



**UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT**

DROIT DES SOCIÉTÉS

Pierre ALFREDO
Maître de conférences

2019/2020

Séance 1 :

Notions de base

Entreprise

Dans les conceptions classiques du droit, l'entreprise n'est pas une notion juridique. Certaines branches du droit (travail, procédures collectives, concurrence) multiplient cependant les références à cette notion. Les textes de loi emploient donc ce terme et la jurisprudence appelée à les appliquer s'efforce par conséquent de définir cette notion, mais seulement pour l'application des textes qui l'emploient, les définitions pouvant dès lors changer selon le texte qu'il s'agit d'appliquer.

L'entreprise est en effet en réalité une notion économique sans définition légale. On peut la définir comme une activité économique de production, de distribution, de transformation ou de services ayant ou non un but lucratif (ex. d'entreprises sans but lucratif : associations, assurances mutuelles, coopératives) jouissant d'une organisation propre (un établissement n'est pas une entreprise) et dotée d'un ensemble de moyens humains, financiers, biens corporels et incorporels lui permettant de fonctionner.

L'entreprise n'a pas dès lors de personnalité juridique. Ce n'est pas un sujet de droit. Ce n'est pas non plus un bien. Les personnes morales (société, association) ou les fonds de commerce (ensemble unitaire d'éléments corporels et incorporels permettant d'exploiter une clientèle) sont au contraire des notions juridiques. Les titulaires de l'entreprise, c'est-à-dire ceux qui développent cette activité économique pour leur propre compte, doivent par conséquent choisir une forme juridique pour l'exercer.

Ils peuvent choisir d'exercer en nom propre, c'est-à-dire en tant que personne physique, commerçant ou non (artisan, profession libérale, agriculteur) sans créer aucune structure juridique. On parle alors d'entreprise individuelle. Ou créer une structure juridique reconnue par la loi (association, société). La loi admet parfois que cette structure soit unipersonnelle, c'est-à-dire qu'elle ne soit constituée que par une personne, sans associé (EURL, SASU).

Il ne faut confondre l'EURL, Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée, et l'EIRL, Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée. La première est une société (SARL), la deuxième n'en est pas une, c'est bien une entreprise individuelle, une personne physique exerçant en son propre nom, mais à qui la loi du 15 juin 2010 permet désormais de constituer un patrimoine d'affectation, c'est-à-dire d'affecter à son exercice professionnel les biens de son patrimoine qui répondront de ses dettes professionnelles, à l'exclusion des autres biens de son patrimoine qui échapperont aux poursuites de ses créanciers professionnels.

Société

La définition de la société figure à l'article 1832 C. civ. : « *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 ».

La société est donc un contrat, comme la vente, la location...

Mais ce contrat a la particularité de pouvoir donner naissance à une personne, l'une des personnes dites morales (parmi lesquelles on trouve aussi les associations, les GIE, les fondations). À la personne morale pouvant naître du contrat de société, on donne ce même nom de société.

Ce même mot « société » désigne donc deux notions juridiques différentes : un contrat (et l'on voit que dans la définition du Code civil il n'est pas nécessaire qu'en naisse une personne morale) ; une personne (une institution).

Quand le droit parle de société, il faudra donc être très attentif pour déterminer quand il parle du contrat (le contrat de société) et quand il parle de la personne (la société).

L'alinéa 2 de l'article 1832 a cependant été ajouté après l'admission en droit français de la société unipersonnelle : « *Elle (la société) peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* », car en ce cas il n'y a plus de contrat, qui suppose un échange des consentements.

Les textes du Code civil relatifs à la société (arts. 1832 à 1844-17) forment le droit commun de sociétés et s'appliquent par conséquent à toutes les sociétés sauf lorsqu'il y est dérogé par des dispositions spéciales.

La société peut être civile ou commerciale.

Société civile :

Les sociétés civiles sont les sociétés qui n'ont pas une forme commerciale (cf. ci-après) et qui n'effectuent que des opérations civiles (par opposition aux opérations commerciales, cf. ci-après).

Elles peuvent avoir des objets très divers : SCI qui peut être utilisée par des particuliers mais est très souvent utilisée pour ne pas laisser l'immeuble professionnel dans le bilan de l'entreprise... ; SCP pour l'exercice des professions libérales ; ou encore dans le domaine agricole SCEA, GFA...

Société commerciale :

La société peut être commerciale soit par son objet soit par sa forme (art. L. 210-1 C. com.).

Toute société, quelle que soit sa forme qui aurait un objet commercial (ou qui ferait habituellement des actes de commerce) serait considérée comme une société commerciale et en conséquence soumise aux règles du droit commercial, dérogatoire du droit civil, ainsi qu'à la fiscalité des sociétés commerciales.

Les actes de commerce, dont l'exercice à titre de profession habituelle caractérise la profession commerciale (L. 121-1 C. com.), sont définis par l'article L. 110-1 du C. com. :

« La loi répute actes de commerce :

1° Tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre ;

2° Tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre, à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les vendre en bloc ou par locaux ;

3° Toutes opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières ;

4° Toute entreprise de location de meubles ;

5° Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;

6° Toute entreprise de fournitures, d'agence, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

7° Toute opération de change, banque, courtage et tout service de paiement ;

8° Toutes les opérations de banques publiques ;

9° Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ;

10° Entre toutes personnes, les lettres de change ».

Mais quel que soit son objet (même s'il est par nature civil, par ex. agricole ou artisanal), toute société constituée sous l'une des formes visées par l'article L. 210-1 C. com. sera une société commerciale : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée (parmi lesquelles les EURL) et les sociétés par actions (SA, SAS, société en commandite par actions). (sauf SELAFA, SELARL, forme commerciale et objet civil).

Ces sociétés étaient régies par la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 et un décret du 23 mars 1967.

La loi a été intégrée à droit constant dans le nouveau Code de commerce résultant de l'ordonnance du 18 septembre 2000. Le décret a été également intégré au code par la suite.

Les dispositions du nouveau Code de commerce régissant désormais les sociétés commerciales constituent son Livre Deuxième intitulé « Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique » (L. 210-1 ss.).

Association :

L'association est également une personne morale.

Elle est régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 et définie par son article 1^{er} : « *L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ».

C'est pourquoi l'on parle d'association à but non lucratif. Ce qui ne signifie pas que l'association n'a pas le droit de réaliser, même de rechercher à réaliser des bénéfices, mais seulement que tel ne doit pas être son objet et surtout que ces bénéfices ne doivent pas être distribués entre ses membres. Dans le cas contraire, l'association, bien que constituée sous cette forme, serait traitée comme une société.

Inversement, une société peut cacher ce qui à la vérité devait n'être qu'une association, dans le but de bénéficier d'une personnalité juridique plus complète (par exemple l'association, sauf exception, ne peut pas recevoir de dons ou de legs, ses ressources ne pouvant résulter que des subventions et des cotisations). On ne l'admettra pas davantage.

Ce qui importe donc, c'est la nature du groupement, qu'il faut s'efforcer de qualifier sans tenir compte de la forme (association ou société) sous laquelle ses membres l'ont constitué.

GIE

Le groupement d'intérêt économique a été créé par une ordonnance du 23 septembre 1967.

Il a pour but le développement de l'activité économique de ses membres. Il n'est pas commerçant sauf s'il fait des actes de commerce de façon habituelle.

Une société pourrait être constituée avec le même objet mais l'avantage du GIE est la grande place laissée à la liberté contractuelle et la souplesse de fonctionnement.

Les GIE doivent être immatriculés au RCS.

Personnalité morale

La société contrat peut donner naissance à une personne.

Lorsque plusieurs personnes ont un droit de propriété sur un même bien, c'est l'indivision. Chaque propriétaire indivis est titulaire d'une quote-part. Chacun peut demander à tout moment le partage (nul n'est censé demeurer en indivision), et les décisions sur le bien indivis doivent en principe être prises à l'unanimité.

Avec la société, l'on a voulu au contraire créer un patrimoine propre distinct de celui de chacun des associés, et permettre des décisions à la majorité opposables aux associés minoritaires.

Pour que le patrimoine social ne soit plus le bien indivis des associés, il a fallu qu'il appartienne à une personne distincte de chacun d'eux. Pour que des décisions collectives puissent être prises sans l'accord de tous comme il est de principe en droit des contrats, l'on a tenu la société pour un être distinct des parties au contrat de société, capable de prendre ses propres décisions. C'est ainsi qu'est née l'idée de personne morale, personnification de la société. La société est alors une personne distincte de la personne de ses associés, ayant son nom (dénomination sociale), son domicile (siège social), sa nationalité (qui peut être différente de celle de ses associés), son patrimoine propre (au sens d'universalité de droits, actif et passif, distinct de celui de ses associés) et même, depuis le nouveau Code pénal, sa propre responsabilité pénale.

La personne morale a également une fin de vie. Une première décision de l'assemblée générale extraordinaire décide la dissolution et désigne un liquidateur (le plus souvent il s'agit du dirigeant). S'ouvre alors une période dite de liquidation, pendant laquelle le liquidateur réalise l'actif, s'acquitte du passif et, s'il y a lieu, distribue le boni de liquidation aux associés. Il ne doit pas rester des dettes, car la société devrait alors faire une déclaration de cessation des paiements et solliciter l'ouverture d'une procédure collective. À la fin des opérations de liquidation, une nouvelle assemblée générale approuve les comptes de liquidation et la clôture des opérations de liquidation. La publication au RCS entraîne la radiation de la société et l'extinction de la personnalité morale.

Séance 2

Société contrat/Société personne

La société en tant que contrat :

- Un contrat suppose un échange de consentements, c'est-à-dire au moins deux parties. Le droit français avait refusé qu'une seule personne constitue une société, créant ainsi de façon détournée un patrimoine d'affectation, contraire au principe de l'unité du patrimoine.

Pourtant, sous l'influence du droit allemand, la loi du 11 juillet 1985 a autorisé la création des sociétés unipersonnelles, EURL, qui ne sont que des SARL à associé unique. Il s'agit dès lors non plus d'un contrat mais d'un acte juridique unilatéral. L'alinéa 2 du texte, depuis la réforme du 11 juillet 1985, précise : « *Elle (la société) peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne* ».

Le droit français a encore accepté la création de sociétés par actions unipersonnelles : la SAS (SASU).

Mais le droit a admis les patrimoines d'affectation depuis le 1^{er} janvier 2011, l'EIRL (loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, arts. L. 526-6 C. com. ss., mod. par loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, L. 526-5-1 ss.).

- Comme tous les contrats, il faudra pour sa validité :

- le consentement des parties exempt de vices : erreur, violence, dol (mais pas de nullité de la société pour vice du consentement dans les SARL et les sociétés par actions).

- la capacité des associés : s'il s'agit d'une société commerciale, la capacité sera celle du droit civil dans les sociétés où les associés ne sont pas eux-mêmes commerçants (par ex. SARL, SA ; SAS ; les commanditaires dans les sociétés en commandite) ; mais il faudra la capacité d'être commerçant (ce qui exclut par exemple les mineurs émancipés ou les majeurs en curatelle) dans les sociétés où les associés ont eux-mêmes la qualité de commerçant (SNC, commandités dans les commandites).

- Un objet licite (l'objet social : activité que la société se propose d'exercer).

- La cause licite n'est plus exigée depuis la réforme du droit des contrats applicable à partir du 1^{er} oct. 2016 (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, ratifiée par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018).

• Les éléments constitutifs du contrat de société sont :

- Des apports des associés : ce sont les biens dont les associés transfèrent la propriété à la société en échange de parts sociales (dans les sociétés de personnes) ou d'actions (sociétés de capitaux) ; les apports sont faits en numéraire (apport d'argent), en nature (biens autres que de l'argent, corporel ou incorporel, meuble ou immeuble) ou en industrie (travail, connaissances techniques). À l'exclusion de ces derniers, les apports constituent le capital social.

- Le partage des bénéfices et des pertes (ou des économies depuis la loi du 4 janv. 1978 sur les sociétés civiles). La société, qui doit chaque année statuer sur l'affectation du résultat, peut cependant décider d'affecter les bénéfices à des réserves et de retarder leur distribution aux associés ; chaque associé a droit à une part des bénéfices et doit supporter une part des pertes (nullité des clauses léonines privant un associé – totalement - de tout droit aux bénéfices ou l'exonérant de toute participation aux pertes).

- L'*affectio societatis* est défini, non par la loi qui n'en fait pas état, mais par la jurisprudence, comme la volonté de se comporter en associés, de collaborer à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité.

Dès lors que l'on retrouvera ces trois éléments dans un contrat, il sera qualifié de société.

• Mais la définition du contrat de société ne comportant pas le critère de la naissance d'une personne morale, la société existe (au sens où le contrat de société est valable) même en l'absence de personnalité morale.

Il en est ainsi pour :

- la société en participation : société que les associés ont convenu de ne pas immatriculer et qui n'a pas la personnalité morale (art. 1871 du C. civ.) ; elle peut être civile ou commerciale

selon son objet. Elle peut être occulte ou ostensible selon que les associés la révèlent ou non aux tiers. Tous les associés sont personnellement, indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.

- une société en formation que les associés ont laissé dégénérer en société dite de fait pour ne pas avoir réalisé les formalités nécessaires à la naissance de la personnalité morale. Mais la jurisprudence refuse de l'assimiler à la société en participation dans la mesure où elle considère que seul l'associé ayant conclu pour la société est personnellement et indéfiniment responsable.

- la société créée de fait (art. 1873 C. civ. qui ne la définit pas) : les associés n'ont pas conclu de contrat mais se sont comportés en fait comme des associés : apports, partage des bénéfices et des pertes ; *affection societatis* (par ex. exploitation en commun d'un fonds de commerce). Ce sont les créanciers qui auront intérêt à faire qualifier une situation de fait en société créée de fait car celle-ci est régie par les règles de la société en participation dans laquelle tous les associés sont solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales.

Ces sociétés n'ayant pas de personnalité morale, elles n'ont pas de patrimoine propre et ne peuvent agir en justice. Elles sont traitées comme une indivision.

La société en tant que personne

La société peut être cependant, et est le plus souvent, également une institution, une personne.

- Pour acquérir cette personnalité il lui faudra être immatriculée au registre du commerce et des sociétés (pour les sociétés commerciales L. 210-6 C. com. al. 1), et depuis 1978, même s'il s'agit d'une société civile.

Sans immatriculation, que ce soit voulu ou que ce soit parce que la société est en cours de constitution, il n'y aura pas de personnalité morale, c'est-à-dire pas de patrimoine propre, pas de possibilité d'agir en justice...

- Mais pour les sociétés en constitution, la loi permet à la société une fois immatriculée au RCS de reprendre les actes faits en son nom par les fondateurs en cours de constitution de la société.

- Pour les actes passés avant la signature des statuts (par ex. signature d'un bail pour le siège social), art. L. 210-6 C. com. al. 2 : *« les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment des actes accomplis à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits dès l'origine par la société ».*

Les personnes engagées avant la reprise ne sont pas tous les associés fondateurs (comme ce serait le cas pour la société créée de fait ou la société en participation) mais seulement ceux

qui ont agi pour le compte de la société en formation, même si la société n'est jamais immatriculée alors qu'elle était destinée à l'être.

Les actes ne seront effectivement repris qu'après l'immatriculation puisque avant la société n'existe pas comme personne. Mais dès la signature des statuts (avant l'immatriculation) les associés peuvent prévoir cette reprise à trois conditions : - un état des actes passés pour le compte de la société - l'acte lui-même devait le préciser – l'état est présenté aux associés et annexé aux statuts.

A défaut d'état des actes annexé aux statuts à leur signature, la société pourra toujours décider de les reprendre par une décision collective après son immatriculation.

- Quant aux actes passés par les associés entre la signature des statuts et l'immatriculation, ils sont repris par la société après son immatriculation lorsque l'associé a agi en vertu d'un mandat spécial. Avant cette reprise, ils engagent personnellement ceux qui les ont passés. Après, ils n'engagent plus que la société. A défaut de mandat spécial, ils peuvent être repris par la société dans les conditions examinées ci-dessus pour les actes conclus avant la signature des statuts (la différence réside en ce que la reprise n'est plus automatique).

Séance 3 :

Règles générales pour la constitution d'une société

Les étapes pour la constitution d'une société sont les suivantes (nous laissons pour l'instant de côté la constitution complexe des sociétés faisant appel public à l'épargne) :

Rédaction des statuts ; signature des statuts par les associés ; formalités précédant l'immatriculation ; immatriculation au RCS.

Rédaction des statuts :

Le droit français (contrairement à d'autres, comme le droit espagnol) ne connaît qu'un seul *instrumentum* pour deux actes juridiques différents qui concourent à la constitution d'une société, savoir d'une part le contrat de société qui recueille les consentements des parties pour s'associer, et, d'autre part, les statuts de la personne morale qui en résultera. En France, les statuts de la société, signés par les associés fondateurs, tiennent lieu de contrat de société.

Le contrat de société (c'est à dire en pratique les statuts) est obligatoirement écrit (art. 1835 C. civ.), à défaut de quoi il s'agira d'une société créée de fait. Mais, en France, ils peuvent être sous seings privés ou notariés, sauf s'ils constatent l'apport d'un immeuble, auquel cas ils devront être obligatoirement notariés.

Les statuts doivent comporter un certain nombre de mentions obligatoires, certaines propres à chaque type de société et qui seront étudiées lors de l'étude de chacune d'elles, d'autres qui leur sont communes et qui seront examinées ici.

L'article L. 210-2 C. com. exige que soient indiqués dans les statuts la forme sociale, la durée, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social, le montant du capital social.

- La forme : l'une des formes des sociétés commerciales : les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions (SA, SAS, société en commandite par actions).
- La durée : elle doit être obligatoirement déterminée ; sont interdites les sociétés à durée indéterminée et les sociétés perpétuelles (comme tous les contrats). Elle ne peut pas excéder 99 ans.

Les associés peuvent cependant décider de proroger la société pour une nouvelle durée déterminée ne dépassant pas 99 ans, à l'unanimité ou, si les statuts le prévoient, à la majorité prévue pour la modification des statuts. Un an au moins avant la date d'expiration de la société les associés doivent être consultés pour décider de l'éventuelle prorogation. Lorsque la consultation n'a pas eu lieu, le président du tribunal statuant sur requête à la demande de tout associé dans l'année suivant la date d'expiration peut constater l'intention des associés de proroger la société et autoriser la consultation à titre de régularisation dans un délai de trois mois (art. 1844-6 c. civ.).

- La dénomination sociale : c'est l'équivalent pour les sociétés du nom des personnes physiques. Ce peut être un nom relatif à l'objet social sauf s'il s'agit d'une activité réglementée étrangère à l'objet social (p. ex. experts comptables ; banque...) ; ce peut être le nom d'un ou de plusieurs associés ; ou une dénomination de fantaisie ; on peut y inclure l'@, ou un astérisque... le terme « fondation » est interdit, ou le mot « solde » (L. 330-3-II)

Il n'y a pas en France d'obligation de s'assurer que le nom n'est pas protégé, c'est à dire que des tiers jouissent à leur sujet de droits exclusifs (dénomination sociale d'une société concurrente déjà immatriculée, marque pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux faisant l'objet de l'activité sociale) mais il est prudent de s'assurer que la dénomination choisie est libre en consultant le registre du commerce et des sociétés et l'INPI. Le patronyme d'un associé peut être utilisé à condition qu'il ne soit pas source de confusion.

- Le siège social : il faudra justifier auprès du registre du commerce d'un titre justifiant que la société a la jouissance des locaux dans lesquels est fixé le siège social (titre de propriété, bail justifiant d'une location ou d'une sous-location -dans ce dernier cas il faudra produire l'autorisation de sous-louer donnée par le bailleur- promesse de bail...)

Il est cependant possible de domicilier la société dans les locaux d'une autre entreprise, dans les bureaux d'une société de domiciliation, dès lors qu'est conclu un contrat de domiciliation avec le propriétaire ou le titulaire du bail des locaux. La société peut aussi être domiciliée de façon permanente (si aucune disposition légale ou stipulation (bail, règlement de copropriété) ne s'y oppose, ou temporairement, dans le local d'habitation du futur représentant légal s'il le notifie au propriétaire ou au syndic lorsqu'il est locataire ou

copropriétaire. Cette domiciliation ne pourrait permettre de changer la destination des locaux.

Le siège déterminera le lieu où doivent être accomplies les formalités légales (enregistrement, avis dans un journal d'annonces légales, immatriculation...); le tribunal compétent pour les litiges concernant la société ou l'ouverture des procédures collectives, mais les tiers pourraient se prévaloir aussi du siège réel s'il était différent du siège social déclaré; la nationalité de la société.

- L'objet social : les statuts doivent décrire l'activité projetée de la société. Une formulation trop vague ne serait pas admise mais une formulation souple est souhaitable.

Cet objet déterminera la validité des actes accomplis par les dirigeants qui seront toujours opposables à la société s'ils entrent dans le cadre de l'objet social même si le dirigeant a dépassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par les statuts, ou par la suite, malgré la publication de ces limitations au RCS.

- Le montant du capital social :

Depuis le 1^{er} janvier 2002, le capital social doit être exprimé en Euros, la conversion s'étant faite automatiquement si les associés n'y ont pas procédé (ce qui aurait permis d'avoir un montant en Euros arrondi à l'Euro près).

Certaines sociétés doivent avoir un capital social minimal (par exemple les SA, 37.000 €); pour d'autres sociétés, aucun capital minimum n'est exigé (SNC, SARL, SAS).

Le capital social minimum doit être intégralement souscrit mais pour certaines sociétés il peut n'être libéré qu'en partie à la constitution (p. ex. SA ou SARL).

Signature des statuts :

Les statuts sociaux étant le contrat de société ils doivent être signés par l'ensemble des associés.

Si la société n'acquiert sa personnalité morale qu'après l'immatriculation, le contrat est conclu et définitif à la signature des statuts.

Avant la signature des statuts, il faudra ouvrir un compte bancaire au nom de la société en constitution et y déposer le montant du capital à libérer à la date de la signature des statuts. Le banquier délivre une attestation pour en justifier lors de l'immatriculation et bloque les fonds qui seront intégralement disponibles sur justification de l'immatriculation de la société (sur présentation de l'extrait *Kbis* du RCS).

Formalités de constitution entre la signature des statuts et l'immatriculation

Depuis juillet 2015 l'obligation d'enregistrement des statuts a été supprimée, sauf acte notarié ou si les statuts contiennent une opération soumise à enregistrement (apport

d'immeuble, cession d'actions). L'enregistrement d'un acte sous seing-privé donne date certaine (comme le décès d'une partie ou lorsque sa substance est constatée dans un acte authentique, art. 1377 C. civ.).

Il faudra publier un avis de constitution dans un journal d'annonces légales du département du siège social ou depuis la loi PACTE dans un service de presse en ligne habilité à cette fin (cf ; pour les mentions obligatoires de l'avis, art. R. 210-4 C. com.). La loi ne fixe aucun délai mais la société ne pourra être immatriculée que sur justification de la publicité (l'avis lui-même publié ou une attestation du journal justifiant d'un ordre de publication irrévocable).

L'immatriculation

Aucun délai n'est imposé pour immatriculer la société mais la société n'existera pas en tant que personne morale tant qu'elle ne sera pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés.

Les textes distinguent :

- le dépôt au greffe du tribunal de commerce des statuts (statuts ; copies des actes de nomination des dirigeants, membres du conseil de surveillance, commissaires aux comptes, s'ils ne sont pas désignés dans les statuts ; certificat du dépositaire des fonds avec la liste des souscripteurs) ;
- et la demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés qui doit également être déposée au greffe du tribunal de commerce.

Mais les demandes d'immatriculation sont présentées au CFE (tenu par la chambre de commerce, de métiers ou d'agriculture selon l'objet social) qui est un guichet unique pour l'ensemble des déclarations administratives obligatoires (RCS, répertoire des métiers le cas échéant, administration fiscale, URSSAF, inspection du travail, INSEE...). La déclaration pour la constitution d'une société est faite sur un imprimé M0. En pratique les deux formalités, dépôt au greffe et demande d'immatriculation, font l'objet d'une même démarche auprès du CFE. Il faudra joindre aux documents indiqués ci-dessus, les documents relatifs au siège social, une déclaration de non condamnation des dirigeants et une copie d'une pièce d'identité et d'un titre justifiant de leur nationalité, l'avis dans un journal d'annonces légales ou l'attestation du journal, s'il y a des commissaires aux comptes, leur acceptation et la justification de leur inscription à l'ordre.

La loi PACTE remplace progressivement les différents CFE par un guichet unique électronique à l'horizon 2021.

Le greffier délivre alors un extrait *Kbis* de la société qui justifie de l'existence de la personne morale et qui permet de retirer les fonds du capital social libéré.

La société est constituée.

Séance 4

Sociétés de personnes/sociétés de capitaux

► La doctrine distingue généralement deux grandes familles de sociétés commerciales : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

Deux critères permettent de classer ainsi les différents types de sociétés :

- Le premier est celui de *l'intuitus personae*, essentiel dans les sociétés de personnes, dans lesquelles les associés s'associent en fonction de la personne de leurs associés ; la personnalité des associés est au contraire en principe indifférente dans les sociétés de capitaux où ce qui justifie le consentement des associés est le capital, les performances économiques de la société.

Il en résulte que les titres représentatifs des droits des associés ne seront pas librement cessibles dans les sociétés de personnes ; on les appelle alors des parts sociales. En revanche ils seront en principe librement cessibles dans les sociétés de capitaux ; les titres sont alors négociables et sont appelés actions.

- Le second critère est celui de la responsabilité des associés à l'égard des dettes sociales. Dans les sociétés de personnes ils sont tenus personnellement, solidairement et indéfiniment. Dans les sociétés de capitaux, ils ne sont tenus qu'à concurrence de leurs apports.

► Le type parfait de la sociétés de personnes est la société en nom collectif ; le type parfait de la société de capitaux est la société anonyme.

La société en commandite simple est présentée comme une société de personnes alors que la société en commandite par actions est présentée comme une société de capitaux. À la vérité, les deux comportent à la fois des commandités personnellement responsables et des commanditaires tenus seulement dans la limite de leurs apports. Mais ces derniers sont titulaires de parts sociales dans la commandite simple alors qu'ils sont titulaires d'actions négociables dans la commandite par actions.

► La SARL est un type dit mixte en ce qu'elle associe un critère des sociétés de personnes avec un critère des sociétés de capitaux.

En effet, *l'intuitus personae* justifie que les titres ne soient pas librement cessibles ; les associés de SARL reçoivent donc des parts sociales en contrepartie de leurs apports. En revanche, comme son nom même l'indique, la responsabilité des associés à l'égard des dettes sociales est limitée au montant de leurs apports

Séance 5

La société en nom collectif L. 221-1 ss. C. Com.

Minimum 2 associés (plus de maximum) ; pas de capital social minimum.

- Tous les associés ont personnellement la qualité de commerçant. Ils le sont du seul fait qu'ils s'associent en nom collectif même s'ils ne l'étaient pas auparavant à titre individuel. Ce sont des commerçants associés. Ils doivent donc avoir la capacité de faire le commerce (un mineur même émancipé ne peut donc pas être associé d'une SNC). Une personne morale peut être associé d'une SNC.

Mais la société est dotée d'une personnalité juridique propre (patrimoine propre, il ne s'agit pas d'une indivision).

- Les associés répondent personnellement, indéfiniment et solidairement des dettes sociales.

Si la société est déclarée en redressement ou liquidation judiciaire, tous les associés sont de plein droit personnellement en redressement ou liquidation judiciaire.

- Depuis la loi du 11 juillet 1985 elle peut avoir une dénomination sociale et pas nécessairement une raison sociale.

- S'agissant d'une société de personnes les parts sociales ne peuvent être cédées (ni à des tiers ni à des associés) qu'avec le consentement unanime des associés, et toute clause contraire est réputée non écrite.

Les parts n'étant pas négociables, leur cession doit être constatée par écrit et elle est rendue opposable à la société dans les formes prévues pour la cession de créance par l'article 1690 du Code civil. Mais la signification peut être remplacée par le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de ce dépôt (ce qui permet de s'en tenir à des actes sous seing-privé).

Pour être opposable aux tiers il faudra en outre en faire la publicité au RCS.

L'intuitus personae est si fort que la société est dissoute par la mort d'un associé car les parts ne sont pas transmissibles aux héritiers. Pour corriger les effets de ce principe, sont admises les clauses stipulant qu'en cas de mort d'un associé la société continuera avec son héritier ou seulement avec les associés survivants ou avec le conjoint survivant, ou avec une personne nommément désignée dans les statuts ou dans une disposition testamentaire, sauf à prévoir que pour devenir associé l'héritier ou le tiers devra être agréé par la société.

Si la société continue entre les seuls associés survivants ou entre ceux-ci et un tiers, l'héritier aura droit à la valeur des droits sociaux (à défaut d'accord, à dire d'expert, art. 1843-4 C. civ.)

de son auteur, due selon les cas par la société ou le tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui.

- L'administration de la société : Art. L. 221-3 : Tous les associés sont **gérants**, sauf stipulation contraire des statuts qui peuvent **désigner** un ou plusieurs gérants, associés ou non, ou en prévoir la désignation par un acte ultérieur.

Si le gérant est un tiers il n'est pas personnellement commerçant.

Le gérant peut être une personne morale. Dans ce cas ses dirigeants encourent la même responsabilité que s'ils étaient gérants en nom personnel en plus de la responsabilité solidaire de la personne morale elle-même.

Si les statuts ne comportent aucune clause relative à la gérance, tous les associés sont gérants. Le plus souvent les associés désignent un ou plusieurs gérants soit dans les statuts au moment de la constitution de la société, soit par une modification ultérieure des statuts, soit par une décision de L'AG en dehors des statuts.

Les conditions de sa **révocation** (L. 221-12) diffèrent selon qu'il soit ou non statutaire et selon qu'il soit ou non associé.

- Lorsque tous les associés sont gérants ou lorsque le ou les gérants sont associés et statutaires, selon l'art. L. 221-12 al. 1, la révocation de l'un d'eux est décidée à l'unanimité des autres associés, la règle étant impérative (lorsque la société n'a que deux associés, la révocation du gérant par l'autre associé est néanmoins impossible).

La révocation entraîne en principe la dissolution de la société. Mais les statuts peuvent prévoir la continuation, de même qu'une décision de l'unanimité des autres associés, ce qui permet au gérant associé révoqué de se retirer de la société en obtenant le remboursement de ses droits sociaux.

Par ailleurs, le gérant (dans tous les cas) révoqué sans justes motifs pourrait prétendre à des dommages et intérêts (art. L. 221-12).

- Lorsque le gérant n'est pas statutaire mais est associé, il est révoqué dans les conditions prévues par les statuts ou à défaut par une décision des autres associés prise à l'unanimité.

- Le gérant non associé, qu'il soit ou non statutaire, est révoqué dans les conditions prévues dans les statuts ou à défaut par une décision des associés prise à la majorité (selon mémento Lefebvre, cette majorité devrait s'apprécier par tête).

- **Les décisions collectives** : la réunion d'une assemblée générale est obligatoire dans deux cas : pour l'approbation annuelle des comptes (L. 221-7 al. 1) ; lorsque la réunion est demandée par un associé (L. 221-6 al. 2).

Dans tous les autres cas les statuts peuvent prévoir une consultation par correspondance.

À défaut de précision des statuts le pouvoir de réunir l'assemblée appartient au gérant.

Il n'y a aucune forme obligatoire pour la convocation des assemblées, mais elle doit intervenir au moins 15 jours avant la réunion.

Le droit des associés d'assister à l'assemblée est d'ordre public. La représentation n'est possible que si les statuts l'admettent et le mandat doit être donné à un autre associé sauf clause contraire des statuts.

L'assemblée ordinaire annuelle : statue sur l'approbation des comptes et l'affectation du résultat ; elle doit être réunie dans les 6 mois de la clôture de l'exercice.

Les associés peuvent obtenir avant chaque AG annuelle, le rapport de gestion, l'inventaire, les comptes annuels (bilan, compte de résultat, annexe), le texte des résolutions proposées, le rapport du commissaire aux comptes le cas échéant (L. 221-9).

CAC : Il n'est obligatoire que si à la clôture d'un exercice la société dépasse deux au moins des trois seuils suivants : total du bilan : 4.000.000 € (somme des montants nets des éléments d'actif) ; CA HT : 8.000.000 € ; nombre moyen de salariés (ne sont décomptés que les CDI) : 50 (loi PACTE, seuils harmonisés pour les sociétés commerciales, décret n° 2019-514 du 24 mai 2019).

Sont prises obligatoirement à l'unanimité les décisions relatives à : la révocation des gérants associés si tous les gérants sont associés ou s'ils sont statutaires (?); la continuation de la société malgré la révocation de ces gérants ; la cession des parts ; la transformation de la société en SAS ; la continuation de la société malgré la « faillite » d'un associé ou l'interdiction d'exercer une profession commerciale.

Dans tous les autres cas l'unanimité n'est requise qu'à défaut de disposition contraire des statuts.

Séance 6

La société en commandite

Art. L. 222-1 ss. (simple) – L. 226-1 (par actions)

- Deux ou plusieurs associés ; au moins un associé commandité et un associé commanditaire dans les commandites simples ; minimum trois associés commanditaires dans les commandites par actions ; pas de capital social minimum dans les commandites simples, 37.000 euros dans les commandites par actions.

Les commandités sont commerçants et sont soumis au même régime que les associés en nom collectif (personnellement, solidairement et indéfiniment tenus des dettes sociales).

Les commanditaires ne sont pas commerçants et ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Dans la commandite simple ils sont titulaires de parts sociales

en sorte qu'à leur égard aussi le contrat est conclu *intuitu personae* et c'est pourquoi cette forme sociale est classée parmi les sociétés de personnes. Dans les commandites par actions tous les associés sont titulaires d'actions négociables et c'est pourquoi elle est classée dans les sociétés de capitaux.

La commandite est régie par les règles de la société en nom collectif sous réserve de certaines solutions particulières qui tiennent compte de l'existence de deux qualités d'associés :

- Les associés commanditaires ne peuvent pas faire d'apports en industrie.
- La gérance (c'est également un gérant dans les commandites par actions) est assurée par le ou les associés commandités ou par un tiers. Sauf stipulation contraire des statuts tous les associés commandités sont gérants.

Mais un associé commanditaire ne peut pas être gérant et ne peut pas s'immiscer dans la gestion de la société sauf à engager sa responsabilité personnelle solidaire et indéfinie pour les dettes de la société résultant de l'acte passé. Selon le nombre et l'importance de ces actes il pourrait encore être déclaré tenu de tous les actes de la société (L. 222-6). Le commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion externe (en rapport avec des tiers), même en vertu d'une procuration, mais il peut faire des actes de gestion interne.

- Les décisions collectives : La réunion de l'assemblée est obligatoire dans deux cas : lorsqu'elle est demandée soit par un commandité soit par le quart en nombre et en capital des commanditaires (L. 222-5) ; pour statuer sur les comptes annuels.

Les décisions extraordinaires (qui modifient les statuts) sont prises à l'unanimité des associés quand elles sont relatives au changement de nationalité (L. 222-9) de la société ou à la transformation de la société en SAS (L. 227-3). Dans tous les autres cas, avec le consentement de tous les commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires.

Les commandites par actions sont régies par les règles des commandites simples et des SA sous réserve des solutions particulières :

Conseil de surveillance composé de trois associés commanditaires au moins nommés par l'AGO en recherchant une représentation équilibrée des hommes et des femmes, un actionnaire commandité ne pouvant ni être membre du conseil de surveillance, ni participer à la désignation de ses membres.

Séance 7

La SARL

Arts. L. 223-1 ss.

- Minimum 1 associé (EURL) ; maximum 100 associés ; pas de capital minimum (depuis la loi de 1^{er} août 2003, art. L. 223-2 C. com.) ; capital intégralement souscrit, libéré intégralement si apports en nature, ou d'au moins 1/5 si apports en numéraire, le surplus au maximum 5 ans après l'immatriculation, mais tout libéré si souscription de nouvelles parts.

- Selon l'article L. 223-1 la société à responsabilité limitée est instituée par une ou plusieurs personnes (société unipersonnelle admise depuis la loi du 11 juillet 1985) qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports (critère de qualification des sociétés de capitaux).

Ses associés n'ont pas personnellement la qualité de commerçant. Il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient la capacité d'exercer le commerce. Ils sont titulaires de parts sociales (critère des sociétés de personnes).

Les personnes morales peuvent être associés de SARL. Une société peut être associé unique d'une SARL sauf s'il s'agit d'une SARL composée d'une seule personne.

- Les activités suivantes sont interdites aux SARL : entreprises d'assurances, de capitalisation et d'épargne (L. 223-1) ; lui sont également interdites parce que réservées aux SA, les activités de crédit différé, société d'investissement, société à objet sportif.

Au contraire, les sociétés immobilières de gestion doivent obligatoirement se constituer sous forme de SARL.

- L'*intuitus personae* est pourtant moins marqué que dans les sociétés de personnes. Sauf clause contraire, les parts sont librement cessibles entre associés, entre conjoints ou entre ascendants et descendants.

La cession à des tiers (autres que le conjoint, les descendants ou les ascendants) reste soumise à l'agrément de la société mais l'unanimité n'est pas exigée, la cession devant être approuvée à la majorité des associés (par tête à la majorité absolue) représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte (L. 223-14). Dans une société qui comporte moins de quatre associés l'unanimité sera donc nécessaire.

Sauf dans les sociétés unipersonnelles, le projet de cession doit être notifié à la société et à chacun des associés par actes extrajudiciaire (acte d'huissier) ou par LRAR. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications le consentement est réputé acquis.

Si la société refuse la cession, les associés sont tenus dans le délai de trois mois à compter du refus, d'acquérir eux-mêmes ou de faire acquérir les parts (par la société qui les amortira

dans son capital –réduction du capital à proportion- ou par un tiers) à un prix fixé à dire d'expert à défaut d'accord. À la demande du gérant ce délai peut être prolongé une seule fois par le juge mais cette prolongation ne peut pas excéder six mois.

Pour bénéficier de ce droit de retrait, l'associé cédant doit détenir ses parts depuis au moins deux ans, sauf en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation au profit d'un conjoint, ascendant ou descendant.

À défaut de rachat dans le délai, la cession envisagée pourra intervenir.

• **Administration de la société** : L. 223-18

a) Nomination : La SARL est gérée par une ou plusieurs personnes physiques (rappel : SNC, PM admise). Le gérant peut être un tiers. Il peut être nommé par les statuts ou par un acte ultérieur. Dans ce cas, il doit l'être avant l'immatriculation car il faudra pour immatriculer la société indiquer son identité et fournir une attestation de non condamnation.

Mais, contrairement aux SNC, le gérant statutaire est soumis aux mêmes règles de révocation que le gérant non statutaire.

Si le gérant n'est pas nommé dès l'origine dans les statuts il est nommé à la majorité absolue (plus de la moitié des parts sociales) (L. 223-29 par renvoi de L. 223-18), sauf majorité plus élevée (mais non moindre) exigée par les statuts.

La durée des fonctions est fixée par les statuts, à défaut ils sont nommés pour la durée de la société (la durée ne pourrait pas être fixée dans l'acte de nomination hors statuts).

b) Statut : **Le gérant n'est pas personnellement commerçant.** Mais les déchéances résultant de certaines condamnations pénales ou de la faillite personnelle sont applicables aux gérants de SARL.

En tant qu'organe de la société, le gérant exerce ses fonctions en vertu d'un **mandat social**.

Il peut cependant conclure un **contrat de travail** avec la société pour des fonctions techniques distinctes de la gérance. Il est alors à la fois gérant (mandataire social) et salarié. Mais la qualification de contrat de travail suppose nécessairement l'existence d'un lien de subordination et il est admis en conséquence qu'un gérant majoritaire ne peut être lié à la société par un contrat de travail. La révocation du mandat social du gérant n'aurait aucune conséquence sur le contrat de travail. Il faut, pour le résilier, procéder au licenciement en justifiant d'une cause réelle et sérieuse.

La gérance est considérée comme majoritaire lorsque le gérant, son conjoint et ses enfants mineurs non émancipés possèdent ensemble la majorité des parts sociales.

Les gérants majoritaires ne bénéficient pas du régime général de la sécurité sociale mais relèvent du régime des travailleurs indépendants.

c) Pouvoirs : Le gérant est le représentant légal de la société. Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (L. 223-18 al. 5). Les clauses statutaires limitant leurs pouvoirs sont valables mais inopposables aux tiers même s'ils avaient connaissance de la clause (Com. 2/6/92, RJDA 8-9/92 n° 836).

La société est engagée même si les actes accomplis par le gérant dépassent l'objet social à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances (contrairement aux SNC).

En cas de pluralité de gérants, chacun peut agir séparément à l'égard des tiers même en présence de clauses exigeant la signature conjointe des gérants sauf si l'un des gérants a fait opposition aux actes des autres gérants et que le tiers en avait connaissance.

d) La révocation : Art. L. 223-25 : Le gérant (même statutaire) est révocable par décision des associés prise aux conditions des AGO (majorité représentant plus de la moitié des parts sociales ou, sur seconde convocation, majorité des votes émis quel que soit le nombre de votants) à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte. Le gérant prend part au vote. Si sa participation dans le capital (ou le soutien d'autres associés) rend impossible le vote de sa révocation elle peut être décidée par le tribunal à la demande de tout associé minoritaire s'il justifie d'une cause légitime.

La mention du nom du gérant dans les statuts peut être supprimée en cas de cessation des fonctions par décision des associés aux conditions de majorité des AGO (L. 223-18).

Si le gérant ne convoque pas l'assemblée pour voter sur sa révocation, tout associé pourra demander au président du tribunal de commerce statuant en référé de désigner un mandataire avec mission de convoquer l'assemblée.

Si la révocation est prononcée sans juste motif elle peut donner lieu à dommages et intérêts (la révocation ne peut être prononcée *ad nutum*). En tout état de cause les droits de la défense doivent être respectés et la révocation ne saurait intervenir sans que le gérant ait été invité à présenter sa défense.

e) La responsabilité des gérants : À l'égard des tiers les gérants ne sont personnellement responsables que lorsque les fautes commises leur sont imputables et sont séparables de leurs fonctions. À défaut, la faute de gestion du gérant permettra seulement une action du tiers victime contre la société.

La responsabilité du gérant peut être mise en cause par les associés ou les tiers en réparation de leur préjudice personnel (action individuelle) ou par un ou plusieurs associés en réparation du préjudice subi par la société (action sociale). Ces actions se prescrivent par trois ans à compter de la date du fait dommageable ou de sa révélation, ou de dix ans si le fait est qualifié crime (L. 223-23).

f) Les conventions réglementées (art. L. 223-19) : sauf lorsqu'il n'y a qu'un seul associé, les conventions autres que celles portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales, intervenues directement ou par personnes interposées entre la société

et l'un de ses gérants ou associés, doivent faire l'objet d'un rapport aux associés par le gérant ou le CAC s'il en existe. L'assemblée ou les associés consultés par correspondance statuent sur ces conventions. Le gérant ou l'associé intéressé (ou toute personne indirectement intéressée depuis la loi PACTE) ne peut pas prendre au vote et ses parts ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

Sont également visées les conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable (par ex. SNC), gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL. Les conventions non approuvées produisent leurs effets mais le gérant ou l'associé contractant supporterait les conséquences préjudiciables pour la société.

Si le gérant est non associé et qu'il n'y a pas de CAC, l'approbation de l'assemblée doit être préalable à la conclusion des conventions.

Sous peine de nullité (absolue), il est par ailleurs interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales (une filiale pourrait donc prêter à sa société mère), aux représentants légaux des personnes morales associées, à leurs conjoints ascendants et descendants et à toute personne interposée, de contracter des emprunts auprès de la société et de se faire cautionner par elle (L. 223-21).

g) Les commissaires aux comptes : ne sont pas obligatoires en principe, sauf si à la clôture d'un exercice la société dépasse deux au moins des trois seuils suivants : total du bilan : 4.000.000 € (somme des montants nets des éléments d'actif) ; CA HT : 8.000.000 € ; nombre moyen de salariés (ne sont décomptés que les CDI) : 50 (loi PACTE, seuils harmonisés pour les sociétés commerciales).

h) Les décisions collectives :

- La réunion de l'assemblée est obligatoire pour l'approbation annuelle des comptes (elle doit être convoquée dans les six mois de la clôture de l'exercice) ; lorsqu'elle est demandée par un ou plusieurs associés représentant 10 % en nombre des associés et 10 % des parts sociales (loi Warsmann II, 22 mars 2012), soit seulement la moitié des parts sociales (L. 223-27 al. 4).

Dans tous les autres cas les statuts peuvent prévoir une consultation par correspondance ; ils peuvent aussi prévoir la possibilité de prendre les décisions par acte sous seing privé ou notarié signé par tous les associés (L. 223-27 al. 1).

- L'assemblée doit être convoquée par le gérant. En cas de carence elle peut l'être par le CAC s'il y en a. Les associés, quelle que soit leur part dans le capital, peuvent encore demander au président du tribunal de commerce de nommer un mandataire avec mission de convoquer l'assemblée.

L'assemblée est convoquée par lettre recommandée comportant l'ordre du jour, envoyée 15 jours au moins avant la date de la réunion.

Avec la convocation, en tous cas au moins 15 jours avant l'AG ordinaire annuelle, le gérant adresse aux associés les comptes annuels, son rapport sur la gestion, le texte des résolutions proposées, le rapport du CAC s'il y en a (les associés ont encore accès à l'inventaire au siège).

En cas d'irrégularité des convocations la nullité peut être prononcée, mais la présence (ou représentation) de tous les associés couvre les irrégularités de forme et rend irrecevable l'action en nullité.

- On ne peut pas subordonner l'accès à l'assemblée à la possession d'un nombre minimum de parts. Chaque associé dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède (disposition d'ordre public). Les associés peuvent se faire représenter par leur conjoint sauf si la société ne comprend que les deux époux ; ou par un autre associé sauf s'il n'y a que deux associés. Il ne peut se faire représenter par un tiers que si les statuts le permettent (L. 223-28).

- **Aux AGO**, les décisions sont prises sur première convocation à la **majorité absolue** des parts sociales, mais les statuts peuvent prévoir une majorité qualifiée ; sur seconde convocation il n'y a pas de quorum = majorité des votes émis quel que soit le nombre de voix. Mais les statuts peuvent écarter cette seconde consultation en sorte qu'aucune décision ne puisse être prise sans majorité absolue du capital. Par ailleurs. Le vote sur les conventions réglementées ne tient pas compte des parts de la personne intéressée.

- **Aux AGE** (L. 223-30), si la société est **constituée avant la publication de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005** (publiée le 4 août 2005) en faveur des petites et moyennes entreprises, les décisions sont prises à la **majorité qualifiée des ¾** des parts sociales, les statuts ne pouvant prévoir une majorité ni plus élevée ni moins élevée.

L'associé qui aurait ¼ des parts plus une détiendrait ce qu'il est convenu d'appeler une « minorité de blocage », c'est-à-dire qu'il pourrait s'opposer à toute modification des statuts (sauf révocation du gérant statutaire ou transformation en SA ; par ailleurs l'augmentation du capital par incorporation de réserves peut être décidée par des associés représentant seulement la moitié des parts sociales).

Pour les sociétés **constituées après la publication de la loi 2005-882 du 2 août 2005** en faveur des petites et moyennes entreprises, un quorum est fixé à ¼ des parts sur première convocation, et 1/5 sur deuxième convocation. À défaut de quorum, la deuxième assemblée peut être reconvoquée à une date postérieure de deux mois au plus. Les décisions sont prises à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés, sauf déplacement au siège, majorité simple. Les statuts peuvent prévoir des quorums ou une majorité plus élevés, sans pouvoir, pour cette dernière, exiger l'unanimité des associés

Les sociétés constituées avant cette date peuvent décider à l'unanimité des associés de se soumettre au nouveau régime.

Certaines délibérations doivent cependant être prise à l'**unanimité** : le changement de nationalité ; la transformation en SNC, en commandite, en SAS ; l'augmentation des engagements des associés (L. 223-30 al. 2).

Enfin, l'autorisation de cession des parts à des tiers exige la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (L. 223-14).

Séance 8

LA SOCIETE ANONYME

L. 225-1 ss

- **Titres négociables**

Mais clauses statutaires possibles : clauses de préemption ; d'agrément ; de sortie conjointe – Idem pactes d'actionnaires (fini si introduction en bourse)

- **Responsabilité des associés** limitée aux apports : minimum 7 associés personnes physiques ou morales dans les sociétés cotées ; 2 associés dans les sociétés non cotées.

- **Constitution successive** (appel public à l'épargne) : projet de statuts publiés au greffe, notice destinée aux épargnants, prospectus visa AMF ; convocation des souscripteurs en AG constitutive, vote les statuts et organes d'administration et de contrôle, majorité 2/3 présents ou représentés ; capital minimum 225.000 €

- **Constitution instantanée** : capital minimum 37.000 € ; intégralement souscrit, libéré 1/2, solde dans les 5 ans de l'immatriculation (L. 225-3 al. 2).

- **CAC** : La loi PACTE a supprimé l'obligation de désigner un CAC. Sauf si sont atteints deux des trois seuils suivants : total du bilan : 4.000.000 € (somme des montants nets des éléments d'actif) ; CA HT : 8.000.000 € ; nombre moyen de salariés (ne sont décomptés que les CDI) : 50 (seuils harmonisés pour les sociétés commerciales).

- **Assemblées générales** :

- **Règles communes** :

Convocation par le CA ou le directoire ou le conseil de surveillance ; à défaut, CAC ou mandataire désigné à la demande d'actionnaires réunissant au moins 5%.

Formalités préliminaires : avis de réunion, mais cet avis ne doit être adressé aux associés que s'ils l'ont demandé (plus de délai, mais l'actionnaire doit avoir 25 jours avant l'assemblée pour demander l'inscription de projets de résolution) ; pour déposer des projets de résolution il faut 5% du capital (si K > 750.000 €, pourcentages dégressifs, R. 225-71 al. 2) ; convocation par courrier postal ou électronique si accord écrit des actionnaires (CNIL pas obligatoire) + insertion dans journal d'annonces légales sauf si les statuts stipulent une convocation par courrier + convocation CAC – délai de convocation : 15 jours sur 1^{ère}

convocation ; 6 jours sur 2^{ème} convocation. Lieu : siège ou département, sauf dérogation dans les statuts.

•• **AGO :**

Sur première convocation, quorum 1/5 des actions ayant le droit de vote (les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé), sur 2e convocation aucun quorum (L. 225-98, al. 2). Majorité des voix des actionnaires présents ou représentés, ordre public (L. 225-121, al. 1) (L. 225-98 al. 3). Pour les conventions réglementées les personnes intéressées ne prennent pas part au vote.

•• **AGE :**

Quorum : ¼ sur 1^{ère} convocation, 1/5 sur 2e convocation (on peut reconvoquer dans les 2 mois une 3^{ème} mais avec le même quorum) ; L. 225-96 ; majorité des 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés (minorité de blocage 1/3+1).

• **Administration de la société**

•• **SA avec CA**

a) Le conseil d'administration

3 à 18 administrateurs (L. 225-17 al. 1).

LME les statuts « peuvent » imposer la détention d'un nombre minimum d'actions (avant seuls les actionnaires pouvaient être administrateurs).

Nommés par l'AGO (maxi 6 ans), mais les premiers par les statuts.

Révocables ad nutum.

Pas + d'1/3 + de 70 ans, sauf autre limite fixée par les statuts.

Une PM peut être administrateur, elle désigne un représentant permanent.

Organe collégial : individuellement les administrateurs ne détiennent aucun pouvoir.

b) Le président

Dirige les travaux du conseil. Se voit ou non confier la direction générale.

Choisi parmi les membres du conseil. Nommé et révocable par le CA à la majorité (ni par l'AG ni par les statuts).

Personne physique (avant LME il fallait au moins une PP associé, aujourd'hui un tiers pourrait être la personne physique administrateur désignée président).

Limite d'âge : statuts ou 65 ans ; révocable ad nutum ; rééligible.

c) Le Directeur Général

La direction générale peut-être confiée par le Conseil soit au président, soit à un autre administrateur personne physique.

•• SA à directoire

a) Le directoire

2 à 5 (7 si cotée) mais si K<150.000 € possible 1 seul directeur général.

Peuvent être des tiers.

Obligatoirement des personnes physiques.

Peut devenir salarié.

Limites d'âge comme président et DG.

Nommés par le conseil de surveillance et ni par AG ni par statuts (L. 225-59, al. 1) mais avant l'immatriculation.

Durée : statuts, entre 2 et 6 ans. À défaut, 4 ans.

Révocation par l'AG (pas nécessaire que le CS le propose) ou par le CS si les statuts le prévoient.

Révocation libre mais si pas justes motifs DI.

Président nommé par le CS et révocable par lui (même si les statuts ne le prévoient pas) ; révocation discrétionnaire, s'il reste membre du directoire.

b) Le conseil de surveillance

3 à 18 membres (L. 225-69)

Contrôle la gestion et les comptes. Peut recevoir des statuts le pouvoir d'autoriser les décisions les plus graves.

Les premiers membres doivent être désignés par les statuts (ou AG constitutive) ; ensuite par l'AGO (durée maximum du mandat 6 ans).

Depuis LME les statuts « peuvent » fixer le nombre d'actions qu'ils doivent détenir (avant ils devaient être associés).

Peuvent être personnes morales (représentant permanent) sauf le président et le vice-président (L. 225-81, al. 2).

Ne peuvent pas être membres du directoire.

Limites d'âge, comme les administrateurs.

Durée fixée par les statuts mais maxi 6 ans (3 ans si premiers nommés par les statuts).

Révocables ad nutum par l'AG.

Président et le vice-président doivent être élus par le CS en son sein.

Séance 9

LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE L. 227-1 ss. C. com.

a) Forme sociale récente. Créée par la loi du 3 janvier 1994, réformée par la loi du 12 juillet 1999, qui a autorisé les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles, et a admis que les associés soient des personnes morales. L'associé unique d'une SAS (SASU) ne peut cependant pas être une autre SAS, mais il peut s'agir d'une personne physique ou morale.

b) Les SAS émettent des actions, mais elles ne peuvent pas faire d'offre au public de titres financiers, sauf, depuis la loi PACTE, si elle est destinée aux dirigeants et salariés, ni faire admettre leurs actions aux négociations sur un marché réglementé (L. 227-2). Depuis la loi du 4 août 2008 (LME) elles peuvent émettre des actions représentatives d'apports en industrie (L. 227-1).

c) Le **capital minimum de 37.000 euros a été supprimé** par la loi LME. Désormais, les statuts fixent librement le montant du capital social (qui pourrait même, comme pour les SARL, être inférieur à 1 euro). Le capital doit être intégralement souscrit, mais il peut n'être libéré que pour moitié, le solde dans les 5 ans de l'immatriculation.

d) Les règles régissant les sociétés anonymes s'appliquent à la SAS chaque fois que les dispositions spécifiques n'y dérogent pas.

e) La SAS se caractérise par la liberté contractuelle laissée aux associés pour fixer dans les statuts les règles de fonctionnement de la société.

f) Le **commissaire aux comptes** était obligatoire jusqu'à la loi LME. La loi PACTE a harmonisé pour les sociétés commerciales les seuils à partir desquels la désignation du CAC est obligatoire. Lorsque sont atteints deux des trois seuils suivants : total du bilan : 4.000.000 € (somme des montants nets des éléments d'actif) ; CA HT : 8.000.000 € ; nombre moyen de salariés (ne sont décomptés que les CDI) : 50.

g) Direction

Les associés jouissent d'une très grande liberté pour organiser la direction de la SAS. La loi impose cependant qu'elle ait un **président**.

Le président peut être une **personne physique ou morale** ; un **associé ou un tiers** ; il peut cumuler son mandat avec un contrat de travail.

Les statuts fixent librement les conditions de sa nomination et de sa révocation (la liberté offerte permet de prévoir sa désignation par certains associés seulement, ou par un tiers, ou par un associé majoritaire, ou minoritaire...).

Le président est le représentant légal de la société et jouit des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société dans les limites de l'objet social. Les statuts peuvent limiter ses pouvoirs, mais cette limitation ne sera pas opposable aux tiers, même lorsque le président agit au-delà de l'objet social.

Les statuts peuvent ne prévoir qu'un président, ou créer un **organe d'administration**, auquel ils peuvent donner l'appellation de leur choix (conseil d'administration, comité de direction, comité de pilotage...) et dont ils fixent librement les règles de constitution et de fonctionnement, sans être tenus d'observer les règles applicables au conseil d'administration des sociétés anonymes.

Les statuts peuvent également prévoir un **organe de contrôle**, qu'ils nomment également librement (conseil de surveillance, comité de contrôle...), et dont ils fixent aussi librement les règles de composition et de fonctionnement, sans aucune contrainte.

Les statuts doivent désigner l'organe auprès duquel **les délégués du comité d'entreprise** exercent les droits qu'ils tiennent de l'article L. 432-6 du Code du travail (devenu L. 2323-62 à L. 2323-66). Il peut s'agir du seul président.

h) Les décisions collectives

Certaines décisions sont réservées aux associés, à peine de nullité (art. L. 227-9) : la modification du capital social ; la fusion ; la scission ; la nomination des commissaires aux comptes ; l'approbation des comptes et l'affectation du résultat ; la dissolution ; la transformation en une société d'une autre forme ; les associés doivent également se prononcer sur les décisions sur les conventions réglementées, ainsi que celles qui exigent l'accord unanime des associés (L. 227-19) : l'inaliénabilité temporaires des actions ; la nécessité d'un agrément pour la cession des actions ; la possibilité d'exclusion d'un associé ; le changement de nationalité ; l'augmentation des engagements des associés (droit commun, art. 1836 al. 2 C. civ.). Pour ces décisions, la règle de l'unanimité est d'ordre public.

Pour toutes **les autres décisions** (y compris la modification des statuts), la liberté est absolue. Les statuts fixent librement les règles de *quorum* et de majorité. Certains associés pourraient se voir accorder un nombre de voix différent de celui des autres associés, un droit de veto ; certaines décisions pourraient être réservées à un groupe d'associés ; les statuts pourraient exiger la détention d'un nombre minimum d'actions pour participer au vote, ou une clause dite de « stage » (ancienneté)... En revanche, le droit de participer à l'assemblée est d'ordre public (art. 1844 C. civ.).

Séance 10

LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE (*Societas europaea*)

Règlement n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 ; directive n° 2001/86, de la même date, transposée en droit français par la loi du 26 juillet 2005 (L. 229-1 et ss. C. com. ; L. 439-25 et ss. C. trav.).

a) Capital social minimum : 120.000 €.

b) Règles de fonctionnement de la société anonyme (avec conseil d'administration ou avec directoire et conseil de surveillance), sauf certaines règles spécifiques (par exemple, le président doit nécessairement exercer lui-même les fonctions de directeur général ; l'assemblée générale doit être convoquée à la demande d'actionnaires détenant 10 % du capital, ou une participation moindre prévue par les statuts ; aux AGE, majorité des 2/3 des voix exprimées, et non plus des présents ou représentés, ce qui exclut les abstentions et les votes blancs ou nuls).

c) Les SE ayant leur siège en France sont immatriculées au RCS (publicité au Journal Officiel de l'Union Européenne, à la charge du greffier).

d) Quelle que soit la forme de constitution de la SE, les salariés doivent être associés à l'opération par l'intermédiaire d'un groupe spécial de négociation (art. L. 439-31 C. trav.).

e) Constitution

e.a. Par fusion (absorption ou création de société nouvelle)

de **plusieurs sociétés anonymes** ; deux d'entre elles au moins doivent relever du droit d'États membres différents.

Chaque société participant à la fusion publie un avis dans l'État membre dont elle relève. En France, au BODACC, ainsi que dans un journal d'annonces légales.

Le commissaire à la fusion peut être le même pour toutes les sociétés participant à la fusion, à leur demande. En France, il est désigné par le président du tribunal de commerce.

Les assemblées générales de chacune des sociétés se prononcent sur le projet de fusion dans les conditions prévues par leur droit respectif. En France, *quorum* et majorité prévus pour les AGE (L. 236-2 al. 2).

La société française participant à la fusion dépose au greffe du tribunal de commerce une déclaration de conformité, avec la demande d'inscription modificative, et avant les formalités de contrôle (cf. ci-après), et le greffier délivre un certificat qui atteste de l'accomplissement des actes et des formalités.

Le **contrôle de la légalité** de la procédure est fait en France par un notaire (il ne doit pas être intervenu dans la réalisation des opérations), qui reçoit de chacune des sociétés participant à la fusion le certificat précité, dans les 6 mois de sa délivrance, ainsi qu'un dossier complet (statuts, avis, projet de fusion, procès-verbaux des assemblées générales extraordinaires, pièces attestant de l'implication des salariés). Le notaire établit alors une attestation de conformité.

e.b. Par constitution d'une holding

Des **SA et/ou SARL** peuvent constituer, sous forme de SE, une holding, si deux au moins d'entre elles relèvent du droit d'États membres différents, ou ont, depuis deux ans au moins, une filiale relevant du droit d'un autre État membre, ou une succursale située dans un autre État membre.

Les assemblées générales de chaque société se réunissent pour demander aux associés d'apporter leurs titres à la SE, qui doit obtenir, pour se constituer valablement, 50 % des droits de vote de chacune des sociétés participant à l'opération.

Un mois avant l'assemblée générale, chaque société française dépose le projet au greffe du tribunal de commerce et publie un avis dans un journal d'annonces légales.

Il peut n'y avoir qu'un seul commissaire à la constitution si toutes les sociétés le demandent.

Chaque société approuve le projet aux conditions de *quorum* et de majorité prévues pour les AGO.

Après l'assemblée générale, les sociétés françaises publient un avis dans un journal d'annonces légales précisant les modalités d'apport des titres à la SE dans un délai de trois mois. Si le pourcentage de titres prévu est effectivement apporté pour chaque société (par leurs associés), la SE est constituée ; en ce cas, les autres associés disposent d'un nouveau délai de trois mois pour apporter également de leurs titres s'ils le souhaitent.

Chaque société publie un avis dans un journal d'annonces légales national (+ BODACC).

La société peut alors être immatriculée au RCS.

e.c. Par création d'une filiale

Une filiale sous forme de SE peut être constituée par **plusieurs sociétés, quelle que soit leur forme**, mais aussi par d'autres personnes morales de droit privé ou public. Ces personnes morales peuvent constituer la SE en souscrivant ses actions, si deux d'entre elles au moins relèvent du droit d'États membres différents, ou ont, depuis deux ans au moins, une filiale relevant du droit d'un autre État membre, ou une succursale dans un autre État membre.

Les règles de souscription sont, pour chaque personne morale, celles applicables dans l'État dont elle relève.

Une SE, à condition qu'elle ne soit pas unipersonnelle, peut constituer seule une filiale sous forme de SE.

e.d. Par transformation

Une **société anonyme** peut aussi se transformer en SE si elle a depuis deux ans au moins une filiale dans un autre État membre. Il s'agira de la même personne morale, qui se poursuit sous une forme nouvelle.

Les capitaux propres doivent être au moins équivalents au capital social.