

## *Sous-titre 1*

# ***Les sociétés dépourvues de personnalité juridique***

**308.** Toute création de société n'emporte pas obligatoirement naissance d'une personne morale. La constitution des sociétés privées de la personnalité juridique s'arrête à la phase du contrat, ce qui allège singulièrement le formalisme constitutif ainsi que le mode de fonctionnement. Elles échappent ainsi aux contraintes d'organisation (publicité, majorité, direction) qui sont l'apanage des sociétés immatriculées. Mais cette simplicité n'exclut pas quelques inconvénients issus de ce que le groupement n'étant pas sujet de droit, ne peut exercer la qualité de propriétaire, de contractant ou de plaideur. Cette incapacité est source de particularisme : l'apport en propriété qui est le plus fréquent, ne se conçoit pas ; l'absence d'autonomie juridique du groupement écarte toute commercialité par la forme, le caractère civil ou commercial de la société résultant de son objet.

Au-delà de la distinction de deux cas différents, ces quelques remarques préliminaires valent pour toutes les sociétés sans personnalité juridique<sup>1</sup>. La société en participation (**Chapitre 1**) constitue un cadre de coopération qui relève d'un choix délibéré des fondateurs qui, insensibles à la faculté d'organisation conférée par l'immatriculation de la société, souhaitent demeurer dans cet état embryonnaire. Aussi, ne manquent-ils pas en général de soumettre leurs rapports à des règles contractuelles destinées à compenser l'absence de personnalité du groupement. Toute autre est la société créée de fait (**Chapitre 2**) qui constitue le reflet d'une situation ignorée et subie, découverte après coup alors que les partenaires au moment où ils ont uni leur activité, ne se sont pas préoccupés des structures juridiques dans lesquelles ils pouvaient inscrire leur collaboration. Elle « *correspond au degré zéro de la conscience sociétaire*<sup>2</sup> ».

- 
1. C. Boutry, L'absence de personnalité morale dans les sociétés : JCP N 2000, n° 51-52, p. 1855 – M. Raimon, Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés vis-à-vis des tiers : Gaz. pal. 2000, 1, doct. p. 2 – B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé* : thèse Paris X, 2001, PUAM, 2006.
  2. C. Champaud et D. Danet, obs. s/s CA Paris, 12 nov. 1991 : RTD com. 1992, p. 812.

## Chapitre 1

# La société en participation

**309.** Bien que souvent mal connue en raison de l'absence de publicité, la société en participation occupe une place importante dans certains secteurs d'activité. C'est une société marquée à la fois par l'ambiguïté et le paradoxe.

D'une part, elle est à certains égards assez élémentaire, tout en faisant naître les problèmes juridiques les plus complexes. Elle peut être civile ou commerciale, éphémère ou de longue durée, occulte ou ostensible, mettre en jeu d'importants intérêts financiers ou relever d'opérations de portée extrêmement limitée. D'autre part, la société en participation ne dispose pas juridiquement d'un patrimoine car, en dehors de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL) instituée par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010<sup>1</sup>, le droit français ne connaît pas de patrimoine d'affectation. En revanche, cette société a un patrimoine fiscal. Malgré l'absence de personnalité morale, elle est fiscalement tenue d'avoir un bilan et un compte de résultat.

### Section I

## Les caractéristiques et l'intérêt de la société en participation

### § 1 – Les principaux caractères

**310.** Conformément à l'article 1871, alinéa 1 du Code civil, la société en participation est une société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est soumise à aucune publicité. Cette définition résulte de la loi du 4 janvier 1978.

De ces dispositions, se dégagent les caractéristiques de la société en participation.

#### 1 – Une véritable société

**311.** La société en participation est incontestablement une société. L'article 1871, alinéa 2 du Code civil l'énonce expressément, en indiquant qu'elle ne peut déroger aux dispositions dudit Code définissant le contrat de société : présence d'au moins de deux associés, apports, partage des bénéfices (ou des économies) et des pertes, *affectio societatis*<sup>2</sup>.

Dans la distinction entre la société en participation et les contrats voisins, il apparaît que celle-ci n'existe pas lorsque les parties au contrat de société ne sont pas placées sur un pied d'égalité. L'une d'elles disposant seule de tous les pouvoirs pour assurer le fonctionnement de la société, cela démontre qu'elle a la maîtrise de l'organisation et de l'exécution du travail effectué par l'autre<sup>3</sup>.

1. *Infra*, n° 528.

2. CA Dijon, 21 mars 2000 : Rev. soc. 2000, p. 764, note Y. Guyon.

3. Soc., 25 oct. 2005 : BRDA 24/2005, n° 4 ; RJDA 1/2006, n° 42, 2 esp., à propos de chauffeurs routiers prétendument associés d'une société en participation, alors qu'ils étaient salariés.

## 2 – Une société dépourvue de la personnalité juridique

312. Il y a société en participation dès l'instant où plusieurs personnes conviennent de partager les bénéfices et les pertes issus d'opérations accomplies par l'une d'elles en son nom personnel, pour le compte de tous, mais s'abstiennent délibérément de la faire immatriculer et par voie de conséquence, renoncent à lui donner la personnalité morale. De ce fait, elle n'a aucun des attributs habituellement conférés aux sociétés.

La société en participation n'a ni dénomination sociale, ni domicile, car ces éléments d'identification ne présentent aucun intérêt pour une société qui n'existe pas à l'égard des tiers. Elle n'a pas de patrimoine propre. Elle n'a ni créanciers, ni débiteurs ; ils sont confondus avec les créanciers et les débiteurs personnels du gérant et le cas échéant des associés. Elle ne peut être titulaire d'un compte bancaire lequel est ouvert au nom d'un ou de plusieurs associés ou du gérant<sup>1</sup> ; l'associé qui s'est donc engagé solidairement avec ses coassociés au paiement du solde débiteur du compte, ne peut y échapper en invoquant pour la première fois au moment de la demande en paiement, la dissolution de la société<sup>2</sup>. Elle n'a pas de nationalité propre qui est le plus souvent celle des associés ou du lieu d'exploitation. Elle ne peut revêtir la qualité d'employeur, tout comme il ne peut lui être opposé cette qualité<sup>3</sup>. Elle ne peut ester en justice<sup>4</sup> et corrélativement ne peut être poursuivie devant les tribunaux ou être confrontée aux procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire<sup>5</sup>. Elle est toutefois recevable, y compris après sa dissolution, à contester devant le juge de l'impôt une imposition mise à sa charge dès lors qu'elle en est elle-même légalement redevable<sup>6</sup>. Un cautionnement ne peut être donné en sa faveur dans la mesure où, étant dépourvue de personnalité juridique, elle ne peut être représentée<sup>7</sup>.

La société en participation ne peut être transformée au sens strict du terme, puisqu'elle n'a pas la personnalité morale. Le droit fiscal admet toutefois la continuation du régime fiscal autonome qu'il octroie à cette forme sociale, lorsque ses membres décident de créer une société dotée de la personnalité juridique<sup>8</sup>.

Pour autant, le fait qu'une telle société ne soit pas titulaire d'un patrimoine propre n'empêche pas les associés de céder les droits qu'ils tiennent du contrat de société<sup>9</sup>. En outre, bien que

1. CA Paris, 27 juin 2002 : RJDA 3/2003, n° 274.

2. Com., 8 oct. 2002 : BRDA 21/2002, p. 4, n° 6 ; RJDA 2/2003, n° 175.

3. Com., 10 sept. 2013 : Dr. sociétés 2013, n° 177, obs. H. Hovasse.

4. CA Versailles, 22 sept. 2010 : Dr. soc. déc. 2010, n° 219, obs. M.-L. Coquelet ; RJDA 3/2011, n° 254.

5. J.-C. Hallouin, Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires : JCP N 1989, I, 178 – M. Rakotovahiny, *Société en participation et procédures collectives*, dans « La société en participation », s/s la direction de D. Gibirila : Journ. soc. juill. 2019, p. 59. – Com., 23 nov. 2004 : RJDA 4/2005, n° 381 – 30 juin 2015 : Rev. proc. coll. nov. 2015, n° 158, obs. C. Lebel, à propos d'une société créée de fait, mais applicable ; elle n'est pas éligible aux procédures collectives en raison de l'absence de personnalité morale du groupement d'avocats.

6. CE, 28 mars 2014 : RJDA 7/2014, n° 650.

7. Com., 6 juill. 2010 : BRDA 18/2010, n° 4 ; D 2010, p. 1860, obs. V. Avena-Robardet ; Dr. soc. oct. 2010, n° 175, obs. M.-L. Coquelet ; PA 15 nov. 2010, n° 227, p. 8, obs. D. Gibirila ; BJS 2010, p. 864, note D. Robine, selon lequel le cautionnement consenti pour garantir la dette d'une société en participation suppose que soit mentionné le nom du débiteur, la société ne pouvant être désignée comme débitrice.

8. G. Baffoy, La transformation d'une société en participation en société de droit est-elle possible ? : JCP E 1998, n° 10, p. 359.

9. Com., 15 mai 2012 : BJS 2012, p. 842, note L. Godon.

dépourvue de personnalité morale, une cession de biens immobiliers peut intervenir à son profit, dès lors qu'elle est faite au profit des associés<sup>1</sup>. Enfin, bien que la société en participation n'ait pas la personnalité morale, un acte accompli en son nom peut échapper à la nullité, s'il est ratifié par ses associés<sup>2</sup>.

La différence entre cette structure sociétaire et la société créée de fait, elle-même dépourvue de la personnalité morale, tient à l'intention formelle de ses membres. Autant la reconnaissance de la société créée de fait intervient *a posteriori* en cas de litiges avec les créanciers ou de crise entre ses membres et sur la base du comportement de ceux-ci, autant la naissance de la société en participation repose sur la décision délibérée des intéressés de constituer au départ ce type de société. La première représente une société « implicite », la seconde, une société « volontariste<sup>3</sup> ».

### 3 – Une société occulte ou ostensible

**313.** Contrairement au régime antérieur, la société en participation n'est plus nécessairement une société qui « *ne se révèle pas aux tiers* ». À côté des sociétés en participation traditionnelles non révélées aux tiers, dites occultes, il existe des sociétés en participation ostensibles dans lesquelles les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers.

Dans la première hypothèse, plusieurs personnes physiques ou morales déterminent secrètement les conditions de leur coopération. Seul le gérant apparaît aux yeux des tiers. Il agit avec eux en son nom et pour son compte personnel, sans révéler aux tiers l'accord de participation l'unissant à ses associés. Ce gérant tient les comptes du groupement conformément aux conditions prévues par l'accord de participation. Il doit les présenter aux participants, les soumettre à leur vérification et partager entre eux les résultats.

Dans la seconde hypothèse, celle d'une société ostensible, les associés concluent un contrat de société, généralement de courte durée, en vue de réaliser une opération déterminée et pour laquelle ils ne jugent pas opportun de s'astreindre aux formalités complexes de constitution, de fonctionnement et de dissolution d'une société personnifiée, sans pour autant dissimuler aux tiers leur participation.

### 4 – Une société civile ou commerciale de personnes

**314.** La société en participation est le plus souvent fondée sur la considération de la personne des différents associés, c'est-à-dire sur l'*intuitus personae*. Aussi, les droits ne peuvent être cédés qu'avec l'accord unanime des associés.

La commercialité par la forme ne pouvant être ici retenue, il y a lieu de s'en tenir à la nature de l'objet au regard duquel la société en participation est civile ou commerciale.

1. Com., 27 mai 2014 : BJS 2014, p. 387, note B. Dondero.

2. Com., 8 févr. 2017, n° 14-29.747 : RJDA 5/2017, n° 342 ; Dr. sociétés avr. 2017, n° 59, obs. H. Hovasse.

3. M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, n° 1589 : Litec, 1988, 2<sup>e</sup> éd.

## 5 – Une société régie par le principe de la liberté contractuelle

315. Selon l'article 1871, alinéa 2 du Code civil, les associés peuvent convenir librement des modalités de fonctionnement de leur groupement<sup>1</sup>. Cette liberté contractuelle due à l'absence de personnalité morale n'est effective que si les règles déclarées impératives par ce texte sont respectées :

– les éléments constitutifs du contrat de société (apports, partage des bénéfices, contribution aux pertes) ;

– la licéité de l'objet social et l'intérêt commun<sup>2</sup> ;

– l'accord des associés sur l'accroissement de leurs engagements<sup>3</sup> ;

– la participation des associés aux décisions collectives<sup>4</sup> ;

– la prohibition des clauses léonines<sup>5</sup> ;

– l'interdiction de faire une offre au public de titres financiers ;

– les dispositions relatives aux sociétés entre époux.

Cette liberté contractuelle est limitée aux rapports entre associés. Les relations de ces derniers avec les tiers sont régies par des dispositions spécifiques impératives, aussi bien en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité des associés que la gestion des biens indivis.

## § 2 – L'intérêt de l'institution

### A – Les avantages et inconvénients de la société en participation

#### 1 – Les avantages

316. La société en participation est une institution ancienne qui offre l'avantage inestimable de constituer un groupement juridique de personnes, tout en échappant à un formalisme rigoureux. Aussi, est-elle un contrat consensuel qui naît dès l'accord de volonté, l'écrit n'étant qu'un moyen de preuve. En revanche, l'acquisition de la personnalité morale et le fonctionnement de l'entité juridique autonome que constitue une société traditionnelle (excepté la SNC) impliquent un formalisme d'une grande lourdeur.

Outre le gain de temps procuré par l'absence de formalités, il faut noter l'économie due au coût peu élevé. À cela, se rattache la liberté contractuelle offerte aux parties qui peuvent aisément aménager leurs relations juridiques au gré de leur intérêt commun, sous réserve de respecter les principes fondamentaux du droit des sociétés. Les associés conviennent librement de l'objet et des modalités de répartition des bénéfices et de contribution aux pertes. Ils organisent comme

---

1. J.-P. Storck, Le contrat de société en participation, *dans* Études à la mémoire d'Alfred Rieg, p. 765 : Bruylant, 2000 – C. Lebel, La société en participation : illustrations et précisions jurisprudentielles : PU Nancy 2010, vol. 2, p. 173 à 190.

2. C. civ., art. 1833.

3. C. civ., art. 1836.

4. C. civ., art. 1844.

5. C. civ., art. 1844-1, al. 2.

ils l'entendent la gestion ou la direction de la société, selon davantage les techniques contractuelles inspirées du principe de l'autonomie de la volonté, que des techniques sociétaires plus contraignantes.

Enfin, ce type sociétaire, en raison de l'absence de publicité, permet licitement aux associés de ne pas révéler aux tiers leur participation et, probablement, d'échapper ainsi aux rigueurs du droit de la concurrence<sup>1</sup>. Une seule ombre à ce caractère occulte : l'obligation de déclarer l'existence de la société à l'administration fiscale, en vue de la perception des droits d'enregistrement<sup>2</sup>. Le contrat de société doit donc être communiqué à l'administration fiscale, faute de quoi, l'impôt sur les sociétés est établi au nom de la société ou du gérant connu des tiers<sup>3</sup>.

## 2 – Les inconvénients

317. Le revers de la médaille est marqué par un certain nombre d'inconvénients qui ne sont que les défauts des qualités de la société en participation. En dépit de la simplicité de sa constitution, le contrat de participation doit être minutieusement établi afin d'éviter toute confusion avec les notions voisines, telles que l'indivision<sup>4</sup>, le contrat de travail<sup>5</sup> avec participation aux bénéfices ou le contrat de prêt avec participation aux bénéfices...

Parallèlement, l'absence de personnalité morale liée au défaut d'immatriculation constitue un obstacle à la réalisation d'opérations à long terme. Cette structure paraît donc plus appropriée aux opérations ponctuelles de courte durée. L'absence de patrimoine engendre des difficultés au regard des biens nécessaires à son fonctionnement. Les biens qu'elle utilise sont soit indivis entre tous les membres, soit conférés en jouissance. La combinaison des règles de l'indivision et des sociétés est parfois source de complications<sup>6</sup>.

En outre, compte tenu de son caractère occulte, la participation repose sur un important degré de confiance et de loyauté dans les relations entre associés. Aussi, sa révélation aux tiers risque d'être lourde de conséquences pour les participants, notamment au niveau de la responsabilité solidaire. Elle suppose également une bonne connaissance des pratiques et usages du secteur d'activité en cause et éventuellement, des moyens de contrôle adéquats de l'activité du gérant.

Enfin, le gérant, seul connu des tiers, peut ne pas avoir une assise financière suffisante lors d'opérations onéreuses ou risquées, sans compter les éventuels conflits susceptibles de naître entre les associés, en raison du défaut de contrat écrit.

1. CA Paris, 6 juin 2000 : Rev. soc. 2000, p. 590, note Y. Guyon.

2. T. adm. Lyon, 9 nov. 1999 : RJF 2/2000, n° 205 – CAA Marseille, 14 juin 1999 : RTD com. 2000, p. 1044, n° 4, obs. F. Deboissy – CE, 21 avr. 2000 : BJS 2000, p. 745, note E. Desmorieux ; RTD com. 2000, p. 1036, n° 2, obs. F. Deboissy.

3. CE, 29 janv. 2003 : Dr. soc. mai 2003, n° 97, obs. J.-L. Pierre.

4. H. Aberkane, L'étalon, la société en participation et la convention d'indivision : Mélanges A. Breton et F. Derrida, p. 11, éd. Dalloz, 1991 – *supra*, n° 22.

5. Com., 25 oct. 2005 : préc. – CA Dijon, 21 mars 2000 : préc. – *supra*, n° 24.

6. F. Dekeuwer-Défossez, L'indivision dans la société en participation : JCP G 1980, I, 2970 – L. Dobassy, *L'indivision dans la société en participation* dans « La société en participation », s/s la direction de D. Gibirila : Journ. soc. juill. 2019, p. 40.

## B – Les applications pratiques

**318.** Étant donné la liberté et l'absence de formalisme qui gouvernent sa constitution et son fonctionnement, la société en participation suscite les applications les plus diverses dans les secteurs d'activités les plus variés. Toutefois, sa clandestinité rend malaisée toute statistique sur le nombre de sociétés existantes. On a souvent recours à la société en participation en tant que structure de coopération dans l'immobilier et dans les professions libérales<sup>1</sup>. Elle permet des rapprochements au sein de « pools » constitués entre compagnies d'assurances ou banques<sup>2</sup>. Elle est également utilisée pour la gestion de pools d'investissement constitués entre propriétaires de certains biens mobiliers.

L'un des aspects le plus courant de la société en participation est le syndicat financier créé en vue de garantir le placement dans le public des titres émis par les sociétés et les collectivités publiques. Afin d'éviter de supporter les risques en général trop importants pour elle seule, la banque à laquelle s'est adressé le groupement émetteur s'accorde avec d'autres établissements de crédit pour former un groupement occulte pour apporter leur garantie. À l'achèvement de l'opération, les participants se répartissent les bénéfices ou les pertes.

Deux entreprises complémentaires peuvent également se servir de la société en participation pour unir leurs opérations. C'est par exemple le cas d'une entreprise industrielle qui fabrique un produit et d'une entreprise commerciale qui le vend. À la différence du GIE, cette forme d'union permet le partage des résultats.

Dans certaines circonstances, des entreprises industrielles ou des groupes financiers peuvent créer des filiales sous la forme de société en participation, afin de se livrer à des prospections, études et recherches, sans éveiller le moindre soupçon.

Enfin, la société en participation peut représenter le cadre juridique d'unions d'entreprises d'une même branche pour une opération déterminée. Étant donné les charges souvent excessives pour une entreprise qu'entraîne la souscription de marchés importants, l'adjudicataire<sup>3</sup> s'associe à un ou plusieurs autres entrepreneurs, afin de pouvoir répondre aux engagements pris.

---

1. J.-Y. Mazan et R. Samson, *La société en participation des professions libérales (SPPL)*: Defrénois 2009, p. 481.

2. Y. Zein, *Les pools bancaires, aspects juridiques*: *Economica* 1998 – Com., 24 oct. 2000 : D 2000, act. jur. p. 423, obs. V. Avena-Robardet; BJS 2001, p. 79, note J. Vallansan.

3. Com., 18 nov. 1997 : RJDA 3/1998, n° 303, à propos d'un syndicat d'étalon.

## Section II

## La constitution de la société en participation

## § 1 – Les conditions de fond

## A – Les conditions inhérentes aux participants

1 – Le consentement et l'*affectio societatis*

319. Comme pour toute autre société, le consentement des participants doit être réel et exempt de tout vice. Il doit traduire leur volonté de s'associer. Mais, la société en participation peut résulter des circonstances de fait dans lesquelles un bien indivis a été affecté à une exploitation commune.

## 2 – La capacité

320. Lorsque la société en participation est occulte, seuls les participants gérants de droit ou de fait doivent, si la société est commerciale, avoir la capacité requise pour exercer une activité commerciale. Il s'ensuit notamment que ne peuvent être gérants :

– les mineurs même émancipés, puisqu'il leur est interdit de faire le commerce, à moins que l'autorisation leur en ait été donnée par le juge des tutelles, plus exactement le juge aux affaires familiales exerçant la fonction de juge des tutelles des mineurs depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010<sup>1</sup>, au moment de la décision d'émancipation, ou par le président du tribunal judiciaire<sup>2</sup> s'il a exprimé la demande d'être commerçant après avoir été émancipé<sup>3</sup> ;

– les personnes pour lesquelles l'exercice du commerce est incompatible avec leur activité (fonctionnaires, officiers ministériels) et les personnes atteintes d'incapacités d'exercer une profession commerciale ou industrielle<sup>4</sup>.

Les participants non-gérants ne sont pas tenus du passif social à l'égard des tiers, mais envers le gérant.

Dans le cas d'une société en participation ostensible, si elle a un objet commercial, seuls les participants qui exercent l'activité sociale doivent avoir la capacité exigée pour faire le commerce car, faute de personnalité morale du groupement, ils se présentent comme des tiers exerçant une activité commerciale. Par ailleurs, deux époux peuvent faire partie d'une société en participation ostensible dont l'objet est commercial, puisqu'il leur est désormais possible d'être ensemble indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales<sup>5</sup>.

1. COJ, art. L 213-3-1 – J. Massip, L'extension des compétences du juge aux affaires familiales : Defrénois 2010, p. 692 – M. Douchy-Oudot, Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 : Procédures oct. 2010, alerte 37.

2. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, le tribunal de grande instance, à la suite de sa fusion avec le tribunal d'instance a été remplacé par le tribunal judiciaire : cf. C. org. jud. art. L 211-3 modifié par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (BRDA 8/2019, n° 20) – M. Burguburu, Le juge est mort, vive le tribunal judiciaire : *Gaz. Pal.* 7 janv. 2020, n° 367, p. 20.

3. C. civ., art. 413-8. – C. com., art. L 121-2, rédact. art. 2, L. n° 2010-658, 15 juin 2010 relative à l'EIRL.

4. C. com., art. L. 128-1, issu de Ord. n° 2005-428, 6 mai 2005 : BRDA 10/2005, n° 29.

5. C. civ., art. 1832-1.