changement de forme sociale : seule la composition de l’actionnariat est modifiée.
* si la société devenue unipersonnelle **n’a pas une** **forme qui admet l’unité d’associé,** l’associé unique de la société devenue unipersonnelle est par principe **dissoute**, sauf si l’associé régularise la situation, dans l’année[[56]](#footnote-56), en :

- cédant une partie de ses titres à un tiers ;

- procédant à une augmentation de capital au profit d’un ou plusieurs tiers ;

- transformant la société en une forme sociale qui admet l’unicité d’associé.

Si la situation n’est pas régularisée, la société est dissoute. Toutefois les effets de la dissolution diffèrent selon la situation :

* lorsque l’associé unique est une personne morale, la dissolution d’une société unipersonnelle entraîne la « transmission universelle du patrimoine » de la société à l’associé unique, sans qu’il y ait lieu à liquidation, cette situation peut se révéler particulièrement problématique car elle fait perdre à l’associé le bénéfice de sa responsabilité limitée.
* lorsque l’associé unique est une personne physique, une **règle dérogatoire** a été consacrée : l’**article 1844-5 alinéa 5 du Code de commerce** écarte l’application de la règle précitée. Il y a donc liquidation de la société.

Ce qui signifie que les biens qui appartiennent à la société vont être vendus (liquidés – « rendus liquides »), les sommes perçues permettant de désintéresser les créanciers :

- si après paiement des créanciers il reste des fonds, l’associé récupèrera ses apports. Si après cela, il reste encore des fonds – reliquat que l’on nommera le « ***boni de liquidation***» - l’associé le récupèrera ;

- si les opérations de liquidation ne permettent pas de dégager assez de fonds pour désintéresser les créanciers, ceux-ci resteront impayés.

**§2. L’*affectio societatis***

L’*affectio societatis* est une notion propre au droit des sociétés (**I.**) qui remplit plusieurs fonctions (**II.**).

**I. La notion d’*affectio societatis***

**A. Les allusions textuelles**

L’*affectio societatis* n’est pas une notion qui ressort explicitement de l’article 1832 du Code civil. Il est possible d’y trouver certaines allusions dans l’article 1833 du même code qui fait allusion à l’ « *intérêt commun des associés*». Il est également possible d’en trouver une trace dans une lecture *a contrario* de l’article 1844-7, 5° du Code civil

**B. La définition jurisprudentielle**

**L’*affectio societatis* est défini en jurisprudence comme : « *la volonté de collaborer ensemble, sur un pied d’égalité, à la réalisation d’un projet commun* »**[[57]](#footnote-57). **Il se définit ainsi autour de trois critères :**

* **la possibilité de collaboration active entre les différents associés**[[58]](#footnote-58) **;**
* **le devoir d’action sur un pied d’égalité**[[59]](#footnote-59)**;**
* **un projet d’entreprise commune.**

**II. Les fonctions de l’*affectio societatis***

Trois grandes fonctions sont attachées à l’*affectio societatis*, qui est aujourd’hui:

* un élément de preuve de l’existence d’une société (notamment les sociétés créées de fait) ;
* un élément de preuve de la fictivité d’une société[[60]](#footnote-60) ;
* un critère de distinction du contrat de société d’autres contrats[[61]](#footnote-61).

L’existence de l’*affectio societatis* s’appréciant à la date de constitution de la société, il importe peu qu’il n’existe plus au cours de la vie de la société. La disparition de l’*affectio societatis* ne :

* remet pas en cause les cessions de titres sociaux[[62]](#footnote-62) ;
* peut pas à elle seule caractériser une « *mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ».

**§3. Les apports**

En contrepartie de l’obligation de réaliser des apports (**I**.), de diverses natures (**II**.) l’associé va recevoir des titres sociaux, actions ou parts sociales selon les formes sociales.

**I. L’exigence d’apports**

**Article 1832 alinéa 1er du Code civil**

« *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'****affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie*** *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »

**Article 1844-10 alinéa 1er du Code civil**

« *La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions de l'article* [*1832*](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444040&dateTexte=&categorieLien=cid) *et du premier alinéa des articles 1832-1 et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général* »

Par conséquent, les principales problématiques relatives aux apports sont celles des :

* ***apports fictifs***: l’apport est réel mais sans valeur (immeuble vétuste, brevet périmé, créance sur un débiteur insolvable…) ; et
* ***apports surévalués***: responsabilité de l’apporteur.

**II. La diversité des apports**

**L’article 1843-3 du Code civil** distingue trois types d’apports :

* des **apports « *en numéraire* »** :

Une somme d’argent est apportée à la société.

* des **apports « *en nature* »**:

Un bien quelconque, autre qu’une somme d’argent, qui est apporté à la société.

* des **apports « *en industrie* »**:

Une personne apporte (i) sa *force de travail* ou (ii) ses *compétences* à la société.

**A. Les apports en numéraire**

**1. Distinction du compte courant et de l’apport en compte courant d’associé**

**Les comptes courants d’associés** désignent les sommes qui sont ***prêtées*** par les associés à la société, généralement pour faire face à un besoin momentané de trésorerie. Le plus souvent, ces sommes proviennent **de dividendes** mis en distribution par la société : les associés peuvent en effet accepter de ne pas encaisser immédiatement et de les laisser à la disposition de la société.

Les comptes courants d’associés ne sont donc **pas des apports en numéraire : ils ne participent pas de la composition du compte courant** qui ne peut pas être débiteurs.

Les apporteurs en compte courant ne reçoivent ainsi pas de parts ou d’actions de la société en contrepartie de leurs comptes courants mais **une créance de remboursement**, dont ils peuvent obtenir le remboursement **en cours de vie sociale**, selon les règles du droit commun des obligations (soit **à l’échéance**, soit **moyennant le respect d’un délai de préavis raisonnable**).

**2. Distinction de la souscription et de la libération de l’apport**

Deux notions doivent être distinguées :

* La **souscription de l’apport** désigne l’*opération par laquelle une personne s’engage à effectuer un apport en numéraire à une société*. La souscription constitue une promesse d’apport qui a pour effet de conférer la qualité d’associé à l’apporteur – sous la condition néanmoins que l’intégralité du capital social prévu dans les statuts soit souscrite.
* La **libération de l’apport** désigne l’*opération par laquelle le souscripteur d’un apport verse l’apport en numéraire qu’il a promis à la société*.

**3. Articulation de la souscription et de la libération**

Une fraction de l’apport promis doit être libérée **au moment de la souscription.** Le solde restant peut en revanche être libéré postérieurement :

**Principe** - Les statuts de la sociétédéterminent librement :

* la fraction de l’apport qui doit être libérée au moment de la souscription ; et
* les modalités de libération du solde restant.

**Limite­** - Certaines dispositions impératives limitent cette liberté notamment dans la S.A.R.L.[[63]](#footnote-63) et les sociétés par actions / anonyme[[64]](#footnote-64).

**B. Les apports en nature**

**1. La variété des apports**

**L’apport en propriété** - **L’apport est fait en propriété, lorsque l’apporteur transfère à la société un droit réel de propriété sur le bien apporté, ce qui l’assimile à la vente**. Par conséquent :

* cet apport opère transfert de la propriété et des risques à la date de l’immatriculation (date à laquelle la société acquière la personnalité morale) ;
* l’apporteur en propriété est **garant envers la société** du bien apporté « *comme un vendeur l’est envers son acheteur* »[[65]](#footnote-65) :

- au titre de la ***garantie d’éviction***, l’apporteur s’interdit de troubler la jouissance paisible par la société du bien apporté ;

- au titre de la ***garantie des vices cachés***, l’apporteur s’oblige à réparer les vices cachés du bien apporté, nés avant l’apport mais qui se révèleraient postérieurement à ce dernier.

Le contrat d’apport se distingue toutefois du contrat de vente car :

* la contrepartie d’un apport n’est pas le paiement d’un prix en argent ;
* l’attribution de parts ou d’actions de la société bénéficiaire de l’apport.

**L’apport en usufruit** - **L’apport d’un bien est fait en usufruit, lorsque l’apporteur transfère à la société un droit réel d’usufruit sur le bien apporté.** L’apport en usufruit présente deux particularités :

* l’usufruit d’un bien ne peut pas être apporté à une société pour une durée de plus de 30 années[[66]](#footnote-66) ;
* la société bénéficiaire d’un apport en usufruit n’acquiert que :

- le **droit d’user** (*usus -* usage *-*) ; et

- le **droit d’en percevoir les fruits** (*fructus* - jouissance -).

**L’apport en jouissance** - **L’apport d’un bien est fait en jouissance, lorsque l’apporteur transfère à la société, non pas un droit réel, mais un droit personnel de jouissance sur le bien apporté, l’apporteur conservant la propriété du bien**.

L’apport en jouissance présente certaines similarités avec le contrat de bail : l’article 1843-3 du Code civil prévoit que l’apporteur n’est garant envers la société *« comme un bailleur envers son preneur ».* Il a un intérêt majeur pour l’apporteur car ce dernier est assuré de pouvoir récupérer le bien apporté à la dissolution de la société.

**2. Le régime des apports**

**L’utilisation du bien** - Un époux ne peut pas employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été **averti** et sans qu'il en soit justifié dans l'acte[[67]](#footnote-67). Dans le cas contraire, si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en **demander l'annulation**.

L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté[[68]](#footnote-68).

**L’évaluation du bien** - L’évaluation des biens faisant l’objet d’apports en nature obéit à des règles différentes selon les catégories de sociétés :

* ***Dans les sociétés à risque limité***, la surévaluation d’un apport en nature se révèlerait préjudiciable :

***-* aux associés de la société**, parce que les droits sociaux qu’ils recevront seront corrélativement réduits ; et

**- aux créanciers de la société**, parce que la surévaluation des apports entraînera la surévaluation du capital de la société, ce qui pourrait les induire en erreur : ils pourront penser traiter avec une société solvable alors qu’en réalité, non.

C’est ce qui explique que la surévaluation d’un apport en nature soit **sanctionnée pénalement**[[69]](#footnote-69) et qu’une **procédure spécifique d’évaluation** ait été mise en place dans les **sociétés à risque limité**, un **tiers indépendant**, le **commissaire aux apports**, devant être désigné à l’**unanimité des associés** (ou par **décision de justice**), reçoit pour mission **d’évaluer les apports en nature**.

* ***Dans les sociétés à risque illimité***, les associés ne sont pas tenus de désigner un commissaire aux apports car dans ces sociétés, le risque de surévaluation est moins important :

*-*les associés étant tenus de manière illimitée sur leur patrimoine personnel, ils seront plus vigilants sur l’évaluation des biens apportés ;

- les créanciers pouvant poursuivre le paiement de leurs créances sur le patrimoine personnel des associés, dans le cas où la société ne les désintéresserait pas, ne seront pas floués par une image trompeuse.

**C. L’apport en industrie**

**1. Possibilité de réaliser des apports en industrie**

L’apport en industrie est l’apport **de ses compétences techniques** ou **de sa force de travail.**

**La libération de l’apport en industrie est nécessairement successive**, elle ne se fait qu’au fur et à mesure de la vie sociale, au fur et à mesure que l’apporteur apporte ses compétences techniques ou sa force de travail.

En pratique, cela est une source de difficultés et de contentieux car :

* la contrepartie est fixée définitivement à l’avance, mais la prestation de l’apporteur pourra évoluer dans le temps ;
* l’apport en industrie ne peut servir de gage aux créanciers sociaux.

C’est la raison pour laquelle la possibilité de réaliser des apports en industrie est limitée dans certaines formes sociales.

**2. Contrepartie des apports en industrie**

**L’apport en industrie ne concourt pas de la constitution du capital social. Par conséquent, l’apporteur en industrie ne reçoit pas de parts sociales mais uniquement des droits financiers et politiques. Il ne reçoit ainsi pas de droits patrimoniaux en contrepartie de son apport.**

**Article 1843-2 alinéa 2 du Code civil**

« *Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes* ».

**Article 1844-1 alinéa 1er du Code civil**

« *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et* *la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté,* ***le tout sauf clause contraire***».

**Les droits sociaux attribués à l’apporteur en industrie sont incessibles. C’est dire que si l’associé apporteur en industrie veut quitter la société, il doit demander l’annulation et le remboursement de ses parts ou de ses actions par la société**[[70]](#footnote-70).

**§4. La vocation aux résultats**

L’étude de la vocation aux résultats invite à étudier la vocation aux bénéfices et aux économies (**I.**) et celle de la contribution aux pertes (**II**.).

**I. La vocation aux bénéfices et aux économies**

**A. La distinction des bénéfices et des économies**

Dans sa rédaction initiale, l’article 1832 du Code civil définissait la société comme le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s’associaient « *en vue de partager le* ***bénéfice*** *qui pouvait en résulter* ».

La *société* s’opposait ainsi à l’*association* que l’article 1er de la loi du 1er juillet 1901 définit encore aujourd’hui ainsi : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ».

La ligne de démarcation était claire :

* on créait une société pour partager les bénéfices ; et
* on créait une association pour tout autre but que le partage des bénéfices.

La jurisprudence définit traditionnellement le bénéfice comme « *un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés*»[[71]](#footnote-71) : la notion de ***bénéfice*** s’oppose ainsi à la notion d’***économie***.

Cette distinction a été brouillée lorsque la loi du 4 janvier 1978 a modifié la rédaction de l’article 1832 du Code civil qui dispose depuis que : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »

**B. La répartition des bénéfices**

Si la société réalise un bénéfice, elle pourra le distribuer aux associés si :

* elle a préalablement apuré les pertes réalisées au titre des exercices antérieurs ; et
* elle a constitué les réserves légales ou statutaires :

- dans les sociétés à risque limité, les sociétés doivent affecter chaque année 5% des bénéfices réalisés jusqu’à ce qu’elles atteignent 10% du capital social > c’est la ***réserve légale*** ;

- dans toutes les sociétés, les statuts peuvent prévoir qu’une partie des bénéfices sera mise en réserve, c’est la ***réserve statutaire****.*

**1. Le principe de proportionnalité**

**Article 1844-1 alinéa 1er du Code civil**

« ***La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social*** *et* *la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire* »

**2. Les aménagements du principe de proportionnalité**

**a. Les aménagements autorisés**

**Article 1844-1 alinéa 1er du Code civil**

« *La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté,* ***le tout sauf clause contraire*** ».

**b. Les aménagements prohibés**

**Article 1844-1 du Code civil**

« ***Est prohibée la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites.***

*Toute clause contraire est réputée non-écrite* ».

***Notion de promesse unilatérale d’achat de droits sociaux à prix plancher*** - Une promesse unilatérale d’achat est un contrat conclu entre deux personnes, aux termes duquel le promettant s’engage envers le bénéficiaire à acheter un bien si celui-ci désire le vendre, pour un prix déterminé ou déterminable. Au terme convenu, le bénéficiaire est libre de lever, ou non, l’option qui lui a été consentie pour acheter le bien, objet de la promesse.

Quant aux promesses unilatérales d’achat de droits sociaux à prix plancher, ce sont des promesses d’achats qui portent sur des droits sociaux – parts ou actions – et dont le prix est généralement constitué par un prix minimum (le prix plancher) *auquel s’ajoute un intérêt* calculé sur la période pendant laquelle la promesse court.

***Problématique de la promesse unilatérale d’achat de droits sociaux à prix plancher***- Ces promesses d’achat suscitent une difficulté eu égard à la prohibition des clauses léonines.

* ***Nature de la problématique*** - Le bénéficiaire de la promesse, qui est associé de la société, est sûr de pouvoir sortir de la société pendant un certain temps, en vendant ses parts à un prix minimum. Pendant cette période donc :

- si les parts perdent de leur valeur, le bénéficiaire de la promesse n’est pas affecté, puisqu’il est certain de pouvoir revendre ses parts à un bon prix ; mais

- si les parts ont pris de leur valeur, l’associé n’exercera pas son option.

* ***Fréquence de la problématique* -** Cette problématique se présente principalement dans 3 types d’opérations :

- les cessions de titres étalées dans le temps ;

- les opérations de portage[[72]](#footnote-72) ;

- les opérations de capital-investissement.

**C. La distribution des bénéfices**

**1. L’existence de bénéfices distribuables**

**La réserve légale obligatoire** - À peine de nullité de toute délibération contraire, dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, il est fait sur le bénéfice de l'exercice, diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, un prélèvement d'un vingtième au moins affecté à la formation d'un fonds de réserve dit " réserve légale ". Ce prélèvement cesse d'être obligatoire, lorsque la réserve atteint le dixième du capital social[[73]](#footnote-73).

**Les réserves statutaires** - Ces réserves ne sont pas prévues par la loi, mais lorsqu’elles sont instituées par les statuts, l’assemblée générale ordinaire annuelle doit les constituer. Elles ne peuvent être utilisées ni pour une distribution aux actionnaires ni pour un achat ou un remboursement d’actions de la société.

**Définition du bénéfice distribuable** - **Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts, et augmenté du report bénéficiaire**[[74]](#footnote-74).

**Mise en distribution des bénéfices** - L’assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition. En ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués. Toutefois, les dividendes sont prélevés par priorité sur le bénéfice distribuable de l'exercice[[75]](#footnote-75).

Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer. L'écart de réévaluation n'est pas distribuable. Il peut être incorporé en tout ou partie au capital[[76]](#footnote-76).

**Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes**[[77]](#footnote-77). **Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif** [[78]](#footnote-78).

Les modalités de mise en paiement des dividendes votés par l'assemblée générale sont fixées par elle ou, à défaut, par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas. Toutefois, la mise en paiement des dividendes doit avoir lieu dans un délai maximal de neuf mois après la clôture de l'exercice. La prolongation de ce délai peut être accordée par décision de justice[[79]](#footnote-79).

**2. L’absence de bénéfices distribuables**

Aucun dividende ne peut être alloué aux associés lorsqu’il n’y a pas de bénéfices. Les pertes constatées peuvent recevoir différentes affectations. L’assemblée générale peut laisser subsister les pertes dans le compte « report à nouveau » ou les imputer sur les comptes de réserve, y compris la réserve légale.

**II. La contribution aux pertes**

**Notion de contribution aux pertes** - C’est la loi du 4 janvier 1978 qui a consacré l’obligation de contribuer aux pertes dans le Code civil[[80]](#footnote-80).

La contribution aux pertes n’est que la contrepartie de la participation aux bénéfices ou à l’économie réalisée.

* **les *pertes sociales* sont les dettes que la société n’a pas pu régler faute d’actifs suffisants. Toute « *dette*» n’est pas une « *perte*»**;
* il est donc nécessaire de bien distinguer la notion d’***obligation aux dettes*** et de ***contribution aux pertes*** :

- **l’*obligation aux dettes*, c’est l’obligation qui pèse sur les associés de sociétés à risque illimité de payer les créanciers sociaux lorsque la société est défaillante** (et donc à n’importe quel moment de la vie sociale) ;

*-* **la *contribution aux pertes*, c’est l’obligation qui pèse sur les associés de se répartir pertes de la société lors de la liquidation de celle-ci**.

**Date de contribution aux pertes**- À quelle date les associés doivent-ils contribuer aux pertes ?

* **par principe**, c’est à la liquidation de la société que les associés doivent contribuer aux pertes.
* **par exception**, les associés pourront soit décider, soit être contraints de supporter les pertes en cours de vie sociale. En fonction du montant des pertes, les associés pourront procéder à une diminution du capital social, qui entraînera une annulation des parts sociales, sans se voir rembourser leurs apports.

**CHAPITRE 2.**

**LA SANCTION DU NON-RESPECT DES CONDITIONS DE VALIDITÉ**

Si le contrat de société ne réunit pas les conditions nécessaires à sa validité s’exposera à une sanction particulière : la nullité. Il est donc nécessaire de bien distinguer les causes de nullité (**Section 1**.) et les modalités de cette annulation (**Section 2**.) et les effets de cette nullité (**Section 3**.).

**Section 1. Les causes de nullité du contrat de société**

Le contrat de société s’expose à plusieurs causes de nullité : certaines communes à l’ensemble de tous les contrats (**§1**.) et d’autres propres au contrat de société (**§2**.).

**§1. Les causes de nullité communes à toutes les sociétés**

La nullité de la société ne peut résulter que de :

* la violation :
* des dispositions de l'article [1832](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444040&dateTexte=&categorieLien=cid)du Code civil ;
* des dispositions de l'article [1832-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444040&dateTexte=&categorieLien=cid)alinéa 1er du Code civil ;
* des dispositions de l'article [1833](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444040&dateTexte=&categorieLien=cid)alinéa 1er du Code civil ;
* l'une des causes de nullité des contrats en général[[81]](#footnote-81).

La nullité des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions ne peut résulter :

* ni d'un vice de consentement,
* ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs ;
* ni des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil[[82]](#footnote-82).

**§2. Les causes de nullité spécifiques à certaines sociétés**

Dans les ***sociétés en nom collectif*** et ***en commandite simple****,* ***l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité de la société****,* de l'acte ou de la délibération, selon les cas, sans que les associés et la société puissent se prévaloir, à l'égard des tiers, de cette cause de nullité. Toutefois, le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité encourue, si aucune fraude n'est constatée[[83]](#footnote-83).

**Section 2. L’annulation du contrat de société**

L’annulation du contrat de société est réservée à certaines personnes (**§1**.), qui doivent agir dans un délai déterminé (**§2**.), afin de demander la nullité ou la régularisation de la cause de nullité (**§3**.).

**§1. Les titulaires de l’action en nullité**

**Titulaires de l’action en nullité** - En cas de nullité d'une société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, **toute personne y ayant intérêt** **peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion**.

**La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans ce délai, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur, notamment par le rachat de ses droits sociaux**. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées, si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société. En cas de contestation, la valeur des droits sociaux à rembourser à l'associé est déterminée conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. Toute clause contraire est réputée non écrite[[84]](#footnote-84).

**Mise en demeure** - Lorsque la nullité d'actes et délibérations postérieurs à la constitution de la société est fondée sur la violation des règles de publicité, **toute personne ayant intérêt à la régularisation de l'acte peut mettre la société en demeure d'y procéder**. **À défaut de régularisation dans ce délai, tout intéressé peut demander la désignation, par décision de justice, d'un mandataire chargé d'accomplir la formalité**[[85]](#footnote-85).

**§2. La prescription de l’action en nullité**

La ***prescription*** est le délai légal au-delà duquel il n’est plus possible de faire valoir son droit en justice. **Les actions en nullité de la société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrivent par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue**[[86]](#footnote-86). Certaines exceptions existent, le législateur ayant abrégé la prescription dans certaines hypothèses, notamment celle des opérations de fusion-acquisition).

**§3. La régularisation de la nullité**

La régularisation est le mécanisme correcteur par lequel une partie à un contrat entaché de nullité a la possibilité de corriger le vice qui affecte son contrat.

**L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance, sauf si cette nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social**[[87]](#footnote-87). **Le tribunal de commerce, saisi d'une action en nullité, peut, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir les nullités**[[88]](#footnote-88).

**Section 3. Les effets de la nullité du contrat de société**

**Si en droit commun, la nullité est par principe rétroactive[[89]](#footnote-89), tel n’est pas le cas de la nullité du contrat de société. En effet, contrairement à d’autres contrats, le contrat de société donne naissance à une personne juridique, qui aura très certainement contracté avec plusieurs personnes et il est important de ne pas porter atteinte aux droits des tiers.**

Le législateur a ainsi prévu que lorsque la nullité de la société est prononcée, il est procédé à sa liquidation conformément aux dispositions des statuts et du chapitre VII du présent titre[[90]](#footnote-90).

**Ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi. Cependant, la nullité résultant de l'incapacité ou d'un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l'incapable et ses représentants légaux, ou par l'associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence**[[91]](#footnote-91).

L'action en responsabilité fondée sur l'annulation de la société ou des actes et délibérations postérieurs à sa constitution se prescrit par trois ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée.

La disparition de la cause de nullité ne fait pas obstacle à l'exercice de l'action en dommages intérêts tendant à la réparation du préjudice causé par le vice dont la société, l'acte ou la délibération était entaché. Cette action se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité a été couverte[[92]](#footnote-92).

**TITRE 2.**

**LA PERSONNIFICATION DE LA SOCIÉTÉ**

La société a vocation à devenir une « personne morale » (**Chapitre préliminaire**), un contrat personnifié. Si certaines sociétés sont volontairement ou non dépourvues de la personnalité morale (**Chapitre 1.**), le législateur a consacré un régime particulier pour les sociétés en attente de la reconnaissance de leur personnalité morale (**Chapitre 2**.) et a encadré les éléments de personnification de ces dernières une fois immatriculées (**Chapitre 3**.)

**CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.**

**LA PERSONNALITÉ MORALE**

La nature de la personnalité morale (**Section 1**.) celle de la société (**Section 2**.) et donc celle de l’intérêt social (**Section 3**.) ont longtemps été discutées et la teneur de ces débats est essentielle.

**Section 1. La nature de la personnalité morale : réalité ou fiction**

La personne morale n’est pas une « *personne* », c’est un être artificiel, qui n’est pas fait de chair et de sang. Le terme de « *personne*» est ici simplement utilisé pour faire référence au « *patrimoine*» de ladite personne. La question qui se posait donc était de savoir si la personnalité morale était une fiction juridique ou une réalité technique :

* **pour les partisans de la théorie de la « *fiction*»**, une personne morale n’existe que parce que l’État autorise expressément cette fiction. Problème : si seul l’État peut créer des personnes morales, comment l’État s’est-il vu doté de la personnalité morale ?
* **pour les partisans de la théorie de la « *réalité technique* »**, la personnalité morale existe dès lors que certaines conditions sont réunies. Au titre de ces conditions, un groupement de personnes physiques doit avoir :

- un intérêt propre (différent de la somme des intérêts individuels des personnes qui le composent) ; et

- une organisation permettant de dégager, d’exprimer et de défendre cet intérêt.

Dans ce débat, la jurisprudence a tranché dans un arrêt de principe :

**Cass. civ. 2ème, 28 janvier 1954, n° 54-07.081**

« *Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; Que, si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement, l'existence en faveur d'organismes créés par la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d'être déduits en justice* ».

Ainsi, lorsque le législateur n’a pas expressément reconnu la personnalité morale d’un groupement, la jurisprudence peut combler les lacunes des textes et reconnaître, sous les conditions exposées, l’existence d’une personne morale.

**Section 2. La nature de la société : contrat ou institution**

Le contrat de société a par principe vocation à donner naissance à une personne morale, un sujet de droit nouveau sur la scène juridique. En cela, il crée une situation inédite qui a donné lieu à un très important débat doctrinal sur la nature de la société.

**Point de départ du débat -** Le point de départ du débat se trouve dans la rédaction de l’article 1832 alinéa 1er du Code civil: « *La société est* ***instituée*** *par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un* ***contrat*** *d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». La société est-elle une institution ou un contrat ?

**Enjeu du débat**-Cette rédaction conduit à envisager que la société est un contrat mais également une institution. La question qui se pose est de savoir si l’une de ces deux qualifications doit l’emporter. Pourquoi ? Parce que selon la théorie adoptée, la notion d’ « *intérêt social*» ne sera pas appréhendée de la même manière.

L’intérêt social est généralement défini comme l’intérêt de la société mais cette définition est insuffisante. L’intérêt de la société se réduit-il à la somme des intérêts des associés (des personnes ayant signé les statuts) comme le soutiennent les partisans de la thèse dite « *contractualiste*» ou la société, sujet de droit à part entière dès lors qu’elle a la personnalité morale a-t-elle un intérêt propre, comme le prétendent les défenseurs de la thèse « *institutionnaliste*» ?

**Teneur du débat** - Trois théories s’affrontent :

* la **thèse contractuelle** - Le régime de la société peut certes être très détaillé mais il n’en demeure pas loin que les textes font également référence aux statuts et consacre une certaine liberté contractuelle au bénéfice des associés (ce qui est particulièrement flagrant dans la SAS). Dès lors ce n’est pas parce que la liberté contractuelle est limitée par certains textes dans un souci de protection des tiers ou des associés qu’elle deviendrait une exception et non plus le principe.
* la **thèse institutionnelle** - La société étant très détaillée, son régime comportant de nombreuses dispositions impératives, la volonté des associés est reléguée au second rang. Par ailleurs si la personnalité morale est reconnue, comme cela a été dit, aux groupements de personnes ayant un intérêt propre, distinct de celui de l’ensemble de ses membres, la société ne peut pas être un contrat, simple échange d’intérêts distincts mais convergents.
* la **thèse de la nature mixte** - Une grande partie de la doctrine s’accorde aujourd’hui pour dire que la société n’est ni institutionnelle, ni contractuelle, mais les deux à la fois, empruntant tantôt à l’une des deux thèses, tantôt à l’autre. Le débat sur la nature de la société s’est ainsi quelque peu tari. Il servait en effet avant tout à apprécier la nature de l’intérêt social.

**Section 3. L’intérêt social**

**Notion d’intérêt social** - L’intérêt social n’a longtemps été que déduit de certains textes de droit commun qui semblaient assimiler intérêt social et intérêt commun des associés :

**Article 1832 alinéa 1er du Code civil**

« *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie* ***en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*** » : intérêt des associés.

**Article 1833 alinéa 1er du Code civil :**

« *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans* l'***intérêt commun des associés*** ».

Les textes de droit spécial n’étaient pas d’un grand secours, n’apportant pas plus d’informations sur la nature de l’intérêt social :

**Article 1848 alinéa 1er du Code civil (société civile)**

« *Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* »

**Article L. 221-4 alinéa 1er du Code de commerce (société en nom collectif)**

« *Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* »

Ces textes tendaient à conforter l’analyse contractualiste de la société : si la société doit être constituée dans l’intérêt commun des associés, elle reste la chose des associés. La société est avant tout un contrat.

Cela a changé avec l’adoption de la loi PACTE du 22 mai 2019 qui a ajouté un nouvel alinéa au texte :

**Article 1833 alinéa 2 du Code civil :**

« *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.*

***La société est gérée dans son intérêt social****,* ***en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité***».

Si la société doit être gérée dans son intérêt social, celui doit donc primer les différents intérêts des associés. C’est ce qu’avait déjà laissé entendre une ancienne décision de jurisprudence :

**CA Paris, 22 mai 1965, arrêt « *Fruehauf*»**

« *Pour nommer un administrateur provisoire, le juge des référés doit s’inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés* »

**Fonctions de l’intérêt social** - L’intérêt social est une notion à géométrie variable, l’intérêt social a une fonction de boussole :

* L’intérêt social sert de référentiel au législateur pour incriminer l’abus de biens sociaux ;
* L’intérêt social sert de boussole au dirigeant dans ses choix stratégiques et leur mise en œuvre ;
* L’intérêt social sert de boussole au juge saisi d’un conflit tendant à un potentiel abus du droit de vote, une faute de gestion, une paralysie de la société, de révocation du dirigeant, la validité de la garantie octroyé par la société...

**CHAPITRE 1.**

**LES ÉLÉMENTS DE LA PERSONNALITÉ MORALE**

Une fois dotée de la personnalité morale, la société est personnifiée et acquiert ainsi plusieurs attributs de la personnalité : un nom (**Section 1**.), un « domicile » (**Section 2**.), une qualité (**Section 3**.), un patrimoine (**Section 4**.). Elle devient également responsable de ses actes (**Section 5**.),

**Section 1. Le nom de la société**

**Une distinction sémantique doit être opérée :**

* On parlera de « ***dénomination sociale***» pour les sociétés commerciales. Règne ici le principe de liberté des associés sous réserve de ne pas porter atteinte aux droits des tiers et notamment à :
* une marque déposée ;
* une dénomination sociale déjà déposée ;
* au nom patronymique d’un tiers s’il existe un risque de confusion.
* On parlera de « ***raison sociale***» pour les sociétés civiles.

**Enjeux et problématiques du choix du nom :**

* **Arrêt « *Bordas*»**[[93]](#footnote-93) :

« […] *Attendu que le principe de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité du nom patronymique, qui empêche son titulaire d'en disposer librement pour identifier au même titre une autre personne physique, ne s'oppose pas à la conclusion d'un accord portant sur l'utilisation de ce nom comme dénomination sociale ou nom commercial* »

* **Arrêt « *Ducasse*»**[[94]](#footnote-94):

« […] *Attendu que le consentement donné par un associé fondateur, dont le nom est notoirement connu, à l'insertion de son patronyme dans la dénomination d'une société exerçant son activité dans le même domaine, ne saurait, sans accord de sa part et en l'absence de renonciation expresse ou tacite à ses droits patrimoniaux, autoriser la société à déposer ce patronyme à titre de marque pour désigner les mêmes produits ou services*»

**Section 2. Le siège de la société**

**§1. La détermination du siège social**

La détermination du siège social de la société présente d’importants enjeux. Elle va en effet permettre de déterminer :

* **La loi applicable** - Les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française. Les tiers peuvent se prévaloir du siège statutaire, mais celui-ci ne leur est pas opposable par la société si son siège réel est situé en un autre lieu[[95]](#footnote-95).
* **La juridiction compétente**:

- la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur[[96]](#footnote-96)

- le lieu où demeure le défendeur s'entend :

. s'il s'agit d'une personne physique, du lieu où celle-ci a son domicile ou, à défaut, sa résidence ;

. s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où celle-ci est établie[[97]](#footnote-97).

**§2. Le transfert du siège social**

Le transfert dans un autre lieu du territoire national peut être voté aux conditions requises pour la modification des statuts. Le transfert dans un autre état doit être voté à l’unanimité car il implique un changement de nationalité, de loi applicable, c’est une décision lourde de conséquences.

**Section 3. La qualité de la société**

**Toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet, ont le caractère civil**[[98]](#footnote-98).

**Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions sont commerciales à raison de leur forme**[[99]](#footnote-99).

**Que se passe-t-il si une société commerciale a un objet civil ?**

Il n’y a aucun risque de requalification car l’objet est alors indifférent.

**Que se passe-t-il si une société civile a un objet commercial ?**

Il y a un risque de requalification de la société en société créée de fait, qui se verra appliquer le régime juridique de la SNC si son activité commerciale.

**Section 4. Le patrimoine de la société**

**§1. L’actif de la société**

L’**actif social se compose des biens dont la société est propriétaire**.

**§2. Le passif de la société**

Le capital social est un chiffre qui correspond à la **somme de la valeur des apports**  **en nature** et **des apports en numéraire (mais pas des apports en industrie !)** et qui n’est pas destiné à varier au fil du temps. Il représente **la dette de la société envers ses associés**.

Le capital social se distingue ainsi de l’**actif social** qui représente lui **l’ensemble de ce que la société possède**. Lors de la constitution de la société, le capital social coïncide avec l’actif social : il correspond à ce que les associés ont apporté à la société, en nature ou en numéraire. Très rapidement, ces deux valeurs seront décorrélées : au cours de son existence, la société va emprunter, réaliser des bénéfices et ainsi pouvoir acquérir de nouveaux biens, sans que les associés n’aient eu à réaliser de nouveaux apports

Le capital social ne correspond pas non plus aux **capitaux propres** de la société, qui sont une notion comptable qui englobe quatre postes de passif :

* le capital social ;
* les réserves(i.e. les bénéfices effectués pendant les exercices précédents et qui n’ont pas été distribués aux associés) ;
* le résultat (i.e. les bénéfices ou pertes réalisés pendant l’exercice et en attente d’affectation comptable) ;
* le report à nouveau (poste d’attente).

**Section 6. La responsabilité de la société**

**§1. La responsabilité civile**

La société peut engager sa responsabilité civile de deux manières :

* en ne respectant pas ses engagements contractuels, c’est la responsabilité civile ***contractuelle*** de la société ;

**Article 1217 du Code civil**

« ***La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :***

*- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*

*- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*

*- obtenir une réduction du prix ;*

*- provoquer la résolution du contrat ;*

*-* ***demander réparation des conséquences de l'inexécution.***

***Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter*** ».

* en commettant volontairement ou non des actes préjudiciables à des tiers, c’est la responsabilité civile ***extra-contractuelle*** (ou ***délictuelle***) de la société.

**Article 1240 du Code civil**

« *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Trois conditions sont ainsi requises :

- une fait dommageable ;

- un dommage ; et

- un lien de causalité entre le fait de la société et le dommage.

**§2. La responsabilité pénale**

Les personnes morales, à l’exclusion de l’État, sont responsables pénalement des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants[[100]](#footnote-100).

Trois conditions sont ainsi requises :

* **Elément personnel** -À l’exception de l’État toutes les personnes morales sont visées : sociétés, association déclarées, syndicats, comités d’entreprise, …
* **Elément légal** -La responsabilité pénale de la société ne peut être engagée que pour des infractions consacrées par le législateur ;
* **Elément matériel**- La responsabilité pénale de la société ne peut être engagée que si :

- ***les infractions ont été commises pour le compte de la personne morale***. Imaginons que le représentant légal de la société A tue le représentant légal de la société B :

. si le meurtre a été sciemment commis pour déstabiliser la société B., il a été commis pour le compte de la société A. La responsabilité pénale de la société A sera engagée ;

. si le meurtre a été commis par que le représentant légal de la société A s’est rendu compte que Monsieur B avait une liaison avec son épouse, le crime est passionnel et n’a pas été commis pour le compte de la société A. La responsabilité pénale de la société A ne sera donc pas engagée.

- ***les infractions ont été commises par un organe ou un représentant de la personne morale*** (qui doit avoir conscience de commettre une infraction – c’est ce que les pénalistes appellent l’***élément intentionnel***).

Le Code de procédure pénale contient des dispositions spécifiques à la mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales.

Il faut souligner ici les principales peines auxquelles s’expose une personne morale :

* amendes pénales (généralement 5 fois le montant de l’amende à laquelle s’expose la personne physique pour une même infraction) ;
* dissolution de la société ;
* exclusion des marchés publics ;
* publicité de la décision de condamnation ;
* dissolution de la société…

**CHAPITRE 2.**

**LA SOCIÉTÉ EN ATTENTE DE LA PERSONNALITÉ MORALE**

Au cours de sa période de formation (**Section 1.**), la société va obéir à un régime spécifique (**Section 2.**),

**Section 1. La formation de la société**

La période de formation de la société peut être découpée et trois périodes distinctes :

* la première s’étendant de l’idée jusqu’à la signature des statuts (**§1**.) ;
* la deuxième s’étendant de la signature des statuts jusqu’à l’immatriculation (**§2**.) ; et
* la troisième s’étendant de l’immatriculation jusqu’à la publication (**§3**.).

**§1. De l’idée à la signature des statuts**

Une fois les statuts négociés (**I**.), il convient de les rédiger et de les signer (**II**.)

**I. La négociation des statuts de la société**

**Le déroulement des négociations du contenu des statuts est gouverné par la liberté contractuelle**[[101]](#footnote-101). **L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.** En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu[[102]](#footnote-102).

**II. La rédaction des statuts de la société**

**Le législateur impose que les statuts de la société contiennent plusieurs mentions obligatoires**[[103]](#footnote-103)**. Les associés signent un contrat : contrairement au principe du consensualisme**[[104]](#footnote-104) **qui prévaut en droit privé des contrats, l’écrit est ici exigé**. Les statuts doivent en effet obligatoirement mentionner :

* les apports de chaque associé ;
* la forme sociale ;
* l'objet social ;
* l'appellation ;
* le siège social ;
* le capital social ;
* la durée de la société ; et
* les modalités de son fonctionnement.

Pour certaines formes sociales impose des exigences supplémentaires, principalement dans un souci de protection des tiers qui seraient amenés à contracter avec la société.

Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité[[105]](#footnote-105).

**Les statuts peuvent être rédigés sous forme simplifiée ou développée**:

* ***avantage*** : les statuts donnent alors une vision très claire du fonctionnement de la société ;
* ***inconvénients*** : chaque modification des statuts, voulue par les associés ou imposée par le législateur va entraîner l’obligation de réunir une assemblée générale pour modifier le pacte statutaire.

**Les statuts peuvent être complétés par d’autres actes :**

* **un règlement intérieur ;**
* **des pactes extrastatutaires, conclus entre certains ou tous les associés, avec ou sans la société**.

Ces conventions peuvent avoir des objets extrêmement variés comme :

- déterminer le sens du vote d’un associé (on parle alors de « *convention de vote*») ;

- imposer à un ou plusieurs associés de céder ses titres en cas de survenance d’un événement particulier (on parlera alors de « clause de sortie »)…

**§2. De la signature des statuts à l’immatriculation**

Une fois les statuts signés, plusieurs formalités doivent être accomplies.

**Publication d’un avis de constitution dans un JAL** - Un avis de constitution de la société doit par principe être publié dans un Journal d’Annonces Légales du département du siège social.Une fois cette formalité effectuée, récépissé de dépôt de dossier de création de la société est délivré gratuitement, cela permet aux associés d’accomplir les premières démarches indispensables : ouverture d’une ligne téléphonique, d’un compte bancaire… C’est la preuve que la société est en formation.

**Immatriculation de la société au Registre du Commerce et des Sociétés** - Les sociétés autres que les sociétés en participation jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation[[106]](#footnote-106).Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation[[107]](#footnote-107).

Pour demander l’immatriculation, plusieurs documents sont requis :

* une déclaration M0 auprès du greffe du tribunal de commerce[[108]](#footnote-108) ; et
* un exemplaire des statuts auprès d’un Centre de Formalités des Entreprises de la Chambre du Commerce et de l’Industrie compétente.

Il peut être relevé que la loi PACTE du 22 mai 2019 crée un « *guichet électronique unique*».

Une fois cette formalité effectuée, récépissé de dépôt de dossier de création de la société est délivré gratuitement, cela permet aux associés d’accomplir les premières démarches indispensables : ouverture d’une ligne téléphonique, d’un compte bancaire… C’est la preuve que la société est en formation. L’organisme saisi opère un contrôle **formel** et procède à l’immatriculation.

**Une fois la société immatriculée, un extrait « K-bis » est délivré. L’extrait « K-bis » est la preuve que la société a été immatriculée**. Il contient de précieuses informations, telles que :

* le numéro d’identification SIREN attribué par l’INSEE ;
* un ou plusieurs numéros SIRET (propre à chaque établissement) ;
* un code APE (propre à l’activité exercée) ;
* la dénomination sociale ;
* l’identité du dirigeant ;
* le montant du capital social ; et
* le lieu du siège social.

Les extraits K-bis peuvent être obtenu par toute personne sur le site :

<https://www.infogreffe.fr/documents-officiels/demande-kbis.html>

**§3. De l’immatriculation à la publication**

**Publication au BODACC -** Après immatriculation au registre du commerce et des sociétés, la constitution de la société fait l'objet d'une publicité au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales[[109]](#footnote-109), à la diligence du greffier.

**Enregistrement fiscal**[[110]](#footnote-110) - Cet enregistrement obligatoire dans le délai d’un mois à compter de l’acte en présence d’un acte portant transmission de propriété ou d'usufruit de biens immeubles.

**Section 2. Le régime de la société en formation**

L’absence de personnalité morale de la société en participation conduit à développer des rapports originaux, tant entre les associés (**§1**.) que dans les rapports de ces derniers avec les tiers (**§2**.).

**§1. Les relations internes**

Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations[[111]](#footnote-111) :

* **Force obligatoire des conventions :**

- ***Article 1103 du Code civil***: « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » ;

- ***Article 1193 du Code civil*** : «*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* ».

* **Effet relatif des conventions**

***Article 1199 du Code civil*** : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* […] ».

**§2. Les relations externes**

**I. Le principe**

**Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas.** **La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci[[112]](#footnote-112)**.

**II. L’exception : la reprise des actes**

Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. **La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci[[113]](#footnote-113)**.

**A. Les conditions**

**1. Les conditions de fond**

**Quatre conditions de fond sont requises pour qu’un acte puisse être repris par la société une fois cette dernière immatriculée :**

* **un « *acte*» juridique (≠ d’un « fait » juridique) ;**
* **conclu avant l’immatriculation de la société ;**
* **au nom de la société en formation ;**
* **régulièrement immatriculée par la suite.**

**2. Les conditions de forme**

**Article 6 du décret du 3 juillet 1978**

(repris en substance par les articles R210-5 et R. 210-6 du Code de commerce)

«**(1.)** *L'état des actes accomplis pour le compte de la société en formation avec l'indication, pour chacun d'eux, de l'engagement qui en résulterait pour la société est présenté aux associés avant la signature des statuts.*

*Cet état est annexé aux statuts, dont la signature emportera reprise des engagements par la société, lorsque celle-ci aura été immatriculée.*

**(2.)** *En outre, les associés peuvent, dans les statuts ou par acte séparé, donner mandat à l'un ou plusieurs d'entre eux, ou au gérant non associé qui a été désigné, de prendre des engagements pour le compte de la société. Sous réserve qu'ils soient déterminés et que les modalités en soient précisées par le mandat, l'immatriculation de la société emportera reprise de ces engagements par ladite société.*

**(3.)** *La reprise des engagements souscrits pour le compte de la société en formation ne peut résulter, après l'immatriculation de la société, que d'une décision prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés*».

**Trois modes de reprises sont autorisés par le législateur, leur nature variant selon l’avancement du processus de formation de la société :**

* **Avant la signature des statuts : *Annexe***
* **Après la signature des statuts mais avant l’immatriculation : *Mandat***

La jurisprudence précise que :

- le mandat doit être spécial et préciser la nature des actes à accomplir[[114]](#footnote-114) ;

- le mandat peut être donné *a posteriori* : après la conclusion de l’acte mais avant l’immatriculation[[115]](#footnote-115) ;

- le mandat ne peut pas être implicite ;

- le mandat ne peut pas se déduire de la participation de l’ensemble des associés à l’acte[[116]](#footnote-116).

* **Après l’immatriculation : *Vote à la majorité des associés sauf clause contraire des statuts***

La jurisprudence précise qu’il n’existe **aucun autre moyen de reprendre les actes**[[117]](#footnote-117).

**B. Les effets de la reprise**

**Articles 1843 du Code civil et L. 210-6 du Code de commerce**

« ***Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas****. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci* ».

La jurisprudence précise que la reprise des actes décharge les associés qui ont contracté au nom et pour le compte de la société[[118]](#footnote-118) et que la rétroactivité est totale.

**CHAPITRE 3.**

**LES SOCIÉTÉS DÉPOURVUES DE PERSONNALITÉ MORALE**

Deux types de sociétés sont dépourvues de personnalité morales : la société en participation (**Section 1**.) et la société créée de fait (**Section 2**.).

**Section 1. La société en participation**

La société en participation présente l’originalité d’être dépourvue de personnalité, ce qui rejaillit sur les modalités de sa constitution (**§1**.) et son mode de fonctionnement (**§2**.).

**§1. La constitution de la société en participation**

Les raisons de la création d’une société en participation (**I**.) justifient la consécration de modalités de constitution originales (**II**.).

**I. Les raisons de la création d’une société en participation**

Les raisons conduisant à la constitution de sociétés en participation sont diverses :

* en matière de travaux publics, plusieurs personnes peuvent vouloir collaborer pour une très courte durée et ne souhaitent pas pérenniser leur partenariat au-delà d’un seul chantier… pas besoin d’immatriculation donc !
* en matière bancaire, plusieurs banques peuvent constituer ce qu’on appelle un « syndicat bancaire » : plusieurs établissements vont s’associer pour prêter à un acteur clé, une somme qu’aucun d’eux ne pourrait fournir, seul.
* dans d’autres hypothèses l’absence d’immatriculation peut être une volonté claire et non équivoque : la discrétion peut être de mise !

Deux avantages donc : la ***souplesse*** et la ***discrétion***.

Deux types de sociétés en participation existent : les sociétés « occultes » (non révélées aux tiers) et les sociétés ostensibles (révélées aux tiers).

**II. Les modalités de constitution d’une société en participation**

**Les associés peuvent convenir que la société ne sera point immatriculée. La société est dite alors « société en participation ». Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens.**

**À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société**[[119]](#footnote-119) :

* les apports en nature ne peuvent ainsi être que des apports en jouissance ;
* les apports en numéraire sont ainsi réalisés à titre précaire.

**Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger à certaines dispositions impératives du droit commun des sociétés**[[120]](#footnote-120).

La duréeest fixée librement et peut être indéterminée[[121]](#footnote-121),auquel cassa dissolution peut résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps.

**§2. Le fonctionnement de la société en participation**

L’absence de personnalité morale de la société en participation conduit à développer des rapports originaux, tant entre les associés (**I**.) que dans les rapports de ces derniers avec les tiers (**II**.).

**I. Les rapports entre associés**

**À moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif**[[122]](#footnote-122).

**II. Les rapports avec les tiers**

**À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social**[[123]](#footnote-123).

**Chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit[[124]](#footnote-124)**.

**Section 2. La société créée de fait**

**La société créée de fait désigne le groupement de deux ou plusieurs personnes qui ont réuni l’ensemble des éléments constitutifs de la société sans en avoir eu la volonté, sans l’avoir formalisé. La société créée de fait est donc tournée vers le passé. Elle n’est reconnue que pour les besoins de sa liquidation.**

Il est donc nécessaire de bien identifier la personne qui cherche à faire reconnaître l’existence d’une société créée de fait (**§1**.).

**§1. La caractérisation de la société créée de fait**

**I. La caractérisation par un associé**

Il se peut que deux personnes, généralement des concubins, des personnes unies par un PACS ou des époux, travaillent ensemble au développement de l’activité économique régulièrement exercée par l’un d’entre eux à titre individuel, en-dehors de tout contrat de travail.

Lors de la séparation, la personne qui s’est investie dans l’activité de son conjoint peut ne rien retirer de son investissement. Si les conditions de qualification d’un contrat de travail ne sont pas réunies, il sera peut-être possible de faire reconnaître l’existence d’une société créée de fait.

**Pour ce faire, il sera nécessaire de prouver l’existence de chacun des éléments constitutifs de la société, fixés par l’article 1832 du Code civil.**

La difficulté d’une telle action est que la jurisprudence estime que l’*affectio societatis* ne peut pas se déduire de la mise en commun d’intérêts inhérents au concubinage[[125]](#footnote-125).

**II. La caractérisation par un tiers**

Les tiers peuvent également avoir intérêt à caractériser l’existence d’une société créée de fait lorsque son débiteur, la personne avec qui il a contracté, la seule avec qui il a un lien de droit est insolvable ne peut pas payer. Il peut ainsi être intéressant de chercher l’argent dans la poche des partenaires du débiteur défaillant.

La preuve est alors allégée : en effet, lorsqu’une personne s’est activement impliquée dans l’activité du groupement, elle aura facilement accès à des informations, des éléments lui permettant de prouver l’existence d’une société créée de fait. La preuve sera plus difficile pour le créancier impayé.

C’est la raison pour laquelle la jurisprudence affirme que **les tiers (prétendus créanciers de la prétendue société créée de fait) n’ont pas à ramener la preuve de la réunion des trois éléments permettant de caractériser une société, fixés par l’article 1832 du Code civil**. Elle a estimé qu’**ils** **pouvaient se contenter d’invoquer la simple *apparence* d’existence d’une société**[[126]](#footnote-126).

**L’apparence de l’existence d’une société créée de fait s’apprécie « *globalement, indépendamment de l’existence apparente de chacun de ses éléments*»**[[127]](#footnote-127) **et relève de l’appréciation souveraine des juges du fond**[[128]](#footnote-128).

Il s’agit de savoir si le tiers trompé a pu légitiment croire en l’existence d’une société, ce qui suppose plusieurs conditions[[129]](#footnote-129) :

* la croyance de bonne foi du tiers en l’existence de la société ;
* la légitimité de cette croyance : le tiers pouvait ne pas rechercher plus d’informations sur cette société.

**§2. Le régime de la société créée de fait**

**L’article 1873 du Code civil dispose que la société créée de fait suit le régime de la société en participation**.

**§3. Distinction de la « société créée de fait » et la « société de fait »**

Il est nécessaire de bien distinguer la « société créée de fait » (où les associés ont réuni les éléments constitutifs de la société sans en avoir nécessairement la volonté et qui est reconnue pour les besoins de sa liquidation) de la « société de fait » (ou « devenue de fait »).

**La société de fait est celle qui a été régulièrement constituée et immatriculée mais qui, annulée ou dissoute, continue d’exercer irrégulièrement son activité. C’est une « *société zombie*».**

La question qui se pose alors n’est pas une question de liquidation et de répartition des actifs comme pour la société créée de fait mais une question de :

* validité des actes, et de
* responsabilité des associés.

Le législateur n’encadre pas cette situation « anormale » et assez exceptionnelle. C’est donc la jurisprudence qui s’est saisie de cette question et qui a estimé que les actes accomplis par une société de fait son nuls car conclus par une personne qui n’est pas investie des pouvoirs nécessaires à leur conclusion[[130]](#footnote-130).

|  |
| --- |
| **PARTIE II.**  **LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ** |

**TITRE 1.**

**LES ACTEURS INTERNES DE LA SOCIÉTÉ**

Deux catégories d’acteurs coexistent au sein de la société : les associés (**Chapitre 1**.) et les dirigeants (**Chapitre 2**.).

**CHAPITRE 1. LES ASSOCIÉS**

L’identification des associés implique de s’intéresser au préalable à la qualité d’associé (**Section 1**.) afin de pouvoir de catégoriser leurs différents droits (**Section 2**.).

**Section 1. La qualité d’associé**

L’attribution (**§1**.) et la perte de la qualité d’associé (**§2**.) sont des décisions lourdes de conséquences au regard des prérogatives accordées aux associés.

**§1. L’attribution de la qualité d’associé**

La qualité d’associé ne soulève en général pas de difficultés : **l’associé est celui qui est propriétaire de titres sociaux.** Certaines situations posent soulèvent quelques interrogations, notamment en présence d’un démembrement des titres sociaux (**I**.), d’une indivision (**II**.) et d’un couple (**III**.).

**I. En présence d’un démembrement des titres sociaux**

**Il est généralement admis qu’en cas de démembrement de titres sociaux, la qualité d’associé** :

* **est reconnue au nu-propriétaire** (ce qui est logique car il est propriétaire de titres sociaux) ;
* **est discutée pour l’usufruitier**:

- certains auteurs la reconnaissent en affirmant que l’usufruitier ayant les prérogatives de l’associé (droits financiers et certains droits politiques), cette qualité d’associé doit lui être reconnue ;

- d’autres estiment au contraire que le critère de définition de l’associé étant la propriété de titres sociaux, cette qualité ne peut pas être reconnue à la personne qui ne détient que l’usufruit (≠ propriété des titres).

**La jurisprudence semble dénier la qualité d’associé à l’usufruitier**[[131]](#footnote-131).

**Quoiqu’il en soit, depuis l’entrée en vigueur de la loi *Solihi* du 19 juillet 2019, si une part est grevée d'un usufruit, le nu-propriétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives**[[132]](#footnote-132).

**II. En présence d’une indivision**

En présence d’une indivision, chacun des indivisaires est cotitulaire d’un titre unique. Il a donc la qualité d’associé. Les modalités d’exercice de ces prérogatives sont toutefois altérées par l’originalité de la situation :

* certaines prérogatives ne pourront être utilisés que de manière collective, notamment le droit de vote : les coïndivisaires ne pourront voter que par l’intermédiaire d’un mandataire uniquechoisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent[[133]](#footnote-133).

* certaines prérogatives pourront toujours être utilisés de manière individualisée, notamment le droit de participer à l’assemblée, le droit à l’information et le droit d’agir en responsabilité (action *ut singuli*) : les coïndivisaires ne pourront voter que par l’intermédiaire d’un mandataire.

**III. En présence d’un associé en couple**

**A. L’associé pacsé**

Deux situations doivent alors être distinguées :

* ***si les conjoints ne concluent pas de convention particulière, chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels*[[134]](#footnote-134)**. Il peut les apporter librement à une société et avoir la qualité d’associé ;
* ***si les conjoints concluent une convention par laquelle ils décident de soumettre au régime de l’indivision les biens qu'ils acquièrent, ensemble ou séparément[[135]](#footnote-135)***: il sera alors nécessaire de se référer aux règles précédemment citées.

**B. L’associé marié**

**Contexte du mariage** - Quand deux personnes se marient, elles doivent opter pour un régime matrimonial, séparatiste ou communautaire, qu’elles peuvent adapter en fonction de leurs besoins / envies. À défaut de contrat de mariage, le patrimoine des époux sera régi par les règles de la communauté universelle[[136]](#footnote-136).

Ce régime s’articule en synthèse autour de trois masses de biens :

1. les biens propres de l’époux n° 1 ;

2. les bien propres de l’époux n° 2 ;

3. les biens communs aux époux, sur lesquels les époux détiennent des pouvoirs concurrents et doivent donc faire l’objet d’une cogestion.

**Les biens pouvant faire l’objet d’un apport** - **Un époux ne peut employer des biens communs pour faire un apport à une société ou acquérir des parts sociales non négociables sans que son conjoint en ait été averti et sans qu'il en soit justifié dans l'acte**[[137]](#footnote-137). **Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation**. L'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté[[138]](#footnote-138).

**La qualité d’associé** - **La qualité d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition**[[139]](#footnote-139). **La qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé**. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux. Si cette notification est postérieure à l'apport ou à l'acquisition, les clauses d'agrément prévues à cet effet par les statuts sont opposables au conjoint ; lors de la délibération sur l'agrément, l'époux associé ne participe pas au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité[[140]](#footnote-140).

**§2. La perte de la qualité d’associé**

**Par principe**, **un associé a le droit de rester associé. Il ne peut pas, par principe, être forcé de céder ses titres sociaux**.

Ce principe se justifie pour deux raisons :

* l’exclusion de l’associé porterait atteinte à son **droit de propriété**[[141]](#footnote-141) ;
* l’exclusion de l’associé porterait atteinte à la **force obligatoire du contrat**[[142]](#footnote-142) ;

Il en résulte que les associés ne peuvent pas prononcer l’exclusion de l’associé contre son gré. Le juge ne sera ainsi pas habilité à prononcer l’exclusion de l’associé[[143]](#footnote-143).

**I. La perte volontaire : le retrait de l’associé**

Le législateur autorise le retrait de l’associé en cas de juste motif dans les sociétés dotées d’un fort *intuitu personae* telles que les sociétés civiles, groupements fonciers agricoles, sociétés d’exercice libéral, sociétés civiles professionnelles, sociétés à capital variable.

Le retrait nécessite de que les titres sociaux soient rachetés soit par la société soit par les autres associés, l’associé retrayant conservant sa qualité d’associé jusqu’au complet remboursement de ses titres.

**II. La perte involontaire : l’exclusion de l’associé**

**A. Les cas d’exclusion**

**1. Les causes légales d’exclusion**

Il existe des causes légales d’exclusion, qui sont assez diverses, notamment :

* exclusion de l’associé incapable ou dont le consentement a été vicié et qui expose ainsi la société à un risqué d’annulation[[144]](#footnote-144);
* exclusion de l’associé qui n’a pas libéré le surplus de ses actions souscrites en numéraire[[145]](#footnote-145) ;
* exclusion des dirigeants ou associés dans les sociétés en procédure collective[[146]](#footnote-146)…

**2. Les clauses statutaires d’exclusion**

**a. La validité de la clause d’exclusion**

La validité des clauses statutaires est aujourd’hui admise :

* par le législateur dans la S.A.S.[[147]](#footnote-147) ;
* par la jurisprudence[[148]](#footnote-148), qui conditionne la validité  des clauses statutaires d’exclusion :

- les motifs de l’exclusion doivent être déterminés ;

- les motifs de l’exclusion doivent être conformes à l’ordre public ;

- les motifs de l’exclusion doivent être conformes à l’intérêt de la société ;

- l’organe compétent pour prononcer l’exclusion doit être déterminé dans les statuts ;

- l’associé dont l’exclusion est en cause ne peut pas être privé de droit de vote[[149]](#footnote-149) :l’associé majoritaire ne pourra ainsi jamais êtreexclu de la sociétéen application d’une clause statutaire d’exclusion qui réserve la décision d’exclusion à l’assemblée des associés. Mais, il est toujours possible de réserver la décision à un autre organe ;

- l’associé exclu doit avoir droit au rachat de ses droits sociaux, parts sociales ou actions[[150]](#footnote-150).

**b. La mise en œuvre de l’exclusion**

La clause statutaire d’exclusion, si elle est valable, doit également être mise en œuvre avec un certain nombre de précautions lorsque l’exclusion n’est pas de plein droit.

* **la cause d’exclusion est de plein droit si l’événement déclenchant l’application de la clause n’est pas sujet à débat** (par exemple, l’ouverture d’un redressement judiciaire : le débiteur est ou n’est pas en redressement judiciaire, le raisonnement est ici binaire).
* **la cause d’exclusion n’est pas de plein droit si l’événement déclenchant l’application de la clause est sujet à débat**(par exemple : si la clause d’exclusion vise l’associé qui a commis « une faute », il est possible de discuter l’existence et la gravité de cette dernière…).

Dans cette hypothèse, l’associé dont l’exclusion est proposée doit pouvoir être entendu par cet organe, préalablement à l’adoption de la décision concernant son exclusion. Si un associé n’a pas été entendu préalablement à l’adoption de la décision ou si l’exclusion a été injurieuse ou vexatoire, il pourra engager la responsabilité délictuelle de la société[[151]](#footnote-151).

**B. Les conséquences de l’exclusion**

L’associé exclu de la société sera remboursé de ses titres sociaux et perdra donc sa qualité d’associé. En cas de litige sur la valorisation des titres, le législateur a encadré les cas de recours à un expert pouvant déterminer la valeur de ces derniers :

**Article 1843-4 du Code civil**

« *I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.*

*L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties.*

*II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa.*

*L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties* ».

**Section 2. Les droits des associés**

Les associés de société disposent de trois catégories de droits : des droits politiques (**§1**.), des droits financiers (**§2**.) et des droits patrimoniaux (**§3**.).

**§1. Les droits politiques**

Les associés de société disposent de trois catégories de droits politiques : le droit à l’information (**I**.), le droit de participer aux décisions collectives (**II**.) et le droit de vote (**III**.).

1. **Le droit à l’information**

Le droit à l’information est un préalable à l’exercice de tous les autres droits politiques dont bénéficient les associés (droit de vote, droit d’agir en nullité d’un acte, droit d’agir en responsabilité contre le dirigeant…). Il est principalement régi par les dispositions de droit spécial, propres à chaque forme sociale.

De manière générale, il est possible de distinguer :

* **le droit *occasionnel* à l’information, qui s’exerce avant une assemblée générale ; et**
* **le droit *permanent* à l’information, qui permet, à toute époque, de demander aux dirigeants la communication de certains documents** (dont la nature varie selon la société). Ce droit est particulièrement encadré dans :

- les SNC où les associés ont une responsabilité illimitée ;

- les sociétés anonymes où l’actionnariat est dispersé et le contrôle des actions des dirigeants plus difficile.

**II. Le droit de participer aux décisions collectives**

Le droit de participer aux décisions collectives emporte celui d'être convoqué en bonne et due forme et de recevoir l'information préalable à la tenue de l'assemblée. Surtout, même s'il ne peut pas voter, l'associé qui participe à l'assemblée a le droit de s'exprimer.

Ce droit est d’ordre public, toute clause contraire est réputée non écrite. Par ailleurs,   
le fait d'empêcher un associé de participer à une assemblée engage la responsabilité civile des dirigeants et peut entraîner la nullité de cette assemblée. Une assemblée a ainsi été annulée dans un cas où des minoritaires avaient été, par des moyens frauduleux, empêchés d'y assister[[152]](#footnote-152).

Depuis l’entrée en vigueur de la loi Pacte de 2019, tant le nu-propriétaire que l’usufruitier peuvent expressément participer aux décisions collectives.

**III. Le droit de vote**

**A. L’attribution du droit de vote**

**1. Le principe**

**Le principe posé par l’article 1844 alinéa 1er du Code civil est que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Ce principe a été confirmé par la jurisprudence, notamment à travers l’arrêt « *Château d’Yquem*»**[[153]](#footnote-153).

**Le droit de vote est un droit** **d’ordre public**, ce qui signifie que seule la loi peut y déroger[[154]](#footnote-154). Le législateur ne prive l’associé de son droit de vote qu’en de rares exceptions.

**2. Les cas particuliers**

**a. Le démembrement de propriété**

**Prérogatives attachées au droit de propriété** -Les juristes s’entendent globalement sur le fait que la propriété confère trois prérogatives à la personne qui en est titulaire :

* l’***usus***, le droit d’user de la chose ;
* le ***fructus***, le droit de jouir des fruits de la chose ; et
* l’***abusus***, le droit de disposer de la chose.

**Intérêt du démembrement de propriété** -Le démembrement présente un intérêt fiscal indéniable :

* si le bien fait l’objet d’une donation en pleine propriété, les droits de donation seront très importants ;
* si le bien est transmis par voie de succession, les droits de succession seront très importants.

La valeur de la nue-propriété étant proportionnelle à l’âge de l’usufruitier (plus l’usufruitier est jeune, moins l’opération sera taxée).

**Conséquences du démembrement de propriété des titres sociaux** :

* **Par principe, si une part est grevée d'un usufruit, le nu-propriétaire et l'usufruitier ont le droit de participer aux décisions collectives. Le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier**. **Toutefois, pour les autres décisions, le nu-propriétaire et l'usufruitier peuvent convenir que le droit de vote sera exercé par l'usufruitier**[[155]](#footnote-155).
* **Par exception, il est possible de déroger à cette règle sous certaines limites :**

- **le nu-propriétaire peut être entièrement privé de son droit de vote, tant qu’il n’est pas privé de son droit de participer aux décisions collectives : droit d’être convoqué à l’assemblée générale, de s’y informer et de faire valoir son opinion**[[156]](#footnote-156) ; et

- **l’usufruitier ne peut pas être privé de son droit de vote sur l’affectation des bénéfices**[[157]](#footnote-157).

**b. L’indivision**

Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent[[158]](#footnote-158).

La jurisprudence reconnaît que les copropriétaires indivis de droits sociaux ont la qualité d'associé[[159]](#footnote-159).

**B. L’exercice du droit de vote**

**1. L’objet du vote**

Il existe trois plusieurs types de décisions en droit des sociétés :

* ***Les décisions qui ne modifient pas les statuts***

- par principe, elles relèvent de la compétence du dirigeant social ; mais

- par exception, elles sont confiées à l’assemblée des associés (ex : approbation des comptes, nomination et révocation des dirigeants).

* ***Les décisions qui modifient les statuts***[[160]](#footnote-160)

Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés[[161]](#footnote-161).

* ***Les décisions qui augmentent les engagements des associés***

En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci[[162]](#footnote-162).

**2. Les modalités du vote**

Par principe, l’associé vote au cours d’une assemblée des associés, dans le sens qu’il souhaite. Il lui est possible de donner mandat à un mandataire qu’il désigne, d’exercer son droit de vote au cours de l’assemblée, c’est ce qu’on appelle un **pouvoir**. Le législateur autorise également :

* le vote par correspondance ; et
* le vote par visioconférence.

**3. Les conventions de vote**

Est-il possible de contractualiser le sens du vote et donc de conclure une « *convention de vote*» ?

**La jurisprudence a consacré la validité de ces conventions**[[163]](#footnote-163), **à plusieurs conditions :**

* **la convention doit reposer sur un engagement éclairé des associés signataires et sont destinées à l'établissement d'une politique stable et durable** ;
* **la convention ne doit pas être contraire à l’ordre public**;
* **la convention ne doit pas porter une atteinte trop importante à la liberté de vote** (le sens du vote doit concerner une opération déterminée – la convention doit donc être temporaire) ; et
* **la convention ne doit pas être contraire à l’intérêt social**.

Un engagement de vote qui aurait pour seule contrepartie le versement d'une rétribution sous quelque forme que ce soit serait illicite. Le trafic de voix est d'ailleurs sanctionné pénalement[[164]](#footnote-164).

**§2. Les droits financiers**

**En cours de vie sociale**, le droit d’un associé sur les bénéfices se manifeste par la ***distribution de dividendes***, généralement payés en numéraire (ou en actions dans les sociétés par actions) ;

**En fin de vie sociale**, le droit d’un associé sur les bénéfices s’exerce sur le ***boni de liquidation***. Lorsque la société est dissoute, la société va être liquidée. Le liquidateur va vendre l’actif de la société pour régler son passif. Une fois les créanciers remboursés, il rembourse les associés du montant de ses apports. Si après avoir remboursé les associés du montant de leurs apports, il reste encore une somme à répartir, cette somme est le boni de liquidation, qui sera réparti entre les associés.

**§3. Les droits patrimoniaux**

Les droits patrimoniaux des associés ayant effectués des apports en nature et en numéraire sont de trois types :

* **le droit de céder ses droits sociaux**, sous réserve du respect du droit d’agrément de la société, qui peut agréer ou refuser. Ce droit d’agrément est légal dans les sociétés dont le capital social est composé de parts sociales (SNC, SARL…) mais il peut être prévu dans les statuts, sous certaines conditions, dans les sociétés par actions ;
* **le droit de louer ses droits sociaux** ; et
* **le droit de nantir ses droits sociaux** (c’est à dire apporter la valeur de ses droits sociaux en garantie).

**CHAPITRE 2. LES DIRIGEANTS**

Une fois les dirigeants sociaux identifiés (**Section 1**.), il est possible d’analyser les modalités de leur action (**Section 2**.).

**Section 1. L’identification des dirigeants sociaux**

**§1. La notion de dirigeant social**

Le dirigeant social a historiquement été considéré comme le **« *mandataire* »** de la société. La relation unissant les associés aux dirigeants était analysée juridiquement comme un contrat de ***mandat***: on considérait que les associés avaient mandaté le dirigeant pour administrer la société et pour la représenter.

La mission d’un dirigeant est toutefois plus large et les règles de nomination et de révocation des dirigeants sont très largement encadrés par le droit des sociétés et le vocable de « ***dirigeant social***» a donc été substitué au terme de « ***mandataire social***», pour représenter le fait que le dirigeant va non seulement représenter mais également administrer la société.

Le terme d’« ***organes sociaux***» est également utilisé pour désigner les organes de la société qui vont administrer cette dernière.

**§2. La diversité des dirigeants sociaux**

**Une diversité liée à l’existence de différentes formes sociales** - La dénomination des dirigeants sociaux va dépendre de la forme sociale choisie par la société :

* dans les sociétés civiles, SARL et les SNC, il existe un seul type de dirigeant,appelé « ***gérant*** » ;
* dans les sociétés par actions simplifiées, les textes prévoient que doit être nommé un **« *président*** » ;
* dans les sociétés anonymes, la situation est plus complexe :

- la société peut être **administrée** par un ***conseil d’administration*** – qui nomme en son sein un ***président*** (président du conseil d’administration - PCA) et **représentée** à l’égard des tiers par un ***directeur général*** (DG). Lorsque la même personne assure les fonctions de PCA et de DG, on parle de ***Président-Directeur-Général*** (PDG).

- la société peut être **administrée et représentée** à l’égard des tiers par un organe collectif appelé ***directoire***, qui agit sous la surveillance d’un ***conseil de surveillance***.

**Une diversité liée aux modes d’action des dirigeants -** À côté de ces dirigeants « *de droit*», reconnus par le législateur et dont la nomination doit faire l’objet d’une publicité au RCS afin de permettre aux tiers de s’assurer de l’identité et des prérogatives de la personne avec qui il contracte, il est nécessaire de prendre en compte l’existence des dirigeants « *de fait* ». Les dirigeants de fait sont les personnes qui n’ont pas été légalement investies des pouvoirs pour administrer ou représenter la société mais agissent comme tels.

**Section 2. L’action des dirigeants sociaux**

La nomination des dirigeants sociaux (**§1**.) leur octroie des pouvoirs d’action au nom de la société (**§2**.) qui engagent leur responsabilité en lorsqu’ils en font mauvais usage (**§3**.).

**§1. La nomination des dirigeants sociaux**

La nomination des dirigeants sociaux est régie par les règles propres à chaque forme sociale, qu’il s’agisse des conditions de validité ou de ses modalités de la nomination.

**§2. Les pouvoirs du dirigeant social**

Les pouvoirs des dirigeants de société varient selon que cette dernière soit *in bonis* (**I**.) ou en procédure collective (**II**.).

**I. Lorsque la société est *in bonis***

S’intéresser aux pouvoirs des dirigeants sociaux impose de distinguer les pouvoirs du dirigeant dans l’ordre interne (à l’égard des associés) et dans l’ordre externe (à l’égard des tiers) :

* **Dans l’ordre externe, dans les rapports « société – tiers », l’étude des pouvoirs des dirigeants conduit à s’interroger sur la validité des actes conclus par le dirigeant. Il est ici nécessaire de se référer à l’objet social et d’opérer une distinction :**

**- dans les sociétés à risque illimité : la société n’est engagée que par les actes conclus par le gérant qui relèvent de l’objet social**. La solution est logique : la responsabilité des associés est illimitée mais les associés n’acceptent de prendre des risques que pour le développement « *régulier* » de l’activité. Les actes conclus en dépassement de l’objet social sont ici entachés de nullité ;

- **dans les sociétés à risque limité : la société est engagée même si le gérant dépasse l’objet social de la société, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve**.

**Les *clauses statutaires limitatives de pouvoir* sont :**

**- inopposables aux tiers : l’acte est ainsi valable, que le tiers ait eu connaissance ou non du non-respect de la clause limitative de pouvoir ; mais**

**- invocables par les tiers : les tiers peuvent se prévaloir du non-respect d’une clause limitative de pouvoir pour demander la nullité de l’acte, sauf si les statuts interdisent aux tiers de se prévaloir de ces clauses.**

* **Dans l’ordre interne**, **dans les rapports « dirigeant – associés », l’étude des pouvoirs des dirigeants conduit à s’interroger sur la responsabilité du dirigeant à raison des actes qu’il a conclu**. Il est ici nécessaire de se référer aux limites posées par le législateur et la jurisprudence :

- ***Le non-respect des pouvoirs que la loi attribue à d’autres organes sociaux*** ;

Si le dirigeant de la société accompli seul un acte qui relèverait par exemple de la compétence d’un autre organe de la société (par exemple, le dirigeants modifie seul les statuts de la société – alors qu’il s’agit là d’une prérogative exclusive de l’assemblée générale), cet acte pourrait être annulé et le dirigeant engagerait sa responsabilité[[165]](#footnote-165).

- ***Le non-respect de l’intérêt social***[[166]](#footnote-166);

- ***Le non-respect des clauses limitatives de pouvoir.***

Si un dirigeant accomplit un acte au mépris d’une clause limitative de pouvoir, ce dirigeant **engage sa responsabilité envers la société**.

**II. Lorsque la société est en procédure collective**

Les pouvoirs des dirigeants sociaux subiront de nombreuses restrictions si la société qu’ils dirigent est placée en procédure collective.

La nature de ces restrictions dépendra de :

* la nature de la procédure en cause (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) ;
* la mission qui pourra être confiée à un organe particulier : l’administrateur judiciaire.

**§3. La responsabilité du dirigeant**

Les conditions devant être réunies pour pouvoir engager la responsabilité personnelle des dirigeants diffère selon que la société soit *in bonis* (**I**.) ou en procédure collective (**II**.).

**I. Lorsque la société est *in bonis***

Le dirigeant de la société expose différents types de responsabilité : sa responsabilité civile (**A**.), pénale (**B**.) et fiscale (**C**.).

**A. La responsabilité civile**

Dans l’exercice de ses missions, le dirigeant social expose sa responsabilité non seulement à l’égard de la société – on parlera alors d’action *sociale* (**1**.) mais également à l’égard des associés – on parlera alors d’action *individuelle* (**2**.).

**1. Lorsque les actes du dirigeant causent un préjudice à la société**

**a. Le fait générateur de responsabilité**

Plusieurs textes de droit spécial (propres à chaque forme sociale) encadre les conditions dans lesquelles la responsabilité d’un dirigeant peut être engagée.

En systématisant les énoncés de ces règles[[167]](#footnote-167), il est possible de distinguer les trois types de comportements condamnables et exposant en tant que tels leur auteur à des sanctions, reconnus par le législateur :

* **le non-respect des lois et des règlements**;
* **la violation d’une clause des statuts**; et
* **une faute de gestion**.

À ces trois comportements condamnés par les textes, il convient d’en ajouter un quatrième, condamné par la jurisprudence : le **manquement au devoir de loyauté** du dirigeant. Cette obligation de loyauté est due par tout dirigeant social :

* **à l’égard des associés[[168]](#footnote-168) ;**
* **à l’égard de la société[[169]](#footnote-169).**

Le dirigeant social doit s’abstenir de capter à son profit personnel les opportunités d’affaires qui s’offrent à la société.

**b.** **Le préjudice causé à la société**

Pour que la société (action *ut universi*) ou les associés de cette dernière (action *ut singuli*) puissent agir contre le dirigeant, encore faut-il que ce dernier est accompli un ou plusieurs actes ayant causé un préjudice à la société.

**c.** **Le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice**

Pour pouvoir engager la responsabilité du dirigeant, il est nécessaire de démontrer l’existence d’un lien de causalité entre le fait dommageable et le dommage subi.

**d. L’exercice de l’action en responsabilité**

**Article 1843-5 alinéa 1er du Code civil**

« *Outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les gérants. Les demandeurs sont habilités à poursuivre la réparation du préjudice subi par la société ; en cas de condamnation, les dommages-intérêts sont alloués à la société*».

L’action qui vise à réparer le préjudice de la société est appelée l’ « ***action sociale***». Cette action doit en principe être exercée par les représentants légaux de la société mais ces derniers sont logiquement peu enclins à se poursuivre eux-mêmes (le représentant légal de la société n’agira souvent que pour poursuivre l’ancien dirigeant). C’est pour pallier l’absence d’action des dirigeants que le législateur a autorisé les associés à agir au nom de la société contre les dirigeants en fonction. L’action sociale peut donc être exercée par les dirigeants en poste ou par les associés :

* quand l’action sociale en responsabilité contre les dirigeants est exercée par les dirigeants, on parle d’**action** « ***ut universi*** » ;
* quand l’action sociale en responsabilité contre les dirigeants est exercée au nom de la société par un associé, on parle d’**action** « ***ut singuli*** »*.*

En pratique cette action est rarement exercées car elle est intentée par un associé au nom de la société, ce qui signifie que :

* l’associé qui décide d’agir au nom de la société doit personnellement supporter les frais du procès ;
* ces frais ne seront pas remboursés à l’associé qui a intenté l’action ; et
* si son action est jugée bien fondée, les dommages-intérêts seront attribués à la société et non à l’associé qui a intenté l’action.

Toutes ces considérations ne rendent pas l’action *ut singuli* très populaire.

**2. Lorsque les actes du dirigeant causent un préjudice spécifique à un associé**

Lorsque le comportement du dirigeant cause un préjudice non pas à la société mais à un associé, ce dernier pourra intenter une action en réparation de ce préjudice. On ne parle plus d’ « ***action*** ***sociale*** » mais d’ « ***action individuelle*** ».

L’associé devra alors classiquement prouver un fait générateur, un préjudice personnel et un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice[[170]](#footnote-170).

**La difficulté sera ici de parvenir à démontrer l’existence d’un préjudice personnel, distinct du préjudice subi par la société.**

Ce préjudice personnel sera distinct du préjudice subi par la société lorsqu’il n’en sera pas la conséquence. L’associé ne pourra ainsi pas demander à être indemnisé de la perte de valeur de ses actions. En effet, la perte de la valeur des actions n’est que la conséquence des pertes subies par la société.

Il est par conséquent très difficile de prouver l’existence d’un préjudice personnel à un associé. C’est généralement lorsque l’associé subit un traitement discriminatoire qu’un tel préjudice pourra être caractérisé.

**3. Lorsque les actes du dirigeant causent un préjudice à un tiers**

Les conditions à réunir pour qu’un tiers à la société puisse engager la responsabilité d’un dirigeant sont encore différentes :

* les textes disposent que les dirigeants sociaux sont responsables « (i) *soit des infractions aux dispositions législatives et réglementaires,* (ii) *soit des violations des statuts,* (iii) *soit des fautes commises dans leur gestion* ». Ils ne posent pas de condition particulière à l’action en responsabilité des tiers.
* la jurisprudence a toutefois posé plusieurs restrictions :

**Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, arrêt « *SATI* »**

« *la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »

Une faute pénale intentionnelle constitue nécessairement une faute détachable[[171]](#footnote-171).

**B. La responsabilité pénale**

Par son comportement, le dirigeant social peut également engager sa responsabilité pénale. Il peut notamment être coupable :

* d’***infractions de droit commun***, telles que l’escroquerie, le faux et l’usage de faux et l’abus de confiance ;
* d’***infractions spécifiques au droit des sociétés***, telles que la distribution de dividendes fictifs, la présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l’exercice, de la situation financière ou du patrimoine de la société ou, le plus souvent, d’abus de biens sociaux.

**C. La responsabilité fiscale**

Lorsqu’un dirigeant d'une société est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance[[172]](#footnote-172).

**II. Lorsque la société est en procédure collective**

Lorsque la société est placée en procédure collective, le dirigeant social s’expose à des sanctions spécifiques dépendant de la part de responsabilité qu’il a dans l’apparition des difficultés de la société.

**TITRE 2.**

**LES ACTEURS EXTERNES À LA SOCIÉTÉ**

Différents acteurs, externes à la société, interviennent au cours de la vie de celle-ci : l’autorité judiciaire (**Chapitre 1**.) et les mandataires de justice (**Chapitre 2**.).

**CHAPITRE 1. LE JUGE**

Le juge intervient dans la vie de la société pour contrôler la validité des actes et délibérations au sein de la société (**Section 1**.) ainsi que l’abus du droit de vote (**Section 2**.).

**Section 1. Contrôle de la validité des actes et délibérations**

**§1. Les causes de nullité des actes et délibérations**

**Tous les actes et délibérations dans les sociétés civiles** - La nullité de la société ne peut résulter que :

* de la violation des dispositions de l'article 1832, l’article 1832-1 alinéa 1er et 1833 alinéa 1er du Code civil ; ou
* de l'une des causes de nullité des contrats en général.

Toute clause statutaire contraire à une disposition ***impérative*** du titre IX du Livre III du Code civil dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite.

La nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation :

* d'une disposition impérative du titre IX du Livre III du Code civil, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du même code ; ou
* de l'une des causes de nullité des contrats en général.

**Délibérations modifiant les statuts** **dans les sociétés commerciales** - La nullité d’une délibération visant à modifier les statuts ne peut résulter que de

* la violation d'une disposition ***expresse*** du Livre II du Code de commerce ; ou
* de l'une des causes de nullité des contrats en général[[173]](#footnote-173).

**Actes et délibérations ne modifiant pas les statuts dans les sociétés commerciales** - Les actes et les délibérations qui ne modifient pas les statuts sont moins importants que les précédents. La nullité d'actes ou délibérations ne modifiant pas les statuts ne peut résulter que de la violation :

* d'une disposition impérative du Livre II du Code de commerce[[174]](#footnote-174), ou ;
* des lois qui régissent les contrats[[175]](#footnote-175).

Il existe une différence importante entre une disposition « *expresse*» (disposition figurant dans le code) et une disposition « *impérative* » (disposition figurant dans le code et à laquelle les parties ne peuvent pas déroger). Le caractère impératif d’une disposition peut être expressément affirmé par le législateur mais pas toujours. Si le caractère impératif d’une disposition n’est pas expressément affirmé, il revient au juge de juge de déterminer si la règle a un caractère impératif ou non, afin de savoir si l’acte ou la délibération litigieuse contrevenant à cette disposition est susceptible d’annulation ou pas.

**§2. Le régime de la nullité**

Il est ici nécessaire de bien distinguer la nullité de la société de la nullité des actes et délibérations car les deux régimes sont distincts à trois égards :

* contrairement à la nullité du contrat de société, la nullité des actes et délibérations adoptés au cours de l’activité de la société obéit au droit commun de la nullité : elle est rétroactive ;
* la société ne peut pas se prévaloir de la nullité des actes et délibérations à l’égard des tiers de bonne foi[[176]](#footnote-176) ;
* la prescription de l’action en nullité est, par principe, de trois ans à compter du jour où la nullité est encourue[[177]](#footnote-177). Certaines exceptions existent et prévoient un délai de prescription abrégé[[178]](#footnote-178).

**Section 2. Contrôle de l’abus dans l’exercice du droit de vote**

Les associés d’une société peuvent saisir le juge afin de faire sanctionner les abus de majorité (**§1**.) ou de minorité (**§2**.).

**§1. L’abus de majorité**

**La notion d’abus de majorité** - L’abus de majorité est une notion d’origine jurisprudentielle.

**Cass. com., 18 avril 1961**

« *il y a abus de majorité lorsque qu'une résolution a été prise* **(i)** *contrairement à l’intérêt général et* **(ii)** *dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité* »

L’abus de majorité est assez difficile à caractériser car les juges ne peuvent pas se substituer aux associés pour apprécier l’opportunité des décisions sociales. En cas de mise en réserve systématique des bénéfices, il sera souvent assez facile pour les majoritaires de démontrer qu’il existe un besoin d’autofinancement...

**La sanction de l’abus de majorité** - L’abus de majorité est sanctionné de deux manières :

* **la nullité de la délibération issue du vote abusif**, alors même que cette sanction n’a aucun fondement textuel) – cette sanction est opportune mais pas suffisante ;
* **la mise en cause de la responsabilité des associés fautifs** par l**es associés minoritaires** mais également par la société également, au regard de la violation de son intérêt social (même si la situation est en pratique très rare, le représentant légal de la société étant une émanation des associés majoritaires).

**§2. L’abus de minorité**

**La notion d’abus de minorité** - La notion d’abus de minorité est, comme l’abus de majorité, d’origine jurisprudentielle.

**Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, « *Flandin* »**

La Cour de cassation considère que constitue un abus de minorité l’attitude «  **(i)** *contraire à l'intérêt général de la société* **(ii)** *en ce qu'il aurait interdit la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci, et* **(iii)** *dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés* ».

Il y a donc un critère de définition supplémentaire par rapport aux conditions de définition de l’abus de majorité : l’opération à laquelle s’oppose les minoritaires doit être essentielle à la survie de la société (souvent l’augmentation de capital de la dernière chance).

**La sanction de l’abus de minorité** - L’abus de minorité est sanctionné de deux manières :

* **la mise en cause de la responsabilité des associés fautifs** **par** l**es associés majoritaires** mais également par la société également, au regard de la violation de son intérêt social (même si la situation est en pratique très rare, le représentant légal de la société étant une émanation des associés majoritaires). Les dommages et intérêts peuvent être alloués aux associés majoritaires mais également à la société.
* **la désignation d’un mandataire *ad hoc*** ayant pour mission de représenter les associés minoritaires à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens de l’intérêt social.

**Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685, « *Flandin* »**

« *Attendu que pour sanctionner l'abus de minorité retenu, la cour d'appel a décidé que son arrêt valait adoption de la résolution tendant à l'augmentation de capital demandée, laquelle n'avait pu être votée faute de majorité qualifiée ;*

*Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le juge ne pouvait se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

**CHAPITRE 2.**

**L’INTERVENTION DES MANDATAIRES DE JUSTICE**

Deux types de mandataires de justice interviennent régulièrement au cours de la vie de la société : l’expert de gestion (**Section 2**.) et le commissaire aux comptes (**Section 1**.).

**Section 1. L’expert de gestion**

Un expert de gestion ne peut être désigné que dans certaines circonstances (**§1**.) et les contours de sa mission (**§2**.) sont encadrés par le législateur.

**§1. La désignation de l’expert de gestion**

Un expert de gestion ne peut être désigné que si plusieurs conditions relatives à la qualité du demandeur (**I**.) et à l’objet de la demande (**II**.).

**I. Les conditions relatives à la qualité du demandeur**

La demande de désignation d’un expert de gestion peut émaner des associés de certaines sociétés (**A**.) mais également de tiers (**B**.).

**A. La demande émanant des associés**

**Dans les sociétés anonymes**, un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes. A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion[[179]](#footnote-179).

**Dans les sociétés à responsabilité limitée**, un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion[[180]](#footnote-180)*.*

**B. La demande émanant des tiers**

**Dans les sociétés anonymes**[[181]](#footnote-181), la demande de désignation d’un expert peut encore être introduite par :

* le ministère public ;
* le comité social et économique ; et
* l’Autorité des Marchés Financiers (si la société anonyme est cotée).

**Dans les sociétés à responsabilité limitée**[[182]](#footnote-182), la demande de désignation d’un expert peut encore être introduite par :

* le ministère public ; et
* le comité social et économique.

**II. Les conditions relatives à l’objet de la demande**

Pour être accueillie, la demande de désignation d’un expert doit porter surune **opération de gestion déterminée.** Deux précisions :

* par **« *opération de gestion***», il faut entendre « *actes accomplis par le dirigeant* ». La demande de désignation d’un expert ne peut pas porter sur des opérations qui sont de la compétence de l’assemblée des associés ; et
* par « ***déterminée***», il faut comprendre que la demande de désignation d’un expert ne peut pas porter sur l’ensemble de la gestion de la société.

**§2. La mission de l’expert de gestion**

L’**étendue de la** **mission de l’expert** est déterminée par le juge qui le désigne. La mission de l’expert porte sur l’opération de gestion déterminée mentionnée dans la demande de désignation d’un expert mais le juge peut toujours décider de réduire la mission de l’expert par rapport aux termes de la demande.

L’**objet de la mission de l’expert** est déterminé par la loi, qui précise que les opérations d’expertise doivent :

* être contradictoires (elles doivent être faites en présence du demandeur à l’expertise et des dirigeants de la société – ou de leurs représentants) ;
* les opérations d’expertise doivent faire l’objet d’un rapport :

- remis au juge, adressé au demandeur, au ministère public, au comité d’entreprise, au commissaire aux comptes, aux dirigeants de la société, et à l’AMF, si la société est cotée.

- annexé au rapport des commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée des associés.

Le **résultat de la mission de l’expert** :

* si le rapport ne constate pas d’irrégularité à propos de l’opération de gestion examinée, il ne sera généralement pas suivi d’effet : les choses en resteront là ;
* si le rapport constate une ou plusieurs irrégularités à, il pourra être suivi d’une action en justice :

- action en responsabilité ; ou

- action en nullité, selon le cas.

**Section 2. Le commissaire aux comptes**

Le commissaire aux comptes est membre d’une profession réglementée obéissant à un statut particulier (**§1**.), dont la désignation est strictement réglementée (**§2**.), rémunéré (**§3**.) pour exercer des missions spécifiques (**§4**.) dont il est responsable (**§5**.).

**§1. Le statut du commissaire aux comptes**

Le commissariat aux comptes est une profession réglementée dont l’exercice est contrôlé par le Haut Conseil du commissariat aux comptes (**H3C**).

Le commissariat aux comptes est une profession dont le caractère libéral se manifeste dans :

* ***les conditions d’accès à la profession***: seules les personnes physiques inscrites sur une liste d’aptitude établie à cet effet par une « *commission régionale d’inscription* », composée de magistrats et de fonctionnaires près de la Cour d’appel peuvent exercer cette profession ;
* ***l’organisation de la profession*** : la profession est représentée par la compagnie nationale des commissaires aux comptes et dont l’exercice est réglementé par le Haut Conseil du commissariat aux comptes ;
* ***l’interdiction faite aux commissaires aux comptes d’exercer***:

- une activité commerciale et, plus généralement,

- une activité susceptible de porter atteinte à leur indépendance ;

* ***la protection du titre de commissaire aux comptes***;
* ***la répression pénale de l’exercice illicite de la profession***.

**§2. La désignation du commissaire aux comptes**

**Désignation obligatoire** - La loi PACTE du 22 mai 2019 et son décret d’application ont modifié les seuils de désignation des commissaires aux comptes. Les nouvelles mesures s'appliquent à partir du 1er exercice clos après la publication du décret (au plus tard le 1erseptembre 2019). Les mandats en cours doivent se poursuivre jusqu'à leur date d'expiration.

**Un commissaire aux comptes doit être désigné dans :**

* **les sociétés commerciales qui dépassent à la clôture d’un exercice deux des trois seuils suivants :**

**- 4 millions d’euros de bilan,**

**- 8 millions d’euros de chiffre d’affaires,**

**- 50 salariés**;

* les sociétés qui contrôlent ou sont contrôlées par d’autres en cas de dépassement de certains seuils ;
* **les SARL**[[183]](#footnote-183) **et SNC**[[184]](#footnote-184) **à la demande des associés représentant le tiers du capital**.

Les personnes qui sont tenues d'établir des comptes consolidés doivent désigner **deux commissaires aux comptes** indépendants l'un de l'autre, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas appartenir à la même structure d'exercice professionnel.

**Désignation facultative** - Un commissaire aux comptes **peut** être désigné dans :

* les SARL, SA, SCA, SAS en cas de demande des associés représentant au moins 10% du capital de la société ; et
* les SNC en cas de demande d’au moins un associé.

**Modalités de désignation** - À la constitution de la société, le commissaire aux comptes est désigné dans les statuts. En cours de vie sociale, il est désigné par l’assemblée des associés sur proposition des dirigeants de la société. Lorsque la désignation obligatoire n’est pas intervenue, un commissaire aux comptes peut être désigné en justice est possible à la demande de tout membre de l’assemblée générale auprès du président du tribunal de commerce statuant en référé.

Le commissaire aux comptes est désigné pour six ans (renouvelable sauf dans les sociétés cotées).

La cessation des fonctions du commissaire aux comptes est également encadrée par la loi : en principe, elle survient automatiquement à l’issu du 6ème exercice.

**§3. La rémunération**

Le commissaire aux comptes est rémunéré par l’entité contrôlée selon un barème d’heures de travail fixé en fonction de la taille de l’entreprise, dans les limites fixées par un décret[[185]](#footnote-185). Seul le prix de la vacation horaire est négocié librement entre le commissaire aux comptes et la société dans laquelle il est nommé.

En outre, les litiges éventuels sont soumis à conciliationdevant le président de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes[[186]](#footnote-186), puis en cause d’appel devant **le H3C**[[187]](#footnote-187).

**§4. Les missions du commissaire aux comptes**

Le commissaire aux comptes a deux types de missions : des missions permanentes (**I**.) et des missions occasionnelles (**II**.).

**I. Les missions permanentes**

**Le contrôle des comptes -** Le commissaire aux comptes certifie que les comptes annuels **(i)** sont réguliers et sincères et **(ii)** donnent une image fidèle du résultat des opérations de l’exercice écoulé, ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice[[188]](#footnote-188).

Deux précisions doivent être apportées :

* **la « *régularité*» des comptes**, c’est la conformité aux règles et procédures en vigueur[[189]](#footnote-189) ; et
* **la « *sincérité*» des comptes**, c’est l’application de bonne foi des règles et des procédures. Il faut que les comptes reflètent la réalité économique des opérations comptabilisées[[190]](#footnote-190).

Le commissaire aux comptes vérifie également si l’information donnée aux associés est concordante.

Pour exercer cette mission, le commissaire aux comptes dispose d’un droit d’investigation dans la société qui s’exerce à tout moment[[191]](#footnote-191). Ce droit s’étend aux sociétés du même groupe et aux tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de l’entreprise[[192]](#footnote-192). Le commissaire aux comptes ne refait cependant pas la comptabilité qui a été faite par les comptables de la société.

**La certification des comptes -** À l’issue du contrôle, le commissaire aux comptes a trois possibilités dans le rapport qu’il rédige en prévision de l’assemblée des associés appelée à statuer sur les comptes de l’exercice. Il peut :

* certifier les comptes de la société *sans réserve* ;
* certifier les comptes de la société *avec réserve* ;
* refuser de certifier les comptes de la société pour les motifs qu’il expose dans son rapport : c’est une situation rare.

**L’information** - Le résultat du contrôle est porté à la connaissance des intéressés, à savoir le dirigeant et les associés. Pour ce faire, le commissaire aux comptes est convoqué à chaque assemblée générale, où il doit signaler toute irrégularité ou inexactitude qu’il a pu relever. Il présente à l’assemblée générale annuelle son rapport général – qui a vocation d’information – aux associés qui sont appelés à statuer sur les comptes de l’exercice. Les tiers pourront également avoir connaissance de son rapport général, qui est publié avec les comptes annuels).

**II. Les missions occasionnelles**

**L’alerte -** Pendant longtemps, le droit ne s’est préoccupé des entreprises en difficulté que lorsqu’elles atteignaient le stade de la cessation des paiements,situation du débiteur qui ne peut plus faire face à son passif exigible avec son actif disponible[[193]](#footnote-193). On les soumettait, alors, à la procédure de faillite, devenue redressement ou liquidation judiciaire. Depuis la loi du 1er mars 1984, le législateur se préoccupe aussi de prévention. Dans cette perspective, la loi institue des « *procédures d’alerte* ».

Il s’agit de provoquer une réaction des dirigeants sociaux en présence de faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation. La loi reconnaît une telle faculté aux associés, au comité d’entreprise et au président du tribunal de commerce.

Pour le commissaire aux comptes, cependant, ce n’est pas une faculté mais une obligation. Le commissaire aux comptes, dans l’exercice de sa mission de certification des comptes, a accès à un nombre important d’informations, qui le mettent en situation d’alerter les dirigeants en cas de difficulté. Cela pourra les encourager à réagir tôt aux difficultés rencontrées, avant d’éviter qu’elles ne s’aggravent. C’est la raison pour laquelle le législateur a prévu que le commissaire aux comptes a l’obligation d’alerter les dirigeants de « *tout fait de nature à compromettre la continuité de l’exploitation* »de la société.

Il existe une certaine gradation dans la procédure :

* le commissaire aux comptes doit d’abord alerter les dirigeants ; et
* à défaut (i) de réponse de leur part dans un délai de 15 jours, ou (ii) de réponse satisfaisante de leur part, le commissaire aux comptes doit ensuite alerter :

- le comité social et économique,

- les délégués du personnel,

- l’assemblée des associés au moyen d’un rapport spécial et,

- le président du tribunal de commerce.

**La révélation de faits délictueux** - Le commissaire aux comptes doit également révéler au procureur de la République les faits délictueux qu’il a pu constater[[194]](#footnote-194).

**L’établissement de rapports spéciaux** - De plus, le commissaire aux comptes doit présenter des rapports spéciauxsur certaines questions sensibles, comme les conventions passées par les dirigeants avec la société.

**Le remplacement des organes sociaux** -Dans certaines situations, le commissaire aux comptes peut pallier l’inaction des organes sociaux et convoquer l’assemblée des associés.

**§5. Les responsabilités du commissaire aux comptes**

**La responsabilité civile du commissaire aux comptes** - Cette responsabilité peut être recherchée par la ***société contrôlée*** (par exemple : lorsque le commissaire aux comptes n’a pas décelé un détournement de fonds accompli par un préposé), soit par les ***tiers*** (par exemple, lorsqu’un cessionnaire a acquis des parts ou des actions de la société sur la base de comptes non fidèles, qui n’auraient pas dû être certifiés par le commissaire aux comptes) qui devront alors prouver la faute du commissaire aux comptes, le dommage qu’ils ont subi et le lien de causalité entre les deux. Cette preuve ne sera pas facile :

* la **faute** commise par le commissaire aux comptes ne sera pas toujours aisée à caractériser car il n’est tenu que d’une ***obligation de moyens*** dans la plupart des missions qui lui sont confiées. La faute commise doit alors être appréciée par rapport à la conduite qu’aurait dû avoir un commissaire aux comptes ***normalement diligent*** ;
* le **dommage** subi par le demandeur s’analyse généralement comme :

- la perted’une chance d’avoir mis fin plus tôt au détournement ;

- la perte d’une chance d’acquérir des titres sociaux à un prix inférieur…

* le **lien de causalité** entre la faute et le dommage subi par le demandeur est généralement difficile à caractériser car le dommage est rarement causé par la seule faute du commissaire aux comptes mais souvent, en plus, par une faute de gestion des dirigeants ou d’un ou plusieurs de leurs préposés.

En pratique, la responsabilité civile du commissaire aux comptes est souvent recherchée, car il est couvert par une **assurance de responsabilité civile obligatoire**.

**La responsabilité pénale du commissaire aux comptes** -Le commissaire aux comptes peut être reconnu :

* **auteur ou complice** d’**infractions pénales de droit commun** en qualité d’auteur ou de complice des dirigeants de la société contrôlée ;
* **auteur** d’**infractions pénales propres à la profession de commissaire aux comptes** (comme la diffusion d’informations mensongères sur la situation de la société ou l’absence de révélation au procureur des faits délictueux).

**La responsabilité disciplinaire du commissaire aux comptes** - La responsabilité disciplinaire du commissaire au compte (cumulable avec sa responsabilité pénale), peut également être engagée en cas de non-respect :

* des lois ;
* des règlements ;
* des normes d’exercice professionnel élaborées par le CNCC ;
* du code de déontologie de la profession ; et
* des « *bonnes pratiques* » identifiées par le H3C.

La caractérisation d’une faute disciplinaire expose son auteur à une peine disciplinaire allant de l’avertissement à la radiation de la liste d’aptitude des commissaires aux comptes. Ces peines sont prononcées par la **«** *commission régionale d’inscription*», constituée en chambre de discipline et susceptibles de recours devant le H3C.

**§6. La fin des fonctions**

Les fonctions du commissaire aux comptes prennent fin :

* à l’arrivée du terme de son mandat s’il n’est pas renouvelé ;
* en cas de démission du commissaire aux comptes ;
* en cas de récusation par le tribunal pour justes motifs ;
* en cas de survenance d’une incapacité, incompatibilité ou interdiction d’exercer ;
* en cas de mise en liquidation judiciaire de la société ;
* en cas de révocation pour faute ou empêchement.

|  |
| --- |
| **PARTIE III.**  **LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ** |

**TITRE 1.**

**LES CAUSES DE DISSOLUTION**

**Article 1844-7 du Code civil**

« *La société prend fin :*

*1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6 ;*

*2° Par la réalisation ou l'extinction de son objet ;*

*3° Par l'annulation du contrat de société ;*

*4° Par la dissolution anticipée décidée par les associés ;*

*5° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ;*

*6° Par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5 ;*

*7° Par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ;*

*8° Pour toute autre cause prévue par les statuts* ».

**CHAPITRE 1.**

**LES CAUSES DE DISSOLUTION DE PLEIN DROIT**

**Section 1. L’expiration du terme de la société**

Toute société doit être constituée avec un terme, qui ne peut excéder 99 ans[[195]](#footnote-195). À l’arrivée du terme, la société est dissoute automatiquement et cette situation est irréversible. Cette dissolution peut être évitée si les associés décident de ***proroger*** le contrat de société **un an au moins** avant l’expiration du terme initial.

**Section 2. La réalisation ou l’extinction de l’objet social**

Une précision sémantique doit ici être apportée :

* la « ***réalisation***» de l’objet est l’***accomplissement de cet objet***.

*Exemple : une société civile a pour objet d’acheter un immeuble, le rénover et le vendre en appartements. Lorsque l’immeuble a été revendu, l’objet est réalisé.*

* l’« ***extinction***» de l’objet social est l’***impossibilité d’accomplir cet objet*** (pour une cause extérieure aux associés).

*Exemple : une société civile a pour objet d’acheter un immeuble, le rénover et le vendre en appartements. Si l’immeuble est détruit au cours à cause d’un séisme, l’objet de la société est éteint.*

**CHAPITRE 2.**

**LES CAUSES DE DISSOLUTION PROVOQUÉE**

**Section 1. La dissolution provoquée par les associés**

**§1. La dissolution fondée sur une clause des statuts**

Lors de la création de la société, les associés peuvent s’accorder pour prévoir dans les statuts qu’un ou plusieurs évènements distincts pourront fonder la dissolution anticipée de la société.

**§2. La dissolution fondée sur une décision des associés**

Les associés peuvent se réunir pour décider de la dissolution anticipée de la société. Conformément au droit commun des contrats, les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise[[196]](#footnote-196). C’est ce qu’on appelle le *mutuus dissensus*. Il y aura ainsi une décision qui doit, par principe, être à une majorité qualifiée.

**Section 2. La dissolution provoquée par le juge**

**§1. L’annulation de la société**

S’il est fait droit à une action en nullité du contrat de société, cette dernière devra être dissoute.

**§2. La dissolution pour justes motifs**

La société peut prendre fin par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

Deux précisions doivent ici être apportées :

* ***l’inexécution de ses obligations par un associé***: ce fondement est assez rarement utilisé en pratique car l’associé n’a qu’un seul engagement au sein de la société (celui de réaliser un apport à la société) ;
* ***la mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société*** » : le juge doit alors vérifier qu’il existe :

-une mésententeentre les associés ;

- ayant pour effet de paralyser le fonctionnement de la société ;

- émanant d’un associé qui n’est pas celui à l’origine de la mésentente[[197]](#footnote-197).

La jurisprudence a pu reconnaître une mésentente à l’origine de la paralysie de l’activité de la société dans diverses hypothèses et notamment en présence :

* d’une impossibilité pour les associés de remplacer le conseil d'administration ayant démissionné depuis plusieurs années, aucune majorité ne se dégageant pour faire fonctionner la société, alors même que les comptes sociaux étaient positifs[[198]](#footnote-198) ;
* d’une impossibilité pour l'associé minoritaire de tenir une assemblée, de désigner un gérant et de décider la dissolution anticipée de la société en raison de la disparition des associés majoritaires, partis sans laisser d'adresse[[199]](#footnote-199) ;
* de graves conflits personnels et sociaux nés de la crise conjugale entre associés égalitaires conduisant à une paralysie du fonctionnement de la société et rendant inconcevable la tenue d'une assemblée générale[[200]](#footnote-200).

**§3. La réunion de toutes les parts en une seule main**

La réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu[[201]](#footnote-201).

**§4. La clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d’actif de la société**

Lorsqu’un débiteur est en état de « ***cessation des paiements***» – *lorsqu’il ne peut plus payer son passif exigible avec son actif disponible* –[[202]](#footnote-202), il existe deux procédures collectives qui lui sont applicables selon la gravité des difficultés qu’il encourt :

* **le redressement judiciaire**,qui vise à assurer la survie de l’entreprise entre les mains de son exploitant, qui bénéficie d’un plan de redressement (délais de paiement, remises de dettes, incorporation de dettes au capital, etc.) ; et
* **la liquidation judiciaire**,qui consiste à réaliser tous les actifs pour payer, autant que possible, les créanciers : lorsque le débiteur en liquidation judiciaire est une société, elle n’a par principe plus d’avenir.

Lorsque la liquidation est clôturée pour « ***insuffisance d’actif***» (ce qui signifie que la procédure de liquidation n’a pas permis de désintéresser l’ensemble des créanciers car le *passif* à apurer est plus important que l’*actif* permettant d’apurer ledit passif), il est certain que la société n’a plus aucun avenir. C’est la raison pour laquelle le jugement ouvrant cette procédure emporte dissolution.

**TITRE 2.**

**LES EFFETS DE LA DISSOLUTION**

Les tiers doivent être informés de la dissolution (**Chapitre 1**.) afin de pouvoir mener les opérations de liquidation (**Chapitre 2**).

**CHAPITRE 1.**

**LA PUBLICITÉ DE LA DISSOLUTION**

Sauf exception, la dissolution de la société entraîne sa liquidation[[203]](#footnote-203). Elle n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après sa publication[[204]](#footnote-204).

Le parallélisme des formes impose de procéder aux mêmes publications que lors de la dissolution que lors de la constitution de la société :

* un avis de dissolution doit être inséré dans un journal d’annonces légalesdu département du lieu du siège social ;
* la décision constatant ou prononçant la dissolution de la société, ainsi que la décision désignant le liquidateur, doivent être déposées au greffe ;
* la dissolution de la société doit faire l’objet d’une inscription modificative au RCS ; et
* un avis de dissolution doit être publié au BODACC.

Dans les actes qu’elle va accomplir, la société doit de plus mentionner son état de « *société en liquidation* » et l’identité de son liquidateur.

**CHAPITRE 2.**

**LA LIQUIDATION**

**La liquidation « *amiable* » (≠ liquidation « *judiciaire* », qui est une procédure collective visant à traiter les difficultés d’une entreprise) est l’ensemble des opérations qui ont pour objet de vendre les actifs de la société afin de payer les créanciers de la société et de procéder au partage entre les associés de l’actif ou du passif restant.**

**Section 1. Le maintien de la personnalité morale de la société**

**La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci**[[205]](#footnote-205).

Pour pouvoir liquider le patrimoine de la société, il est nécessaire que le patrimoine de la société subsiste : les actifs et les passifs sociaux doivent demeurer dans le patrimoine de la société, tant que les créanciers ne sont pas réglés. C’est la raison pour laquelle la personnalité morale subsiste, pour les besoins de la liquidation, bien qu’amoindrie, jusqu’à la clôture des opérations  de liquidation.

**Section 2. Les opérations de liquidation**

1. **Les opérations de liquidation débutent par la nomination d’un liquidateur, qui sera en charge de procéder aux opérations de liquidation et de représenter la société pendant cette procédure**. La nomination se fait :

* dans les conditions prévues par les statuts ; ou
* à défaut par les associés ; ou
* lorsque les associés n’ont pas pu s’accorder, par décision de justice.

Le liquidateur peut être révoqué dans les mêmes conditions. La nomination et la révocation ne sont opposables aux tiers qu'à compter de leur publication. Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination ou dans la révocation du liquidateur, dès lors que celle-ci a été régulièrement publiée[[206]](#footnote-206).

1. **Le liquidateur va d’abord dresser un inventaire préalable du patrimoine de la société** :

* **si l’actif est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, le liquidateur judiciaire va devoir demander l’ouverture d’une procédure de liquidation « *judiciaire* » ;**
* **si l’actif est suffisant pour désintéresser tous les créanciers, le liquidateur peut procéder aux opérations de liquidation.**

1. **Le liquidateur va ensuite liquider l’actif. Il sera alors soumis à plusieurs règles permettant de s’assurer que le liquidateur ne va pas s’avantager ou avantager ses proches.**
2. **Le liquidateur devra également régler le passif de la société au fur et à mesure des échéances** (lors d’une liquidation *amiable*, « *le paiement est le prix de la course* », contrairement à une liquidation *judiciaire*, qui impose une discipline collective aux créanciers afin de s’assurer de pouvoir les régler en fonction de l’ordre de remboursement).
3. **Le liquidateur devra enfin clôturer la liquidation. La clôture de la liquidation résulte d’une décision des associés et est soumise aux formalités de publicité habituelles**:

* publication d’un avis dans un journal d’annonces légales ;
* dépôt au greffe des opérations des comptes de liquidation et de la décision ayant statué sur les comptes ;
* radiation de la société du RCS ;
* publication au BODACC.

**La clôture des opérations de liquidation produit deux effets. Elle met fin :**

* **aux fonctions du liquidateur ;**
* **à la personnalité morale de la société.**

Une difficulté survient lorsqu’un passif n’a pas été réglé à l’occasion de la liquidation. Dans une telle hypothèse, la jurisprudence admet que « *la personnalité morale de la société puisse subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne sont pas liquidés* »[[207]](#footnote-207).

**Le créancier pourra donc continuer à agir contre :**

* **la société, ce qui impose au préalable de demander au juge la désignation d’un mandataire *ad hoc* qui sera chargé de représenter la société ;**
* **les associés, qui ont été attributaires de l’actif restant lors du partage ; et**
* **le liquidateur, pour lui demander réparation du préjudice subi.**

**Section 3. Les opérations de partage**

Lorsqu’à l’issue de la procédure de liquidation, l’ensemble des créanciers ont pu être désintéressés mais que certains actifs n’ont pas été liquidés, les actifs en question cessent d’appartenir à la société lors de la clôture puisque celle-ci met fin à sa personnalité juridique.

Ces biens tombent alors en indivisionentre les associés et sont aussitôt partagés. Le partage est l’acte qui va permettre de déterminer la part qui revient à chaque associé :

* **En premier lieu**, **chaque associé est remboursé de son apport : il va recevoir une somme d’argent égale à la valeur nominale de ses titres sociaux**. Si la liquidation a laissé subsister des biens autres qu’une somme d’argent, ces biens seront répartis de la manière suivante[[208]](#footnote-208):

- le partage peut se faire à l’amiable ou judiciairement selon les cas ;

- les statuts ont pu également prévoir des cas d’attribution préférentielle ;

- lorsqu’un bien apporté se retrouve en nature dans la masse partageable, celui qui l’a apporté dispose d’un droit préférentiel – à charge d’une soulte, si la valeur du bien dépasse la valeur de ses apports ;

* **En second lieu**, **si une fois que les associés ont été remboursés de leurs apports, il reste encore des actifs à partager, ces derniers constitueront ce qu’on va appeler le *boni de liquidation***:

- **par principe**, ce *boni de liquidation* sera réparti entre les associés à proportion de la part de chacun dans le capital social ;

- **par exception**, les associés peuvent convenir d’une répartition différente par une clause contraire, qui ne doit pas être une clause léonine.

1. Articles L. 210-1 et suivants du Code de commerce et articles L. 231-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-1)
2. Articles L. 224-2 et suivants du Code de commerce et articles L. 228-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-2)
3. Article L. 221-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-3)
4. Article L. 222-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-4)
5. Article L. 223-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-5)
6. Article L. 225-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-6)
7. Article L. 226-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-7)
8. Article L. 227-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-8)
9. Article L. 229-1 et suivants du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-9)
10. Article 2011 du Code civil : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». [↑](#footnote-ref-10)
11. Article L. 526-1 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-11)
12. Article L. 526-1 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-12)
13. Article L. 526-6 du Code de commerce : « *Pour l'exercice de son activité en tant qu'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, l'entrepreneur individuel affecte à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale, dans les conditions prévues à l'article L. 526-7.*

    *Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle, qu'il décide d'y affecter et qu'il peut ensuite décider de retirer du patrimoine affecté. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* […] » [↑](#footnote-ref-13)
14. Malgré l’existence d’une procédure légale d’agrément et d’un risque limité pour les associés, celle-ci peut réunir en son sein jusqu’à 100 personnes, ce qui permet de douter de la persistance de l’*intuitu personae*. [↑](#footnote-ref-14)
15. En raison de la liberté contractuelle qui gouverne la SAS, il est possible de créer des sociétés soit très « ouvertes », soit très « fermées ». [↑](#footnote-ref-15)
16. Article 1131 du Code civil. [↑](#footnote-ref-16)
17. Article 1130 du Code civil. [↑](#footnote-ref-17)
18. Article 1130 du Code civil. [↑](#footnote-ref-18)
19. Article 1132 du Code civil. [↑](#footnote-ref-19)
20. Article 1133 du Code civil. [↑](#footnote-ref-20)
21. Article 1135 du Code civil. [↑](#footnote-ref-21)
22. Article 1136 du Code civil. [↑](#footnote-ref-22)
23. Article 1137 du Code civil. [↑](#footnote-ref-23)
24. Article 1140 du Code civil. [↑](#footnote-ref-24)
25. Cass. com., 12 déc. 1978, n° 7-11.742, Bull. civ. IV, n° 306. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cass. soc., 30 avr. 1985, n° 82-43.577. [↑](#footnote-ref-26)
27. CA Rouen, 6 juin 1973. [↑](#footnote-ref-27)
28. Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-14.262, Bull. civ. IV, n° 132. [↑](#footnote-ref-28)
29. Article 1201 du Code civil. [↑](#footnote-ref-29)
30. Article 1201 du Code civil. [↑](#footnote-ref-30)
31. Article 1145 du Code civil. [↑](#footnote-ref-31)
32. Article 1146 du Code civil. [↑](#footnote-ref-32)
33. Article 413-6 du Code civil. [↑](#footnote-ref-33)
34. CA Paris, 31 janvier 1908 [↑](#footnote-ref-34)
35. Article 388-1-1 du Code civil : « *L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes de la vie civile, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes* ». [↑](#footnote-ref-35)
36. Article 413-2 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-36)
37. Articles 413-8 du Code civil et L. 121-2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-37)
38. Une exception est posée pour le mineur âgé de plus de seize ans révolus qui peut accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une entreprise individuelle à responsabilité limitée ou d'une société unipersonnelle. Les actes de disposition ne peuvent être effectués que par son ou ses administrateurs légaux (article 388-1-2 du Code civil). [↑](#footnote-ref-38)
39. L’acte d’administration est un acte de gestion, d’entretien qui n’altère pas la composition du patrimoine. [↑](#footnote-ref-39)
40. L’acte de disposition est celui qui va permettre de disposer d’un bien et donc d’altérer la composition du patrimoine du débiteur donné. [↑](#footnote-ref-40)
41. Article 425 du Code civil. [↑](#footnote-ref-41)
42. Article L. 122-1 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-42)
43. Articles L. 121-1 et L. 121-2 du Code des étrangers et R. 121-5 du Code de commerce. Le non-respect de l'obligation d'enregistrement est sanctionné par une amende de 750 euros (article R. 621-1 du Code des étrangers). [↑](#footnote-ref-43)
44. Article 1832-1 du Code civil : « *Deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale* ». Avec toutefois une réserve : Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts (article 220-1 alinéa 1er du Code civil). [↑](#footnote-ref-44)
45. Article L. 822-11, III du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-45)
46. Article 1145 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-46)
47. Article 1162 du Code civil. [↑](#footnote-ref-47)
48. Article 1833 du Code civil. [↑](#footnote-ref-48)
49. Article 1833 du Code civil. [↑](#footnote-ref-49)
50. Articles 1845 du Code civil et L. 210-1 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-50)
51. Article 1833 du Code civil. [↑](#footnote-ref-51)
52. Cass. com. 10 novembre 2015, n° 14-18.179. [↑](#footnote-ref-52)
53. Article L. 223-3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-53)
54. Article L. 226-1 alinéa 1er du Code de commerce [↑](#footnote-ref-54)
55. Quoi qu’il en soit, la société anonyme est taillée pour les sociétés de grande taille : le conseil d’administration – doit comporter au moins 3 membres. [↑](#footnote-ref-55)
56. Article 1844-5 alinéa 1er du Code civil*. Le tribunal peut accorder à la société un délai maximal de six mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu.* [↑](#footnote-ref-56)
57. Cass. com. 3 juin 1986, n° 85-12.118. [↑](#footnote-ref-57)
58. Ces derniers ne doivent pas être contraints de rester passifs. [↑](#footnote-ref-58)
59. Les associés ne doivent pas se trouver dans un état de subordination. [↑](#footnote-ref-59)
60. Cass. civ. 3ème, 22 juin 1976, n° 74-10.119. [↑](#footnote-ref-60)
61. Exemple : un banquier prêteur avec une clause d’intéressement ne veut pas risquer l’aléa social, c’est un prêteur, pas un associé. [↑](#footnote-ref-61)
62. Cass. com., 11 juin 2013, n° 12-22.296. [↑](#footnote-ref-62)
63. Article L. 223-7 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-63)
64. Article L. 225-3 alinéa 1 à 3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-64)
65. Article 1843-3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-65)
66. Article 619 du Code civil. [↑](#footnote-ref-66)
67. Article 1832-2 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-67)
68. Article 1427 du Code civil. [↑](#footnote-ref-68)
69. Article L. 241-3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-69)
70. Article L. 227-1 du Code de commerce – règle non écrite pour les autres types de sociétés. [↑](#footnote-ref-70)
71. Cass. ch. réunies, 14 mars 1914. [↑](#footnote-ref-71)
72. La convention de portage est la convention par laquelle un « donneur d'ordre » remet des titres de société à un « porteur », sous la condition que ce dernier s'engage à les revendre à une époque et dans des conditions prévues au contrat à un tiers désigné dans la convention, lequel peut être le donneur d'ordre lui-même. [↑](#footnote-ref-72)
73. Article L. 232-10 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-73)
74. Article L. 232-11 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-74)
75. Article L. 232-11 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-75)
76. Article L. 232-11 alinéa 3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-76)
77. Article L. 232-12 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-77)
78. Article L. 232-12 alinéa 3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-78)
79. Article L. 232-13 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-79)
80. Article 1832 alinéa 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-80)
81. Articles 1844-10 alinéa 1er du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-81)
82. Article L. 235-1 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-82)
83. Article L. 235-2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-83)
84. Articles 1844-12 du Code civil et L. 235-6 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-84)
85. Article L. 235-7 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-85)
86. Articles 1844-15 du Code civil et L. 235-9 alinéa 1er du Code de commerce, sous réserve de la forclusion prévue à l'article L. 235-6 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-86)
87. Article 1844-11 et article L. 235-3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-87)
88. Articles 1844-13 alinéa 1er du Code civil et L. 235-4 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-88)
89. Article 1178 du Code civil. [↑](#footnote-ref-89)
90. Articles article 1844-15 et L. 235-10 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-90)
91. Articles 1844-12 du Code civil et L. 235-12 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-91)
92. Articles 1844-17 du Code civil et L. 235-13 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-92)
93. Cass. com., 12 mars 1985, n° 84-17.163, Bull. civ., 1985, I, n° 84. [↑](#footnote-ref-93)
94. Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-18.192, Bull. civ., 2003, IV, n° 69. [↑](#footnote-ref-94)
95. Articles 1837 du Code civil et L. 210-3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-95)
96. Article 42 alinéa 1er du Code de procédure civile [↑](#footnote-ref-96)
97. Article 43 du Code de procédure civile [↑](#footnote-ref-97)
98. Article 1845 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-98)
99. Article L. 210-1 du Code de commerce [↑](#footnote-ref-99)
100. Article L. 121-2 du Code pénal. [↑](#footnote-ref-100)
101. Article 1103 du Code civil : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». [↑](#footnote-ref-101)
102. Article 1112 du Code civil : [↑](#footnote-ref-102)
103. Articles 1835 du Code civil et L. 210-2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-103)
104. Selon lequel le contrat se forme par la seule rencontre des volontés des parties. [↑](#footnote-ref-104)
105. Article 1835 du Code civil. [↑](#footnote-ref-105)
106. Article 1842 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-106)
107. Article L. 210-6 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-107)
108. Article R. 123-15 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-108)
109. Article R. 210-8 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-109)
110. Article 635 du CGI. [↑](#footnote-ref-110)
111. Article 1842 du Code civil. [↑](#footnote-ref-111)
112. Articles 1843 du Code civil et L. 210-6 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-112)
113. Articles 1843 du Code civil et L. 210-6 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-113)
114. Cass. com., 21 juillet 1987 ; Cass. com., 14 novembre 2006, n° 05-16.527. [↑](#footnote-ref-114)
115. Cass. com., 1er juillet 2008, 07-10.676. [↑](#footnote-ref-115)
116. Cass. com., 6 décembre 2005, n° 03-16.853. [↑](#footnote-ref-116)
117. Cass. civ. 1ère, 26 avril 2000, n° 98-10.917 ; Cass. civ., 1ère, 2 octobre 2002, n° 00-10.499. [↑](#footnote-ref-117)
118. Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-12.528 [↑](#footnote-ref-118)
119. Article 1872 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-119)
120. Article 1871 du Code civil, faisant référence aux dispositions des articles [1832](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444040&dateTexte=&categorieLien=cid), [1832-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444042&dateTexte=&categorieLien=cid), [1833](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444056&dateTexte=&categorieLien=cid), 1836 alinéa 2 , [1841](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444118&dateTexte=&categorieLien=cid), [1844](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444157&dateTexte=&categorieLien=cid) alinéa 1er et [1844-1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006444158&dateTexte=&categorieLien=cid) alinéa 2 du même code. [↑](#footnote-ref-120)
121. Article 1872-2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-121)
122. Article 1871-1 du Code civil. [↑](#footnote-ref-122)
123. Article 1872 du Code civil. [↑](#footnote-ref-123)
124. Article 1872-1 alinéas 2 et 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-124)
125. Cass. civ. 1ère, 20 janvier 2010, n° 08-13.200. [↑](#footnote-ref-125)
126. Cass. civ. 2ème, 22 mai 2008, n° 07-10.855 ; Cass. civ. 1ère, 26 janvier 1983, n° 82-10.257. [↑](#footnote-ref-126)
127. Cass. civ. 1ère, 13 novembre 1980, n° 79-13.895 ; Cass. com., 4 juin 2002, n° 99-10.726 ; Cass. com., 8 juillet 2003, n° 99-19.821. [↑](#footnote-ref-127)
128. Cass. com., 15 novembre 1994, n° 93-12.835. [↑](#footnote-ref-128)
129. Cass. civ. 1ère, 13 novembre 1980. [↑](#footnote-ref-129)
130. Cass. com., 12 novembre 1992 (arrêt « *Dormeuil*»). [↑](#footnote-ref-130)
131. Cass. civ., 3ème, 15 septembre 2016, n° 15-15.172. [↑](#footnote-ref-131)
132. Article 1844 alinéa 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-132)
133. Article 1844 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-133)
134. Article 515-5 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-134)
135. Article 515-5-1 du Code civil. [↑](#footnote-ref-135)
136. Articles 1400 et suivants du Code civil. [↑](#footnote-ref-136)
137. Article 1832-2 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-137)
138. Article 1427 du Code civil. [↑](#footnote-ref-138)
139. Article 1832-2 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-139)
140. Article 1832-2 alinéa 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-140)
141. Article 545 du Code civil : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n’est pour cause d’utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ». [↑](#footnote-ref-141)
142. Article 1193 du Code civil : « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise »*. [↑](#footnote-ref-142)
143. Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17.813 : « […] *aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé qui demande la dissolution de la société par application de l'article 1844-7.5° du Code civil à céder ses parts à cette dernière et aux autres associés qui offrent de les racheter* ». [↑](#footnote-ref-143)
144. Article L. 235-6 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-144)
145. Article L. 228-27 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-145)
146. Articles L. 631-19-1 et L. 631-19-2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-146)
147. Article L. 227-16 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-147)
148. Cass. com., 8 mars 2005, n° 02-17.692 : « *il est possible et licite de prévoir dans les statuts, qui constituent le contrat accepté par les parties et fixant leurs droits et obligations, que le redressement judiciaire de l'un des associés lui fera perdre cette qualité, dès lors que lui est due la valeur des droits dont il est ainsi privé pour un motif qui est en l'occurrence conforme à l'intérêt de la société et à l'ordre public* ». [↑](#footnote-ref-148)
149. Cass. com. 23 octobre 2007, n° 06-16.537. [↑](#footnote-ref-149)
150. En cas de litige sur la valeur : article 1843-4 du Code civil. [↑](#footnote-ref-150)
151. Article 1240 du Code civil. [↑](#footnote-ref-151)
152. Cass. com., 6 juillet 1983, n° 82-12.910. [↑](#footnote-ref-152)
153. Cass. com., 9 février 1999, n° 96-17.661. [↑](#footnote-ref-153)
154. Interprétation *a contrario* article 1844 alinéa 4 du Code civil. [↑](#footnote-ref-154)
155. Article 1844 alinéa 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-155)
156. Cass. com., 4 janvier 1994, n° 91-20.256, « *Époux de Gaste* », notamment confirmé par Cass. com., 22 février 2005, n° 03-17.421. [↑](#footnote-ref-156)
157. Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-16.694. [↑](#footnote-ref-157)
158. Article 1844 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-158)
159. Cass. com., 21 janvier 2014, n° 13-10.151, arrêt « *Truptil*» [↑](#footnote-ref-159)
160. Modification de l’objet social, transfert du siège social, modification du capital social… [↑](#footnote-ref-160)
161. Article 1836 alinéa 1er du Code civil. [↑](#footnote-ref-161)
162. Article 1836 alinéa 1er du Code civil.  [↑](#footnote-ref-162)
163. CA Paris, 4 décembre 2012, RG n° 11/15313. [↑](#footnote-ref-163)
164. Article L. 242-9, 3° du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-164)
165. Cass. civ., 4 juin 1946 (arrêt « *Motte* ») : « *Attendu en effet que la société anonyme est une société dont les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil, élu par l'assemblée générale; qu'il n'appartient donc pas à l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration* ». [↑](#footnote-ref-165)
166. L’article 1844-10 alinéa 3 du Code civil dispose que la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général. Le dernier alinéa de l’article 1833 du Code civil dispose que la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Dès lors qu’un acte ou une délibération est donc contraire à l’intérêt social, la nullité est ainsi exclue, la seule sanction envisageable est alors la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant. [↑](#footnote-ref-166)
167. Notamment articles 1850 du Code civil, L. 223-18 et L. 225-251 du Code de commerce [↑](#footnote-ref-167)
168. Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, « *Vilgrain*». [↑](#footnote-ref-168)
169. Cass. com., 24 février 1998, n° 96-12.638, « *Kopcio*». [↑](#footnote-ref-169)
170. Article 1240 du Code civil. [↑](#footnote-ref-170)
171. Cass. civ. 3ème, 10 mars 2016, n° 14-15.326. [↑](#footnote-ref-171)
172. Article L. 267 du Livre des procédures fiscales. [↑](#footnote-ref-172)
173. Article L. 235-1 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-173)
174. À l'exception de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 225-35 et de la troisième phrase de l'article L. 225-64 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-174)
175. À l'exception du dernier alinéa de l'article 1833 du Code civil. [↑](#footnote-ref-175)
176. Article 1844-16 du Code civil. [↑](#footnote-ref-176)
177. Article 1844-14 du Code civil. [↑](#footnote-ref-177)
178. Par exemple : 6 mois en matière de fusion. [↑](#footnote-ref-178)
179. Article L. 225-231 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-179)
180. Article L. 223-37 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-180)
181. Article L. 225-231 alinéa 3 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-181)
182. Article L. 223-37 alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-182)
183. Article L. 223-35 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-183)
184. Article L. 221-9 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-184)
185. Article R. 823-12 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-185)
186. Article R. 823-18 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-186)
187. Article L. 823-18 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-187)
188. Article L. 823-9 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-188)
189. Article 121-3 du PCG. [↑](#footnote-ref-189)
190. Article 121-3 du PCG. [↑](#footnote-ref-190)
191. Article L. 823-13 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-191)
192. Article L. 823-14 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-192)
193. Article L. 631-1 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-193)
194. Article L. 823-12, alinéa 2 du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-194)
195. Article 1838 du Code civil. [↑](#footnote-ref-195)
196. Article 1193 du Code civil. [↑](#footnote-ref-196)
197. Seul un associé peut demander la dissolution pour justes motifs (Cass. com., 28 septembre 2004, n° 02-20.750). L'associé est recevable à agir même s'il est à l'origine de la mésentente (Cass. com., 16 septembre 2014, n° 13-20.083) mais si le seul motif qu'il invoque est cette mésentente, la dissolution sera écartée (même arrêt). En revanche, s'il n'est pas possible de déterminer à qui la mésentente est imputable, le juge peut prononcer la dissolution (Cass. com., 10 avril 2019, n° 17-20.506). [↑](#footnote-ref-197)
198. CA Paris, 27 juin 2003, RG n° 02-11435. [↑](#footnote-ref-198)
199. CA Nîmes, 12 février 2009, n° 07-3873. [↑](#footnote-ref-199)
200. CA Pau, 23 janvier 2006, n° 03-3450. [↑](#footnote-ref-200)
201. Article 1844-5 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-201)
202. Article L. 631-1 alinéa 1er du Code de commerce. [↑](#footnote-ref-202)
203. Les cas prévus à l'article 1844-4 (transmission universelle du patrimoine) et au troisième alinéa de l'article 1844-5 du Code civil (réunion de l’ensemble des parts sociales entre les mains d’une seule et même personne). [↑](#footnote-ref-203)
204. Article 1844-8 du Code civil. [↑](#footnote-ref-204)
205. Article 1844-8 alinéa 3 du Code civil. [↑](#footnote-ref-205)
206. Article 1844-8 alinéa 2 du Code civil. [↑](#footnote-ref-206)
207. Cass. soc., 17 décembre 2014, n° 13-26.575. [↑](#footnote-ref-207)
208. Article 1844-8 du Code civil. [↑](#footnote-ref-208)