

communautaire. Elle est rattachée à un Etat membre. Ces directives européennes cherchent à harmoniser le droit des sociétés à l'intérieur de l'UE. L'harmonisation du droit des sociétés en Europe n'a pas connu succès. On va maintenant dans le sens d'une mise en concurrence du droit des sociétés en Europe.

Le fait de constituer une société à l'étranger, même en UE dans le seul but d'échapper à des règles notamment sur le capital minimal était une violation de la loi jusqu'à ce que la cour de Luxembourg réponde que les ressortissants communautaires ont le droit de créer dans n'importe quel Etat de l'UE une société quitte à exercer son activité dans un autre Etat membre. Il y a liberté d'établissement des entreprises en Europe. A la suite de l'arrêt Centros les Etats ont simplifié leurs droits pour le rendre plus compétitif. C'est un arrêt qui concerne le droit des sociétés le droit fiscal restant territorial.

Le transfert transfrontalier du siège statutaire permet de transférer les bénéfices dans des holdings où les taux d'IS sont plus importants. Selon les Etats on utilise deux sièges:

- - **le siège statutaire**: il est inscrit dans les statuts de la société
- - **le siège réel**: il faut se demander où est le centre de la vie juridique de la société

La famille de tradition anglo-saxonne considère l'incorporation c'est à dire le siège statutaire est pris en compte. Une société incorporée en Angleterre et anglaise même si toute son activité économique est à l'étranger. En France et en Allemagne on s'attache au siège réel de la société.

Si on veut déplacer notre siège statutaire dans un autre Etat on perd la nationalité de la marque. On veut donc autoriser le transfert du siège et le changement de nationalité. En effet, aujourd'hui cela est très compliqué, il faut l'unanimité des actionnaires, il faut faire attention aux questions fiscales etc. On peut toutefois d'ores et déjà faire fusionner deux sociétés de deux Etats membres différents.

Le deuxième facteur d'instabilité est lié aux préoccupations relatives à l'entreprise. C'est la volonté du législateur d'adapter le droit des sociétés au besoin de l'entreprise. Le premier grand besoin est un besoin d'assouplissement, de simplification, de libéralisation du droit des sociétés. Les sociétés dont les titres sont offerts au public nécessitent des garanties offertes aux investisseurs notamment en terme de transparence et de protection des droits des investisseurs (financiers, politiques). Le mouvement de simplification touche toutes les sociétés.

3. Article 1832 et suivants du Code civil: le droit commun des sociétés

Le droit commun des sociétés est le droit applicable à toutes les sociétés sauf si des dispositions spéciales existent (**article 1832 et suivants du Code civil**). Certaines de ces dispositions générales permettent de cerner la notion de société en tant qu'acte juridique alors que d'autres vont concerner la personnalité morale des sociétés.

Chapitre 1: la société, acte juridique

On va essayer de voir ce qu'il y a de spécifique à cet acte juridique. Quels sont les éléments caractéristiques de la société. La société est un acte juridique, c'est à dire une manifestation de volontés destinées à créer des effets de droit. La société est un contrat, les associés se mettent d'accord pour constituer une société. C'est parfois un acte unilatéral lorsque la société est constituée et fonctionne avec une seule personne (société unipersonnelle). Comme tout acte juridique, la société va nécessiter de conditions de validité relatives à la capacité juridique des associés, à l'objet de la société (licite), à la cause et au consentement (libre et non vicié).

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

La société est un acte:

- - juridique nommé
- - à titre onéreux (recherche d'un enrichissement)

- - à durée continue (sauf exception: à durée indéterminée)

Le droit des sociétés considère que trois éléments fondamentaux sont nécessaires à la qualification de société:

- - **les apports:** des biens ou des industries (art. 1832 du Code civil) mis à disposition par les associés à la société en contrepartie desquels ils reçoivent des parts ou des actions de la société. L'apport est à la fois l'opération juridique et le bien apporté à la société
- - **la participation aux résultats sociaux (positifs ou négatifs)**
- - **l'affectio societatis**

1. Les apports

Le régime général des apports:

- - **nécessite des apports:** condition indispensable à la constitution d'une société pour chaque associé
- - l'apport doit être **réel et sérieux**: il faut apporter une vraie valeur à la société. Un apport fictif est nul

et peut entraîner la nullité de la société

- - **la rémunération des apports:** l'apporteur reçoit en contrepartie des droits sociaux (parts ou actions)

et s'expose donc au risque de l'entreprise

- - **les obligations de l'apporteur:** l'apporteur a l'obligation de remettre les biens promis à cette société

Vis-à-vis des créanciers de la société les choses se présentent différemment selon les formes des sociétés:

- - **Sociétés à risques illimités:** il n'y a pas d'égalité entre l'importance de mon apport et ce que je dois aux créanciers des sociétés. L'apport ne marque pas la limite de l'engagement financier des associés
- - **Sociétés à risques limités:** l'apport marque la limite de l'engagement financier des associés
Enfin, les statuts peuvent prévoir une répartition différente de la solidarité vis-à-vis de la dette: la contribution

aux dettes sera alors différente.

Article 1843 - 4 : Distinction tripartite entre les apports en numéraire, les apports en nature et les apports en industrie.

- - **Apports en numéraire :** Ce sont des apports d'argent, les plus habituels et les plus simples. Un associé s'engage à apporter telle somme d'argent. La souscription c'est l'engagement, la promesse. On parle d'apports souscrits. La libération c'est le versement effectif de l'argent dans les caisses sociales.
- - **Apports en nature :** Ils se définissent comme l'apport de tout bien autre que l'argent. On peut apporter à une société toute sorte de biens : biens incorporels, biens corporels. Dès lors que ces biens sont susceptibles de faire une évaluation en argent. Ils concourent au capital social. Droit de propriété, démembrement de droit de propriété (usufruit, nue propriété d'un immeuble).
- - **Apport en industrie :** L'industrie doit-être entendue au sens latin du terme, *industria*, à savoir le travail. C'est l'engagement que prend une personne de consacrer une partie de son activité à la

société, de mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, professionnelles, sa notoriété etc... On exécute une prestation au profit de la société. L'apporteur en industrie exécute sa prestation en tant qu'associé sans être subordonné à la société. Cet apport est soumis à un traitement

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Rappel important ☺ :

Société par actions (SA, SCA, SAS): actions / actionnaires Autres sociétés: parts / associés

juridique particulier : Il a longtemps suscité la méfiance du législateur. L'évaluation de cet apport ne tombe pas sous le sens :

- Les apports en industrie ne concourent jamais au capital social : Le capital social est une valeur qui correspond aux apports en numéraire et aux apports en nature. Les apports en industrie n'entrent pas au capital car le capital est construit comme un instrument de protection des créanciers. Les droits de l'apporteur en industrie ne sont ni cessibles ni négociables, ils sont inaliénables.
- Les apports en industrie ne sont pas admis dans toutes les sociétés : Le domaine de l'apport en industrie est limité par la loi, elle les interdit dans les SA et dans les commandites pour les commanditaires. Il faut apporter quelque chose de tangible qui concourt au capital social. Ils se retrouvent dans les sociétés à risque illimité, les sociétés de personnes, en nom collectif, civiles.

Le domaine de l'interdiction des apports en industrie se réduit, ils sont désormais possibles dans les SARL et même dans les SAS. Les biens immatériels, le savoir et l'expertise deviennent des valeurs.

L'apporteur en industrie a une obligation de non concurrence

2. Participation des associés aux résultats

Les bénéfices et les pertes de la société sont partagés. Lorsqu'on forme une société c'est pour partager les bénéfices. La participation forme l'objet de la société.

1. Recherche du profit : Une finalité imposée à la société

- Lorsque des associés constituent une société, ils ne peuvent pas poursuivre n'importe quel objectif. La loi leur impose leur objectif à savoir rechercher un profit.

Article 1832 du C.Civ : L'apport est réalisé en vue de partager le bénéfice ou profiter de l'économie qui pourra en résulter ⇔ Objet légal de la société. On peut également réaliser un gain pécuniaire ou matériel qui ajoute à la fortune des associés (Arrêt Caisse rurale de Manigaud)

2. Vocation de chaque associé aux profits et aux pertes : Chacun des associés a vocation à percevoir d'une partie des bénéfices ou à profiter d'une partie de l'économie réalisée. Le partage se fait en fonction de la forme juridique de la société et selon ses statuts. L'égalité entre les sociétés n'est pas impérative, elle ne s'impose pas aux associés. La répartition peut-être déterminée en fonction de nombreuses variables. Il est uniquement interdit d'utiliser des **clauses léonines** : clauses qui créent une rupture extrême de

traitement entre associés. Elles attribuent par exemple quasiment 100% des bénéfices à un seul associé ou exclure un associé de toutes les pertes. Il ne faut pas confondre avec l'**obligation aux dettes** : Elle concerne les rapports des associés avec les créanciers sociaux. LA contribution aux pertes elle concerne les rapports des associés entre eux, elle existe dans toutes les formes de sociétés.

3. **Affectio societatis**: Élément distinctif majeur de la société au même titre que l'apport et la participation aux résultats. Il s'agit d'un élément original, de nature psychologique. Les textes ne le prévoient pas, il a été

ajouté par la doctrine et confirmé par les juges. Il est difficile de préciser le contenu de cette notion. ⇔ Volonté de collaborer à la poursuite de l'objet social + Acceptation d'aléas commune (risques encourus du fait de la qualité d'associé).

Il faut distinguer :

- - Le droit d'intervention dans les affaires de la société
- - La volonté d'exercer ce droit
- - Exercice effectif de ce droit

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Qualifications

Deux situations peuvent se présenter :

- - Les associés ont constitué une société en respectant les conditions et formalités.
- - Les associés n'ont pas respecté les règles : Peut-on leur appliquer les règles du droit des sociétés ? ⇔ Sur le principe, le statut des sociétés est un statut d'ordre public, impératif, et dès lors que les

éléments de la société sont réunis ils qualifient une société.

La société face à d'autres actes juridiques

- - Le contrat de prêt : Il n'y a pas en principe de participation du prêteur aux pertes.
- - Le contrat de travail : La rémunération du salarié consiste dans un salaire en principe fixe et ne consiste pas en l'attribution de parts sociales. Les rémunérations peuvent être en partie variables, peuvent être constituées de parts de la société. Les relations peuvent également évoluer, si le salarié

est traité comme un associé à terme il sera considéré comme tel.

- - Les groupements : Les associations etc... il faut savoir les distinguer. L'association : Groupement

constitué dans un but autre que de partager les bénéfices. Jusqu'en 1978 la distinction est claire, mais lorsqu'on considère le profit de l'économie de la part de l'entreprise on brouille les distinctions préexistantes.

Qualification ou requalification en société : la notion de société créée de fait

Préciser les éléments distinctifs de la société permet de qualifier ou de requalifier des personnes en société en dehors de toute volonté exprimée par ces personnes voire même contre leur volonté.

Qualification : Les personnes n'ont pas exprimé la volonté de constituer une société ni même pris la peine de se prononcer sur la nature juridique de leurs relations.

Requalification : Les personnes ayant qualifié leurs relations autrement qu'en société mais cette qualification ne correspond pas à la réalité de leur situation. Il appartient au juge de donner la bonne qualification à la relation qui existe entre ces personnes. Ce n'est pas la volonté des parties qui compte c'est ce qu'elles font.

La qualification sert à appliquer les bonnes règles de droit à la relation considérée. C'est une étape préalable. Le juge va faire un travail d'induction déduction. Si une relation est qualifiée en société, de quelle société s'agit-il ? ⇔ Quelles règles seront appliquées ? ⇔ Le droit prévoit un régime par défaut ⇔ Ce sont les règles de la **société créée de fait**. Elle résulte du comportement des

personnes qui agissent comme des associés sans en avoir pleinement conscience.

Régime de la société créée de fait ⇔ Régime de la **société en participation** (**Article 1871 du Code civil**)

Caractéristiques

- - La société créée de fait peut être prouvée par tous moyens
- - C'est une société à durée indéterminée, sa dissolution pourra résulter à tout moment d'une

notification adressée par un associé aux autres associés

- - Elle est privée de participation morale
- - La loi va renvoyer au régime prévu soit à la société en nom collectif si la société créée de fait est

commerciale soit à la société civile si elle est civile.

Article 1871-1 du Code civil : Renvoi à la SNC ou aux sociétés civiles.

Article 1872-1 : Lorsque les participants agissent en qualité d'associés en vue et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres.

Société de fait : Société qu'on a voulu constituer mais qui comporte un vice de formation et donc nulle de droit. Si elle a commencé à fonctionner malgré le vice de formation, alors on maintient tout ce que la société a fait jusqu'au jour de son annulation.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Société créée de fait : Qualifiée ultérieurement par un juge et entièrement valable.

Preuve

Jurisprudence : La preuve de l'existence de la société créée de fait est apportée par un associé ou par un tiers.

- - Apportée par un associé de fait : B doit rapporter la preuve de l'existence de chacun des éléments constitutifs de la société (apports, participation aux résultats, affectio)
- - Apportée par un tiers : Le créancier peut se fier à l'apparence d'une société créée de fait

Chapitre 2 : Société – Personne morale

Une société est considérée par le droit comme une personne indépendante des associés et des dirigeants. La **personnalité juridique** correspond à l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, une personne morale possède de ce fait son propre patrimoine. Cette création juridique permet d'isoler des actifs et des passifs et d'éviter la confusion des patrimoines.

Pour le droit français, la personnalité morale correspond à une qualité attribuée par l'état à certains groupements en vue de la praticité de cette création juridique. Une entité ne peut bénéficier de cette dernière qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Certains auteurs considèrent que la personnalité morale correspond à une réalité économique reconnue par le droit, des personnes groupées autour d'un objet ne se comportant pas de la même manière que des individus isolés, la cour de cassation a reconnu cette réalité économique.

Section I : Naissance