

# DROIT DES SOCIÉTÉS.

---

## INTRODUCTION.

**Droit des sociétés** : branche du droit commerciale qui a pour objet de définir et de traiter du régime juridique des groupements ayant une finalité économique.

On oppose :

- .sociétés de personnes et de capitaux.
- .commerciales et civiles.

Les sociétés à responsabilité limitée doivent avoir un capital social minimum pour protéger les créanciers. A l'inverse pour celle à responsabilité illimitée le législateur n'a rien imposé. Depuis 2003, le législateur a supprimé pour certains types de sociétés le capital minimum.

.les sociétés et les associations. En principe la différence est fondée sur la réalisation des bénéfices.

.les sociétés et le groupement d'intérêt économique. Le GIE doit avoir une activité économique dans le prolongement de l'activité économique de ses membres (entreprises, ...).

### **1) L'importance pratique des sociétés.**

On n'a du mal à déterminer le nombre de sociétés car :

- .ne sont pas toutes enregistrées.
- .d'autres qui sont immatriculées mais qui n'ont aucune activité économique.

Selon l'INSEE il y aurait plus de 1 150 000 sociétés et 320 000 créations d'entreprises par an dont la moitié serait des sociétés dont 80% des SARL.

Raisons pour créer une société :

- .volonté de séparer le patrimoine privé/personnel.
- .statut fiscal et social plus avantageux.
- .volonté de faciliter la transmission de l'entreprise.
- .facteur de stabilité.
- .la forme sociale permet une meilleure clarté dans la gestion.
- .seule façon d'obtenir parfois des capitaux.

### **2) L'évolution des textes relatifs à la société.**

Il y a une grande instabilité législative. La conjoncture économique a un fort impacte. Pendant longtemps on ne pouvait pas créer une société si facilement qu'aujourd'hui. Par exemple pour les sociétés de capitaux il fallait une autorisation gouvernementale. A partir de 1867, constitution de société plus libre.

La loi du 24 juillet 1966 avec son décret d'application du 23 mars 1967 sont très importants. Il y a eu de multiples lois. La loi de 1966 a été codifiée dans le code de commerce en 2000 et en 2007 le décret de 1967 lui aussi a été codifié.

Le législateur ne donne pas l'impression d'avoir une vision d'ensemble. Néanmoins il a pour volonté :

- .un souci de simplification du droit des sociétés, toutes les lois récentes on eu se souci d'éviter d'alourdir les procédures.
- .dépenalisation du droit des sociétés.
- .sécurité des relations des tiers avec la société.
- .protection des minoritaires (contre pouvoir au sein de la société).

On parle de responsabilité sociale des sociétés. Elles doivent adoptées des pratiques socialement responsables. Ceci se traduit par une exigence de transparence.

### **3) L'évolution de la conception à la société.**

Il y a deux thèses :

.contractuel il faut que la volonté de plusieurs personnes se rencontre pour que la société naisse.

L'article 1832 du Code Civil la société est institué par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat.

.doctrine nouvelle dite mixte qui dit que la société serait un contrat au départ et devient une institution par la suite.

Renouveau de la thèse contractuelle. Les lois les plus récentes penchent plutôt vers la thèse contractuelle.

## **TITRE 1 : L'existence de la société.**

Définition de la société à l'article 1832 du Code civil « la société est instituée pour deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leurs industries en vue d'en partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

On peut déduire de cette définition que la société repose sur plusieurs éléments :

.volonté des créateurs ou des associés. Volonté = affectio societatis.

.un but intéressé. Si les associés décident de créer une société c'est dans un but bien précis. On dit que l'associé à vocation à bénéfice mais également vocation à contribuer aux pertes.

.la notion d'apport (article 1832).

### **Chapitre 1 : La nécessité d'une volonté intéressée.**

#### **Section 1 : La prééminence de la volonté.**

##### **I) L'expression de la volonté.**

Elle peut prendre plusieurs formes :

##### **A) La volonté collective.**

###### **1. Le consentement au contrat à société.**

La société naît de la volonté des fondateurs. Ce consentement doit :

.exister. La jurisprudence cherche à savoir si le consentement donné est réel et sincère. Le juge se sert de ce critère pour démasquer les sociétés fictives qui sont nuls (cas de la simulation).

.ne doit pas être vicié. Loi qui dit que les vices du consentement ne sont une cause de nullité pour les sociétés anonyme ou SARL que si le vice affecte tous les associés. Pour les autres un seul vice du consentement sur un associé est suffisant. Trois vices : l'erreur, la violence économique ou physique et le dol.

###### **2. La capacité de contracter un contrat de société.**

Les personnes physiques comme morale peuvent être associées à une société. Cependant, il existe des règles particulières :

.les mineurs dans les sociétés en non collectif.

.quand un mineur veut demander à être associé dans une société où l'on est indéfiniment responsable des dettes il est préférable de faire appel au juge des tutelles. L'article 389-5 du Code civil impose l'autorisation du juge pour certains actes graves (emprunt).

.les majeurs incapables ne pourront pas être associés d'une SNC. Mais peut être associé d'une SARL par exemple en respectant certaines règles comme présence du curateur.

.une société civile ne peut pas être associée à une SNC.

.en ce qui concerne les participations croisées (deux sociétés, chacune détient une partie du capital de l'autre) on parle de part des anges, pas possible.

### **3. *L'affectio societatis.***

-Définition :

C'est l'intention de s'associer. C'est plus un sentiment qu'un concept juridique ;

Il faut distinguer ce concept de s'associer avec la motivation qui représente les mobiles personnels.

Pour HAMEL l'affectio societatis repose sur deux éléments : notion d'intérêt commun et convergence d'intérêt. Pour certains l'affectio societatis est une collaboration volontaire et active des associés et certains sont même allés plus loin en rajoutant l'égalité. VIANDIER considère que l'affectio societatis ne sert à rien.

Un arrêt de la chambre commerciale du 3 juin 1986 donne une définition : il suppose que les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité chacun participant aux bénéfices comme aux pertes.

Depuis le juge c'est toujours servi de cette définition.

-Les formes de l'affectio societatis :

Le plus souvent collaboration sur un pied d'égalité. Plus la société est grande et moins l'affectio societatis est remarquable. Cela a conduit certains auteurs à dire qu'il ne devait pas avoir de lien de subordination.

-L'utilité de l'affectio societatis :

.critère de qualification du contrat. Il permet de différencier le contrat de société avec d'autres contrats. Exemple : le contrat de société et le contrat de prêt avec bénéfice ou le contrat de vente.

.critère d'existence de la société.

Cela permet de reconnaître l'existence d'une société créée de fait (société qui naît du comportement de plusieurs personnes mais sans avoir l'intention de créer cette société) à la rupture du concubinage. Arrêt de juillet 1949 qui dit que « la seule cohabitation même prolongée entre deux personnes ne peut pas donner naissance à une société ».

L'intention d'être associé doit perdurer, possibilité de dissoudre en cas de mésentente par le juge.

### **B) La volonté unilatérale.**

Loi du 11 juillet 1985 crée l'EURL. On ne peut créer une société seul que dans les cadres prévus par la loi. Possibilité de créer depuis 1999 une EARL et une SASU. Pour une SA il faut qu'il y ait 7 actionnaires minimum. Il n'y a pas de problème d'échange de consentement.

### **II) La formulation de la volonté.**

Correspond au pacte social. Le pacte social c'est l'accord de volonté qui va animer les associés pour œuvrer en commun.

Il y a des protocoles d'accord qui peuvent être signés par les fondateurs de la société et qui mettent en place des conditions de leur futur collaboration.

Au-delà de ce protocole on a la promesse de société. Cette promesse engendre une obligation de faire qui peut entraîner des dommages et intérêts. Les pourparlers peuvent être rompus quand à eux.

Viennent ensuite les statuts. Puis règlement intérieur qui est subordonné au statut, rédaction au début ou au cours et pouvant être modifié. De plus, il n'y a pas besoin de mesure de publicité.

Existence des conventions extra statutaire (convention de vote, préemption, ...).

### **A) La forme des statuts.**

Ces statuts doivent avoir obligatoirement une forme écrite (article 1835). Applicable pour les sociétés dotées d'une personnalité morale. Un acte sous seing privé suffit. Pour les sociétés de personnes il faut autant d'originaux que d'associés. Pour les sociétés de capitaux il faut un nombre d'originaux suffisant pour les mesures de publicité et d'immatriculation et un original consultable par tous les associés au siège. Parfois il est utile de faire appel à un notaire. Voir même obligatoire quand un des associés apporte un immeuble.

Rôle des statuts :

.rendre la société opposable à tous en lui permettant d'obtenir la personnalité morale.  
.fonction probatoire.

.condition de validité de la société pour une hypothèse bien précise. Le défaut d'accomplissement des formalités de publicité est une cause de nullité de la société. Cela ne concerne que les SNC, les sociétés civiles professionnelles et les sociétés en commandite simple.

Qui est ce qui peut signer les statuts :

.les associés.

.un mandataire uniquement dans la SARL les sociétés par action qui ne fait pas appel à l'épargne publique.

Le contrat de société est conclu au jour de la signature des statuts.

### **B) Le contenu des statuts.**

Deux textes :

.Code de commerce L 210-2 qui donne une liste des mentions obligatoires qui doivent figurer dans les statuts : la forme de la société, sa durée, l'appellation, le siège sociale, son objet et le montant du capital social.

.Code civil article 1835 qui pose les mêmes exigences mais qui rajoute en plus comme mentions obligatoires les apports effectués par chacun des associés et les modalités de fonctionnement de la société.

Si une des mentions manquent possibilité d'action en régularisation.

De plus, une mention obligatoire qui serait fautive une action en réparation qui serait possible auprès des fondateurs si préjudice.

Pour les SA et SARL : il vaut mieux renvoyer aux dispositions de la loi.

### **C) Les modifications statutaires.**

On va pouvoir les modifier pour les adapter à un changement de circonstances. Certaines modifications sont fréquentes comme celle du capital. Il y a des cas systématiques où il y a un changement de capital c'est le cas d'un nouvel associé qui rentre dans la société.

Possibilité de transformer la forme de la société. Ce changement de forme ne porte pas atteinte à la personnalité juridique : L'article 1844-3.

Changement d'objet social, le siège social, les prorogations de durée de vie de la société.

Il y a 3 types d'organes : les associés (pouvoir exécutif), les dirigeants (fonctionnement), commissaire au compte (contrôle).

Les statuts sont l'expression de la volonté collective, donc l'assemblée générale extraordinaire va devoir recueillir l'unanimité pour les modifier. La loi est intervenue pour

remplacer dans les SARL par exemple l'unanimité par la majorité. Il n'y a qu'une hypothèse où la loi impose l'unanimité quant on veut transformer n'importe quelle société en SAS.

Pour les modifications il va falloir procéder à une publicité, deux formes :  
.journal d'annonce légale,  
.inscription modificative au registre du commerce et des sociétés.

## **Section 2 : Le caractère intéressé de la société.**

### **I) La nécessité d'une activité économique : l'objet social.**

#### **A) La notion d'objet social.**

C'est l'objet de l'exploitation tel qu'il est défini dans les statuts. Il est conçu de manière assez large. C'est l'objet social qui permet de déterminer la nature de la société (civil/commerciale). Pour les sociétés commerciales par la forme peut importer leur objet (la SNC, SARL, EURL, SA, les commandites simples ou par actions, la SAS et SASU).

L'objet est important pour la Société en participation, les GIE.

Le législateur a donné aux sociétés d'exercice libéral une forme commerciale avec des règles dérogatoires.

Les sociétés civiles qui ont une activité commerciale perd la personnalité morale et devient une société de fait avec une responsabilité solidaire.

#### **B) Le régime de l'objet social.**

Il doit être possible sous peine de nullité de la société. Pour qu'il soit possible il faut que l'objet social soit :

.déterminé : le champ d'activité de la société doit être indiqué de manière précise. Le principe de spécialité est directement rattaché à l'objet social. Par ce principe la capacité juridique de la société est limitée à son objet social. Dans les sociétés où la responsabilité est illimitée pour pas que les associés soit tenus des actes du dirigeants de façon trop néfaste il ne peut engager leur responsabilité que pour les actes qui concernent l'objet social. A l'inverse quand la responsabilité est limitée tous les actes engagent.

.licite : règle présente à l'article 1833 du Code civil « toute société doit avoir un objet licite ». Le droit communautaire par un arrêt du 13 novembre 1993 ne va pas dans le sens du droit français. Pas d'objet licite s'il contrevient à une règle d'ordre impérative, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Si l'objet social est illicite la société est nulle de nullité absolue pouvant être demandée par tout intéressé. Certains auteurs considèrent que cette action est imprescriptible.

#### **C) L'extension de l'objet social.**

Cette extension entraîne la dissolution de la société.

C'est le cas où :

.la société a été créée dans un but bien précis et il a été réalisé.

.une société dont l'objet est la réalisation d'expertises pour le compte d'assurances. S'était sur le gérant que tout reposait, ce dernier démissionne et dissolution car manque d'un des éléments essentiels.

### **II) La nécessité d'une finalité intéressée.**

La société doit permettre aux associés soit de réaliser des bénéfices soit des économies. Par bénéfices il faut entendre le gain pécuniaire ou matériel qui accroît la fortune des associés.

La société civile de moyen a une activité qui consiste à faire des économies.

Articles 1832 du Code civil traduit la volonté d'un partage de bénéfices.

Il y a plusieurs formes de distribution de richesse : dividendes, compte de report à nouveau, compte de réserve, les rémunérations, les plus values réalisées sur les parts sociales.

Le juge contrôle la finalité intéressée.

De plus, ce partage permet de différencier une société par rapport à une association qui a le droit de faire des bénéfices mais qui ne peut pas les distribuer.

## **Chapitre 2 : la nécessité d'une affectation de biens.**

Pour que la société existe il va falloir des apports. On entend par affection de bien les apports.

Pour que la société existe il faut des apports, article 1832 du Code civil.

Il y a 3 catégories d'apport : nature, numéraire et industrie. En principe les apports constituent le capital social sauf les apports en industrie qui eux sont des apports non capitalisés.

Toutes les sociétés doivent avoir un capital.

L'article 1844-10 sanctionne par la nullité l'absence d'apport.

Pendant longtemps la loi avait fixé un capital minimum pour les sociétés, 7500€ pour les SARL jusqu'au 1<sup>er</sup> août 2003.

Il faut toujours 37 000€ pour les SA.

### **Section 1 : La Constitution du capital social.**

#### **I) Modalités des apports.**

##### **A) Les apports capitalisés.**

Dans la SARL la répartition des pouvoirs se fait en fonction du capital détenu. Chaque action doit avoir la même valeur nominale.

- Les apports en nature sont tous les biens meubles ou immeubles qu'on souhaite.  
Soit :

On apporte le bien en pleine propriété cela entraîne transfert de propriété de l'associé vers la société (article 1843-3 du Code civil). La société doit avoir la personnalité juridique. En fonction de la nature des biens apportés il y aura des formalités à respecter. Exemple l'apport du fond de commerce : il n'est pas nécessaire que tous les éléments du fond soient apportés mais il faut que figure au moins les éléments essentiels (clientèle, le droit au bail). L'apport du fond va entraîner automatiquement la transmission des contrats de travail, des contrats d'assurance. Pour tous les autres contrats ils ne font pas partie directe de l'apport en société. Il y a un certain nombre de formalités qui doivent être accomplies. Il existe un risque de surévaluation de l'apport et doivent figurer dans l'acte d'apport des mentions obligatoires : l'origine du fond avec le prix de vente, l'état des privilèges et des nantissements, le bail, le chiffre d'affaires et les bénéfices réalisés au cours des trois derniers exercices (article L 141-1 du Code de commerce). En cas d'omission d'une de ces mentions la société bénéficiaire de l'apport pourra agir en nullité de l'apport dans un délai de 1an à partir de la constitution de la société. Cette nullité est facultative. En cas d'inexactitude il y a une action en garantie qui est possible.

Il existe des mentions visant à protéger les créanciers de l'apporteur : insertion dans un journal d'annonce légale, insertion BODAC, déclaration faite par les créanciers au greffe du tribunal de commerce (elle aura pour effet de rendre solidaire l'apporteur et la société L 141-2).

Autre exemple : une créance. Il faut alors signifier le changement au créancier.

.on apporte en jouissance. L'apporteur se contente d'apporter la jouissance d'un bien. L'intérêt est de ne pas transférer la propriété. En effet, à la dissolution de la société il récupère son bien. Les créanciers de la société ne vont pas pouvoir faire saisir l'apport.

.apport en usu fruit.

.apport en nu propriété.

Problème de l'évaluation de ses apports :

.risque que les apports soient sur évalués : gonfle artificiellement le capital social et les créanciers sociaux ont une garantie factice. De plus, rupture d'égalité entre les associés.

.risque que les apports soient sous évalués : cela est fait dans l'objet de fiscalité. Cependant, toujours rupture d'égalité au détriment de celui qui a fait l'apport.

Le législateur met en place une procédure d'évaluation des apports en nature cela pour les sociétés où la responsabilité des associés est limitée. Pour les sociétés à responsabilités illimitées les associés évaluent comme ils le souhaitent sous leur propre responsabilité.

Dans la SARL par exemple : il y a un commissaire aux apports qui va être nommé (commissaire aux comptes) soit par les associés ou par une décision de justice. Il n'est nommé que si la valeur de l'apport en nature dépasse 7500€ et si la valeur total des apports en nature excèdent la moitié du capital social (article L 229-9 du Code de commerce). Il rend alors un rapport et donner son avis dans ce dernier, les associés ne sont pas tenus de respecter l'avis et le montant retenus par le commissaire. S'ils ne retiennent pas ce montant et que le montant retenu cause préjudice à autrui les associés vont engager à ce titre leur responsabilité solidaire pendant 5ans, s'ils suivent l'avis et qu'il y a un préjudice la responsabilité des associés est dérogée. Il y a des sanctions pénales qui sont attachées à la sur évaluation frauduleuse : peine de prison de 5 ans à l'amende de 375 000€.

SA et SAS : commissaire aux apports obligatoire quelque soit le montant. Il établit un rapport et un avis. Comme précédemment les associés ou actionnaires ne sont pas tenus au montant qui a été suggéré. Il n'y a pas de responsabilité solidaire attaché à cette majoration d'apport par rapport à ce qui avait été retenu par le commissaire. Il pèse une responsabilité pénale pour majoration frauduleuse d'apport avec des peines plus faibles que les SARL.

- Les apports en numéraires.

Il s'agit de l'apport d'une somme d'argent. La propriété de cette somme est transférée à la société. En contre partie l'apporteur reçoit des parts.

Distinction entre apports en numéraires et apports en compte courant : Avec l'apport en numéraire impossible de récupérer la somme. Mais avec l'apport en compte courant on récupère son argent au bout d'un certain temps prévu. Il y a des conventions de comptes courant qui sont établies.

Distinction entre souscription des apports et libération des apports : la souscription c'est l'obligation d'effectuer l'apport, on dit que quand la société est créée l'intégralité du capital doit être souscrite. La libération la mise à disposition effective de cet apport. Dans certaines formes de société c'est les statuts qui prévoient les conditions de libération de l'apport. En général c'est le dirigeant qui va appeler le capital souscrit. Dans les sociétés à responsabilité limitée comme la SARL les associés sont tenus de libérer 20% des apports souscrits et le solde dans un délai maximum de 5ans, dans les SA et SAS les apports souscrit doivent être libérés pour la moitié tout de suite et le reste dans un délai



de 5 ans. On dépose les fonds libérés à la banque avant la signature des statuts, on dit que ces fonds sont indisponibles jusqu'à l'immatriculation de la société. Depuis 2004, quand la société n'est pas immatriculée au bout de 6 mois les souscripteurs peuvent récupérer leur argent.

- Règle concernant les sociétés autres que celles par action.

Cette règle est présente à l'article 1832-2 alinéa 2, il s'agit de l'hypothèse où l'apporteur (numéraire ou nature) est marié sous le régime de la communauté. Dans ce cas là, il y a une présomption selon laquelle le bien qui est apporté est un bien commun. Cela va avoir plusieurs conséquences : l'apporteur doit informer son conjoint de l'apport et le conjoint va pouvoir revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts sociales. Possibilité de faire signer un papier dans lequel le conjoint renonce à sa qualité d'associé.

## **B) Les apports non capitalisés.**

On parle des apports en industries, on apporte à une société soit d'une activité professionnelle soit de connaissances techniques ou de savoir faire. Apport possible qu'à condition que l'objet soit licite faut respecter l'ordre public.

Problèmes de l'apporteur en industrie :

.la valorisation. Le code civil a prévu une règle 1844-1 qui n'est pas impérative qui nous dit que la part de l'apporteur en industrie est égale à la part de l'associé qui à le moins apporté.

.la libération, va se faire tout le temps où on va être associé.

Il n'y a que dans les SA que ce n'est pas possible.

Parfois il y un risque de confondre l'apport en industrie et le contrat de travail, pas de lien de subordination ds l'apport en ind. Si ça se passe mal l'apporteur en industrie contribue aux pertes.

Les parts sociales ne sont pas cessibles pour l'apporteur en industrie ms fait pas partie du K car pas évaluable. Néanmoins il en obtiendra le remboursement par la société et celles-ci seront annulées. Certains auteurs critiquent le fait qu'elles ne soient pas cessibles et dc peut facilement remplacer un apporteur par un autre pas forcément vrai car il y a tout de même un fort intuitu personae.

## **C) Les apports fictifs.**

Ils sont interdits. Autrement dit l'apport doit être effectif, il l'est quand il procure à la société un bien qui a une valeur certaine.

Exemple d'apports qui pourraient être fictifs ne peut pas faire l'objet d'une évaluation : brevet tombé dans le domaine public, le fait d'apporter un bien abreuvé d'un passif tel qu'il a perdu toute valeur.

La fictivité de l'apport entraîne la nullité de la société pour les soc de personnes pas pour les sociétés par action et SARL (si préjudice les auteurs engagent leur responsabilité).

C'est le juge qui a un pouvoir souverain pour constater le caractère fictif ou non et il se place au jour de la signature des statuts.

## **II) Le régime juridique de l'opération d'apport.**

La doctrine considère que c'est un contrat. Mais certains ne considèrent pas que ce soit un contrat car la société n'a pas encore la personnalité juridique.

Le régime juridique des apports est calqué sur le régime juridique de la vente. Le prix est constitué par l'attribution d'action ou de part social et cette opération d'apport fait naître des obligations réciproques entre l'apporteur et la société.

1843-3 du code civil « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter ». Chaque associé transmet les droits de ce qu'il a transmis. Il va devoir toutes les garanties que le vendeur doit à l'acheteur (garantie de vices cachés, garantie d'éviction).

S'il s'agit d'un apport en jouissance il n'y a pas de transfert de propriété mais l'apporteur doit garantir la jouissance paisible des biens apportés.

L'apporteur en numéraire a pour principale obligation de libérer. L'article 1843-3 alinéa 5 énonce que l'apporteur qui n'a pas versé à l'échéance la somme promise doit de plein droit les intérêts sur cette somme. Ce versement d'intérêt est du sans préjudice d'éventuel autres dommages et intérêts.

Le législateur a rajouté quelques règles pour insister à la libération des apports : l'associé qui n'a pas libéré se verra déchu à son droit d'accéder et de voter à l'assemblée générale ainsi que la perte de ses dividendes et possibilité de perdre certaines de ces actions.

Pour l'apporteur en industrie : il doit rendre les services promis et verser à cette société tous les gains qu'il pourrait faire. De plus, il est tenu envers la société d'une obligation de non concurrence (alinéa 6).

Obligation de la société : rémunérer l'apport en émettant des parts sociales ou des actions en quantité équivalente de la valeur de l'apport.

## **Section 2 : Le statut du capital constitué.**

Le montant du capital doit figurer sur tous les documents commerciaux.

### **I) Les fonctions du capital social.**

#### **A) Le capital, gage des créanciers sociaux.**

Parce que le capital représente le gage des créanciers il doit être réel. Toutes ces considérations sont à l'origine du principe de l'intangibilité du capital social. Les associés ne peuvent pas modifier le capital sans respecter un certain nombre de formalités. On ne peut pas puiser dans le capital social pour distribuer des dividendes. Enfin, les apports des associés ne pourront être récupérés qu'à la dissolution de la société.

Il y a quelques exceptions à cette intangibilité :

.il y a des sociétés dites à capital variable. Il faut noter que le Code de commerce permet d'introduire une clause de variabilité sauf les SA.

.les sociétés civiles où les associés disposent d'un droit de retrait et qui permet aux associés de quitter la société et d'obtenir le remboursement de leurs parts sociales.

La plupart des auteurs contestent la réalité du fait que le capital social soit une garantie pour les créanciers. Pour eux ce qui garantit la solvabilité de la société ce n'est pas son capital mais l'actif social.

Néanmoins il reste un indice de la solvabilité de la société.

#### **B) Le capital, mesure de réparation du pouvoir.**

Dans les sociétés de capitaux et SARL en principe une action ou une part social est égal à une voie.

La participation au capital donne la clé au pouvoir politique.

Néanmoins, les sociétés par action peuvent créer des actions de préférences qui sont des actions sans droit de vote. On peut également insérer dans les statuts des clauses plafonnant les droits de vote.

Dans certains cas on veut fidéliser les actionnaires et leur octroyer des actions à droit de vote double.

François Xavier Lucas nous dit que ce qui caractérise l'associé dans la société c'est son droit de vote or aujourd'hui économiquement il y a des personnes qui n'ont pas le droit de vote dans la société mais qui ont un poids politique et économique dans la société très important, il s'agit des créanciers (banques, fournisseurs) qui peuvent avoir une influence de fait.

La règle traditionnelle selon laquelle la participation au capital permet une participation à la vie de la société n'est plus un concept actuel.

## **II) Les variations du capital social.**

### **A) Les variations de capital dans les sociétés à capital fixe.**

#### **1. Les augmentations de capital.**

Ces augmentations de capital elles ont plusieurs fonctions :

- .accroître la surface financière de la société et d'accompagne sa croissance.
- .redresser une société qui connaît de lourdes difficultés financière.

Cette augmentation de capitale peut se réaliser de 3 manières :

-apports en numéraires. C'est le cas le plus fréquent. Subordonnée à deux conditions :

.le capital social initial doit être en principe entièrement libérée. Règle posée expressément pour les sociétés anonyme mais transposable de fait pour toute les sociétés.

.l'augmentation doit être décidée par une assemblée générale extraordinaire. Toute clause qui figurerait dans les statuts serait nul (ne pas confer à l'AG). L'AG confie après la mise en œuvre pratique à l'organe exécutif (conseil administratif, gérant).

Ces apports en numéraires vont être rémunérés par l'émission de part social ou d'actions nouvelles et ces parts vont ouvrir les mêmes droits au profit des nouveaux actionnaires. L'augmentation de capital va avoir pour effet de réduire les droits des actionnaires existants. Il s'agit des droits dans les réserves de la société, le rendement de l'action va chuter. Création de mécanismes qui contribuent à l'égalité entre les anciens et les nouveaux :

.le droit préférentiel de souscription, droit qui est lié à la qualité d'associé et qui permet à chaque associé de souscrire par priorité à toute autre personne et proportionnellement à ses droits dans le capital sociale à toute augmentation de capital en numéraire.

Exemple : société capital de 2000<sup>e</sup> et divisé en 200 actions de 10<sup>e</sup>. La société décide d'augmenter le capital de 1000<sup>e</sup> et émettre 100 nouvelles actions de 10<sup>e</sup>. Chaque actionnaire disposera d'un droit préférentiel de deux actions nouvelles pour une action détenue.

Société capital de 3000<sup>e</sup> et divisé en 150 actions de 20<sup>e</sup>. Augmentation de 2000<sup>e</sup> donc 100 nouvelles actions. Il faudra 3 actions nouvelles pour deux anciennes.

C'est un droit qualifié d'irréductible ce qui signifie que la participation de l'associé dans le capital ne peut être réduite au bénéfice d'un tiers, il va pouvoir y renoncer cependant de son plein grès. Si chaque associé exerce son droit le paysage du capital social ne sera pas bouleversé par cette augmentation.

Les associés vont pouvoir vendre les droits préférentiels de souscription. Dans le 2<sup>ème</sup> exemple, un actionnaire à 14 actions anciennes soit il va utiliser 12 actions qui vont lui donner droit à 8 actions nouvelles et les deux droits préférentiels il va pouvoir les céder ou racheter un droit préférentiel et pourrait acquérir deux nouvelles actions. Ce droit préférentiel a une valeur et il est cessible et négociable dans les mêmes conditions que les actions ou parts sociales. On dit que la valeur du droit préférentiel est égal à la perte de valeur que subi chaque part ancienne du fait de l'émission des parts nouvelles.

Exemple : société au capital de 3000<sup>e</sup> divisé en 300 parts donc 10<sup>e</sup> et réserves de 1500<sup>e</sup>. Avant l'augmentation de capital c'est 15<sup>e</sup> en valeur théorique. Elle augmente son capital de 2000<sup>e</sup> donc 200 nouvelles parts la valeur théorique de l'action sera alors de 13<sup>e</sup>. Cette perte de valeur étant de 2<sup>e</sup> par action la valeur théorique du droit de souscription sera de 2<sup>e</sup>.

L'assemblée générale va pouvoir décider de supprimer le droit préférentiel de souscription.

Pour les sociétés de capitaux c'est très réglementé pour retirer ce droit préférentiel, l'assemblée ne peut retirer ce droit au profit de personnes dont l'identité est connue.

Cependant, chaque associé peut individuellement y renoncer, renonciation possible faite que si elle est faite au moment de l'augmentation de capital. Elle peut être totale ou partielle, elle peut être consentie au profit d'une ou plusieurs personnes.

.la prime d'émission, consiste à exiger des souscripteurs des parts nouvelles un versement supérieur à la valeur nominale des titres afin de compenser la perte subi par les anciens actionnaires dans leur droit théorique sur les réserves. Cette prime n'existe que pour les sociétés par action mais cette technique peut être utilisée dans d'autres sociétés.

Exemple : 1000<sup>e</sup> de capital, 1000<sup>e</sup> de réserve et 10 actionnaires donc valeur de 200<sup>e</sup>. Augmentation du capital de 1000<sup>e</sup> et va être réservée à une tierce personne. La prime d'émission sera de 1000<sup>e</sup>.

Se sera le nouvel actionnaire qui devra le verser sur un compte de réserve qui figure au passif au bilan.

Quand une prime d'émission est requise elle devra être libérée immédiatement.

-apports en nature.

Ce sont les mêmes règles qui s'appliquent que lors de la constitution de la société.

-incorporation des réserves.

Les sommes portées en réserves ont peut les distribuer. On incorpore ses réserves au capital pour inspirer confiance aux associés. Les associés renoncent à leurs dividendes.

Parfois c'est les banques qui l'exige en accord d'un prêt.

Toutes les réserves sont incorporables au capital : réserves légales, statutaires, réglementées (origine fiscale), prime d'émission, prime de fusion.

Le régime fiscal est ici incitatif il y a seulement un droit fixe de 225€.

La décision doit être prise par l'assemblée générale extraordinaire, les conditions de Quorum et majorité sont celles d'une assemblée générale ordinaire.

La société à deux possibilités :

.soit on augmente la valeur nominale de chaque part social.

.on peut émettre de nouvelles parts sociales qui sont distribuées gratuitement en proportions des parts qu'ils détiennent.

Exemple : capital de 2million d'euros divisé en 200 000 actions de 10€ et augmentation du capital en incorporant ces réserves qui sont de 500 000€. Elle va créer 50 000 actions nouvelles. 4 actions anciennes vont donner droit à une action nouvelle. Chaque actionnaire va pouvoir acheter ou vendre des droits d'attribution afin de détenir un nombre d'actions anciennes formant un multiple du nombre exigé pour avoir le droit à une action nouvelle.

Actionnaire qui a 15 actions anciennes : soit il utilise 12 actions anciennes pour se voir attribuer 3 actions nouvelles et il va lui rester 3 actions anciennes. Il va pouvoir céder 3 droits d'attribution. Ou à l'inverse va pouvoir acquérir 1 droit d'attribution pour pouvoir une nouvelle action.

Ce droit d'attribution à une valeur théoriquement égale à la perte de valeur de l'ancienne action. Capital de 2million d'euros de capital, 200 000 actions de 10€ et réserves de 1million, valeur théorique de l'action est de  $15 \text{€} \left( \frac{3 \text{million}}{200 000} \right)$ . Transfert de 500 000€ au sein du capital, 3euros de perte de valeur.

## **2. Les réductions de capital.**

C'est également une modification statutaire car on va modifier le capital social. C'est une opération qui est moins fréquente et se justifie dans deux situations :

.absorber les pertes de la société.

.ramener le capital social à un montant qui correspond aux besoins effectifs de la société.

### ➤ Principes généraux.

C'est l'assemblée générale extraordinaire qui est compétente. Elle décide de la réduction et les modalités sont laissées au pouvoir exécutif de l'entreprise.

Quand il y a un commissaire au compte il faudra un rapport rendu par celui-ci sur les causes et les conditions de cette réduction.

Comme il y a une modification des statuts il va falloir à nouveau procéder à une insertion d'un avis dans un journal d'annonce légale et enregistrer les modifications au registre du commerce.

Cette réduction de capital peut prendre deux formes :

- .réduit le nominal.
- .réduit le nombre de titre. Cela entraîne la disparition d'un certain nombre d'actionnaire.

A ce stade là on pourrait gêner le principe d'égalité, cependant ce sont les actionnaires qui votent. Cependant, la SA a un capital social minimum.

➤ Règles particulières.

.On parle de réduction de capital pour cause de perte et donc mesure d'assainissement financier et mesure facultative. Par cette mesure il s'agit de faire concorder le montant du capital et des capitaux propres.

Exemple : SA au capital de 1million, 10 000 actions de 100€, aucune réserve, et perte de 400 000 donc capitaux propres à la hauteur de 600 000. On va diminuer le capital de 400 000 pour pouvoir produire un bilan sans pertes.

Donc suppression de 4000 actions, donc chaque associé qui disposait de 10 actions anciennes n'en conservera que 6.

.Le coût d'accordéon, l'opération consiste à faire passer la société des mains de personnes à d'autres en réduisant le capital à 0 et en ré augmentant immédiatement le capital. La jurisprudence à rendu un arrêt de principe de 1994 (affaire USINOR) en validant cette pratique en le justifiant par l'intérêt social.

Pendant très longtemps dans ce genre de montage les anciens actionnaires gardés leur droit de préférence mais assez récemment dans une autre affaire exclusion de ce droit.

.la perte de la moitié du capital concerne les sociétés par actions et SARL, c'est une procédure qui doit être mise en place quand les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social. On s'en rend compte au moment de l'assemblée générale ordinaire annuelle. A la suite de cette AGOA il va falloir réunir une AGE dans les 4 mois. Lors de cette AGE on va décider de s'il faut dissoudre ou non cette société. Si on dissout liquidation. Si on continue la société à un délai de 2ans pour reconstituer le montant de ses capitaux propres. A la suite de la décision de l'AGE on publie un avis dans un journal d'annonce légale.

Si les dirigeants ne procèdent pas a cette assemblée et procédure des sanctions pénales sont là pour les y contraindre.

Pour reconstituer ses capitaux soit elle fait des bénéfices, soit elle augmente son capital.

Si au bout de deux ans les capitaux propres ne se sont pas reconstituer obligation de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui de ses pertes. Si la société ne réduit pas son capital tout intéressé peut demander en justice la dissolution de la société.

.réduction non motivé par les pertes. Parfois il y a une société prospère qui peut avoir intérêt à restituer à ses associés une partie de leurs apports. Comme on réduit le capital social ceci risque de porter atteinte aux créanciers donc mise en place d'un droit d'opposition devant le juge, L 225-205 du Code de commerce, droit qui doit être utilisé dans les 15jours après publicité. Le tribunal rejette ou exige des garanties de la part de la société ou ordonne le remboursement immédiat pour les créanciers.

## **B) Les variations de capital dans les sociétés à capital variable.**

Une société à capital variable est une société dans laquelle le capital est susceptible de varier à la hausse et à la baisse sans procédure particulière.

Toutes les sociétés peuvent être à capital variable sauf la SA (directive européenne).

Il y a des sociétés où l'on trouve la variabilité souvent : les sociétés coopératives. Toutes les sociétés coopératives n'ont pas un capital variable.

Dans ces sociétés à capital variable il faut un capital planché qui est une limite en dessous de laquelle le capital ne peut être réduit. Ce capital est fixé par la loi au 10<sup>ème</sup> du capital fixé par les statuts.

Cette clause de variabilité va avoir des conséquences sur la variation :

.pour les augmentations : lorsqu'ils y a des nouveaux associés les apports augmentent le capital et la société est tenue d'émettre des parts sociales. Seulement valable pour les apports en numéraires. Pour les autres il faut répondre aux formalités classiques.

.pour les diminutions : on parle de retrait de l'associé, ses apports lui sont remboursés et le capital social réduit. Souvent les statuts prévoient un pré avis ou ils peuvent prévoir une procédure à respecter.

Les associés retirés restent tenus pendant 5 ans vis à vis des tiers des engagements sociaux au jour de leur départ.

Possibilité d'exclure un associé si un mécanisme légal le prévoit ou une clause des statuts qui prévoient ce droit d'exclure l'associé. Pour que la clause soit efficace il faut que l'organe soit collectif (AG ou conseil d'administration). La majorité sera requise. L'exclusion sera motivée. Le juge est compétent pour contrôler de la régularité. Arrêt de la chambre commerciale de 1997 : clause excluant le contrôle judiciaire, le juge a refusé son application en considérant que l'associé avait le droit au contrôle du juge sur son exclusion. Si on a affaire à une exclusion irrégulière à une réintégration de l'associé dans ses droits.

## **TITRE 2 : L'organisation de la société.**

### **Chapitre 1 : Le support des aptitudes juridiques de la société.**

#### **Section 1 : Les sociétés dotées de la personnalité morale.**

##### **I) L'attribution de la personnalité morale.**

Pendant très longtemps, la loi n'a rien dit sur la personnalité morale des sociétés. La jurisprudence admettait que les sociétés bénéficiaient de cette personnalité morale, arrêt de principe de la chambre des requêtes 23 février 1891.

Par la suite c'est la loi qui a pris le relais : article 1842 du Code civil c'est l'immatriculation au registre du commerce qui lui confère la personnalité morale qui est repris par le Code de commerce.

##### **A) Les formalités d'obtention de la personnalité morale.**

C'est pareil pour les sociétés civiles et commerciales.

.Rédiger des projets de statut, ils vont servir à déposer les fonds au près de la banque qui délivre un récépissé de dépôt.

.Publication d'un avis de constitution dans un journal d'annonce légale qui délivre un justificatif.

.signature des statuts. Assemblée constitutive qui nomme les dirigeants de la société (si pas de mention des dirigeants dans les statuts).

.enregistrement des statuts au centre des impôts gratuit depuis quelques années.

.CFE (centre de formalité des entreprises) qui va regrouper tous les documents nécessaires. Lorsque le dossier est complet il répartit les documents entre les différentes administrations (impôt, URSAF, caisses de retraite, registre du commerce et des sociétés).

.le greffe du tribunal de commerce remet un récépissé de dépôt qui donne la personnalité juridique. Le greffier va procéder à une insertion au bodacc qui sera un avis de constitution de la société.

## **B) Le statut juridique de la société non encore immatriculée.**

### **1. La notion de société en formation.**

Il s'agit donc d'une société qui n'a pas acquis la personnalité morale et qui est donc en cours de constitution.

Cette société n'est censée accomplir que les actes nécessaires à sa constitution. Par exemple : achat de matériel, conclusion d'un bail commercial.

Si la société se met à fonctionner sans être immatriculée ce n'est plus en société en formation mais une société créée de fait qui est une société qui n'a pas la personnalité morale mais qui fonctionne normalement. Tous les associés sont alors potentiellement responsables des actes.

Le critère d'appréciation de ce passage de l'un à l'autre est délicat. La jurisprudence dit que l'appartenance à une société en formation ou créée de fait doit être appréciée au cas par cas et en la personne de chaque associé. Les deux situations sont exclusives l'une de l'autre mais peuvent être successives. Le juge se fonde sur un ensemble de circonstances : début de l'exploitation d'une manière régulière, nature des actes passés, quantité d'acte passé.

Ce qui permet de dire depuis quand la société est en formation peut être avant la signature des statuts, il s'agit de la volonté commune. Certains arrêts ont fait remonter cette formation aux simples pourparlers. Dans d'autres cela peut être la recherche de capitaux et dans un arrêt du CE on a considéré que s'était l'enregistrement des statuts.

### **2. Les activités de la société en formation.**

Entre le moment où les statuts sont signés et la formation de la société il y a un contrat de société. Et à ce stade là (avant l'immatriculation) le régime appliqué à la société en formation ne peut être que celui appliqué au contrat de société.

Dans le contrat de société on retrouve le pacte social et les statuts.

Le pacte social est l'accord des fondateurs sur des éléments fondamentaux de la société.

Les statuts sont les règles applicables à la personne morale.

Les règles qu'on appelle les statuts ont pour seul but de fixer la chartre de la personnalité qu'on veut faire naître. Ces règles n'ont de sens que dans la mesure où il existe une personne morale.\*

Exemple, dans le statut on a un article qui concerne la gérance, c'est celui qui représente la société, cela n'a de sens que lorsque la société a la personnalité morale.

C'est le pacte social qui va régir les rapports entre les associés temps qu'elle n'a pas été immatriculée.

### **3. La reprise des actes accomplis au cours de la période de formation.**

L'article 1843 du Code civil nous dit que les personnes qui ont agi au nom de la société en formation avant son immatriculation sont tenues des actes accomplis solidairement



avec la société si elle est commerciale et non solidairement si elle est civile. La protection des tiers est moins bien assurée dans la société civile.

Il nous dit également que la société régulièrement immatriculée peut reprendre les actes et engagements souscrits qui sont alors réputés dès l'origine contractés par la société.

Tant que la société n'est pas immatriculée seules les personnes qui ont accomplis ces actes sont personnellement responsables mais cette responsabilité personnelle sera écartée lorsque les actes seront repris par la société.

-Quels sont les actes qui peuvent faire l'objet d'une reprise ?

Selon l'article 1843 on ne vise que les actes et les engagements souscrits. On en déduit que cette procédure de reprise ne pouvait concerner que des rapports juridiques de types contractuelles. Ceux délictueux sont exclus de la procédure de reprise. D'autre part seul les actes accomplis dans les intérêts de la société peuvent faire l'objet d'une reprise et non dans l'intérêt exclusif de l'associé qui l'aurait réalisée.

Pour matérialiser que l'acte a été pris dans l'intérêt de la société il faut une formule qui montre cela, si rien n'est noté la reprise est impossible et il en sera déduit qu'il a été réalisé dans l'intérêt de la société.

-que faire si la société en formation été traduite en justice ? a-t-elle une capacité active et passive ?

La période peut durer plus ou moins longtemps et il peut se passer de nombreuses choses.

Si la société n'est jamais immatriculée elle n'est donc pas dotée de la personnalité et donc aucun patrimoine et ne peut donc répondre devant les tribunaux.

Si une personnalité en formation est immatriculée en cours d'instance peut on régulariser la situation. Il y a une divergence, les chambres civiles admettent que la demande est possible dès lors qu'elle est immatriculée en cours d'instance (intérêt, les fondateurs se voient dégager des frais de justice), la chambre commerciale considère que la société en formation est inexistante et aucune régularisation.

-Il y a plusieurs procédures de reprises (suppose que la société soit immatriculée) :

.concerne les actes accomplis avant la signature des statuts : on joint aux statuts au moment de leur signature un document appelé état des actes accomplis pour le compte de la société qui va être annexé aux statuts, il indique chacun des actes en question mais également la nature de l'acte et le montant des engagements qu'il en résulte pour la société. La reprise va être automatique, la signature va engendrer la reprise de ces actes quand la société va être immatriculée.

.concerne les actes qui sont accomplis entre la date de la signature et l'immatriculation. Il existe une procédure reposant sur un mandat qui est donné par les associés à l'un d'entre eux ou tierce personne qui va passer des actes au nom de la société en formation. L'immatriculation va emporter la reprise des actes en vertu du mandat. Cependant, il faut que le mandat soit précis et il ne doit pas outrepasser les termes du mandat.

Le mandat peut être postérieur.

.la société a été immatriculée et on se rend compte qu'un certain nombre d'actes non pas été annexés ou rentrés dans le cas d'un mandat.

Une assemblée générale va se réunir et va décider de cette reprise à la majorité des associés ou unanimité.

La jurisprudence n'admet pas la reprise implicite (une fois immatriculée la société qui payera les fournisseurs) ou tacite des actes.

-les effets de cette reprise :

La reprise a un caractère rétro actif, l'acte est considéré comme étant dès l'origine souscrit par la société. Cela permet d'éviter des droits. Il y a une substitution de débiteur ou de cocontractant sans que le créancier ne puisse s'y opposer. La décision de reprise appartient uniquement aux associés et à la société le créancier est totalement passif.

C'est un problème pour le créancier car cette substitution va avoir des problèmes sur la solvabilité. Pour éviter ces problèmes liés à la solvabilité il a intérêt à chercher à ce que le fondateur de l'acte s'engage en tant que caution.

On a intérêt dans le contrat de prévoir la résolution de plein droit si la société n'est pas immatriculée cela permet au fondateur de se désengager.

## **II) Les attributs de la personnalité morale.**

L'intérêt de la personnalité morale est d'acquérir une autonomie patrimoniale, une capacité juridique et d'acquérir un intérêt social. Elle va conférer un certains nombre d'attribues :

### **A) Le siège social.**

Mention obligatoire des statuts. On dit qu'il est le lieu du principal établissement. Le juge dit que c'est le lieu où l'on prend les décisions. Il peut avoir plusieurs sièges sociaux.

Quand il y a un conflit le juge cherche le lieu de l'exploitation effective, le lieu où se réunissent les organes de décision et où se trouvent les organes de gestion. Si les trois lieux se trouvent géographiquement au même endroit ce sera le siège. Sinon le juge s'attache à la direction et gestion.

On cherche le siège social pour savoir quelle est la loi compétente c'est-à-dire également la nationalité, le tribunal compétent.

### **B) La dénomination sociale.**

Cela fait partie des mentions obligatoires des statuts.

Le choix est libre mais sous conditions de ne pas être contraire aux bonnes mœurs et ordre public et les droits légitimes des tiers. Il ne faut pas qu'il y est de confusion dans l'esprit du public.

La dénomination doit être toujours suivie ou précédée de la forme de la société.

### **C) La nationalité.**

L'intérêt est de déterminer la loi applicable et le lieu du siège est un critère fondateur de la nationalité.

Certaines circonstances ont amené un nouveau critère : celui de contrôle (détention des capitaux). C'est un critère qui a été développé après la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale.

Dans certains secteurs des textes sont intervenus : secteur aérien, de presse. C'est le contrôle des capitaux qui est le critère déterminant.

## **III) La responsabilité de la personne morale.**

Pendant très longtemps les sociétés étaient irresponsables.

Pothier partisan de la fiction s'oppose à l'école de la réalité avec Gény.

Pour la théorie de la fiction, seuls les êtres humains sont de véritables sujets de droit. La société n'a qu'une liberté limitée car contrôlée par les dirigeants, associés. En l'absence de liberté elle ne peut pas souffrir de responsabilité.

La théorie de la réalité considère que la société devient un être distinct et autonome par rapport aux êtres qui la compose et donc responsabilité de la personne morale.

### **A) La responsabilité civile.**

La société est responsable à la fois sur le terrain contractuel et délictuel.

Lorsqu'une personne est victime des agissements d'une société elle va pouvoir lui demander réparation du dommage sur le terrain de la responsabilité contractuelle ou délictuelle.

Il est possible d'engager la responsabilité civile sans engager la responsabilité de l'organe qui est matériellement à l'origine de la faute.

On ne recherche pas la responsabilité du dirigeant qui n'a pas respecté le contrat par exemple. Le principe a été affirmé dans un arrêt de la 2<sup>ème</sup> chambre civile du 27 avril 1977 qui énonce que la société répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes elle doit réparation à la victime sans que celle-ci soit obligé de remettre en cause les dits organes.

### **B) La responsabilité pénale.**

Il a fallu attendre le 1<sup>er</sup> mars 1994 pour que la responsabilité pénale des personnes morales soient reconnues. Figure à l'article 121-2 du Code pénale. L'État ne peut pas être pénalement responsable. Hormis cette exception sont responsables toutes les sociétés, mêmes celles publiques.

KOZIAN a dit que cela représentait plus de 2 millions de nouveaux délinquants virtuels.

Pour les infractions punissables : En 1994 pour pouvoir être imputé à une personne morale il fallait que l'infraction soit expressément visée comme telle soit par la loi soit par le règlement (escroquerie contre façon, publicité trompeuse, ...). Au gré des évolutions législatives de plus en plus d'infractions étaient consacrées par les textes. En 2004 la loi PERBEN II du 9 mars 2004 a étendue la responsabilité pénales des personnes morales à l'ensemble des délits et des crimes, il n'y a plus besoin d'une loi qui vise expressément une infraction. Exception : sont exclus les délits de presse de la loi PERBEN.

Conditions de mises en œuvre : le fait délictueux doit avoir été commis soit par un organe soit par un représentant de la société. Il s'agit le plus souvent des dirigeants. Mais cela peut être également un salarié titulaire d'une délégation de pouvoir. De plus, il faut que l'infraction est été commise pour le compte de la société. Si le coupable agit dans son intérêt exclusif se sera sa responsabilité pénale à lui seulement qui sera engagée.

Procédure applicable : C'est la même procédure. Cependant, les sanctions qui sont encourues sont plus lourdes pour les personnes morales : le montant maximum des amendes a été porté au quintuple que pour les personnes physiques. Les personnes morales ont un casier judiciaire. Possibilité de dissolution pour échapper à des sanctions.

L'auteur de l'infraction n'est pas à l'abri d'une action contre lui.

## **Section 2 : Les sociétés non dotées de la personnalité morale.**

Il s'agit de sociétés qui ne sont pas immatriculées.

## **I) Les différents types de sociétés non personnalisées.**

Il y a 3 catégories de société qui ne sont pas dotés de la personnalité morale :

-la société en formation. Elle fonction en vertu du contrat social.

-la société en participation.

Définition à l'article 1871 du CC « c'est une société dont les associés ont convenus qu'elle ne serait pas immatriculée ». Elle repose sur un accord des associés, volonté de la part des associés.

Il y a deux formes :

.sociétés occultes : existence dissimulée aux yeux des tiers. Situation dans laquelle plusieurs personnes vont convenir secrètement d'entreprendre en commun une ou plusieurs opérations déterminées. Il y a un accord et doit prévoir les apports.

.sociétés ostensibles : les participants agissent en qualité d'associés aux vues et aux sus des tiers.

La société en participation doit comporter tous les éléments nécessaires à la constitution régulière d'une société. Article 1871 alinéa 2 renvoie aux articles 1832 et suivants du Code civil. Volonté de participer aux résultats de l'exploitation, apports, affectio societatis, deux associés au moins. Le consentement des associés doit être valable, l'objet doit être licite. Si la société a une activité commerciale le gérant doit avoir la capacité commerciale si elle est civile il suffit que ce dernier est la capacité civile. Si rien n'est prévu dans le pacte social tous les associés sont gérants. Toutes les actes doivent être pris dans l'intérêts de la société.

La propriété des biens apportés ne peut pas être transférer à la société car il n'y pas de patrimoine. Soit l'apporteur conserve la propriété et n'en concède que la jouissance aux autres associés. Ou bien les associés conviennent que les biens apportés sont placé en indivision (article 1872 alinéa 3 du CC). L'exploitation dynamique des biens traduit l'existence d'une société en participation.

Il est recommandée de rédiger des « statuts » pour cette société en participation pour pouvoir prouver son existence. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1871 nous dit que l'existence de la société en participation peut être prouvée par tous moyens. S'il y a un écrit on appliquera les termes de ce contrat sinon on se base sur l'objet. S'il est civil on applique les règles de la société civil si c'est une activité commerciale on appliquera les règles de la société en non collectif.

Ces sociétés sont souples on en trouve un grand nombre.

-la société créée de fait. Pas de volonté de créer une société.

L'article 1873 du CC nous dit que le régime juridique des sociétés en participation s'applique aux sociétés créées de fait. Robleau nous dit que cette société désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportés dans les faits comme des associés mais sans avoir exprimé la volonté de former une société.

Une société de fait est une société qui a été immatriculée mais annulée par la suite.

## **II) Les fondements de l'organisation juridique des sociétés non personnalisées.**

Les principales conséquences :

.ne dispose d'aucun actif social.  
.n'a aucun engagement : ni créancière ni débitrice.  
.ne peut pas agir en justice et on ne peut pas agir contre elle.  
.pas de responsabilité ni pénale ni civile.  
.ni siège social mais associés peuvent donner un nom à leur société et peuvent localiser l'activité à un endroit donné.

Pas très protectrice des intérêts des tiers. La loi est intervenue.

.Article 1872-1 du CC énonce que chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers. Mais il existe des exceptions qui visent à élargir le cercle des personnes responsables.

Pour les sociétés en participation si les participants agissent en qualité d'associé aux vus et sus des tiers chacun d'entre eux sera tenu vis-à-vis des tiers des actes accomplis en qualité d'associé par l'un d'entre eux. Cette responsabilité sera solidaire si l'objet de la société est solidaire, si civile elle sera conjointe. La même solution est applicable pour tout associé qui par son émission dans les affaires sociales à laissé croire au cocontractant qu'il allait s'engager.

Pour les sociétés créées de fait, règle posée par la jurisprudence. Dès lors qu'un créancier aura rapporté la preuve de l'existence de la société créée de fait il pourra poursuivre chacun des associés pour obtenir le paiement de sa créance.

## **Chapitre 2 : L'organisation des pouvoirs au sein de la société.**

### **Section 1 : Les associés.**

VIANDER, définit la notion d'associé à travers deux critères : participation à la vie sociale et la réalisation d'un apport.

#### **I) La participation des associés à la vie sociale.**

C'est-ce qu'on appelle les droits intangibles de l'associé.

##### **A) La participation aux décisions.**

Elle prend deux formes. On parle de droits politiques de l'associé. Ce sont des droits extra pécuniaires (qui ne sont pas dans le commerce).

##### **1. Le droit à l'information.**

Il n'y a que des dispositions particulières relatives à ce principe. Néanmoins, on trouve à travers différents textes quelques constantes quelque soit les formes de société. La société anonyme, soumise à un régime particulier, déroge à ces constantes.

1) L'associé a le **droit d'obtenir communication des comptes annuels**, du fait de son droit de vote, et ce **avant la tenue de l'assemblée statuant sur ces comptes**. Chaque société clôture son exercice et dans les 6 mois suivant cette clôture il y a approbation des comptes par l'AGE. **L'article 1856 du CC** qui exige cela pour les sociétés civiles. A défaut de cette information, l'assemblée est irrégulière.

2) Tout associé a également le **droit de poser des questions écrites sur la gestion de la société** à l'organe de gestion (gérant, organe collectif...). Dans la plupart des sociétés, ce droit n'est pas subordonné à la détention d'une fraction minimum de capital social. Les dirigeants sont tenus de répondre aux questions posées. Pour les sociétés civiles, ce droit est accordé une fois par an, pour les SNC, une fois par an.

3) Les associés ont le droit **d'obtenir la communication d'un certain nombre de documents sociaux** à savoir tous les documents émis ou reçus par la société. Les modalités varient en fonction des sociétés. En effet, dans les SNC, les associés peuvent demander n'importe quel document.

Dans les SARL la loi prévoit une **restriction aux documents** pouvant faire l'objet d'une communication. Seuls les documents des **3 derniers exercices comptables** peuvent être communiqués.

S'agissant des **sociétés anonymes**, le législateur a souhaité à ce que la société et ses organes de gestion ne soient pas interrogés en permanence, ce qui pourrait les paralyser.

La loi prévoit deux modes de communication :

**-une information permanente** : l'actionnaire peut consulter et prendre copie à ses frais d'un certain nombre de document devant être tenus à sa disposition au siège social de la société (rapport de gestion, comptes annuels, feuilles de présence aux assemblées...). L'associé peut solliciter en référé, en cas de refus de consultation de ces documents, une mesure d'injonction judiciaire sous astreinte (**article L 238-1 du CDC**). Pour les **sociétés cotées**, la loi prévoit que les actionnaires peuvent **obtenir communication de tout fait important susceptible d'avoir une influence sur le cours de la bourse**.

**-une information ponctuelle** : délivrée au moment de la tenue de l'AG. Avant la tenue de l'assemblée, **l'actionnaire doit recevoir un certain nombre de documents lui permettant d'utiliser son droit de vote en connaissance de cause** (ordre du jour, exposé sommaire de la situation de la société, rapport du conseil d'administration, les projets de résolution). si l'information n'est pas délivrée en temps et en heure, l'assemblée générale sera irrégulière et les décisions prises annulées. La responsabilité pénale des dirigeants peut même être engagée.

## 2. Le droit de vote.

Il est considéré comme le **droit le plus important** d'un associé. Néanmoins, nous avons assisté à une « **désacralisation** » du droit de vote. La règle de l'unanimité prime. Mais, dans un certain nombre de situations ceci est impossible car il pourrait y avoir des blocages. Aussi, on a **remplacé l'unanimité par le principe de majorité** dans certaines hypothèses. Le souci est que ce principe est une **fiction juridique** qui consiste à **accorder à la décision majoritaire la même force et les mêmes conséquences que la décision unanime**. Ainsi, les minoritaires sont soumis aux majoritaires. C'est pourquoi, pour les **questions les plus graves**, la loi a conservé ce principe d'**unanimité**. Un **arrêt de la CA de Versailles de 2005** a expliqué ce qu'était l'unanimité. Il s'agissait de la transformation d'une société en SAS. **S'agit il de tous les présents au jour du vote ou de l'unanimité de tous les signataires du pacte social ?** Il s'agit bien sur de tous les signataires du pacte social. Il n'y a pas besoin de réunir l'assemblée générale pour que l'unanimité s'exprime contrairement à la majorité. Ceci soulève alors la question de **l'abus du droit de vote**.

Le droit de vote soulève deux problèmes :

- **l'attribution** (qui)
- **l'exercice** (comment)

Avant d'aborder ces deux points il faut savoir si le droit de vote est un droit ou si c'est un pouvoir ? Si c'est un **droit** il est **discrétionnaire**. Si c'est un **pouvoir** il est **finalisé**. Ceux qui soutiennent cette 2<sup>ème</sup> hypothèse expliquent que la **finalité est le respect de l'intérêt social**.

Selon Alexis Constantin, exercé individuellement c'est un droit et exercé collectivement c'est un pouvoir. **La plupart des auteurs pensent que le droit de vote est un pouvoir**. Le juge contrôle la manière de voter des associés, ainsi si c'était un pouvoir discrétionnaire, il serait laissé au libre arbitre de son titulaire.

a) *L'attribution.*

**L'article 1844 du CC** est le référent en la matière. Le 1<sup>er</sup> alinéa de cet article dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». Il faut savoir que le **droit de vote**, en général, est **proportionnel à la détention du capital**. Il existe une autre manière d'exprimer son pouvoir. En effet, la majorité ne se calculerait pas en fonction du capital mais par tête.

Les statuts peuvent prévoir, pour certaines sociétés, des titres de capital dépourvus du droit de vote. Mais, l'associé qui accepte de ne pas voter se verra recevoir plus de dividendes. Dans d'autres sociétés on peut récompenser les associés fidèles par un droit de vote double ou triple.

L'article 1844 nous dit que tout associé a droit de participer aux décisions collectives. Problème du démembrement : avoir que la nue propriété ou que l'usufruit.

Prévue dans l'article 1844 alinéa 3. Le nu propriétaire a le droit de vote mais seulement l'usufruitier prend les décisions concernant l'affectation des bénéfices. L'usufruitier ne doit pas porter atteinte aux droits du nu propriétaire.

La loi permet que par les statuts on peut déroger à la répartition du droit de vote.

L'arrêt du 4 janvier 1994 « De Gaste » de la chambre commerciale : la Cour de cassation fait pour la 1<sup>ère</sup> une distinction subtile entre le droit de vote et le droit de participer. On peut empêcher les nus propriétaires de voter par une disposition des statuts mais on ne peut pas les empêcher de participer.

L'arrêt du 9 février 1999 « Château d'Yquem » de la chambre commerciale : La Cour de cassation revient sur l'arrêt précédent et dit que tout associé a droit de participer et de voter.

L'arrêt du 22 février 2005 « Gérard » de la chambre commerciale : porte sur la répartition du droit de vote entre les nus propriétaires et les usus fruitiers. A nouveau elle réintroduit une différence entre le droit de voter et le droit de participer. Elle valide la clause des statuts tout en précisant qu'il ne fallait pas priver les nus propriétaires de son droit de participer.

Arrêt du 31 mars 2004 de la chambre commerciale nous dit que les droits de l'usufruitier sur les fruits est irréductible. On ne peut pas par une clause statutaire déroger au droit de vote sur l'affectation des résultats.

Qui a la qualité d'associé : nu propriétaire ou usufruitier ? Les auteurs considèrent que ce sont les nus propriétaires. L'arrêt du 29 novembre 2006 de la 3<sup>ème</sup> chambre civile confortait l'opinion de la doctrine.

Cour d'appel de Caen 19 février 2008 : on ne peut pas déroger l'article 544 du Code civil, usufruitier n'a pas le droit d'entamer la valeur de la chose.

Arrêt de la chambre commerciale du 2 décembre 2008 casse l'arrêt de la Cour d'appel de Caen.

b) *L'exercice.*

*-Aménagé par les conventions.*

Problème des conventions qui aménage le droit de vote. Conventions portant sur le droit de vote : par avance un associé s'engage à voter dans un sens. Il n'y a que certains textes qui reconnaissent les effets produits par ces conventions. La doctrine déduit que les conventions de vote pour qu'elles soient valables doivent être extra statutaires.

Si la convention extra statutaire existe valide si :

.on ne prive pas l'associé de tout droit d'intervention dans les affaires sociales. Il faut que la convention soit limitée dans le temps et doit avoir un objet déterminée.

.conforme à l'intérêt de la société.

Sanction de la convention de vote, si le signataire ne respecte pas l'engagement en question :

On ne peut pas procéder à une exécution forcée. Il peut y avoir versement de dommages et intérêts mais il faut démontrer un préjudice.

*-Modalités.*

L'associé vote lors des assemblées générales. Il peut prendre plusieurs formes :

.exercice personnel. C'est l'associé qui se déplace.

.représentation par un mandataire qui ne peut être seulement son conjoint ou un autre associé.

.pouvoirs de représentation en blanc qui sont donnés au dirigeant.

Pour remédier à l'absentéisme, le législateur a mis en place un vote par correspondance (1983). Dans ce cas là les associés reçoivent un formulaire.

On peut remplacer l'AG par une consultation écrite pour les petites sociétés de personnes. Chaque associé reçoit le texte des résolutions. L'associé retourne le formulaire à la société.

La loi NRE de 2001 admet la Visio conférence ainsi que le vote électronique.

Lors de l'assemblée, il faut respecter des modalités : signer la feuille de présence, nommé un président de séance, questions débattues, soumis au vote (respecter les conditions, majorité/Corum), rédaction d'un PV, signature du PV.

c) *Le contrôle judiciaire de l'exercice du droit de vote.*

Il ne doit pas être mise en œuvre dans l'intérêt de l'associé mais dans celui de la société.

Une décision régulièrement votée va pouvoir être remise en cause par le juge sur le fondement de la théorie de l'abus de vote. Cet abus peut prendre 3 formes :

.abus de majorité : chambre commerciale 18 avril 1961 a posé les critères de l'abus de majorité. Deux éléments permettent de la qualifier : constituée dès lors qu'une décision est contraire à l'intérêt général et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité. Conditions cumulatives. La doctrine en a déduit qu'il s'agissait de la violation de l'intérêt social et rupture d'égalité. Depuis cette décision toutes les décisions qui ont consacré cet abus se sont appuyées sur ces deux conditions. Le refus de verser des dividendes pendant plusieurs années peut constituer un abus de majorité ainsi que la volonté de transformer la société.

Deux sanctions :



.nullité de la décision abusive : action en annulation fondée sur l'article 1844-10. Il y a un délai de prescription de 3 ans et l'action doit être intentée par les minoritaires contre la société.

.action en responsabilité sur le fondement de l'article 1382 : demande de dommages et intérêts. Il faut apporter la preuve d'un préjudice, l'action est dirigée contre les associés majoritaires. Certaines décisions condamnent solidairement la société et les associés majoritaires à verser les dommages et intérêts. Cela n'est pas très cohérent car les minoritaires font partis de la société.

Possibilité de l'une des actions mais également les deux à la fois.

.abus de minorité. Il faut que la minorité en question dispose d'une minorité de blocage. Les mêmes critères ont été transposés ici. Un minoritaire qui s'oppose systématiquement aux décisions est susceptible d'un abus.

La jurisprudence estime qu'un minoritaire est coupable d'abus de droit de vote lorsque son attitude est contraire à l'intérêt général de la société en ce qu'il interdit la réalisation d'une opération essentielle pour la société dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés.

L'arrêt « Flandin » du 3 mars 1993 qui portait sur l'augmentation de capital d'une SARL. Il faut vraiment que l'opération soit essentielle la survie de la société. Les majoritaires craignent dans les augmentations une dilution.

Sanctions :

.condamner le minoritaire à verser des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382. Certains auteurs pensent que c'est une sanction appropriée. D'autres pensent qu'il y a un problème quant à l'évaluation d'un préjudice.

.désigne un mandataire ad hoc qui va représenter les minoritaires au sein d'une nouvelle assemblée générale qui sera convoquée. Dans les arrêts de Cour d'appel il arrive que le juge décide directement. Marianne Frison roche propose l'exclusion du minoritaire car il n'aurait plus d'affectio societatis.

.abus d'égalité

Composés de deux groupes ou deux associés détenant la moitié du capital.

Sanction :

.nomination d'un mandataire ad hoc.

.dommages et intérêts.

## **B) La participation aux résultats.**

Elle est à la fois positive et négative. Elle résulte de l'article 1832 du CC.

1. Le droit aux dividendes.

L'article 1832 du Code civil nous dit que l'objet de la société est de pouvoir bénéficier des bénéfices ou des économies.

Mais on n'est pas obligé de distribuer à chaque exercice. C'est l'assemblée générale ordinaire qui décide de l'affectation du résultat. Ce résultat est soit mis en réserve, soit distribuer, soit on le place sur le compte de report. La seule limite à la non distribution c'est l'abus de majorité.

Il existe plusieurs réserves :

.celles qui alimentent le capital de la société, dans les SARL et dans les sociétés par actions le législateur impose une réserve légale. Cette réserve légale est constituée par

un pourcentage des bénéfices. A chaque fois qu'elle fait un bénéfice il y a 5% du bénéfice qui est attribué à cette réserve légale elle cesse d'être obligatoire quand son montant atteint 1/10 du capital social.

.celles statutaires.

.celles règlementées qui existent d'après les règles du droit fiscal.

L'article L 232-11 du Code de commerce donne la définition du bénéfice distribuable. Il s'agit du bénéfice comptable diminué de l'impôt sur les sociétés, diminués également des pertes antérieures, de la dotation à la réserve légale et augmenté du report positif.

On peut également distribuer sur les réserves.

Si la société ne respecte pas ces règles elle distribue alors des dividendes fictifs qui sont assortis d'une sanction pénale (5ans de prison et amende de 375000€).\*

Quand la distribution est régulière les dividendes sont répartis de façon proportionnelle par rapport à leur participation à leur capital. Cette répartition proportionnelle est aménageable.

Il existe des actions de préférence, elles permettent de jouer sur la répartition entre les associés. Elles peuvent conférer un dividende majoré.

## 2. La contribution aux pertes.

C'est le patrimoine de la société qui supporte les pertes.

Il faut distinguer :

.l'obligations aux dettes : elle concerne le rapport entre les associés et les créanciers sociaux, elle va varier selon que la société soit à risque illimité ou non. Dans les sociétés à risque illimité il y a une obligation des associés aux dettes sociales. Dans les sociétés à risque limité il n'y a pas d'obligation car tout ce qu'ils peuvent perdre c'est le montant de leurs apports initiaux.

.la contribution aux pertes : elle est relative au rapport interne à la société. Permet de déterminer dans quel proportion les associés vont supportés le passif de la société. Ce n'est que au moment de la dissolution de la société qu'apparaît cette contribution aux pertes.

Quand la société est dissoute il y a un partage des actifs qui vont servir à désintéresser les créanciers. S'il reste quelque chose on restitue à chaque associé le montant de ses apports. Ensuite, les sommes restantes (si elles existent) constitue le boni de liquidation. Le problème : l'actif social ne permet pas de désintéresser tous les créanciers si :

.la société est à responsabilité illimité, ce sont les associés qui sur leurs deniers personnels devront payer le surplus. La contribution aux pertes est proportionnelle mais on peut y déroger. Le créancier peut se retourner contre n'importe quel associé.

.la société est à risque limité, pas de surplus.

En cours de vie social on peut rencontrer cette contribution :

.lorsque les capitaux propres deviennent inférieurs au montant du capital social (la limite c'est la moitié du capital social). Contribution imposée par le législateur.

.la société a structurellement plus de charges que de moyens. On prévoit des appels de fond. Ces apports sont une application du pacte social.

Il ne faut pas que par les décisions qui soient prises aggravent les engagements des associés (article 1836 du Code civil).

## 3. Les clauses léonines.

L'article 1844-1 du Code civil pose cette interdiction. Ces clauses sont réputées non écrites.

Il s'agit d'une clause qui attribue à un associé soit la totalité des bénéfices où l'exonère de la totalité des pertes. La jurisprudence considère que serait lésive une clause qui attribuerait la quasi-totalité des bénéfices ou des pertes, elle va donc plus loin que le texte. Ces clauses sont nulles car elles retirent l'aléa.

Exemple, serait nulle une clause qui :

.un associé renoncerait à percevoir les dividendes futurs de la société.

.un associé qui abandonnerait tous ces droits dans la société au profit d'une redevance mensuelle.

Cependant, il est possible d'accepter qu'un associé renonce seulement pour un exercice. Cette prohibition s'applique pour les clauses statutaires. C'est posé la question concernant les clauses extra statutaire. Hypothèse fréquente : promesse d'achat de droit sociaux dans laquelle il y a une clause à prix minimum garantie ou à prix plancher. Cette clause si n'est elle pas une clause lésive, car il n'y a plus d'aléa. Pendant longtemps la jurisprudence en a été hostile. L'arrêt de la chambre commerciale BOWATER du 20 mai 1986 a validé ces promesses de rachat en son fondant sur le terrain de la vente plus précisément des transmissions des droits sociaux. Dans un arrêt du 22 février elle réaffirme sa position.

## II) Le droit de céder les droits sociaux.

C'est un droit fondamental pour la société, l'associé ne doit pas rester prisonnier de ses titres car s'il veut quitter la société et qu'il ne peut pas, il va chercher à provoquer la dissolution de la société pour y en sortir.

La société est un tiers par rapport à la cession. Néanmoins, bien qu'étant un tiers, elle y est fortement intéressée car elle participe à l'entrée d'un associé par exemple.

### A) La cession de parts sociales.

**Une part sociale est un titre émis par les sociétés civiles et les sociétés commerciales à l'exception des sociétés par action.**

**Les parts sociales sont représentatives d'une fraction du capital de la société. Ce sont des biens immeubles incorporels. Ces parts sociales peuvent être cédées, vendues, louées, données, échangées. La cession est** l'opération la plus fréquente et lorsque l'associé vend la totalité de ses parts il perd la qualité d'associé.

Les parts sociales sont vendues à leur valeur réelle et non nominale. Ces titres vont alors générer une plus value ou une moins value.

Cette cession des parts sociales est soumise au régime de la vente donc elle se voit appliquer le droit commun de la vente avec l'art 1583 CC. Le prix doit donc être déterminé ou déterminée et si les parties ne sont pas d'accord, un expert donne sa décision qui s'imposera aux parties.

Les cessions doivent toutes être rédigées par écrit. L'exigence est posée par l'art 1865 CC.

Il y a une procédure qui permet à la société d'intervenir dans la cession des parts avec une procédure d'agrément. Cela lui permet de contrôler qui rentre et qui sort de la société et donc de contrôler la répartition des pouvoirs. Celui qui achète les parts ne deviendra associé qu'après la procédure d'agrément. C'est donc l'agrément qui permet au cessionnaire de revendiquer la qualité d'associé.

Plusieurs étapes à la procédure d'agrément:

- *Double notification*: Celui qui veut céder ces parts doit notifier ses intentions à la société et aux autres associés. A défaut de cela, la procédure est nulle.

- *Convocation d'une AG*: par le gérant, permet d'accorder ou non l'agrément. La compétence de l'AG est d'OP dans les SNC et dans les SARL. Dans les autres, c'est le gérant qui va accorder ou non l'agrément mais ceci n'est pas très arbitraire.
  - *Vote de l'AG sur l'agrément*:
    - *Agrément donné*: cession acceptée. Une fois les formalités accomplies, la cession sera opposable à tous.
    - *Agrément refusé*: notification du refus au cédant dans un délai de 3 mois (droit commun). Ce refus d'agrément est discrétionnaire, l'AG n'a pas à motiver son refus et il n'est pas possible de le contester en justice. Le problème est que l'agrément est refusé mais que la cession a déjà eu lieu. Plusieurs solutions:
      - *Condition suspensive dans l'acte* : on accorde la cession seulement en cas d'accord de l'agrément sinon il y a rétroactivité.
      - *Obtention de la nullité de l'acte en justice par le cessionnaire*;
      - *Convention de croupier*: la cession reste valable entre les parties seulement et est opposable au tiers et à la société. Aux yeux des tiers, la cession n'existe pas.
- Si la société refuse l'agrément, il y a quand même plusieurs solutions:
- *Faire acquérir les parts par un cessionnaire qu'elle choisit*: il va falloir que ce cessionnaire passe par une procédure d'agrément.
  - *Achat des parts par la société*: dans ce cas, la société devra diminuer son capitale n'a pas le droit d'en obtenir.
  - Si rien n'est prévu, le cédant revend ses parts.
- En cas de désaccord sur le prix, un expert est convenu et si le prix ne convient pas au cédant, il pourra retirer sa vente des parts. Ce n'était pas le cas avant une ordonnance 2004.
- Cependant, dans les SNC, l'associé reste prisonnier de ses titres, il n'y a pas de procédure de rechange quand il y un refus d'AG.
- *Accomplissement des formalités*:
 

*Pour les sociétés civiles*: l'art 1865 CC dispose que la cession pour être opposable au tiers peut remplir les conditions de l'art 1690 CC. L'art 1690 CC dispose que A RECHERCHER. L'art 1865 CC dispose aussi que les statuts peuvent prévoir que cette formalité peut être remplacée par une mention de la cession sur un registre spécial tenu par la société.

*Pour les sociétés commerciales*: soit on recourt à l'art 1690 CC; soit par le simple dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social de la société contre remise par le gérant d'un récépissé.
  - *Publication de la cession*:
 

Pour rendre la cession opposable au tiers, il faut publier la cession au RCS. Cela n'est possible que si on le notifie d'abord à la société puis au RCS.

A défaut de publicité et d'opposabilité, le cédant reste responsable des dettes de la société.

La location des parts sociales :

Avant que la loi s'en mêle cela existait dans la pratique. La location est une manière de transmettre cette entreprise. La loi du 2 août 2005 en faveur des PME, sert de base.

Avant l'intervention de la loi il y avait des incertitudes concernant :

.le droit de vote : c'est le locataire qui exerce le droit de vote dans les assemblée ordinaire et le bailleur pour les assemblée extraordinaires (celles qui touchent aux statuts).

.bénéfices : c'est le locataire qui les touchent.

.application de l'agrément au locataire : si les statuts prévoient une clause d'agrément ce dernier est en principe applicable au locataire.

.participation aux assemblées : le bailleur a le droit de participer aux assemblées même s'il ne vote pas.

Avantages : le locataire va s'insérer dans la vie de l'entreprise en vue de sa reprise, la mise de fond est moins importante.

Il y a un certains nombres de mentions obligatoires dont par exemple le fait que les contrats de location doivent être passés par écrit, signification du contrat de location à la société, le locataire doit être une personne physique.

## **B) La négociation des valeurs mobilières.**

La valeur mobilière : ordonnance du 24 juin 2004 donne une définition, ce sont des droits de créances négociables. Seules les sociétés par actions peuvent émettre des titres négociables (SAS, société en commandite par actions, SA). L'article 1841 interdit expressément aux autres sociétés d'émettre de tels titres sous peine de nullité.

On parle de négociation car le titre d'action peut se transmettre par une procédure simplifiée. L'écrit n'est pas obligatoire, l'opposabilité de la cession ne nécessite pas le respect des formalités de l'article 1690 du Code civil.

La valeur mobilière la plus courante est l'action qui est le droit de l'associé au sein de la société. Autrement dit l'action est émise en contre partie d'un apport. La différence avec les parts sociales c'est que les actions peuvent être cotées en bourse alors que les parts sociales ne peuvent acquérir cette qualité.

Cette circulation des actions est organisée par une loi du 20 décembre 1981 modifiée en partie par la l'ordonnance du 24 juin 2004. Avant 1981, le régime des valeurs mobilières dépendait de la forme des actions :

.action nominative, la société connaît tous ses actionnaires.

.les titres aux porteurs, la société ne connaît pas ses actionnaires, petits morceaux de papiers.

En 1981 on a consacré une dématérialisation. Aujourd'hui les sociétés par actions non cotées ne peuvent plus émettre des titres aux porteurs. Aujourd'hui toutes les valeurs cotées ou non doivent être inscrites sur un compte.

Maintenant, les valeurs mobilières circulent par un simple virement de compte à compte.

Conséquences de cette dématérialisation :

.Les valeurs mobilières sont donc des biens meubles incorporels.

Aujourd'hui il reste des titres aux porteurs, différence entre titres nominatifs et aux porteurs : pour les premiers les compte sont tenus par la société émettrice, pour les second les comptes sont tenus à un intermédiaire financier.

.Les valeurs sont fongibles, une action est égale à n'importe laquelle des autres actions de la même série. Les actions lorsqu'elles sont inscrites en compte ne sont pas individualisées.

Pendant longtemps, les actions étaient imposées à 1% plafonnée à 4000€ et les parts sociales 5%. Aujourd'hui les actions et les parts sociales à 3% mais toujours plafonné pour les actions mais à 5000€.

Celui qui cède va effectuer la cession en effectuant un ordre de virement appelé ordre de mouvement, le transfert de propriété en résulte.

Il ne faut pas confondre la négociabilité (faculté de céder ses actions selon un mode simplifié) avec la libre cessibilité des actions (faculté de céder ses actions).

La libre cessibilité des actions :

Les sociétés par action ont de plus en plus les caractéristiques d'une société fermée traduit par le contrôle de qui peut rentrer et sortir. Avant elles étaient dites ouvertes.

Cette libre cessibilité est perturbée par :

.Le Code de commerce autorise les clauses d'agrément dans les sociétés anonymes. Ces clauses existent aussi dans les SAS.

.Il existe aussi des clauses de présomption qui portent atteinte à la libre cessibilité des actions. Il s'agit d'un pacte de préférence, elles sont extra statutaire. Il s'agit d'une clause qui permet à une personne déterminée d'acheter par priorité les actions dont la cession est envisagée. Cela permet de maintenir l'équilibre entre les pouvoirs. Pendant longtemps, cela n'était pas très efficace car la violation du pacte de préférence était simplement sanctionnée par des dommages intérêts. La chambre mixte dans un arrêt de 2006 a admis une possibilité de substitution, aujourd'hui le bénéficiaire du pacte de préférence peut exiger l'annulation du contrat et obtenir la substitution à l'acquéreur, il faut que le tiers ait eu connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

.On trouve également les clauses de rachats forcées : clause qui revient à exclure un associé en le forçant à vendre ses actions. Elle doivent être prévues par les statuts, soit au début ou en cours avec l'unanimité. Il faut que la clause des statuts prévoient expressément l'évènement précis, objectif et déterminé à l'avance qui va générer le départ de l'associé.

Dans toutes les hypothèses le juge garde un pouvoir de contrôle sur les motifs de l'exclusion.

.Enfin, les clause d'inaliénabilité temporaire : interdiction de céder les actions pendant un certain temps (10ans). Il faut que cette clause se justifie par un intérêt social.

### **C) Les garanties dues par le cédant.**

La cession des droits sociaux s'apparente à une cession de créance. Un ensemble de garantie légale et conventionnelle y est attaché.

-Garantie légale attachée à une cession de créance.

Article 1693 du Code civil : l'associé qui cède ses parts doit garantir uniquement l'existence des droits qu'il cède mais ne garantit pas la valeur économique de la société dont les parts sont cédés.

Il doit donc garantir que les parts sociales correspondent à une société régulièrement constituée et qu'il en a la propriété.

La pratique a pris pour habitude de renforcer la garantie légale.

-Garanties conventionnelles :

.les garanties de non concurrence, on rajoute une clause de non concurrence par laquelle le cédant s'interdit d'exercer une activité concurrente. Cette clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace.

.les garanties de passif, on veut protéger celui qui achète contre une mauvaise évaluation de la valeur de ce qu'il a acheté. Les parts sociales reflètent la valeur économique de la société. Volonté de garantir le cessionnaire de la diminution de l'actif social.

On ne peut se prémunir d'un passif à la condition que la découverte est ultérieure à la conclusion du contrat.

Il faut que le cédant soit informé du contrôle fiscal ou de l'URSSAF et lui laisser la possibilité d'intervenir.

Le montant de la clause peut être limité par un plafond, une franchise. La pratique prévoit qu'en l'absence de stipulation conventionnelle il devait garantir l'intégralité du passif d'où l'intérêt par exemple de prévoir la proportionnalité. Il est préférable que ces clauses soient limitées dans le temps.

Le bénéficiaire de cette clause est soit le cessionnaire, soit la société, soit le créancier qui est à l'origine du passif garanti. Dans tous les cas la mise en œuvre de la clause appartient au cessionnaire. Si on prévoit que le bénéficiaire n'est pas le cessionnaire il est tout à fait utile de prévoir que la société peut mettre en œuvre la clause par le jeu de la stipulation par autrui.

Ces clauses sont très fréquentes en pratique, compliquées.

## **Section 2 : Le statut des dirigeants.**

Le dirigeant n'est pas forcément un associé.

### **I) Les pouvoirs des dirigeants.**

Il doit toujours agir dans l'intérêt de la société sinon leur responsabilité est engagée.

On dit que le dirigeant est un mandataire social et légal car il représente la société, il a donc un mandat de représentation qui est légal.

### **A) Dans les sociétés à risques illimités.**

Le dirigeant est un gérant dans ce cas ci. Les textes qui concernent ces dirigeants sont rédigés de manière identique qu'ils se trouvent dans le Code civil ou de commerce. Les pouvoirs des dirigeants sont fondés sur une distinction entre :

.le pouvoir du dirigeant à l'égard de ses associés. Il peut effectuer vis-à-vis des associés tous les actes de gestion. La loi ne donne pas de définition d'acte de gestion. On n'en donne plutôt une définition négative : acte qui ne relève pas de la compétence d'un autre organe.

Il y a deux organes au sein des sociétés : organe de direction et assemblée générale (ordinaire/extra ordinaire).

Le pouvoir du dirigeant ne doit pas empiéter sur le pouvoir des associés. Ainsi que sur celui du commissaire au compte.

Dans la pratique, le dirigeant va assumer la direction économique et juridique de l'entreprise (gestion de la trésorerie, signature des contrats, ...). Il faut que l'acte de gestion soit dicté par l'intérêt de la société à l'inverse il engage sa responsabilité.

Les statuts peuvent compléter ce pouvoir, article 1848 du Code civil qui permet aux rédacteurs des statuts de modifier l'étendue des pouvoirs dans le sens d'une diminution. On peut restreindre les pouvoirs de gestion du dirigeant en lui imposant de prendre l'avis conforme de l'assemblée générale avant toute prise de décisions importantes. La clause va préciser quelles sont les décisions concernées. Les statuts peuvent aller au-delà en retirant la compétence au gérant. Les effets de ces clauses sont limités aux seules relations internes, elles sont inopposables aux tiers. En cas de dépassement de pouvoir par le gérant la société est engagée vis-à-vis des tiers de l'acte en question. Cependant, le gérant peut être révoqué par les associés car il engage sa responsabilité.

.le pouvoir du dirigeant à l'égard des tiers.

Le dirigeant peut accomplir tous les actes qui entre dans l'objet social.

Ce ne sera que si l'acte excède cet objet que la société ne sera pas engagée et seul le dirigeant sera tenu des conséquences de celui-ci.

Ce serait trop dangereux de permettre au gérant de pouvoir passer n'importe quelle sorte d'acte car les associés sont responsables de façon illimitée.

## **B) Dans les sociétés à risques limités.**

Les règles de répartition entre les différents organes sont les mêmes que précédemment dont la limite est toujours l'intérêt social.

Par contre, c'est dans les rapports avec les tiers qu'il y a une distinction. L'objet social ne constitue plus une limite aux pouvoirs des dirigeants. La société est engagée par tous les actes entrepris par leur dirigeant y compris ceux qui excèdent l'objet social car ils ne peuvent pas perdre plus que leur apport. Cependant, la société pourra échapper à son engagement si elle démontre que le tiers contractant avait connaissance du dépassement de pouvoir.

La jurisprudence a considéré que la simple publication des statuts ne suffit pas à apporter la preuve.

### **II) Les responsabilités des dirigeants.**

#### **A) Le domaine de la responsabilité des dirigeants.**

Arme aux mains des minoritaires.

.la responsabilité civile des dirigeant envers la société et les associés.

Elle ne sera engagée que s'il a commis une faute. De plus, la loi définit quels types de faute. L'article 1850 du Code civil nous dit que les dirigeants sont responsables de toutes infractions aux lois et règlements applicables à la société, de toutes violations des statuts et de toutes fautes de gestion. Les deux premiers cas sont simples. Cela devient plus compliqué lorsqu'on recherche la faute de gestion. Souvent pour le juge le critère de la faute de gestion réside dans la notion d'intérêt social. Exemple : le dirigeant qui conclut un contrat dans des conditions gravement préjudiciable pour la société, les graves négligences du dirigeant, une erreur d'appréciation sur la viabilité d'une opération, l'inertie du dirigeant, la fraude fiscale, ne pas réunir les assemblées générales.

.la responsabilité civile des dirigeants envers les tiers.

Il faut que le dirigeant est commis une des trois fautes mais également une autre condition prétorienne qui consiste à dire que le dirigeant ne sera personnellement responsable que s'il a commis une faute détachable de ses fonctions. Si ce n'est pas le cas se sera la société qui sera responsable.

L'arrêt « Le poivre » qui date du 4 octobre 1988 de la chambre commerciale pose cette exigence de la faute détachable. Un arrêt de la chambre commerciale du 20 mai 2003 donne une définition de la faute détachable, « lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normale de ses fonctions ».

#### **B) La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants.**

Soit la faute est commise dans l'exercice de ses fonctions et la société est responsable soit la faute est commise en dehors et il s'agit d'une faute personnelle du dirigeant.



La difficulté se présente lorsque le préjudice est causé à la société ou aux associés.

Lorsque la société subie un préjudice, comment peut elle engager la responsabilité de son dirigeant ? Pour Cauzian « le dirigeant est rarement enclin à dresser la corde qui sera enclin à le pendre ». La loi a mis en place une action sociale = une action ut singuli. Pour éviter l'inertie du gérant, cette loi permet aux associés d'intenter une action en responsabilité contre le gérant. Cette possibilité est codifiée à l'article 1843-5 du Code civil. Elle existe dans toutes les sociétés, civiles ou commerciales. Cependant, cette action a peu de succès dans la pratique puisque se sont les associés qui vont supporter le poids et les frais de cette procédure et les bénéficiaires profiteront à la société puisque les associés agissent au nom de la société et non en leur nom personnel.

Toute clause des statuts qui limiterait ce droit intangible serait réputée non écrite. De plus, les associés ne peuvent pas renoncer par avance à ce droit. Lors de l'Assemblée générale, les associés donnent quitus au gérant pour la gestion de la société mais ce n'est pas une limite à l'action en responsabilité contre ce gérant. L'action peut être intenté individuellement par un associé soit par un groupe d'associés.

Lorsque le préjudice est causé aux associés, ils vont eux-mêmes bénéficier d'une action en responsabilité individuelle par opposition à l'action sociale. La difficulté est d'apporter la preuve que le préjudice de l'associé est distinct de celui de la société. La JP considère que la perte de valeur des parts sociales générée par une faute de gestion du dirigeant est un préjudice social et non un préjudice individuel.

Dans ce cas, le préjudice subi par l'associé n'est que le corollaire du préjudice direct subi par la société. Si, par diverses actions, il y a une volonté de porter atteinte aux droits d'un associé en particulier l'action est recevable. Les dommages et intérêts seront versés directement à l'associé. Le préjudice personnel doit être absolument distinct de celui de la société car il n'y a pas de cumul.

A côté de cette responsabilité civile, il y a une responsabilité pénale du gérant. Par exemple, les délits répréhensibles sont l'abus de bien sociaux, le détournement de fonds, présentation de comptes infidèles...

Existe également une responsabilité fiscale. Une solidarité a été mise en œuvre par le CGI pour le paiement des impôts entre la société et les dirigeants. Si la société ne paye pas les impôts le fisc se retournera directement contre les dirigeants. Cependant, cette responsabilité reste subsidiaire.

### **Section 3 : Le contrôle des comptes et de la gestion.**

Traditionnellement, le contrôle des comptes est confié à l'Assemblée générale. Mais, l'efficacité de ce contrôle était assez limitée en raison d'une complexification des techniques de gestion et la faible fréquence des réunions de ces assemblées limitait également cette efficacité.

Peu à peu cette mission a été confiée à des professionnels indépendants à savoir les commissaires aux comptes. Mais, leur mission est limitée en raison du principe de non immixtion dans les affaires sociales et dans la gestion de la société en particulier. Ils ne peuvent contrôler que la régularité d'une opération mais pas l'opportunité.

Le rôle d'organes d'expertise se sont également développés pour contrôler cette fois-ci l'opportunité.

## **I) Le contrôle des comptes sociaux.**

Leur statut est très réglementé pour garantir leur compétence et leur indépendance. La loi du 1<sup>er</sup> août 2003, loi de sécurité financière, a renforcé le contrôle de la profession des commissaires aux comptes. Ils ont une responsabilité professionnelle et disciplinaire. Leurs honoraires se calculent sur la base d'un tarif horaire arrêté par voie réglementaire.

Toute une liste d'incompatibilités ont été édictés par le juge pour éviter de nommer comme commissaire une personne qui aurait des liens directs ou indirects avec la société contrôlée. Cette mesure est mise en place afin d'éviter tout conflit d'intérêt (administrateur, cabinet de conseil juridique et fiscal ...).

Toutes les sociétés ne sont pas dotées d'un commissaire aux comptes. Les sociétés de personne n'en n'ont généralement pas. Pour une SARL, c'est au-delà d'un certain seuil qu'elle doit se doter d'un commissaire aux comptes :

- **totale de bilan supérieur à 1 550 000**
- **un chiffre d'affaire, hors taxes, supérieur à 3 100 000**
- **un nombre moyen de salarié supérieur à 50**

Dès lors que deux de ces seuils sont dépassés, la présence d'un commissaire aux comptes est obligatoire.

La loi LME de 2008 a supprimé les commissaires aux comptes dans les SAS.

La **mission des commissaires aux comptes** se subdivise en une **mission permanente** et une **mission ponctuelle**. La mission permanente est le contrôle des comptes sociaux pour éviter une présentation trop optimiste de la situation de la société. Le commissaire vérifie par sondage et vérifie que les comptes donnent une image sincère, régulière et fidèle des résultats. Si le commissaire est d'accord avec la comptabilité il certifie les comptes sociaux. Le cas échéant, il doit faire un rapport qu'il va présenter à l'Assemblée générale, chargée de vérifier les comptes. La société devra alors régulariser la situation. Mais, une limite inhérente empêchant le commissaire aux comptes de s'opposer aux comptes tient en son salaire.

A côté de cette mission permanente existe une **mission ponctuelle**. Elle concerne les **conventions réglementées** qui sont des contrats passés entre la société et un dirigeant ou un associé détenant un pourcentage important du capital social. Le risque est le conflit d'intérêts. Le commissaire doit établir un rapport spécial sur les conventions réglementées et ce rapport sera présenté à l'AG qui statue sur les comptes.

Le commissaire a également l'obligation de dénoncer les faits délictueux dont il aurait eu connaissance dans l'accomplissement de sa mission.

Enfin, le commissaire a un droit d'alerte qui existe au profit des dirigeants. Il doit les alerter de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation sociale. Les dirigeants sociaux doivent répondre au commissaire aux comptes. Si la réponse n'est pas satisfaisante voire que le dirigeant ne répond pas, le commissaire doit faire un rapport qui sera à la fois adressé à la prochaine AG et au président du Tribunal de Commerce.

## **II) Le contrôle de la gestion sociale.**

### **A) Le contrôle des institutions représentatives du personnel**

Le comité d'entreprise va disposer d'un pouvoir de contrôle sur la gestion de la société. D'abord, les dirigeants de la société doivent obligatoirement informer le comité d'entreprise. Aujourd'hui, les dirigeants doivent remettre au comité d'entreprise, un

rapport trimestriel sur la situation financière de la société en plus d'un rapport annuel sur l'activité de la société. Les dirigeants doivent également communiquer au comité d'entreprise l'ensemble des documents devant être remis aux actionnaires ou aux associés préalablement aux AG. Le comité d'entreprise peut également demander des explications au commissaire aux comptes et dispose d'un droit d'alerte comparable à ce dernier.

## **B) Le recours à l'expertise**

Il s'agit d'une expertise de gestion. Cette possibilité existe dans les sociétés par action ainsi que dans les SARL. Il s'agit de la nomination d'un expert par le juge qui est sollicité par un ou plusieurs associés qui représente au moins 5% du capital social. Les associés peuvent également se grouper pour atteindre le minimum requis de 5%. La même possibilité est également ouverte au comité d'entreprise, au ministère public... La demande présentée au juge doit porter sur un acte de gestion précis et déterminant. Le problème est que le juge retient une conception restrictive de l'acte de gestion. Ainsi, les actes accomplis par l'AG ou par l'organe délibérant sont exclus de cette conception.

Le président du tribunal de commerce est seul compétent pour désigner l'expert par ordonnance. Il va définir les pouvoirs et l'étendue de la mission de l'expert. Ce dernier va examiner l'acte incriminé et établira un rapport qui sera communiqué au demandeur, au comité d'entreprise, au conseil d'administration, aux dirigeants, au ministère public ainsi qu'à l'AMF si la société est cotée. Lors de la 2<sup>nd</sup>e AG, le rapport sera adressé à tous les actionnaires.

L'intérêt est de fournir une appréciation sur l'opportunité des actes de gestion. Généralement l'expertise de gestion débouche sur une action contre le dirigeant.

Les autres sociétés (autre que SA et SARL) ne sont pas totalement démunies car elles peuvent recourir au **droit commun de l'expertise** qui se fonde sur **l'article 145 du NCPC**. Cet article permet de solliciter du juge, en l'absence de tout procès, une expertise destinée à conserver la preuve de fait susceptible d'être invoquée dans un litige futur. L'utilisation est ici beaucoup plus souple car il n'est pas nécessaire de désigner les actes sur lesquels va porter l'expertise. Néanmoins, l'inconvénient de cette expertise est que le rapport n'est communiqué qu'au seul demandeur.

## **Titre 3 : la disparition de la société.**

Le fonctionnement de la société peut être interrompu avant l'arrivée du terme soit par décision des associés soit par un certain nombre d'évènements. La disparition met fin au contrat de société et va faire disparaître la personnalité morale. Cette disparition produit des effets à l'égard des associés mais également à l'égard des tiers.

### **Chapitre 1 : Les causes de la disparition de la société**

La disparition peut emprunter deux formes à savoir la dissolution et la nullité. La nullité sanctionne le non respect d'une des conditions de formation du contrat. A l'inverse, la dissolution ne remet pas en cause la validité de la formation de la société. C'est un évènement postérieur qui viendra générer cette dissolution.

En droit des sociétés, la nullité n'est pas rétroactive. Ainsi, dans la pratique, nullité et dissolution ont les mêmes effets.

l) la dissolution de la société.

L'article de référence est **l'article 1844-7 du CC** qui énumère les différentes causes de dissolution.

**A) les causes dépendant de la volonté des associés.**

Toutes ces causes figurent à l'article précité :

- **la dissolution anticipée pour juste motif** : ce mode de dissolution est strictement réservé aux associés. C'est une dissolution judiciaire c'est-à-dire que l'associé devra recourir au juge. **L'article 1844-7 du CC** nous apprend que la société peut prendre fin par « *dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société* ». **Le motif doit donc être suffisamment grave pour paralyser le fonctionnement de la société.** On en a déduit que la liste n'était pas exhaustive. La JP, concernant la mésentente, est très récurrente.

Le juge n'aime pas prononcer la dissolution dès lors que la société est viable et peut de ce fait nommer un administrateur provisoire chargé de dénouer la crise. Le tribunal a un pouvoir souverain pour prononcer cette dissolution. Il y a eu toute une discussion doctrinale concernant le fait de savoir si le juge pouvait exclure de la société le demandeur de la dissolution. La doctrine est mitigée. Le juge, actuellement, refuse cette position (**arrêt de principe de la chambre commerciale du 12 mars 1996**). Le juge ne réserve que l'hypothèse de l'exclusion qui serait prévue par les statuts. Il faut enfin que l'associé qui demande la dissolution justifie d'un intérêt légitime. Le juge a toujours considéré que si l'associé en question a provoqué la dissolution, il n'a pas d'intérêt légitime à demander la dissolution.

- **la dissolution anticipée décidée par les associés** : les associés peuvent librement décider en cours de vie sociale de mettre fin à la société. La décision sera prise par les associés et la règle sera l'unanimité ou la majorité en fonction du type de société. C'est une hypothèse rare en raison d'un coût fiscal prohibitif. Si la société est prospère, il vaut mieux la vendre, la transmettre que d'en demander la dissolution

**L'article 1844-7 du CC** permet aux associés de prévoir dans les statuts **tout autres causes de dissolution** que celles énumérées par la loi. Ceci permet de **subordonner la société à un certain nombre d'évènements**. Par exemple, une clause des statuts pourrait prévoir comme cause de dissolution la prise de contrôle de la société par telle ou telle personne. On pourrait également imaginer la cessation des fonctions d'un dirigeant comme cause de dissolution. Bien souvent, à côté de ces dissolutions, on prévoit une **clause de rachat**. Pour éviter la dissolution demandée par un associé à la survenance d'un évènement prévu, les statuts prévoient que les autres associés puissent racheter les parts sociales de celui qui a demandé la dissolution. Cette clause est qualifiée par la JP comme une promesse de cession des parts sociales.

## **B) les autres causes de dissolution.**

L'article de référence est toujours le même. Ces causes sont :

- ***l'arrivée du terme*** : cette arrivée stipulée dans les statuts emporte la dissolution de plein droit de la société. Il est nécessaire que l'Assemblée générale se réunisse et prévoit la prorogation de ce terme. Si rien n'est décidé, la société disparaît. Pour qu'elle soit prorogée, il faut que l'AG, dans l'année précède le terme, se réunisse et décide de cette prorogation. Si la société subsiste alors qu'aucune décision n'a été prise la société perd sa personnalité juridique et devient une société de fait.

- ***l'extinction de l'objet social*** : il s'agit d'une société dont l'objet social est entièrement réalisé. Elle n'a ainsi plus de raison d'exister et va disparaître. Cependant, cette hypothèse est relativement rare

- ***la réunion de tous les droits sociaux dont une seule main*** : lorsque tous les droits sociaux, à la suite d'une cession ou d'une succession, se trouve réunis dans les mains d'un seul associé, la société devrait disparaître. Tout intéressé va pouvoir demandé en justice la dissolution de la société si la situation n'est pas régularisée dans un délai d'un an (**article 1844-5 du CC**). Le juge peut toujours accorder un délai supplémentaire de 6 mois pour régulariser cette situation. Les seules hypothèses où il n'y aura pas de dissolution sont le cas d'une SARL qui deviendra automatiquement une EURL et le cas d'une SAS qui deviendra une SASU. Dans les autre hypothèses, l'associé ayant tous les droits devra céder une partie de ses actions ou il faudra une augmentation du capital

- ***la dissolution résultant d'un jugement de liquidation judiciaire*** : tout jugement qui prononce la liquidation judiciaire emporte de manière automatique la dissolution de la société.

### II) la nullité de la société.

En théorie, la nullité n'est jamais prononcée.

#### **A) Les causes de la nullité.**

Il faut se placer au stade de la formation. Ces causes sont déterminées par la loi. Le problème est qu'il y a deux textes qui se contredisent.

Dans le code de commerce, **l'article L235-1** prévoit que la nullité de la société ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. Il y a deux dispositions expresses. La plus importante concerne les sociétés en nom collectif. Pour cette société l'accomplissement des formalités de publicité est requis à peine de nullité (**L 235-2**). Pour les SARL et les sociétés par action, le CDC ne précise aucune dispositions expresses.

**L'article 1108 du CC** s'applique aux contrats de société. Toutefois, il faut établir des distinctions en fonction des types de société. **L'article L 235-1 du CDC** ne parle que des sociétés commerciales. Si l'on prend une **SNC**, la **violation d'une des conditions de validité du contrat constitue une cause de nullité**. Pour la **SARL** et les **sociétés par action**, l'article L 235-1 précise que **la nullité ne peut résulter ni d'un vice du consentement ni d'une incapacité des associés sauf si le vice ou l'incapacité**

**atteint tout les associés.** Mais pour les SARL et les sociétés par action il y a une **directive communautaire du 9 mars 1968** dont **l'article 11** énumère les causes de nullité applicables à ces sociétés parmi lesquelles ne figure pas la cause.

Pour les SARL et les sociétés par action, seul l'objet illicite reste une cause de nullité. Mais, la jurisprudence communautaire a réduit la portée de ce texte et notamment un **arrêt de la CJCE du 13 novembre 90** qui **estime que pour apprécier le caractère licite ou pas d'une cause il faut se référer non pas à l'objet réel mais à l'objet statutaire.**

A côté des dispositions du CDC, il y a les dispositions du code civil. Le texte de référence est **l'article 1844-10**. Le Code civil a vocation à concerner à la fois les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Ce texte dispose qu'**est sanctionné par la nullité la violation des dispositions des articles 1832 et 1833 du CC**. Cette disposition se heurte à l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 qui n'énumère pas l'apport fictif ou l'absence d'affectio societatis.

Pour la société anonyme, l'articulation de la directive avec le droit interne fait que seule la constitution d'une SA par une seule personne peut constituer une cause de nullité.

Le cas de la fraude est à mettre de côté. Il est évident qu'elle est une cause de nullité « *fraus omnia corrumpit* ». Un **arrêt de la CJCE du 9 mars 1998** précise que la fraude constitue un principe général du droit communautaire.

## **B) Les effets de la nullité.**

La nullité doit être prononcée obligatoirement par une décision de justice. De plus, la prescription est établie à 3 ans. Enfin **l'article 1844-11 du CC** précise que « *le tribunal ne peut plus annuler la société quand la cause de la nullité a disparu au moment où il statue* ». Le dernier effet est le caractère rétroactif, la société étant réputée comme jamais n'avoir existé.

## **C) La régularisation des sociétés nulles.**

Toutes les causes de nullité peuvent être couvertes par une régularisation volontaire émanant des associés. L'objet illicite quant à lui ne peut pas être couvert?

Conséquences de la disparition de la société :

La personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation. Tant que tous les actes attachés à cette liquidation ne seront pas terminés, la PM persistera. Un liquidateur va être nommé par les associés (souvent le gérant). Ce liquidateur va vendre tous les actifs de la société et va répartir le produit de la liquidation.

Pour répartir le produit :

.on paye en 1<sup>er</sup> les créanciers.

.on rembourse les apports aux associés les associés pouvant perdre le montant de ces apports si la société n'a pas assez d'actif.

.le surplus, boni de liquidation, est réparti entre tous les associés en proportion du capital social.