

3<sup>e</sup> édition

fiches de  
**Droit  
des sociétés**

Rappels de cours et exercices corrigés

Franck Marmoz



# fiches de Droit des sociétés

Rappels de cours et exercices corrigés

3<sup>e</sup> édition

Franck Marmoz

*Directeur de l'Institut de Droit et d'Économie des affaires  
Doyen honoraire de la Faculté de droit  
Université Jean Moulin – Lyon 3*



Retrouvez tous les titres de la collection « Fiches »  
sur <http://www.editions-ellipses.fr>



ISBN 9782340-053847

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2019  
32, rue Bargue 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

[www.editions-ellipses.fr](http://www.editions-ellipses.fr)

# Table des matières

<b>Fiche 1</b>	Introduction au droit des sociétés.....	5
<b>Fiche 2</b>	Les classifications des sociétés .....	13
<b>Fiche 3</b>	La formation des sociétés.....	18
<b>Fiche 4</b>	Le capital social.....	27
<b>Fiche 5</b>	Les apports .....	33
<b>Fiche 6</b>	La participation aux résultats .....	39
<b>Fiche 7</b>	<i>L'affectio societatis</i> .....	47
<b>Fiche 8</b>	La personnalité morale.....	52
<b>Fiche 9</b>	Les sociétés dépourvues de personnalité juridique.....	58
<b>Fiche 10</b>	La responsabilité des sociétés dotées de la personnalité morale ..	64
<b>Fiche 11</b>	Le droit de vote de l'associé.....	70
<b>Fiche 12</b>	Le droit à l'information de l'associé .....	77
<b>Fiche 13</b>	Les droits de l'associé sur les parts sociales (1) La transmission des parts sociales .....	85
<b>Fiche 14</b>	Les droits de l'associé sur les parts sociales (2) .....	94
<b>Fiche 15</b>	Les clauses de garantie de passif.....	101
<b>Fiche 16</b>	Les assemblées générales .....	107
<b>Fiche 17</b>	Les pactes d'associés .....	115
<b>Fiche 18</b>	Le statut du dirigeant.....	121
<b>Fiche 19</b>	La responsabilité des dirigeants .....	131
<b>Fiche 20</b>	La gouvernance des sociétés anonymes .....	139
<b>Fiche 21</b>	Les conflits d'intérêts .....	149
<b>Fiche 22</b>	Le commissaire aux comptes .....	156
<b>Fiche 23</b>	Les conflits entre associés.....	164
<b>Fiche 24</b>	Les salariés de la société.....	170
<b>Fiche 25</b>	La responsabilité sociétale des entreprises .....	178
<b>Fiche 26</b>	Les transformations de société.....	182
<b>Fiche 27</b>	Les variations du capital social (1) Les augmentations du capital social .....	188
<b>Fiche 28</b>	Les variations du capital social (2) Les réductions du capital social .....	195
<b>Fiche 29</b>	Les fusions de sociétés .....	200
<b>Fiche 30</b>	L'offre au public de titres financiers .....	208
<b>Fiche 31</b>	Les offres publiques .....	214
<b>Fiche 32</b>	Les groupes de sociétés .....	221
<b>Fiche 33</b>	La dissolution des sociétés.....	228
	Index.....	235



# Introduction au droit des sociétés

- I. La notion de société
- II. Les enjeux du droit des sociétés

- Définitions

**Fonds :** Ensemble des biens corporels et incorporels attachés à la conquête d'une clientèle commerciale, artisanale ou libérale. Le fonds de commerce est régi par les articles L141-1 et suivants du Code de commerce. L'activité agricole est délimitée par l'article L.311-1 du Code rural et de la pêche maritime, l'activité artisanale par l'article 19 de la loi du 9 juillet 1996 modifiée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014. Enfin, l'activité libérale est définie pour la première fois par une loi du 22 mars 2012.

**Procédures collectives :** Procédures applicables à une entreprise qui éprouve des difficultés de nature à la conduire à l'état de cessation des paiements ou qui est en état de cessation des paiements avéré (art. L. 620-1 s. C.com.).

**Capitalisme Rhénan :** Il existe différentes formes de capitalisme construites par le temps, la culture d'un pays et même sa religion. Le capitalisme rhénan réunit l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse mais aussi le Japon. Il caractérise des sociétés fortement holistes. Il s'oppose au modèle du capitalisme anglo-saxon réunissant pour sa part les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et caractérisant des sociétés profondément individualistes.

Le droit des sociétés trouve sa source dans le Code civil aux articles 1832 et suivants et dans le livre deuxième du Code de commerce consacré aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique. Le Code monétaire et financier, en son livre deuxième, contient les dispositions relatives aux instruments financiers.

Les sociétés sont l'objet d'une réglementation abondante et en constante évolution afin d'adapter les structures juridiques des entreprises aux besoins du marché. Quelques lois méritent cependant d'être distinguées au regard de l'importance des modifications qu'elles ont apportées. La première est la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, du 15 mai 2001, la deuxième est la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, dite loi LME, du 4 août 2008. Plus récemment, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, vise à poursuivre le mouvement de libéralisation de l'économie en simplifiant le droit des entreprises mais aussi en améliorant la gouvernance des sociétés et en proposant une redéfinition de la

place des parties prenantes de la vie des sociétés. Enfin, à l'heure où ces lignes sont écrites, la proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés a été adoptée sans modification en deuxième lecture par le Sénat le 10 juillet 2019. Elle devrait être promulguée pendant l'été 2019 sans modification majeure du texte voté par le Sénat.

## I. La notion de société

Dans la vie des affaires, la notion d'entreprise est souvent plus employée que la qualification de société. Pourtant, l'entreprise est une notion que le droit peine à définir. Pour s'en tenir à l'essentiel, l'entreprise est la notion la plus large. Une entreprise est toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de fonctionnement (CJCE, 23 avril 1991, Höffner, aff. C-641/90, *Rec.* p. 1979, att. 21). Le décret n° 2008-1354 pris en application de la loi LME du 4 août 2008 utilise de la même manière des critères économiques pour qualifier l'entreprise à des fins statistiques pour l'INSEE. Selon cette dernière, on dénombrait 4 365 000 entreprises en France en 2016. 691 000 entreprises ont été créées en 2018. Les plus petites sont les microentreprises employant moins de 10 personnes, elles ont un CA ou un total du bilan n'excédant pas deux millions d'euros. Les petites et moyennes entreprises (PME) occupent moins de 250 salariés, ont un chiffre d'affaires de moins de 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros. Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) emploient entre 250 et 4 999 salariés et ont soit un chiffre d'affaires inférieur à 1,5 milliard d'euros soit un total du bilan inférieur à deux milliards d'euros. L'une des faiblesses de l'économie française est l'insuffisance du nombre d'ETI comparativement à l'Allemagne, respectivement 5 800 contre 12 500. Ces entreprises constituent la richesse du tissu économique français.

D'autres formes que la société sont envisageables.

La plus évidente est l'entreprise individuelle. Le commerçant individuel, le professionnel libéral ou l'artisan, exploitent un fonds sans avoir fait le choix de la structure sociétaire.

La personne physique est propriétaire du fonds qui est l'un des éléments de son patrimoine. Si cette forme peut convenir aux entreprises de subsistance, elle n'est guère concevable pour les entreprises de plus grande taille, en partie en raison de l'absence de séparation entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel (art. 2284 C. civ.). Afin d'encourager la création d'entreprises, le législateur ne cesse de multiplier les dispositifs incitatifs. À ce titre, on peut mentionner le statut de l'auto-entrepreneur qui a rencontré un franc succès. Depuis la loi Pinel du 18 juin 2014, ce régime est devenu celui du micro-entrepreneur. Il offre des formalités de création allégées ainsi qu'un mode de calcul et de paiement simplifié des cotisations

sociales et de l'impôt sur le revenu. La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative au statut d'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée n'a en revanche pas rencontré le succès escompté par le gouvernement (art. L. 526-6 s. C. com.). La déclaration d'insaisissabilité de l'article L.526-1 al. 2 du Code de commerce et surtout l'insaisissabilité de droit de la résidence principale prévue par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, article L.526-1 al. 1 du Code de commerce, sont de nature à encourager la création d'entreprises individuelles en limitant la prise de risque.

L'association est une autre forme possible d'exploitation de l'entreprise. Il est souvent dit, à tort, qu'une association ne peut pas réaliser de bénéfices. En réalité, l'interdiction posée par leur statut est de distribuer des bénéfices. Cette technique d'exploitation de l'entreprise peut donc parfaitement convenir à certains entrepreneurs selon les motivations qui les animent. Le droit des affaires ne s'y trompe pas et fait preuve de pragmatisme puisqu'elles peuvent faire l'objet d'une procédure collective.

Le Groupement d'Intérêt Économique (GIE) est une forme particulière d'entreprise puisque, doté de la personnalité, il est conçu pour être le prolongement de l'activité de ses membres. Son but est d'améliorer ou d'accroître les résultats de leur activité. Il n'a donc pas vocation à réaliser des bénéfices pour lui-même.

Par conséquent, la société est l'une des techniques d'exploitation de l'entreprise. En 2017, 198 000 sociétés ont été créées. Aussi faut-il s'interroger sur l'opportunité de la technique du choix sociétaire.

De nombreuses réponses peuvent être apportées à cette question. On peut en choisir quelques-unes :

- La technique sociétaire permet à plusieurs personnes de se grouper pour exploiter une entreprise sous une forme capitalistique. Il s'agit de maximiser le retour sur investissement des associés. Seule la société permet de lever les fonds nécessaires à des investissements lourds grâce à l'appel public à l'épargne. Les investisseurs, qu'ils soient institutionnels (banques ou compagnies d'assurance par exemple sont appelées les « zinzins ») ou épargnants individuels, attendent un rendement de leur placement.
- Il peut s'agir d'organiser un groupe de sociétés en séparant par exemple les activités par pays.
- On peut choisir d'optimiser des solutions fiscales dont la structure de l'entreprise est très souvent dépendante. L'objet de cet ouvrage n'est pas de traiter de questions fiscales. Néanmoins, il faut toujours garder à l'esprit qu'un grand nombre de montages en droit des sociétés est dicté par la solution fiscale (par exemple lorsque la société réalise des bénéfices importants, elle n'a pas intérêt à être une société fiscalement transparente dont les associés seront imposés à l'IR, éventuellement au taux marginal, mais plutôt une société soumise à l'IS dont le taux est plus faible).



Si le choix de la structure sociétaire s'impose, il restera, dans un second temps, à s'interroger sur le type de société qui sera le mieux adapté aux besoins de l'entrepreneur. En effet, il existe un nombre de formes de sociétés déterminé par le législateur. Chaque agent économique en fonction de ses besoins, de son activité, de la taille de son entreprise pourra choisir l'une des sociétés suivantes.

- La société anonyme (SA)
- La société à responsabilité limitée (SARL), ou EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Il s'agit d'une SARL unipersonnelle
- La société par actions simplifiées (SAS), ou SASU s'agissant de la SAS unipersonnelle
- La société en nom collectif (SNC)
- La société en commandite par actions (SCA) ou simple (SCS)
- La société civile (SC)
- La société civile immobilière (SCI)
- La société civile professionnelle (SCP)
- La société européenne (SE)

Ce sont les formes de sociétés qui seront l'objet de cet ouvrage. D'autres seront exclues, il en est ainsi des sociétés d'exercice libéral, des sociétés interprofessionnelles ou des sociétés coopératives relevant de l'important secteur de l'économie sociale et solidaire. En 2017 les SAS représentent 60 % des sociétés créées et les SARL 36 %.

## **II. Les enjeux du droit des sociétés**

Entendue comme technique d'organisation de l'entreprise, la société est au cœur des débats de la vie économique et sociale. L'évolution du droit des sociétés depuis les quarante dernières années permet de saisir l'essentiel des enjeux qui irriguent et nourrissent la matière.

### **A. Quelle place convient-il de laisser à la volonté individuelle dans l'organisation de la société ?**

Plusieurs conceptions sont envisageables. Il est tout d'abord possible de penser qu'il revient au législateur de définir de manière détaillée l'ensemble des règles régissant les différentes sociétés. Le choix des entrepreneurs se limite alors à l'adoption de tel ou tel type de société sans réelle possibilité de modification des règles d'organisation. Cette vision institutionnelle de la société est celle qui présida au choix législatif de la loi fondatrice de 1966. Une autre possibilité est de considérer que les associés sont des personnes responsables de leur choix, rompus à la pratique des affaires et qu'ils sont les meilleurs juges de l'organisation structurelle

de la société. Dès lors, et tant que l'intérêt des tiers n'est pas en jeu, la volonté des associés doit être la plus large possible dans la rédaction du contrat de société. Telle est l'orientation des choix législatifs les plus récents avec la création de la Société par actions simplifiées (SAS).

## B. Quelle définition donner de l'intérêt social ?

L'entreprise est au cœur d'un réseau d'intérêts parfois convergents, parfois divergents. La société est, en premier lieu, le produit de l'esprit d'aventure qui anime ses créateurs. L'intérêt des associés à la prospérité de celle-ci est évident. Mais la société est aussi un contractant qui met en jeu l'intérêt de ses créanciers et de ses débiteurs. L'organisation des procédures collectives le révèle particulièrement. En outre, la société emploie fréquemment des salariés. Quelle place convient-il de leur faire ? On peut les considérer comme des contractants comme les autres. Cette vision libérale n'est pas celle du droit français. On peut choisir de les associer à la gestion de l'administration de la société. Ce système de cogestion caractérise le capitalisme Rhénan. Il a ses partisans en France et ses manifestations législatives sont nombreuses. Mais, plus traditionnellement, le dispositif législatif français oscille entre ces deux tendances. Ces débats de société expliquent le temps qui aura été nécessaire à l'adoption d'une Société Européenne (SE). La santé financière d'une société peut avoir des effets pour l'économie d'un pays tout entier en raison des risques systémiques que peuvent engendrer les plus grandes firmes. Dès lors, deux théories s'opposent. La première dénommée « shareholder theory » s'oppose à la seconde « stakeholder theory » en ce qu'elle conçoit le droit des sociétés comme ne devant prendre en compte le seul intérêt des associés, quand la seconde considère l'intérêt de toutes les parties prenantes à la vie de la société. Le rapport « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* » présenté le 9 mars 2018 par Mme Nicole Notat et M. Jean-Dominique Senard illustre parfaitement les difficultés du droit à définir la notion d'intérêt social. La loi PACTE, sans définir l'intérêt social, complète l'article 1833 du Code civil par un alinéa second lequel dispose « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». C'est reconnaître que la société a un intérêt propre distinct de l'intérêt des dirigeants, des associés, des salariés ou des contractants et que cet intérêt doit être considéré au regard de la Société qui est la nôtre. Cette considération pour les enjeux environnement et sociaux dans la prise de décision peut être complétée par une réflexion sur la raison d'être des sociétés. Le nouvel article 1835 offre la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de définir leur raison d'être, « constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ». Des sociétés, et non des moindres, se sont déjà emparées de cette faculté, dont on comprend bien les enjeux en termes d'image de marque. Ainsi, par exemple la société ATOS a déjà choisi de modifier ses statuts en ce sens. Selon le Président d'ATOS, Thierry Breton, « notre raison d'être

nous permettra de jouer notre rôle dans le monde de la recherche académique». Une étape complémentaire sera franchie lorsque la société adoptera le statut de société à mission prévue aux articles L.210-10 et L.210-12 du Code de commerce (voir par exemple [www.camif.fr](http://www.camif.fr)). Un régime juridique lui est attaché avec deux obligations principales à savoir la constitution d'un comité de mission et une certification par un organisme tiers indépendant. Ce nouveau régime est inspiré des *benefit corporations* (B Corp) introduites aux États-Unis en 2010 dans le Maryland et plus récemment en droit italien en 2016. La société italienne Fratelli Carli SpA, certifiée depuis juillet 2014 justifie ainsi son choix: «*Becoming a B Corp confirmed our 100 + year commitment to promote globally the Mediterranean tradition of healthy taste, harmony with nature and sense of community, inheriting it from those who preceded us and handing it to future generations*».

### C. Quelle gouvernance de l'entreprise ?

Le débat relatif à la gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) est l'un des plus vifs qui soit. Il est né dans les pays anglo-saxons puis a été importé en France. Il s'agit de savoir quelles règles de fonctionnement doivent présider à la direction des sociétés. Les implications en sont nombreuses. La transparence, par exemple, la rémunération des dirigeants, la prévention des conflits d'intérêts, le cumul des mandats sociaux sont des thèmes de ce débat. La place des associés minoritaires en est un autre. Doivent-ils être soumis à la volonté des majoritaires et des institutionnels ou peut-on leur confier de véritables prérogatives destinées à assurer la protection de leurs intérêts au risque d'un harcèlement des dirigeants ? La directive UE 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires souligne la volonté des États de l'Union Européenne d'améliorer le sort réservé aux associés.

Ces trois thèmes de réflexion expliquent l'essentiel des réformes législatives intervenues en droit des sociétés depuis une vingtaine d'années.

#### • À retenir

- L'activité économique est le critère de qualification de l'entreprise.
- La société est l'une des structures possibles pour l'exploitation d'une entreprise.
- La notion de société regroupe une pluralité de types de sociétés.
- Le droit des sociétés est en constante mutation en fonction des réponses apportées aux débats qu'il soulève.

**Pour en savoir plus**

- M. Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Le Seuil, 1991.
- L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », vol. n° 72.
- T. Favario, *L'intérêt de l'entreprise en droit privé français*, Thèse Lyon 3, 2004.
- R. Libchaber, « La société, contrat spécial », *Mél. M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281.
- K. Peglow, « Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés », *LDGJ*, 2003.
- Rapport Vienot 1 et 2 et rapport Bouton « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », téléchargeables sur le site <http://www.medef.fr>
- Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne, réponse à consultation publique de la Commission européenne, Société de législation comparée, Collection Trans Europe Experts Volume 4 – 2012.
- L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Nicole Notat et Jean-Dominique Senard, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des finances, du travail, 9 mars 2018.
- I. Desbarats, De l'entrée de la RSE dans le Code civil, *Dr Social* 2019, p. 47.

**POUR S'ENTRAÎNER : QUESTIONS**

1. Toute société est-elle une entreprise ?
2. Une association peut-elle réaliser des bénéfices ?
3. Qu'est-ce que la corporate governance ?
4. Qu'est-ce qu'un « zinzin » ?

## CORRIGÉ

1. L'entreprise est une notion essentiellement économique qui peut être exploitée par une structure sociétaire. Donc toute société est une entreprise.
2. Oui, mais elle ne peut pas les redistribuer aux sociétaires sous forme de dividende. Ils peuvent en revanche être réinvestis.
3. Il s'agit de l'expression généralement traduite en français par « règles de bonne gouvernance des entreprises ». La réflexion porte sur la direction des sociétés et sur leur gestion. Initiée par les milieux professionnels, surtout concernant les sociétés cotées en Bourse, l'analyse a conduit les législateurs des pays à économie de marché à modifier, parfois en profondeur, les législations du droit des sociétés (par exemple en France adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques dite « Loi NRE » en 2001).
4. Pour les sociétés cotées en Bourse, on peut distinguer différentes catégories d'associés sans que des conséquences juridiques soient attachées à ces appellations. Selon l'expression retenue, les « zinzins » désignent les investisseurs institutionnels qui interviennent sur le marché. Les banques, les compagnies d'assurances en sont des exemples. Par opposition, l'investisseur individuel est celui qui place en Bourse le fruit de son épargne. Suite à une expression malheureuse, employée dans la presse financière et qui marque le peu de respect dont ils sont l'objet, ils sont parfois désignés sous l'expression de « veuve de Carpentras ».

# Les classifications des sociétés

- I. La distinction sociétés commerciales / sociétés civiles
- II. La distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux

- Définitions

**Commerçant :** Au titre de l'article L. 121-1 du Code de commerce « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

**Intuitu personae :** Lien de confiance unissant deux personnes en considération duquel elles contractent.

**CAC 40 :** Il s'agit d'un indice boursier permettant de mesurer l'évolution des cours des quarante plus grandes sociétés dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur les marchés financiers (voir fiche n° 30).

**OPA :** Offre publique d'achat.

Le droit reflète l'esprit cartésien qui est supposé habiter la mentalité collective française. Certes, il faut relativiser l'importance des classifications et ne pas perdre de vue leur aspect parfois arbitraire ou esthétique mais elles présentent au moins l'avantage pédagogique de faciliter l'approche d'une matière. En outre, elles permettent de comprendre les grandes lignes de fractures du droit des sociétés.

Les sociétés qui sont l'objet du présent ouvrage peuvent être classées de différentes manières.

## I. La distinction sociétés commerciales / sociétés civiles

Le critère de distinction entre les sociétés commerciales et les sociétés civiles (A) permet de comprendre les enjeux de la classification (B).

### A. Le critère de distinction

En la matière, le critère est assez simple. La majorité des sociétés est dotée d'une nature juridique qui dépend de leur forme sociale et non de leur objet (art. L. 210-1 al. 2 C. com.). Cette solution évite une casuistique et une insécurité préjudiciable à la vie des affaires.

Quelle que soit leur activité, les sociétés commerciales par la forme sont: les SA, SARL, SAS, SNC, SCA et SE. Rien n'empêche par ailleurs ces sociétés d'exercer une activité civile par nature. Le législateur a créé des SARL et des SA adaptées aux professions libérales (par exemple la Société d'Exercice Libéral à Responsabilité Limitée qui ne sera pas étudiée dans cet ouvrage).

La solution n'est pas identique pour les sociétés civiles: les sociétés civiles professionnelles (SCP), sociétés civiles de moyens (SCM), sociétés civiles immobilières (SCI). Du point de vue du droit des sociétés, elles devront bien se garder d'exercer une activité commerciale. Même si la sanction juridique n'est en réalité pas établie, la fiscalité deviendrait en effet réhabilitaire.

## **B. Les enjeux**

La société dotée de la personnalité morale est immatriculée au Registre du commerce et des sociétés, elle est ou non dotée du statut de commerçant. Concernant les enjeux il est souhaitable de consulter les ouvrages du programme de deuxième année de droit. Pour l'essentiel, on peut retenir:

1. Le statut de la société est indépendant de celui de ses associés. Ces derniers peuvent en principe être eux-mêmes commerçants ou non-commerçants. À ce titre, les associés des SA, SAS, SARL, SCA peuvent être ou non commerçants. En revanche, être associé d'une SNC ou associé commandité d'une société en commandite suppose la capacité d'exercer le commerce (art. L. 221-1 C. com.).

De même, le statut de la société ne doit pas être confondu avec celui de ses dirigeants. Une société commerciale peut parfaitement être pourvue de dirigeants qui n'ont pas à titre personnel le statut de commerçant. Tel est le cas, par exemple, de la SARL, de la SA, de la SAS ou des SCA.

2. La fiscalité sera différente selon la catégorie de société, même s'il existe des hypothèses dans lesquelles les associés peuvent choisir de soumettre la société à tel ou tel régime fiscal qui leur paraît plus avantageux.

3. Les sociétés commerciales sont soumises aux obligations comptables de l'article L. 123-12 du Code de commerce.

4. Elles relèvent de la compétence des tribunaux de commerce notamment en cas de procédures collectives mais aussi en cas de conflit entre associés. Il est actuellement proposé par la Conférence générale des juges consulaires de France de créer un tribunal des affaires économiques qui aurait pour vocation de traiter l'ensemble du contentieux général des sociétés qu'elles soient civiles ou commerciales.

5. La preuve d'allégations contre elles peut se faire par tous moyens.

## II. La distinction entre sociétés de personnes et sociétés de capitaux

Cette distinction est moins aisée à établir que la précédente car elle ne résulte pas d'un choix législatif mais d'une présentation doctrinale des différentes sociétés.

### A. L'exposé du critère et sa critique

Le critère est celui de *l'intuitu personae* qui habite les associés. En principe, lorsque *l'intuitu personae* est important, la société est classée parmi les sociétés de personnes. En revanche, lorsque la personne de l'associé s'efface derrière l'importance des capitaux qu'il apporte, on peut caractériser une société de capitaux.

Si l'on prend en considération deux exemples extrêmes, la solution paraît évidente :

- L'exercice de l'art de l'avocat requiert une confiance absolue entre lui et son client. Le client consulte tel avocat en raison de sa renommée et non, en principe, un avocat choisi au hasard dans l'annuaire téléphonique. Si des avocats choisissent d'exercer leur activité en commun, la logique veut qu'ils choisissent une société de personne telle que la SCP archétype de la société de personne.
- Le contre-exemple est celui du client de supermarché. Il choisit de faire ses emplettes dans telle enseigne en raison de l'image de marque de la société et non des associés de la société de capitaux par excellence qu'est la SA cotée sur les marchés financiers.

Pourtant cette distinction, qui paraît si évidente, est trop simplificatrice.

En réalité, même pour les SA du CAC 40, la composition de l'actionnariat est importante. Certes, certaines comptent des millions d'associés mais elles cherchent pourtant, pour beaucoup, à se doter d'un actionnariat stable. Qu'on les appelle, selon les époques et les modes, « noyaux durs » ou « actionnaires de référence », la personnalité de quelques grands actionnaires au capital des SA cotées est un gage de pérennité de la société.

Selon ce critère, qui mérite d'être conservé en dépit des observations formulées, on classe généralement parmi les sociétés de capitaux les SA, les SARL et la SE et parmi les sociétés de personnes toutes les sociétés civiles ainsi que la SNC et la SAS parmi les sociétés commerciales.

Reste le cas de la SARL qui, traditionnellement classée parmi les sociétés de capitaux, se rapproche au fur et à mesure des réformes techniques la concernant, des sociétés de personnes.

On constatera pour terminer que cette classification ne reprend que partiellement le découpage sociétés commerciales / sociétés civiles.



## B. Les indices de *l'intuitu personae*

Plusieurs règles techniques permettent de déterminer le degré *d'intuitu personae* de telle ou telle société. Ces règles seront pour la plupart détaillées dans les fiches suivantes et seront donc, pour l'heure, simplement évoquées. Aucun critère n'est à lui seul suffisant, l'idéal est de raisonner en fonction d'un faisceau d'indices convergents.

L'un des critères les plus importants est celui de la responsabilité limitée ou illimitée des associés aux pertes (voir fiche n° 6). Pour illustrer ce propos, il est aisé d'expliquer que dans les SA cotées, les associés encourent une responsabilité limitée au montant de leurs apports et, qu'en revanche, dans les sociétés de personnes que sont les SNC, les associés sont tous tenus solidairement et indéfiniment aux pertes. Ce critère n'est pourtant pas toujours pertinent à lui seul. Les SAS dont les associés jouissent d'une protection de leur patrimoine personnel sont pourtant des sociétés de personnes.

Un autre critère concerne la plus ou moins grande facilité de transmission des parts sociales (voir fiche n° 13). Les sociétés où *l'intuitu personae* est fort se caractérisent par une grande difficulté pour un associé à transmettre ses parts entre vifs ou à cause de mort sans le consentement des autres. Ainsi, la société de personne est une société dite « fermée ». L'exemple extrême peut être choisi dans les SNC dont le décès d'un associé entraîne en principe, et sauf clause contraire des statuts, la dissolution de la société alors que les parts des SA cotées qui sont librement cessibles et négociables sont transmises aux ayants droit sans réserve possible.

D'autres critères existent, tels par exemple le montant des apports (fiche n° 5) ou bien encore la comptabilisation des votes en assemblée générale (fiche n° 11). Ils permettent un classement des sociétés qui, s'il n'a guère de portée pratique, doit être loué pour ses vertus didactiques.

### • À retenir

- La commercialité des sociétés est déterminée par leur forme.
- Les SA, SAS, SARL, SNC, SE, SCS sont des sociétés commerciales, les autres des sociétés civiles.
- La classification sociétés de personnes / sociétés de capitaux est d'origine doctrinale. Elle a pour vertu essentielle de broser un panorama des sociétés en résumant synthétiquement un ensemble de caractéristiques.

### **Pour en savoir plus**

- M. Chadefaux, M. Cozian, Fl. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 2017-2018.
- H. Kenfack, M. Pédamont, *Droit commercial*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd.

## POUR S'ENTRAÎNER: QUESTIONS

1. Expliquez en quoi une SARL est une société de personne ou de capitaux.
2. Dans l'hypothèse d'une action en justice d'une SCI contre une EURL, quel tribunal est compétent *rationae materiae* ?
3. Un mineur émancipé peut-il être associé d'une SNC ?
4. Expliquez ce qu'est un « noyau dur » d'actionnaires.

## CORRIGÉ

1. La SARL est de nature hybride. Elle est une société de capitaux car la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports, mais, en même temps, le capital minimal est désormais d'un euro. Les associés disposent d'un nombre de droits de vote proportionnel au nombre de parts sociales qu'ils détiennent, ce qui la place dans la catégorie des sociétés de capitaux, mais, en même temps, les parts ne sont pas librement cessibles entre vifs.
2. L'EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) est une forme de SARL. Elle en a donc toutes les caractéristiques et, en application de l'article L. 210-1 du Code de commerce, elle est une société commerciale. Si la SCI introduit l'action en justice, elle a donc le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance en application du Code de procédure civile.
3. La SNC présente la particularité d'être une société commerciale dont les associés sont commerçants et doivent donc avoir la capacité d'exercer le commerce. Jusqu'en 2010 la réponse à la question posée était négative en raison de la prohibition pour un mineur, même émancipé, d'être commerçant. La réponse résultait de l'article L. 121-2 du Code de commerce qui a été modifié par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 lequel dispose à présent « le mineur émancipé peut être commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé ».
4. L'expression ne résulte pas de la loi. Il s'agit de la dénomination retenue lors de la vague de privatisations sous le gouvernement d'Édouard Balladur en 1986. Les pouvoirs publics souhaitaient qu'ils structurassent le capital de la société. L'objectif était notamment d'éviter une prise de contrôle hostile lors d'une OPA (Fiche n° 30). Ces « noyaux durs » s'engageaient à garder leurs titres pendant une durée préalablement définie. La plupart du temps, il s'agissait de « zinzins ». L'expression tend à disparaître mais pas le concept actuellement plus connu sous le nom d'actionnaires de référence.

# La formation des sociétés

- I. Les pourparlers
- II. Les statuts
- III. La nullité des sociétés

### • Définitions

**Ministère régalien** (du latin *Rex*: roi) : Les ministères régaliens sont ceux auxquels sont rattachées les fonctions relatives à la souveraineté de l'État (Police, Justice, Forces armées).

**Principe de spécialité** : En matière de signes distinctifs, le propriétaire du signe jouit d'un droit d'exploitation exclusive du signe uniquement pour les produits identiques ou similaires.

**INPI** : Institut national de la propriété intellectuelle.

Créer une société est le plus souvent le fruit d'une réflexion qui a été mûrie. Le projet entrepreneurial qui justifie le recours à la technique sociétairé doit, pour réussir, prendre en compte de nombreux aspects juridiques mais aussi financiers.

Il faut envisager les aspects de la vie personnelle des associés : sont-ils mariés et si oui quel est leur régime matrimonial ?

Il faut encore tenir compte de l'équilibre de la société. Les associés seront-ils plusieurs, unis ou non par des liens familiaux, souhaitent-ils être majoritaires, minoritaires, ou encore égalitaires ?

En résumé, entre le jour où l'idée de recourir à la technique sociétairé s'impose comme une nécessité et le jour où le contrat de société est prêt à être conclu, une phase plus ou moins longue de discussions peut apparaître. La phase de pourparlers permet d'obtenir une société dont on est certain de la viabilité (I).

Lorsque les pourparlers sont terminés, il est alors temps de conclure le contrat de société qui se matérialise par la signature des statuts de la société (II).

La nullité viendrait sanctionner un contrat de société illégalement conclu (III).

## I. Les pourparlers

La période de pourparlers entre les associés est tout à fait fondamentale. C'est en effet durant ce laps de temps que les risques de nullité, les erreurs de choix stratégiques, les causes ultérieures de mésentente entre associés vont se cristalliser. Il est donc important que les associés prennent le temps de la réflexion. Il est cependant possible que le projet n'aboutisse pas. La rupture des pourparlers n'est pas en elle-même fautive et seule une rupture abusive serait susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de son auteur. L'article 1112 du Code civil, issu de la loi 2018-287 du 20 avril 2018, restreint la réparation des préjudices en excluant aussi bien l'indemnisation des avantages attendus du contrat non conclu que la perte de chance d'obtenir des avantages.

Durant les pourparlers, les associés devront procéder à un certain nombre de vérifications dont certaines sont vitales pour la société.

### A. La capacité des associés

Selon les sociétés, la capacité juridique des associés est une notion plus ou moins importante. L'hypothèse la plus remarquable est celle des sociétés dans lesquelles les associés ont le statut de commerçant et doivent, par conséquent, avoir la capacité d'exercer le commerce.

Ainsi, un mineur émancipé peut être associé d'une SNC ou associé commandité s'il est autorisé par le juge des tutelles ou le Président du TGI selon qu'il demande l'autorisation d'exercer le commerce en même temps que la demande d'émancipation ou a posteriori (art. 413-8 C. civ.). Pour les autres sociétés il peut librement s'engager, aucun âge minimum n'est requis. Les représentants légaux agissent en représentation du mineur. Toutefois, l'article 387-1 du Code civil conduit à réserver l'hypothèse dans laquelle le mineur apporterait un immeuble ou un fonds de commerce au titre d'un apport en nature. L'administrateur légal doit préalablement requérir l'autorisation du juge des tutelles.

### B. Le statut des associés

Le statut professionnel des futurs associés peut parfois être une entrave au projet. En effet, il existe des incompatibilités entre certaines professions et le statut d'associé. Il est nécessaire en cas de doute de vérifier dans chaque statut. Il faut être prudent lorsque le futur associé exerce, par exemple, une profession libérale ou est fonctionnaire d'un ministère régalié et souhaite être associé d'une société lui donnant le statut de commerçant. Ainsi, un notaire ne peut être associé d'une SNC pas plus qu'un gendarme. En revanche, rien ne les empêche d'être associés d'une SA.

La nationalité des associés ne soulève aucune interrogation particulière lorsqu'ils sont ressortissants notamment d'un des pays de l'Union européenne en raison de

l'assimilation aux nationaux. Pour les autres, la loi française fixe les conditions dans lesquelles une personne peut acquérir la qualité d'associé. Sous réserve des conventions internationales, pour les sociétés en nom collectif ou les sociétés dont il serait commandité, il doit préalablement obtenir un titre de séjour lorsqu'il a établi sa résidence en France art. L.311-1 Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

## II. Les statuts

Les statuts de la société sont l'*instrumentum* du contrat de société. Ils sont généralement sous seing privé, mais un acte authentique est parfaitement envisageable bien que plus onéreux. Ils doivent être signés en autant d'exemplaires originaux que d'associés plus ceux qui devront être déposés auprès des administrations (voir fiche n° 8).

Ils formalisent le pacte social et les règles de fonctionnement de la future institution. Ils contiennent les engagements des associés. Or, ces engagements ne pourront pas être augmentés sans leur consentement (art. 1836 C. civ) et la modification des statuts devra suivre des procédures lourdes et complexes (voir fiche n° 16). Les statuts doivent contenir un certain nombre de mentions obligatoires. Elles sont prévues à l'article 1835 du Code civil, il s'agit: des apports des associés, de la forme sociale, de l'objet, de l'appellation, du siège social, du capital social, de la durée et des modalités de fonctionnement.

Mais au-delà de ces mentions, de nombreuses options s'offrent aux associés pour lesquelles, en l'absence de choix, des dispositions supplétives de volonté des parties s'imposeront. Par exemple, faute de disposition statutaire contraire, la SNC est dissoute en cas de décès d'un des associés (art. 221-15 al.1 C. com.). Les associés doivent donc rédiger avec soin les statuts et éviter de recopier à l'identique les dispositions légales. Cette recommandation devient impérieuse dans la SAS pour laquelle la volonté des associés détermine l'ensemble des règles de fonctionnement interne de la société. Concernant les EURL, des statuts types prévus par décret s'appliquent automatiquement sauf à déposer d'autres statuts lors de l'immatriculation de la société (art. L.223-1 al. 2 C. com.).

### A. La forme sociale

Il existe un *numerus clausus* des sociétés. Il n'est donc pas possible de créer une forme de société *sui generis*. Pendant des décennies, le choix des associés s'est limité entre une option pour telle ou telle forme sociale dont l'ensemble des règles de fonctionnement à l'égard des tiers comme des associés était fixé par le législateur. Aujourd'hui, le libéralisme ambiant pousse à donner plus de place à la volonté.

Le caractère institutionnel est encore largement dominant mais les aménagements statutaires sont plus facilement admis. Il demeure que le choix de la forme sociale est enfermé parmi les sociétés nommées. Cette forme sociale n'est cependant pas définitive (voir fiche n° 25). Elle doit figurer sur tous les documents officiels de la société. Cela est nécessaire pour assurer une bonne information des tiers et leur protection.

## B. L'objet social

L'objet social est la délimitation du domaine d'activité de la société. Bien entendu il doit être licite. Dans toutes les sociétés, les associés doivent donc fixer avec précision ou au contraire de manière très large l'activité de la société. Les futurs dirigeants de la société ne pourront agir que dans les limites de cet objet social. Tout acte qui dépasserait cet objet social constitue une faute du dirigeant pour violation des statuts. Elle l'expose à une éventuelle action en responsabilité (voir fiche n° 19) ou constituerait un juste motif de révocation (voir fiche n° 18). L'objet social présente aussi un intérêt pour les tiers à la société. En effet, dans les sociétés à risque illimité l'objet social est opposable aux tiers et, par conséquent, la société n'est pas engagée si le dirigeant a agi au-delà de ses prérogatives statutaires. À l'inverse, dans les sociétés à risque limité, la société est engagée à l'égard des tiers même si l'acte du dirigeant excède l'objet social. L'objet social est important en raison du fait que la capacité des personnes morales n'est pas universelle, elle est limitée par leur objet et par l'article 1832 du Code civil. L'article 1145 du Code civil dispose dans son alinéa 2 «la capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'elles».

## C. L'appellation

L'appellation est un signe distinctif de la société. La raison sociale subsiste dans les SCP pour lesquelles il convient de faire figurer le nom des associés ou d'une partie des associés suivie de «et autres». Pour les autres sociétés, la dénomination sociale peut être constituée d'un nom propre, d'un nom commun ou d'un nom de fantaisie.

Lors du choix de l'appellation les associés seront bien avisés de vérifier que le signe choisi ne soit pas déjà constitutif d'une marque. Ils pourront d'ailleurs, s'ils souhaitent une protection maximale, déposer le signe auprès de l'INPI même si, en principe, une marque est destinée à distinguer des produits ou des services et non une personne morale. Ils devront aussi veiller à ne pas porter atteinte aux droits des propriétaires d'autres signes distinctifs, tels qu'un nom commercial ou une enseigne. En retour, le signe qu'ils auront choisi sera lui aussi protégé par une action en concurrence déloyale puisque la dénomination sociale, propriété de la société, jouit d'une protection nationale du fait de l'inscription au RCS sous réserve de l'application du principe de spécialité. Si l'usurpation est le fait d'un non-concurrent, l'action aura comme fondement la théorie du parasitisme économique.

## **D. Le siège social**

C'est le domicile de la société. Il ne faut pas le confondre avec les établissements ou succursales de la société dans lesquels l'activité sociale sera exercée. Le siège social est donc l'adresse à laquelle la société peut être juridiquement contactée. Il détermine la compétence *rationae loci* des tribunaux.

Le siège social permet aussi d'attribuer à la société sa nationalité. On aurait pu choisir, pour déterminer celle-ci, la nationalité des associés, mais, sauf dans les hypothèses historiques marginales, l'ensemble des législations des pays développés opte pour la première solution. Cela explique que le déplacement du siège social à l'étranger doive être, dans tous les cas, accepté à l'unanimité des associés (art. L. 222-9 al. 1 C. com.) sauf pour la société européenne (L. 229-2 C. com.).

Des règles spécifiques existent pour la SA. Le Conseil d'administration peut décider seul de déplacer le siège social sur tout le territoire français sous réserve de ratification de cette décision par la prochaine assemblée générale ordinaire (art. L.225-36 C. com.). Pour les SARL, la même règle est désormais en vigueur, le gérant peut déplacer seul le siège social sur le territoire français sous réserve de ratification de cette décision par les associés (art. L.223-18 al. 8 C. com.).

## **E. La durée**

Selon l'article 1838 du Code civil, la durée d'une société ne peut excéder 99 ans. Il s'agit souvent d'une clause type des statuts, mais rien n'empêche de constituer une société pour une durée plus courte ou pour une opération ponctuelle. En toute hypothèse, la société pourra prendre fin par anticipation en cas de dissolution (voir fiche n° 39). Si les associés souhaitent que la société conserve la personnalité morale au-delà du terme initialement convenu, ils doivent, au moins douze mois avant celui-ci, se prononcer à cet effet. À défaut, la société est dissoute à l'arrivée du terme. Les conséquences peuvent être tout à fait considérables et désastreuses (Cass. Com. 13 sept. 2017, n° 16-12.479 pour un GAEC). La loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, adoptée durant l'été 2019, permet de manière fort judicieuse d'éviter cette situation. L'article 1844-6 du Code civil offre une solution de rattrapage dans l'année suivant la date d'expiration de la société. Le président du tribunal, saisi par un associé, peut constater l'intention des associés de proroger la société et, si celle-ci est actée, les actes conformes sont réputés avoir été accomplis par la société prorogée.

## **F. Les modalités de fonctionnement**

Il n'est pas possible d'établir une liste exhaustive de tous les choix pouvant être effectués quant au fonctionnement des sociétés. On peut seulement signaler

# le contenu

33 fiches pour réviser tout le cours de Droit des sociétés :

- les définitions à connaître, les erreurs à éviter, les points essentiels à retenir
- des exercices corrigés pour vérifier ses connaissances
- des repères bibliographiques pour aller plus loin
- 1 index

# le sommaire

1. Introduction au droit des sociétés
2. Les classifications des sociétés
3. La formation des sociétés
4. Le capital social
5. Les apports
6. La participation aux résultats
7. *L'affectio societatis*
8. La personnalité morale
9. Les sociétés dépourvues de personnalité juridique
10. La responsabilité des sociétés dotées de la personnalité morale
11. Le droit de vote de l'associé
12. Le droit à l'information de l'associé
13. Les droits de l'associé sur les parts sociales (1)  
La transmission des parts sociales
14. Les droits de l'associé sur les parts sociales (2)
15. Les clauses de garantie de passif
16. Les assemblées générales
17. Les pactes d'associés
18. Le statut du dirigeant
19. La responsabilité des dirigeants
20. La gouvernance des sociétés anonymes
21. Les conflits d'intérêts
22. Le commissaire aux comptes
23. Les conflits entre associés
24. Les salariés de la société
25. La responsabilité sociétale des entreprises
26. Les transformations de société
27. Les variations du capital social (1)  
Les augmentations du capital social
28. Les variations du capital social (2)  
Les réductions du capital social
29. Les fusions de sociétés
30. L'offre au public de titres financiers
31. Les offres publiques
32. Les groupes de sociétés
33. La dissolution des sociétés

# l'auteur

Franck Marmoz est directeur de l'institut de Droit et d'Économie des Affaires, et doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Jean Moulin – Lyon 3.

# le public

- Licence 3 Droit
- CRFPA et ENM

[www.editions-ellipses.fr](http://www.editions-ellipses.fr)



9 782340 035133