

le droit en fiches
& en flashcards

le droit des sociétés

LÉA LUCIENNE

- + 100 fiches thématiques
- + Flashcards de révision à découper



introduction

fiche n°1

➤ **La notion d'entreprise et l'exploitation en société**

L'entreprise est un ensemble de moyens humains et matériels constituant une entité ayant pour objectif la poursuite d'une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement.

On peut donc exploiter une entreprise sous forme individuelle ou sous forme de société. Les deux formes d'exploitations ont leurs avantages et leurs inconvénients.

L'entreprise exploitée sous forme individuelle

Toute activité marchande exige des investissements. Ceux-ci peuvent être effectués par une seule personne qui prend seule, toutes les décisions, et assume seule les risques. L'entreprise est dite alors individuelle. Elle n'a pas la personnalité morale.

Si on l'exploite sous forme individuelle, l'avantage est que l'on va exploiter son activité marchande en étant seul maître à bord. L'inconvénient est que, du point de vue du financement et des ressources, on assume seul le financement et les risques de l'entreprise.

Si l'entreprise va mal on assume pleinement les risques de cette entreprise et ce, bien que la loi de 2022 sur l'entrepreneur individuel ait institué une distinction de principe entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel. De fait, en cas de liquidation, les investissements réalisés au titre du patrimoine professionnel seront perdus puisque les éléments constituant ledit patrimoine pourront être saisis pour désintéresser les créanciers professionnels.

En outre, si l'entrepreneur individuel doit faire face à des besoins financiers et notamment si l'entreprise se développe, il faudra trouver des capitaux. Dans ce cas, il sollicitera un prêt de son entourage ou un prêt d'un établissement de crédit. Il lui faudra rembourser, à des échéances régulières, les sommes empruntées, majorées d'un intérêt, ce qui pèsera

sur la gestion de l'affaire. De fait, si l'on emprunte auprès des banques on obtient, sous certaines conditions, des fonds dans un délai assez court. Cependant, il faudra rembourser la somme empruntée avec intérêts et de manière rapide.

L'entreprise exploitée en société

Le développement d'une entreprise peut exiger des investissements très importants. Les prêts bancaires ayant leurs limites et un certain nombre d'inconvénients, cela incitera l'entrepreneur à adopter une autre formule et donc à «se mettre en société».

Dans ce cas, l'entrepreneur devra trouver des personnes qui acceptent d'investir et d'affronter les aléas de l'entreprise. Ces personnes réclameront, en contrepartie, une fraction des bénéfices, voire le droit de participer à la direction ou, tout au moins, de contrôler l'affaire. Ainsi se justifie la création d'une société.

fiche n° 2

➤ Les éléments du contrat de société

C'est l'article 1832 du Code civil qui cite trois des quatre caractéristiques essentielles du contrat de société. Ces éléments sont les suivants :

- + La mise en commun des apports.
- + La recherche des bénéfices ou la réalisation d'une économie.
- + La contribution aux pertes.

Il est traditionnel d'ajouter l'*affectio societatis*, c'est-à-dire le désir de s'associer. Voyons plus en détail chacun de ces éléments.

Le premier élément du contrat de société est donc la présence d'apports. En effet, pour être associé au sein d'une société, il faut apporter quelque chose, étant précisé qu'il y a trois catégories d'apports : les apports en numéraire, les apports en nature, et les apports en industrie.

Le deuxième élément du contrat de société est un objectif que doivent avoir les associés : se partager les bénéfices ou profiter d'une économie. Avant la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, la recherche des bénéfices était au centre de la définition du contrat de société donnée par l'article 1832 qui disposait alors que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Se pose alors une question : comment définir les « bénéfices » ?

Lato sensu, la notion de bénéfice pouvait être entendue de deux façons : le bénéfice peut être soit un avantage appréciable en argent, qu'il s'agisse d'un gain, pécuniaire ou matériel, soit l'économie d'une dépense. En revanche, une conception plus restrictive conduisait à donner au mot « bénéfice » le sens de « gain pécuniaire ». C'est cette dernière conception qui a prévalu. En effet, dans le célèbre arrêt *Caisse rurale de la commune de Manigod* rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation le 14 mars 1914. Cette dernière a décidé que la Caisse de

Manigod était une association et non une société et ce, parce qu'elle procurait à ses adhérents des prêts à taux réduits, ce qui leur permettait d'éviter un appauvrissement ou de réaliser une économie, alors que le bénéfice devait s'entendre « d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ». Cette distinction se trouve consacrée par la loi du 4 janvier 1978. Le bénéfice doit s'entendre exclusivement d'un enrichissement pécuniaire. En juxtaposant les deux termes de « bénéfice » et d'« économie » dans l'article 1832 du Code civil, le législateur s'est ensuite rallié à la conception restrictive du bénéfice.

Le troisième élément du contrat de société est la contribution aux pertes qui n'intervient que si les affaires ont été mauvaises. En effet, le contrat de société est un contrat aléatoire. À la fin de la vie de la société, après avoir payé tous les créanciers, s'il ne reste rien dans les caisses sociales, on ne rembourse pas les associés de leurs apports. C'est en cela qu'ils contribuent aux pertes. Attention, on distingue la contribution aux pertes de la contribution à la dette. Les associés qui, dans des sociétés à risque illimité, perdent bien plus que leur apport et paient les dettes de la société sur leurs patrimoines personnels, contribuent non seulement aux pertes mais également à la dette.

Enfin, le quatrième élément dit « traditionnel » du contrat de société est l'*affectio societatis*. Il s'agit de la volonté de collaborer, de façon effective et sur un pied d'égalité, à l'exploitation de l'activité. C'est le quatrième élément du contrat de société. On note que la notion de collaboration sur un pied d'égalité exclut l'existence, entre associés, d'un lien de subordination.

fiche n° 3

➤ **Présentation synthétique des différents types de sociétés (I)**

Les sociétés de personnes

Les sociétés de personnes sont généralement définies comme des sociétés comprenant des associés relativement peu nombreux qui se connaissent entre eux et donc se font confiance. Ainsi, dans les sociétés de personnes, la notion d'*intuitu personae* est centrale.

Les sociétés de personnes sont composées à la fois des sociétés civiles et de certaines sociétés commerciales.

Ainsi, parmi les sociétés commerciales, sont traditionnellement considérées comme des sociétés de personnes les sociétés en nom collectif et la société en commandite simple.

Ce sont des sociétés qui ont un point commun avec les sociétés civiles : la responsabilité illimitée des associés qui sont indéfiniment responsables des dettes sociales. Cette responsabilité particulièrement importante et dangereuse pour l'associé explique l'importance de la qualité, de la personne des associés et de leur solvabilité.

Dans ces sociétés, la part de l'associé n'est cessible qu'avec le consentement des coassociés et le décès ou l'incapacité de l'un d'entre eux peut mettre fin à la société.

Les principales sociétés de personnes sont les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple qui ont la particularité de compter deux types d'associés : le commandité qui est responsable de façon indéfinie et solidaire et le commanditaire dont la responsabilité est limitée aux apports. Notons que parmi les sociétés commerciales, la société à responsabilité limitée, société familiale par essence a été créée en 1925 comme une société de personnes. Aussi

même si la réforme opérée par la loi du 24 juillet 1966 l'a rapprochée des sociétés de capitaux, elle conserve de nombreux traits de la société de personnes et est considérée comme telle par de nombreux auteurs.

Ainsi, *l'intuitu personae* y est également très important, en témoigne la procédure de cession des parts sociales qui, bien que libre entre proches parents et entre associés, implique notamment l'obtention de l'agrément du cessionnaire par les autres associés. Ainsi, bien qu'il s'agisse d'une société à responsabilité limitée dans laquelle chaque associé n'est tenu qu'à hauteur de son apport, la personne de l'associé n'est pas indifférente.

fiche n° 4

➤ **Présentation synthétique des différents types de sociétés (II)**

Les sociétés de capitaux

Les sociétés de capitaux sont des structures juridiques dont le capital social est divisé en actions et dans lesquelles l'*intuitu personae* n'a que peu d'importance.

Dans ces sociétés, les associés que l'on appelle spécifiquement des actionnaires (ou associés) ne sont responsables des dettes de la société qu'à hauteur de leur apport. Ces sociétés sont généralement utilisées pour des activités commerciales importantes et permettent de lever des capitaux plus facilement que les sociétés de personnes.

Les trois principales sociétés de capitaux sont les SA, les SAS et les SARL. De manière subsidiaire, on peut également compter parmi elles, les sociétés en commandite par actions qui sont plus rares et ont une nature dualiste du fait de l'existence de commandités (au moins 1 ayant la qualité de commerçant) qui détiennent des parts sociales et de commanditaires (au moins 3) qui détiennent des actions. Les commandités sont responsables de manière indéfinie et solidaire alors les commanditaires ont une responsabilité limitée aux apports.

Dans les sociétés anonymes, le capital minimum est de 37 000 euros. Elles comptent un minimum de 2 actionnaires et de 7 actionnaires si elles sont cotées en Bourse. On note que la direction est assurée soit par un directeur général et un conseil d'administration lui-même dirigé par son président, soit par un directoire et un conseil de surveillance.

La société par actions simplifiée (SAS) a un capital minimum d'un euro et peut être constituée par un (SASU) ou plusieurs associés. Cette société jouit d'une grande liberté statutaire et cette souplesse fait son

attractivité. Ainsi, elle peut être dirigée par un président ou un directeur général et peut également faire appel au financement participatif ou « crowdfunding » pour lever des fonds.

Enfin les sociétés à responsabilité limitée (SARL) ont également un capital minimum d'un euro et sont plus souvent des structures familiales du fait notamment de l'existence d'une procédure d'agrément en matière de cession de parts sociales. Les associés ne peuvent pas être plus de cent et on note que, par exception, le capital social est divisé en parts sociales. En cela, la SARL fait exception et revêt à la fois les caractéristiques d'une société de capitaux et d'une société de personnes.

Ainsi, les caractéristiques principales des sociétés par actions sont les suivantes :

- + La responsabilité limitée des associés qui ne risquent de perdre que leurs apports.
- + La facilité de cession des actions notamment dans les SA et les SAS, ce qui facilite l'entrée et la sortie des associés.
- + Une réglementation stricte en matière de comptabilité, de formalités légales et de transparence.

Elles présentent l'avantage d'offrir de grandes facilités de financement et ce, notamment dans les SA via la possibilité de lever des fonds par l'émission d'actions. En outre, la responsabilité limitée et la cotation en bourse les rendent très attractives pour les investisseurs. Aussi, on note que les sociétés de capitaux jouent un rôle essentiel dans l'économie, offrant une structure adaptée aux entreprises cherchant à se développer tout en protégeant les investisseurs. Leur flexibilité et leur capacité à mobiliser des ressources financières en font des choix privilégiés pour de nombreuses entreprises.

fiche n° 5

➤ Le groupement d'intérêt économique

Le groupement d'intérêt économique (GIE) est un groupement de personnes physiques ou morales destiné à permettre le développement de l'activité économique de ses membres. En cela, le GIE est une entité qui se différencie de la société tout en ayant quelques points communs avec elle. Les GIE sont régis aux articles L. 251-1 à L. 251-23 du Code de commerce.

La constitution du GIE

Le GIE peut être constitué par deux ou plusieurs personnes physiques ou morales. Vous remarquerez à ce titre que le GIE ne peut pas être constitué par une seule personne et qu'il n'existe donc pas de GIE unipersonnel. Précisons qu'il peut également être constitué avec ou sans capital. Formellement, le GIE est constitué par la rédaction d'un écrit, rédaction qui sera suivie de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). Dès son immatriculation au RCS, le GIE obtient la personnalité morale.

Les objectifs du groupement

Le groupement d'intérêt économique doit être envisagé comme un instrument de collaboration entre ses membres. Son but est de **faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres** et d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Ainsi, le GIE n'a pas vocation à faire des bénéfices pour lui-même mais uniquement à faire faire des bénéfices à ses membres.

Attention : si la réalisation de bénéfices ne fait pas partie des buts du GIE, cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie des résultats provenant de ses activités soit mise en réserve dans les comptes du groupement

pour les besoins de la réalisation de son objet légal. Cela ressort notamment d'un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 6 mai 2014 (n° 13-11427).

Notons également que le groupement d'intérêt économique a un caractère auxiliaire en ce sens qu'il a vocation à permettre à ses membres de réaliser des actions communes. En cela, l'activité du GIE doit être compatible avec celle de ses membres qui doivent conserver leur individualité.

GIE et commercialité

Un GIE peut tout à fait effectuer des actes de commerce. En outre, c'est l'objet poursuivi par le GIE qui détermine son éventuel caractère commercial avec toutes les conséquences qui s'y attachent.

Toutefois, le GIE ne peut pas être titulaire d'un fonds de commerce.

Exemples de GIE

Le «GIE carte bancaires» ou «GIE CB» définit les modalités de fonctionnement du schéma de paiement par carte bancaire. Il est considéré comme commercial.

Pour un autre exemple, le «GIE PMU» est un groupement d'intérêt économique qui, depuis 1985, rassemble des sociétés de courses. En tant qu'opérateur de pari mutuel de sport hippique, il est considéré comme civil.

fiche n° 6

➤ L'association

Nature de l'association

L'association n'est ni une société, ni un groupement d'intérêt économique. Elle est une entité à part entière régie notamment par la loi du 1^{er} juillet 1901. L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 définit l'association comme une « convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, de façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. [...] ». Ainsi, l'association a la nature d'une convention, ce qui explique qu'elle est régie par les principes généraux du droit applicables aux contrats et aux obligations (article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 *in fine*).

Le but de l'association

À la différence de la société, et c'est d'ailleurs le point essentiel qui distingue ces deux entités, l'association ne se caractérise pas par la recherche et le partage des bénéfices. En cela, il est opportun de rappeler les termes du célèbre arrêt « Caisse rurale de Manigod » qui fut rendu par la Cour de cassation le 11 mars 1914. Dans cet arrêt, la question était de savoir si la Caisse rurale de Manigod avait la nature d'une association ou d'une société. Selon cet arrêt, une distribution éventuelle de réserves au jour de la liquidation, qui ne se ferait pas nécessairement au profit de tous les adhérents et n'aurait pas pour base la seule qualité des associés, ne présente pas les caractères légaux d'un partage de bénéfices. En effet, dans une société, le partage de bénéfice se fait au profit de tous les associés et sur la seule base de la qualité d'associé. En conséquence, la Caisse rurale de Manigod ayant mis en place une distribution de réserves selon des modalités différentes, ne pouvait avoir la nature d'une société. Ainsi, le but d'une association peut être la recherche

d'une économie - elle se rapproche en cela des sociétés coopératives - ou la défense d'intérêts divers et variés. De la sorte, son but peut-être qualifié de lucratif ou de désintéressé.

Indications formelles

D'un point de vue formel on note qu'une association peut avoir la personnalité morale si elle est déclarée à la préfecture. En outre, elle bénéficiera d'une personnalité « plus complète » si elle est reconnue comme étant d'utilité publique. Dans ce dernier cas, elle pourra recevoir des dons et des legs. Par ailleurs, l'objet d'une association est par principe civil, étant précisé que, par exception, elle peut faire des actes de commerce. En effet, les associations ne peuvent, en théorie, exercer une activité commerciale. La loi régit ces situations notamment au travers de l'article L. 442-7 du Code de commerce qui dispose qu'aucune association ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts. Ainsi, les statuts d'une association peuvent prévoir qu'elle effectuera des actes de commerce et ce n'est que dans ce cadre qu'elle pourra effectuer de tels actes de manière habituelle. On note également qu'une association ne peut être instituée que par deux ou plusieurs personnes qui sont appelées des « adhérents » ce qui exclut, comme pour le GIE, l'hypothèse d'une « association unipersonnelle ». Au demeurant, le sens même du mot « association » exclut que l'on puisse former seul une telle entité. Elle peut être constituée sans capital et ne peut, par principe, avoir pour patrimoine que les cotisations, le local et les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement de ses buts. Les apports sont donc purement facultatifs et peuvent prendre différentes formes. Enfin, et de manière somme toute logique, on note que les adhérents n'ont aucun droit financier, ce qui implique qu'ils n'ont pas vocation à se partager d'éventuels excédents ni le *boni* de liquidation.

fiche n°7

▾ Les spécificités des sociétés coopératives

Les sociétés coopératives sont notamment régies par la loi du 10 septembre 1947 dont l'article 1^{er} dispose que «la coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires».

La coopérative est donc un type de société. Elle est obligatoirement constituée par plusieurs personnes. Par nature, une société coopérative ne peut pas être unipersonnelle. De fait, on ne peut pas coopérer avec soit même.

La coopérative a pour particularité d'impliquer un effort commun, la mise en place de moyens, une participation économique des membres, la formation des membres et la coopération avec d'autres coopératives.

Formellement, les membres de la coopérative sont appelés associés ou sociétaires.

Le but premier de la coopérative n'est pas le partage des bénéfices dans la mesure où les excédents de cette dernière sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres. Son but premier est donc la réalisation d'une économie.

Par exemple, certains magasins fournissant des denrées alimentaires biologiques sont souvent constitués sous la forme de coopératives. Les clients sont invités à devenir sociétaires moyennant le paiement d'une somme d'argent déterminée. Une fois sociétaires, ils ne perçoivent pas de dividendes annuels. En revanche, ils peuvent faire leurs courses au sein du magasin à des prix plus avantageux que ceux destinés au grand public. En cela, la société coopérative permet à ses sociétaires de réaliser une économie.

Par les buts qu'elle affiche, la coopérative, tout en étant bel et bien une société, est une société proche de l'association. En effet, son but n'est pas de réaliser un ou de partager un profit mais d'améliorer le sort de ses membres.

Les principes coopératifs

Toute société coopérative est soumise à des principes dits «coopératifs».

D'abord, elle permet la rencontre de personnes ayant des qualités antinomiques: les patrons et les salariés ou encore les marchands de détail et les consommateurs.

Plus encore, les SCOP (sociétés coopératives de production) permettent aux membres d'avoir la double qualité de dirigeant et de salarié.

Parmi les autres principes coopératifs, on note :

- + La variabilité du capital qui est à mettre en corrélation avec l'adhésion et la sortie régulières des sociétaires.
- + L'altruisme: la coopérative a des fins altruistes, sociales et morales.
- + Le principe démocratique selon lequel «un homme = une voix». Dans une coopérative, un sociétaire a le «même poids» qu'un autre lors des prises de décisions.

partie 1

La naissance de la société

➤ CHAPITRE 1

Le contrat de société

➤ CHAPITRE 2

La personnalité morale de la société

fiche n° 8

▾ Le consentement

Pour être valide, le contrat de société doit remplir les conditions générales inhérentes au droit des contrats et notamment les conditions de fond parmi lesquelles on compte le consentement des parties au contrat (article 1128 du Code civil). Ce consentement doit être réel, dénué de tout vice et sincère.

L'existence du consentement implique que la volonté de s'associer soit consciente. C'est-à-dire que celui qui exprime la volonté de s'associer doit posséder le discernement requis pour comprendre ce qu'il réclame. Ce discernement est apprécié souverainement par les tribunaux.

Le consentement des associés doit être dénué de vice ce qui implique qu'il ne doit pas être donné par erreur, ni sous l'effet d'un dol ou de la violence. Un contrat de société entaché d'un de ces trois vices du consentement est susceptible d'être annulé, sauf s'il s'agit d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions. Dans ces derniers cas, un régime spécifique s'applique. L'erreur peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'une erreur sur l'objet ou d'une erreur sur la personne. L'erreur sur l'objet peut porter sur la nature du contrat conclu. C'est le cas lorsqu'une partie croit s'engager dans une société et l'autre dans un prêt ou un contrat de travail avec participation aux bénéfices. Elle peut également concerner la forme de la société. Par exemple, un associé peut croire faire partie d'une société à responsabilité limitée tout en adhérant en réalité à une société civile dans laquelle sa responsabilité est illimitée. On compte également dans cette catégorie, l'erreur sur l'appréciation d'un apport. Ici, l'erreur ne peut être retenue que si elle porte sur la réalité et la nature de l'apport et non sur sa valeur. Ce peut être le cas d'un apport ne permettant pas de réaliser le but poursuivi. L'erreur sur la personne consiste en une fausse appréciation de l'identité physique et civile de la personne d'un associé ou de ses qualités substantielles. Cette erreur est retenue lorsque la considération de la personne a été la cause principale de la

convention. La violence est une contrainte illégitime qui est exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à devenir associé. Enfin, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles que, sans elles, l'autre partie n'aurait pas contracté. C'est l'exemple d'un associé qui aurait usé d'artifices pour tromper une personne et la convaincre de faire partie de la société. Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé. Le juge doit donc constater l'intention dolosive. Il faut établir l'existence de manœuvres telles que, sans elles, la victime n'eût pas contracté. On note également la prise en compte par l'article 1137 du Code civil de la réticence dolosive qui est « la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

La sincérité du consentement implique l'absence de simulation qui consiste à conclure un contrat fictif. On distingue trois hypothèses. La simulation peut porter soit sur l'existence même du contrat, soit sur la nature du contrat, soit sur la personne du contractant. En cas de simulation portant sur l'existence du contrat, l'acte est fictif. Une telle simulation se rencontre lorsque les prétendus associés n'ont eu aucune intention de s'associer ni de coopérer, ni même de contracter. La simulation sur la nature du contrat implique que les parties ont entendu conclure un contrat dont les dispositions sont tenues secrètes, sous l'apparence d'un contrat de société. Parfois, la société apparente cache une opération illicite, déguisant ainsi une volonté de fraude. Enfin, la simulation sur la personne du contractant recouvre l'hypothèse d'interposition de personnes. Celui qui se présente comme associé n'est en réalité que le prête-nom du véritable associé lequel demeure le seul et unique propriétaire des parts et est en capacité de les céder.

fiche n° 9

➤ La capacité

La capacité est l'aptitude d'une personne à participer à la vie juridique. Le défaut de capacité d'un associé est une cause de nullité de la société, sauf dans les sociétés à responsabilité limitée (SARL) et dans les sociétés par actions (SA, SCA, SAS). Les problématiques liées à la capacité sont multiples et se posent dans des domaines variés. Ainsi, on peut s'interroger de manière classique sur la capacité des mineurs, des majeurs protégés, des personnes morales ou encore des époux ou des personnes liées par un pacte civil de solidarité. De manière plus spécifique, les questions de capacité peuvent être liées à l'existence d'une procédure collective, à l'exercice d'une profession ou encore à la qualité d'étranger. Dans un but de synthèse, nous concentrerons le propos sur les mineurs, les incapables majeurs et les personnes mariées.

Par principe, le mineur ne dispose pas de la capacité juridique sauf à avoir fait l'objet d'une émancipation. Il faut donc distinguer le mineur émancipé du mineur non émancipé. Depuis la loi du 15 juin 2010 relative à l'EIRL, le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation soit du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation, soit du président du tribunal judiciaire s'il formule cette demande après avoir été émancipé. Il peut donc être associé dans une société en nom collectif, ou associé commandité dans une société en commandite simple ou en commandite par actions. En revanche, le mineur non émancipé peut être associé seulement de sociétés qui ne requièrent pas la qualité de commerçant (SA, SARL, SAS) ou associé commanditaire dans une société en commandite simple ou par actions. Toutefois, il ne peut agir personnellement, ce qui implique que les titres doivent être souscrits en son nom par son représentant légal (administrateur légal ou tuteur). Notons enfin que le mineur peut accomplir seul les actes d'administration nécessaires à la création et à la gestion d'une société unipersonnelle.

En ce qui concerne le majeur protégé, il faut distinguer selon le régime de protection. Le majeur sous sauvegarde de justice peut être associé quelle que soit la forme de la société. Le majeur en curatelle peut être associé en étant assisté de son curateur. Enfin, le majeur sous tutelle peut être associé, mais doit être représenté par son tuteur. En outre, l'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour qu'il apporte un bien à la société.

En principe, la personne mariée peut librement devenir associée d'une société en faisant apport des biens dont son régime matrimonial lui permet de disposer. De manière plus précise, on note qu'une personne mariée, quel que soit son régime matrimonial, peut entrer dans une société sans avoir à demander l'autorisation de son conjoint. Cependant, alors que cette liberté est totale dans les sociétés par actions, il existe une exception légale dans les sociétés de personnes. Ainsi, lorsqu'une personne est mariée sous le régime de la communauté légale et qu'elle apporte à la société un bien prélevé sur la communauté, le conjoint se voit reconnaître le droit de revendiquer la qualité d'associé pour la moitié des parts acquises. Ce n'est pas le cas dans les sociétés par actions comme la SA ou la SAS. Dans ce cas, l'époux qui acquiert les parts avec les biens communs est le seul propriétaire des parts. L'autre époux ne devient pas associé, mais il a droit à la moitié des bénéfices générés par ces actions. Cela implique que le conjoint doit être informé de la démarche de l'autre, la justification de cette information devant apparaître dans l'acte d'apport. Le défaut d'information du conjoint de l'apporteur d'un bien commun est sanctionné par la nullité de l'apport. Le conjoint de l'apporteur doit ensuite notifier à la société son intention d'être personnellement associé. L'agrément des associés accordé à l'un des époux vaut alors pour les deux et la revendication de la qualité d'associé par le conjoint ne peut être écartée sur le fondement de l'absence d'*affectio societatis*. En revanche, si le conjoint renonce à revendiquer ce droit, cette renonciation est définitive.

fiche n° 10

➤ L'objet

L'objet de la société que l'on appelle également l'« objet social » désigne le type d'activité que la société se propose d'exercer pour obtenir les bénéfices escomptés : fabrication et vente de tel ou tel produit, négoce, prestations de services, etc.

La détermination de l'objet est importante car elle conditionne la régularité des opérations que la société va effectuer. En effet, c'est à partir de l'objet social que s'apprécient :

- + La nécessité d'une modification statutaire en cas de changement d'activité.
- + La validité de la dénomination sociale choisie pour la société, car, en principe, deux sociétés ne peuvent pas avoir une dénomination semblable ou très voisine si elles exercent des activités identiques ou qui se recoupent.
- + L'étendue des pouvoirs des organes de direction de la société à l'égard des tiers, la société étant automatiquement engagée par tout acte des dirigeants entrant dans l'objet social.
- + La mise en œuvre de la responsabilité pénale de la société, celle-ci ne pouvant pas être engagée si l'acte reproché à la société dépasse son objet.
- + Le régime juridique de certaines sociétés soumises à un statut particulier compte tenu de la nature même de leurs activités.

L'objet social est déterminé dans les statuts qui doivent contenir la description de l'activité projetée de la société. En outre, certaines conditions doivent impérativement être remplies. Premièrement, dans toute société, l'objet doit être suffisamment explicite. Ainsi, une formule vague concernant « toutes opérations commerciales, industrielles ou financières », sans autre précision, serait insuffisante. Il est recommandé de

préciser au moins le genre de commerce ou d'industrie qu'entend exploiter la société. Deuxièmement, l'objet doit être possible. Troisièmement, l'objet doit être licite. On note que la licéité de l'objet se détermine à partir de l'activité réellement exercée par la société et non pas à partir de celle indiquée dans les statuts.

Ainsi, il ne suffit pas que l'objet statutaire soit licite; encore faut-il que l'objet réel le soit. En outre, est illicite toute activité contraire à « l'ordre public et aux bonnes mœurs » telle que la contrebande, l'exploitation de maisons de tolérance ou de maisons de jeu (sous réserve des lois particulières sur les cercles et casinos, les courses et les loteries), les activités ayant pour but l'entrave au libre exercice du commerce et de l'industrie, etc. Enfin, même licites, diverses activités ne peuvent être exercées par des sociétés que sous certaines conditions. L'activité en cause peut être soumise à un statut légal particulier.

Les irrégularités relatives à l'objet peuvent être sanctionnées tant sur le plan civil que sur le plan pénal.

En matière civile, la violation des règles relatives à l'objet peut donner lieu à deux types de sanction :

- + D'une part, la nullité absolue de la société, si l'objet est illicite.
- + D'autre part, une régularisation, si l'objet n'a pas été mentionné dans les statuts ou a été mal indiqué.

En outre, l'exercice d'une activité illicite peut constituer une infraction pénale. Il en est souvent ainsi pour les activités contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

fiche n° 11

➤ Le but du contrat

Le but autrefois appelé la cause du contrat de société est la raison pour laquelle la société est constituée, raison qu'il ne faut pas confondre avec la raison d'être de la société telle qu'elle a été créée par la loi PACTE et qui, en vertu de l'article 1835 du Code civil est « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité. »

En outre, très souvent, on confond la cause du contrat de société avec l'objet car on considère que la raison pour laquelle on crée une société est la réalisation de son objet. En réalité, ces deux notions doivent être distinguées. L'objet, s'entend de l'activité assignée à la société dans les statuts. La cause, quant à elle, doit s'analyser comme le motif pour lequel plusieurs personnes sont convenues de s'associer.

Cette distinction présente un intérêt pratique du point de vue de l'annulation de la société. En effet, il peut arriver que l'objet social soit licite mais que la société soit annulable pour cause illicite.

Attention, à partir du 1^{er} octobre 2025 et selon l'ordonnance du 12 mars 2025, il sera mis fin à la règle selon laquelle, pour les sociétés commerciales, la nullité d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du Livre II du Code de commerce ou des lois qui régissent les contrats. Ainsi, sauf disposition contraire, la nullité des décisions sociales (et non plus des « actes et délibérations ») ne pourra résulter (pour les sociétés civiles comme pour les sociétés commerciales) que de la violation d'une disposition impérative du droit des sociétés, à l'exception du dernier alinéa de l'article 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général (C. civ. art. 1844-10 modifié par l'article 1 de l'ordonnance), que la décision sociale modifie ou non les statuts.

Depuis la réforme du droit des obligations de 2016, la nullité du contrat pour cause subjective (aussi appelée cause du contrat) illicite prévue par les anciens articles 1131 et 1133 du Code civil, a été remplacée par la nullité pour but contraire à l'ordre public (art. 1162). Rappelons que, depuis un arrêt de 1998 (Cass. civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-14.359): «un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat», il n'est plus nécessaire que le caractère illicite de la cause du contrat soit partagé, ni même connu, par toutes les parties pour que la nullité du contrat soit encourue. Cette solution est transposée à la nouvelle nullité du contrat pour but contraire à l'ordre public (art. 1162). **La fonction de la nullité pour cause illicite est donc entièrement conservée à travers la nouvelle notion de but du contrat.**

Ainsi, il est licite de donner pour objet à une société l'exploitation d'une pharmacie. Cette société aura cependant une cause illicite si elle a été constituée en vue de tourner la législation sur la pharmacie.

En outre, la société peut aussi être annulée pour défaut de cause. Plus exactement, depuis la réforme de 2016, la nullité du contrat pour absence de cause objective (ou cause de l'obligation; anc. art. 1131) est remplacée, dans les contrats synallagmatiques, par une nullité du contrat en raison du caractère illusoire ou dérisoire de la contrepartie convenue (art. 1169). Si la lésion n'était pas en principe une cause de rescision (anc. art. 1118), cela n'empêchait pas la Cour de cassation de retenir la nullité du contrat lorsque le déséquilibre entre la valeur des obligations réciproques des parties était tellement important qu'il confinait peu ou prou à une absence de cause objective (exemple: Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-14.285.). Le nouvel article 1168 écarte toujours le principe d'une rescision pour lésion, mais le nouvel article 1169 conserve la possibilité d'une nullité du contrat lorsque le déséquilibre entre les prestations est tellement important que l'une d'elles en devient dérisoire.

Toutefois, ces nullités pour cause illicite ou défaut de cause sont écartées lorsqu'il s'agit d'une société à responsabilité limitée ou d'une société par actions.

fiche n° 12

▾ Les apports

L'article 1832 alinéa 1 du Code civil dispose que « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Ainsi, les apports sont un des éléments du contrat de société. Quant à sa nature, on note que l'apport est une convention originale qui n'est assimilable ni à une vente (faute d'un prix en argent) ni à un échange ou à un prêt, compte tenu du caractère aléatoire et non pas commutatif de l'opération. Ainsi, les apports consistent dans les biens, dont les associés transfèrent la propriété ou la jouissance à la société et en contrepartie desquels ils reçoivent des parts sociales ou des actions.

On déduit de l'article 1832 du Code civil que chacun des associés doit obligatoirement avoir fait un apport. Cette règle ne souffre aucune exception et elle vaut pour toute société. Toutefois, il n'est pas nécessaire que les apports des associés soient d'égale importance ou de même nature.

Selon l'article 1843-3 du Code civil, il existe trois types d'apports :

- + Les apports en numéraires qui sont les apports de sommes d'argent.
- + Les apports en nature qui sont les apports de biens meubles ou immeubles.
- + Les apports en industrie qui désignent l'apport, par un associé, de sa force de travail ou encore de son talent ou de ses compétences particulières.

Attention : les apports en numéraires doivent se distinguer des apports en compte courant. En effet, les apports en compte courant s'analysent comme des prêts faits par un associé à la société. Ainsi, les associés peuvent

les récupérer à tout moment. En revanche, les apports en numéraires (comme les apports en nature) ne sont pas des prêts et ne pourront être récupérés qu'à la fin de la société s'il reste un *boni* de liquidation.

L'apport doit être effectif, c'est-à-dire de nature à procurer à la société un bien représentant une valeur certaine. Un apport fictif est nul et peut entraîner la nullité de la société, sauf s'il s'agit d'une SARL ou d'une société par actions.

De plus, les apports doivent être rémunérés par des droits sociaux (parts sociales ou actions) exposés aux risques de l'entreprise et qui donneront aux associés des droits pécuniaires et des droits extra-pécuniaires encore appelés droits politiques.

Parmi les droits pécuniaires on compte le droit de l'associé, à la fin de la société, de se voir rembourser son apport éventuellement assorti d'un bénéfice. Il partagera alors avec les autres associés le *boni* de liquidation, ce qui reste après paiement de tous les créanciers de la société. S'il ne reste rien, l'associé n'aura rien. C'est en ce sens qu'il contribue aux pertes. En outre, chaque année, si l'exercice est bénéficiaire et s'il existe des bénéfices distribuables (c'est-à-dire non mis en réserve), l'associé recevra des dividendes. Enfin, l'associé peut réaliser un profit en quittant la société, s'il revend sa part plus chère qu'il ne l'a acquise.

L'associé dispose également de droits extra-pécuniaires ou droits politiques. Ainsi, il a le droit de participer aux décisions collectives, c'est-à-dire de prendre part aux assemblées, décider de l'affectation des résultats annuels, nommer et révoquer les dirigeants, voire devenir l'un de ces dirigeants. Notons que droits pécuniaires et droits politiques sont liés. Les associés prennent le risque de ne toucher aucun *boni* de liquidation, de ne toucher aucun dividende, ou de céder à perte leurs titres. En contrepartie, il fallait bien leur conférer des prérogatives politiques qui leur permettent d'exercer une forme de contrôle sur l'utilisation de leur investissement.

fiche n° 13

▾ La vocation aux bénéfices ou aux économies

L'article 1832 du Code civil dans sa version actuelle dispose que « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. » Ainsi, aujourd'hui, les parties au contrat de société s'associent dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui résultera de la création de la société.

Cependant, on note que, avant la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, la recherche des bénéfices était au centre du contrat de société puisque l'article 1832 du Code civil disposait alors que « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». La société, entreprise commune à but lucratif, s'opposait alors à l'association qui, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, est « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun de façon permanente leur connaissance ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices ».

La question est alors la suivante : comment définir les bénéfices ? En effet, la notion de bénéfice pouvait être entendue de deux manières. *Lato sensu*, le bénéfice peut s'entendre soit d'un avantage appréciable en argent, qu'il s'agisse d'un gain, pécuniaire ou matériel, soit de l'économie d'une dépense. *Stricto sensu*, le bénéfice s'entend uniquement d'un gain pécuniaire.

C'est cette dernière conception, la conception stricte, qui a été retenue dans l'arrêt « Caisse rurale de la commune de Manigod en 1914 » (Cass., Ch. Réun., 11 mars 1914, Caisse rurale de Manigod). En outre, cette distinction a été consacrée par la loi du 4 janvier 1978. En effet, en juxtaposant

les deux termes de bénéfices et d'économie dans l'article 1832 du Code civil, le législateur s'est alors rallié à la conception restrictive du bénéfice qui doit s'entendre exclusivement d'un enrichissement pécuniaire.

Ainsi, en droit positif, en échange de leur investissement leur ayant conféré des droits sociaux, les associés peuvent bénéficier d'un enrichissement pécuniaire qui se traduit le plus souvent par le versement d'un dividende annuel, c'est-à-dire par la perception d'une part du bénéfice annuel, cette part étant, la plupart du temps, proportionnelle à la part du capital détenue par l'associé. En outre, on note qu'en vertu de l'article 1844-1 al. 1 *in fine* «la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire». Ainsi, s'il y a parmi les associés, un apporteur en industrie et qu'aucune clause des statuts ne prévoit une répartition spécifique des bénéfices, sa part sera égale à celle de l'associé qui a le moins apporté en nature et/ou en numéraire.

En outre, dans certaines entreprises, les associés peuvent bénéficier d'une économie. Ce sont surtout dans les sociétés coopératives (article 1^{er} de la loi 10 septembre 1947) que l'on retrouve la possibilité pour les sociétaires de réaliser une économie. En effet, selon l'article 1^{er} de la loi du 10 septembre 1947 «La coopérative est une société constituée par plusieurs personnes volontairement réunies en vue de satisfaire à leurs besoins économiques ou sociaux par leur effort commun et la mise en place des moyens nécessaires [...]. Les excédents de la coopérative sont prioritairement mis en réserve pour assurer son développement et celui de ses membres [...]». Ainsi, la coopérative n'a pas pour but premier de faire faire des bénéfices à ses associés. En revanche, elle peut leur permettre de réaliser une économie. Par exemple, certains magasins «bio» fonctionnent de la sorte. Ils ne distribuent pas de dividendes à leurs sociétaires mais leur permettent d'acheter de la nourriture biologique à des tarifs préférentiels.

fiche n° 14

▾ Les clauses léonines

L'article 1844-1 du Code civil dispose que « La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire.

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

Ainsi, en vertu de cet article, pour savoir quelle doit être la contribution aux pertes d'un associé ou sa part du bénéfice, il faut regarder la proportion de parts que ce dernier possède dans le capital social. Toutefois, cette règle n'est pas impérative et on peut très bien prévoir un partage égal entre associés. Il est même possible de prévoir une clé de répartition un peu différente. Par exemple, on peut prévoir qu'un associé aura 80 % des bénéfices et 20 % des pertes. De fait, il n'est exigé ni un partage égal entre les associés, ni un partage proportionnel aux apports ni même une clé de répartition identique pour le partage des bénéfices et celui des pertes.

Il est même possible d'insérer dans les statuts une clause tontinière (clause que l'on doit à Lorenzo Tonti) selon laquelle un associé aura la totalité des bénéfices ou la totalité des pertes à condition qu'il soit le dernier survivant. On peut donc exclure un associé de toute participation aux bénéfices si l'exclusion n'est que conditionnelle.

Cette liberté dans la répartition des bénéfices et dans la contribution aux pertes connaît une limite: celle des clauses léonines. « Léonin » vient du latin *leo* qui signifie « lion ». Selon une croyance populaire, le

lion partage l'animal qu'il a en quatre parts et les prend toutes. C'est un peu le principe qui sous-tend les clauses léonines qui sont interdites par l'article 1844-1 alinéa 2 du Code civil.

Une clause léonine est une clause par laquelle :

- + Soit on attribue à un associé la totalité du profit procuré par la société.
- + Soit on exonère un associé de la totalité des pertes.
- + Soit on exclut un associé de la totalité du profit.
- + Soit on met à la charge d'un associé la totalité des pertes.

Pour synthétiser, on a des clauses léonines positives et des clauses léonines négatives. Les clauses léonines positives sont celles qui attribuent à un associé la totalité du profit ou qui l'exonèrent de la totalité des pertes. Les clauses léonines négatives sont celles qui excluent un associé de la totalité du profit ou encore qui mettent à sa charge la totalité des pertes.

En pratique, si l'on prévoit qu'un associé aura la totalité des bénéfices, ou au contraire n'aura jamais de bénéfices ou qu'un associé aura la totalité des pertes ou n'aura jamais de perte à supporter, ces clauses seront considérées comme léonines et seront réputées non écrites.

Pour donner un exemple de montage considéré comme léonin, on peut évoquer l'arrêt de référence en la matière : l'arrêt SCHAEFFER rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 octobre 1994. En l'espèce, les statuts d'une SNC prévoyaient une clause par laquelle un associé avait abandonné tous les bénéfices correspondant à sa part dans le capital social moyennant le versement par l'autre associé d'une redevance forfaitaire. Cette clause a été jugée léonine car, en faisant bénéficier l'associé d'une redevance mensuelle forfaitaire, elle excluait l'associé de toute contribution aux pertes. De fait, la clause avait pour effet d'assurer à son bénéficiaire la certitude d'un profit, quand bien même la société générerait des pertes qui seraient alors entièrement à la charge de l'autre associé.

fiche n° 15

➤ Les montages léonins (I)

Les promesses d'achat à prix plancher
lors de cessions massives de droits sociaux

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un associé majoritaire cède le contrôle de sa société. En pratique, s'il ne peut pas se défaire de l'intégralité de ses titres en une seule fois, le cessionnaire signe une promesse d'achat pour la partie des actions qu'il n'acquiert pas immédiatement en prévoyant un prix plancher au profit du cédant. La problématique se concentre alors sur ce prix plancher. Est-ce là un montage léonin ? De prime abord, on pourrait le penser puisque le cédant demeure associé grâce aux parts non achetées par le cessionnaire, tout en étant certain de vendre lesdites parts à un prix fixé à l'avance et ce, quelle que soit leur valeur au moment de la cession. En cela, si le prix plancher est supérieur à la valeur réelle des parts au moment de la cession, le cédant ne contribuera pas aux pertes.

Or, il faut tout de même noter que le cédant, qui est désormais un associé minoritaire, risque d'être victime d'une mauvaise gestion de son successeur, c'est-à-dire du cessionnaire. De plus, sans promesse d'achat, le cessionnaire pourrait ensuite refuser d'acheter les actions restantes ou vouloir les acheter à un prix dérisoire et ce, d'autant plus que les actions d'un associé minoritaire sont peu intéressantes du point de vue de l'investisseur. Elles n'ont donc qu'une faible valeur et sont presque inaccessibles. Cette promesse d'achat à prix plancher est donc une garantie sans laquelle le cédant n'aurait sans doute pas consenti à une cession de ses parts en plusieurs fois.

La doctrine, quant à elle, considère qu'il n'y a pas de violation des règles qu'impose le contrat de société car, après une cession de contrôle, le cédant ne doit plus être considéré comme un véritable associé dans la mesure où son *affectio societatis* aurait totalement disparu. Ainsi, la réglementation des clauses léonines ne devrait pas s'appliquer à un

associé sortant mais seulement à un associé entrant dans le cas où on lui proposerait des conditions particulières et donc ayant une influence sur le pacte social, pour l'inciter à contracter.

D'un point de vue jurisprudentiel, les positions divergent selon les chambres de la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre commerciale réfute le caractère léonin de ces clauses. C'est ainsi que dans son célèbre arrêt Bowater rendu le 20 mai 1986, la Cour de cassation considère que « la prohibition de l'article 1844-1, al. 2, ne s'applique qu'aux clauses portant atteinte au pacte social; elle ne s'applique pas à une convention dont l'objet n'est autre, sauf fraude, que d'assurer moyennant un prix librement convenu la transmission des droits sociaux ». Ainsi, l'opération serait légitime car étrangère au pacte social et sans incidence sur l'attribution des bénéfices aux associés et sur leur contribution aux pertes. De fait, du point de vue de la société, il y aura toujours quelqu'un pour contribuer aux pertes : l'associé cessionnaire qui a promis le rachat des parts à prix plancher. Dans l'hypothèse où il les achète à un prix supérieur à leur valeur réelle, il contribue d'ores et déjà aux pertes. On note que cette position a été confirmée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt Jallet du 10 janvier 1989.

En revanche, la première Chambre civile de la Cour de cassation prend le contrepied de cette jurisprudence en annulant ces clauses dans un arrêt du 22 juillet 1986 confirmé par le célèbre arrêt Levêque-Houist rendu le 7 avril 1987. En effet, la première Chambre civile s'attache à l'effet de la convention. De la sorte, elle condamne toute clause qui aurait pour effet d'exclure un ou plusieurs associés du partage des pertes et ce, quelle que soit la nature ou l'objectif du montage contenant la clause litigieuse.