

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG - France

COURS
DROIT COMMERCIAL

ANNEE ACADEMIQUE 2006-2007

SEMESTRE 5

DROIT COMMERCIAL

PLAN DU COURS DE DROIT COMMERCIAL

Introduction :

Section 1 : Le domaine du droit commercial

Section 2 : L'évolution du droit commercial.

- 1) *Les sources historiques du droit commercial*
- 2) *Le code de commerce*
- 3) *Le droit de commerce après le code.*

Section 3 : Sources et techniques du droit commercial.

- 1) *La Loi*
- 2) *Les usages*
- 3) *La réglementation professionnelle*
- 4) *Les sources internationales*

1^{ère} PARTIE - DROIT COMMERCIAL GENERAL

TITRE I - LES ACTEURS

Chapitre 1^{er} - Les premiers rôles : Les commerçants

Section I - Définition du commerçant

1^{er} § - Les commerçants personnes physiques

A. L'accomplissement d'actes de commerce

1. La notion d'acte de commerce.

- a) les actes de commerce par nature
- b) les actes de commerce par accessoire
- c) les actes de commerce par la forme

2. Le régime des actes de commerce.

- a) Le régime des actes de commerce conclus entre commerçants
- b) Le régime des actes mixtes.

B. L'exercice d'une activité commerciale à titre de profession habituelle

C. L'exercice d'une activité commerciale à titre indépendant.

2nd §- Les commerçants personnes morales

A. Les sociétés commerciales par la forme
Les autres personnes morales et l'exercice du commerce

1. Les personnes morales du secteur privé
2. Les personnes morales du secteur public.

Section II. Statut du commerçant

1^{er} § - les conditions d'exercice du commerce

A. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie

B. Les limites.

1. *les limites relatives à la personne du commerçant*

- a) les incapables
- b) les étrangers
- c) les incompatibles
- d) les déchéances
- e)

2. *Les limites relatives à l'activité exercée*

- a) les activités interdites
- b) les activités soumises à condition

3. *les limites conventionnelles à l'exercice du commerce : les clauses de non concurrence.*

2^{ème} §- les obligations des commerçants

A. L'immatriculation des commerçants au registre de commerce et des sociétés

1. la procédure d'inscription
2. les effets de l'inscription

B. Les obligations comptables

C. Les obligations fiscales

3^{ème} § - Les droits de commerçants.

Chapitre 2nd - les seconds rôles : les autres acteurs du droit commercial

Section I - Le statut des artisans

Section II- Le statut des professions libérales

TITRE II - LE DECOR : LE FONDS DE COMMERCE

Chapitre 1^{er} - Le fonds de commerce

Section I - Eléments constitutifs du fonds de commerce.

1^{er} § - La clientèle

2^{ème} §- Le droit au bail : présentation du statut des beaux commerciaux.

Champ d'application de statut des beaux commerciaux

Condition relative au contrat de location

Conditions relatives aux locaux loués

Conditions relatives au locataire.

Régime du bail commercial.

1. Le régime du bail en cours d'exécution :

- durée
- loyer
- déspecialisation
- sous-location
- cession de bail
- clauses de résiliation de plein droit

2. Le renouvellement du bail commercial

- conditions
- procédure
- refus de renouvellement

3^{ème} §- Le matériel et les marchandises

4^{ème} § - Le nom commercial et l'enseigne

5^{ème} § - Les droits de propriété industrielle

6^{ème} § - Les autres éléments incorporels

Section II- La nature juridique du fonds de commerce

1^{er} - Le fonds de commerce est une universalité

- A. Une universalité de droit
- B. Une universalité de fait

2nd §- Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel

- A. Fondement de cette qualification
- B. Conséquence de cette qualification

Chapitre 2nd - les opérations relatives au fonds de commerce.

Section I- La location gérance du fonds de commerce

1^{er} § - la formation du contrat de location gérance

- A. les conditions de fonds
- B. Les formalités de publicité

2nd § - Les effets du contrat de location gérance.

- A. Effets entre les parties
- B. Effets à l'égard des tiers

Section II- La vente du fonds de commerce

1^{er} § - Les conditions de la vente du fonds de commerce

- A. Les conditions de fond
- B. Les conditions de forme
- C. La publicité de la vente.

2nd § - Les effets de la vente du fonds de commerce

- A. Les obligations du vendeur
- B. Les obligations de l'acheteur.

Section III - L'apport du fonds de commerce à une société.

TITRE III : L'INTRIGUE : LA CONCURRENCE ET LA LOYAUTE

Section I : Les atteintes à la loyauté de la concurrence.

- 1^{er} § : - Le dénigrement
- 2nd § : - La désorganisation de l'entreprise concurrente ou du marché.
- 3^{ème} § : - La confusion ou l'imitation d'un concurrent
- 4^{ème} § : -Le parasitisme

Section II : L'action en concurrence déloyale.

- 1^{er} § : Le fondement de l'action en concurrence déloyale
- 2nd § : L'exercice de l'action en concurrence déloyale.

2^{nde} PARTIE - LES SOCIETES COMMERCIALES.

TITRE 1^{er} - DROIT COMMUN DES SOCIETES

Chapitre 1 : La naissance de la société.

Section I : L'acte de la société.

1^{er} § : - Les conditions de formation de l'acte de société.

A. Conditions générales.

- 1. Le consentement
- 2. La capacité
- 3. L'objet
- 4. La cause

B. Conditions spécifiques

- 1. La mise en commun d'apports
 - i) l'apport en numéraire.
 - ii) L'apport en nature
 - l'apport en propriété
 - l'apport en jouissance
 - iii) l'apport en industrie
- 2. La vocation aux bénéfices, aux économies et la contribution aux pertes.
- 3. L'affection societatis
- 4. La rédaction d'un écrit

2nd § : Les sanctions des conditions de formation du contrat de société.

A. Les causes de nullité

B. L'action en nullité

C. Les effets de nullité

Section II : La personnalité morale.

1^{er} § : Les formalités d'immatriculation de la société

2^{ème} § : Le sort des actes antérieurs à l'immatriculation de la société.

3^{ème} § : Les effets de l'acquisition de la personnalité morale.

- A. L'individualisation de la société.
- B. Le patrimoine de la société.
- C. La responsabilité de la société.

Chapitre 2 : La vie de la société.

Section I : Les acteurs de la société.

I^{er} § : Les dirigeants.

A. Désignation des dirigeants.

B. Pouvoir des dirigeants

- i) Les conditions de la représentation de la société
- ii) Les limites de la représentation
 - Limites de la représentation dans l'ordre externe
 - Limites de la représentation dans l'ordre interne.

C. Responsabilité des dirigeants.

- i) La responsabilité civile des dirigeants

- La responsabilité envers la société et les associés
- La responsabilité envers les tiers
- ii) La responsabilité pénale des dirigeants.
- iii) La responsabilité fiscale des dirigeants.

2nd § : Les associés.

- A. L'attribution de la qualité d'associé.
- B. Les droits attachés à la qualité d'associé.

- i) Les droits politiques
 - le droit de chaque associé de participer à la vie sociale
 - la prohibition des abus entre associé et à l'égard de la société.
 - ⇒ L'abus de majorité.
 - ⇒ L'abus de minorité
 - ii) Les droits pécuniaires.
- C. La sauvegarde de la qualité d'associé.
- i) L'exclusion de l'associé.
 - ii) L'interdiction d'augmenter les engagements de l'associé.
 - iii)

Section II : Les résultats.

1^{er} § : La détermination du résultat.

2nd § : L'affectation du résultat

- A. La mise en réserve.
- B. La distribution du résultat.

Section III : Les évolutions.

1^{er} § : La transformation de la société.

- A. Le mécanisme de la transformation
- B. Les conséquences juridiques de la transformation

2nd § : La dissolution de la société.

- A. Causes de la dissolution
- B. Effets de la dissolution.

TITRE 2 : DROIT SPECIAL DES SOCIETES.

Chapitre 1 : La classification des sociétés.

1^{er} § : Société à risque limité et société à risque illimité.

2^{ème} § : Sociétés de personnes et sociétés des capitaux.

3^{ème} § : Sociétés avec ou sans personnalité morale.

4^{ème} § : Sociétés faisant ou non publiquement appel à l'épargne.

Chapitre 2 : Les sociétés commerciales à risque limité : L'exemple de la SARL.

Section I : Le droit commun de la SARL.

1^{er} § : L'existence de la SARL

A. La constitution de la SARL

- i) Conditions de fonds.
- ii) Conditions de forme.

B. La dissolution de la SARL.

2nd § : Le fonctionnement de la SARL

A. Les associés de la SARL.

- i) Les droits pécuniaires des associés.
- ii) Les droits politiques des associés.

B. Le gérant de la SARL.

- i) Le statut du gérant.
- ii) Les pouvoirs du gérant.

Section II : Les règles propres à L'EURL.

Chapitre 3 : Les sociétés commerciales à risque illimité - L'exemple de la SNC.

Section I : La constitution de la SNC.

Section II. Les associés de la SNC.

1^{er} § : Les droits des associés de la SNC.

- A. Les droits pécuniaires des associés.
- B. Les droits politiques des associés

2nd § : Les obligations des associés de la SNC.

Section III : Les gérants de SNC.

Section IV : La dissolution de la SNC.

- Y. GUYON, Droit des affaires, éd. Economica
- M. PEDAMON, droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce, coll. Précis droit privé, éd. Dalloz
- D. LEGEAIS, droit commercial et des affaires, éd. Armand Colin.
- F. DEKEUWER - DEFOSSEZ, Droit commercial, Coll. Domat droit privé, éd. Montchretien.

INTRODUCTION

Le droit commercial est la partie du droit privé relative aux opérations juridiques faites par les commerçants soit entre eux, soit avec leurs clients. Le droit commercial est le droit qui s'applique aux commerçants mais dans la vie des affaires, il y a également les artisans et les professions libérales. Ces opérations se rapportant à l'exécution du contrat sont dites pour cette raison « **actes de commerce** »

Section 1 : Le domaine du droit commercial

En droit romain, le terme *commercium* est employé pour désigner tous les rapports juridiques que les commerçants ont entre eux relativement à l'utilisation des biens. On distingue donc les choses in *commercio* ou extra *commercio*. Relatif au patrimoine anonyme.

Dans un sens large, il est passé à un sens restreint, aujourd'hui non-s le commerce de signes pas de transaction portant sur un bien matériel mais encore le commerce se distingue- il de l'industrie car il ne comprend que de la circulation et la distribution des richesses mais pas leur propriétés. L'économie ne se réduit pas au commerce. Le droit commercial fait partie du droit privé. Il est la partie spéciale du droit civil qui est le droit commun. Deux conceptions s'affrontent : Une conception objective et une conception subjective.

La conception objective : Est celle qui analyse le droit commercial sous l'angle de son objet et spécialement sous l'angle juridique. Le droit commercial est donc réduit au droit des actes de commerce. L'inspiration de cette conception réside dans l'idée qu'on ne puisse pas qualifier les actes en fonction de la qualité des commerçants mais au contraire l'égalité entre les sujets de droit, pas de classe de commerçants. Le critère est neutre comme le critère d'acte de commerce. Cette conception objective a triomphé par l'adoption le 18/09/2000 d'une ordonnance codifiant le code de commerce qui traite désormais en 1^{er} non plus des commerçants mais des actes de commerce.

La conception subjective : Elle analyse le droit commercial comme un droit des commerçants plus généralement des professions commerciales indépendamment des actes passés.

Section 2 : L'évolution du droit commercial.

I. Les sources historiques du droit commercial

Elles sont plus difficiles à comparer que celles du droit civil car le droit commercial n'est pas un droit formaliste, donc ne laisse pas de traces écrites. C'est un droit essentiel formé dans les usages et qui a été codifié au début du 19^{ème} siècle et récemment en 2000. L'antiquité nous a laissé quelques documents relatifs au commerce maritime entre des villes qui ne connaissaient pas les mêmes lois. Quand on veut échapper aux législations différentes, on élabore une jurisprudence« *Gomtuim* », un droit commun supérieur et différent des systèmes différents juridiques propres à chacune des villes. Cette pratique du droit commercial a perduré jusqu'au moyen nage où certaines institutions sont apparues à l'occasion d'échanges maritimes.

- Institutions du commerce bancaire, de la lettre de change, de faillites.

On a aussi créé un droit spécifique aux foires qui s'appliquait aux échanges nés à l'occasion de ces foires ainsi que des institutions chargées de régler les litiges nés à l'occasion de ces foires. Le droit des foires a été par la suite codifié. (Ouvrages de codification écrit par Mr Savary....). Les ouvrages et code sont écrits parce qu'ils se perdent.

Le droit des marchands va être en 1673 par Colbert dans une ordonnance royale sur le commerce de terre, laquelle ordonnance était connue sous le nom **de code marchand ou code savary**. Cette ordonnance était légiférée sur les corporations ; corps de métiers). La révolution française a voulu mettre fin à ces corporatismes, à cette inégalité.

L'œuvre de la révolution a été en 1791 la loi « **le Chapelier & le décret d'Allard : (Liberté de commerce et d'industrie. Le chapelier : abolition des corporations)**. Les lois et décrets ont libéré le commerce, banni les inégalités, même après le code de commerce.

Partie II : Le code de commerce

La rédaction a été entreprise le 3/04/1801, a abouti en 1807 & déclaré exécutoire en 1808. Il comprenait 648 articles & reprenait l'organisation de l'ordonnance de 1673. Contrairement au code civil, le code de commerce n'a jamais suscité de commentaires particuliers.

Partie III : Le droit de commerce après le code.

Le code de commerce va évoluer en fonction de son insertion dans une économie (libérale, capitaliste.....). Il y a eu tout d'abord une période de capitalisme libérale au 19^{ème} siècle.

En partie, un capitalisme industriel & financier dans la 1^{ère} moitié du 19^{ème} siècle. La conséquence de ce capitalisme industriel et financier est la loi du 24/07/1867 portant sur **les sociétés en commandites par action (SCA)** qui deviendra **le 24/07/1966 une loi sur les sociétés anonymes**. La loi portant sur la propriété littéraire & artistique du 14/07/1886 ; c'est la propriété intellectuelle, l'œuvre de l'esprit. Le capitalisme a connu des limites liées à la condition des ouvriers employés auxquels, on a voulu donner des avantages que le droit social, le droit du commerce ont consacrés. La limite la plus essentielle est la fin du capitalisme avec l'intervention de l'Etat née avec la grande guerre mondiale. L'Etat s'est montré même en intervenant pour légiférer l'économie. Le droit commercial a ressenti cette évolution.

Réglementation des prix : C'est l'acteur du commerce qui a été réglementé à travers les nationalisations : nationalisation des banques ; le droit bancaire est devenu un droit privé.

Egalement des influences des droits étrangers en partie des recommandations internationales (OMC) qui influencent le droit sur les pratiques du commerce.

Section 3 : Sources et techniques du droit commercial.

Partie 1 : La Loi :

C'est la loi du 1867 devenu au terme d'une codification administrative consacré par la loi de 2000 le code de commerce ; qui intègre en son sein aussi les anciens règlements du code de commerce qui a été abrogé que désormais les règlements portant sur les sociétés commerciales, le droit de la concurrence, sur les procédures collectives. La codification à droit constant c'est le regroupement de textes en l'état.

Partie 2 : Les usages.

Pendant long temps, le droit commercial a été un droit purement coutumier sans aucune rédaction de ses coutumes ; L'usage donc se forme par la pratique au sein d'un milieu de marchands sur une place déterminée. **Parère** : attestation délivrée par les syndicats professionnels & les chambres de commerce et également par les bureaux de dépôts des usages professionnels attachés aux tribunaux de commerce.

On distingue deux types d'usages : - **L'usage conventionnel** : L'usage qui peut être écarté par la convention des parties et inversement qui s'appliquent lorsque les parties n'ont pas manifesté la volonté de l'écarter par leurs conventions. C'est un usage supplétif ; usage de fait.

L'usage se définit comme une pratique constante et acceptée. Cette pratique doit présenter un caractère de généralité. L'usage est limité à une profession ; une localité ou à une opération déterminée. C'est la jurisprudence qui décide lorsqu'un usage est de fait ou de droit.

Exemple d'usage de droit : la solidarité présumée entre les débiteurs contractuels alors que l'art 1202 du code civil présume que la solidarité doit être expresse.

L'anatocisme dans le compte courant (capitalisation des intérêts). Il est interdit dans le code civil mais en droit commercial, il est autorisé.

La réfaction du contrat par le juge prévu en droit commercial contrairement à ce que prévoit l'art 1184 du code civil qui se limite à l'exception d'une inexécution ou la résolution.

L'usage impératif : s'applique de plein droit et dont la violation est assimilée à la violation de la loi.

La preuve d'un usage de fait doit être rapportée par celui qui l'invoque alors que celle d'un usage impératif n'a pas besoin d'être rapportée car il suffit de l'invoquer. Le juge est censé connaître la loi.

L'usage supplétif : le recours est fondé sur la dénaturation du contrat ;

L'usage impératif : le recours est fondé sur la violation de la loi.

Partie 3 : La réglementation professionnelle.

Cette réglementation était très importante avant la révolution industrielle ; Elle était le fruit des règlements corporatifs professionnels avant les corporations. Quand les corporations ont été supprimées par la loi le chapelier, les règlements ont également disparu. Aujourd'hui, ce sont des autorités administratives indépendantes qui proposent des réglementations professionnelles. Les règlements professionnels ont une autorité normative inférieure à la loi. Ils ont également une autorité dans l'interprétation de la loi. **C'est une source par excellence.**

Partie 4 : Les sources internationales.

La Lex mercatoria est un système de droit coutumier inspiré par les exigences propres du commerce international et qui a été progressivement dégagé à partir de quelques grands principes : la force obligatoire du contrat ; la bonne foi ; la référence répétée à certain optimum. La lex mercatoria constitue ainsi une composante des règlements transnationaux applicables au commerce international au même titre que les principes généraux du droit que la cour de cassation érige au regard de source du droit* (droit qui a une valeur juridique)

En pré de lex merca, le juge s'y réfère, droit qui est commun à tous les pays. La lex merca échappe à la détermination d'un système juridique précis. Les organisations internationales qui préconisent la lex merca :

L'international law : Association qui a proposé des règlements maritimes. De New York à Anvers, ce sont des règlements maritimes qu'on suit partout dans le monde. La London Korn Trade commerce association qui édicte des contrats types pour la vente et le commerce. La CNUCED (**Conférence des Nations Unies pour le Commerce et le Développement**).

La commission économique pour l'Europe qui a publié des Incoterms (International commercial terms), la pratique arbitrale : ensemble des documents rendus par les tribunaux arbitraux. L'usage de droit ou coutume à une autorité égale à celle de la loi : leur régime procédural est celui applicable aux données de droit. Les documents de justice font partie de la lex merca

1^{ère} PARTIE - DROIT COMMERCIAL GENERAL

TITRE I - LES ACTEURS

CHAPITRE I. LES COMMERCANTS.

Les critères de qualifications d'un commerçant diffèrent selon qu'on est en présence d'une personne physique ou d'une personne morale.

Section I- Définition du commerçant.

1^{er} § - Les commerçants personnes physiques. A l'égard des personnes physiques, les critères de qualification d'un commerçant tiennent à la nature de son activité.

L'article L 121-1 du code de commerce dispose « Sont commerçants ceux qui exercent les actes de commerce et en font leur profession habituelle ». Il y a plus de 3 conditions qui ne figurent pas dans ce texte mais que la jurisprudence a posées :

- * Accomplir des actes de commerce.
- * Accomplir ces actes à titre de profession habituelle
- * Accomplissement de ces actes doit être réalisé à titre indépendant ; c'est-à-dire au nom et pour le compte de l'intéressé.

A. L'accomplissement des actes de commerce.

Les articles L 110-1 et L 110-3 du code de commerce énumèrent les actes qui sont réputés constituer des actes de commerce, 3 types d'actes de commerce.

1. La notion d'acte de commerce.

a) Les actes de commerce par nature.

Ce sont ceux qui relèvent de la sphère commerciale en raison de leur objet. IL s'agit d'actes accomplis dans le cadre d'une activité de nature commerciale. Le législateur expose une liste : les activités manufacturées, de transport par eau et terre, les activités d'achats et de ventes,..... Ce texte a été interprété de manière constructive par la jurisprudence suivant les nécessités de notre époque. Les activités commerciales peuvent être classées en 4 catégories.

- i) Les actes de distribution : Constitue une activité commerciale l'achat pour revendre visé à l'article L.110-1 1° et 2° ; Lorsque les biens sont acquis dans les perspectives de les revendre en réalisant un bénéfice ; on est en présence d'une activité de nature commerciale.

L'achat pour revendre suppose 3 éléments :

- un achat
- une revente
- un but spéculatif

Par conséquent l'agriculteur qui vend sa production pour en tirer un bénéfice n'accomplit pas d'activité commerciale. Les activités des coopératives de consommation ne sont pas non plus des activités commerciales car elles achètent en gros de marchandises pour les revendre à leurs adhérents mais sans réaliser des bénéfices.

- ii) les actes de production : ce sont des activités industrielles visées à l'art. L 110-1 1°. Cette disposition vise la revente de biens meubles après avoir transformé et mis en œuvre (activité industrielle), l'art. L 110-15° vise les entreprises de manufacture. S'agissant des activités industrielles, des matières premières sont achetées pour les transformer et les revendre en tirant un profit. Il s'agit d'activité commerciale quelque soit le type de production (métallurgie, industrie pharmaceutique, activités d'édition,.....).

- iii) Les activités de services : Les activités correspondant au secteur tertiaire se sont aujourd'hui considérablement diversifiées. Parmi les activités de services de nature commerciale. On peut relever plusieurs activités :

- Activités de transport de personnes ou de marchandises, article L110-15°

- Activités de location portant sur des meubles, article L 110-14°
- Les établissements de spectacle public sont visés à l'article L 110-16°
- iv) Les activités financières : Activités bancaires, article L 110-17° et 8°, activités d'assurances, article L 110-25°, activités d'intermédiaire L 110-13 ° (courtiers, agent d'affaire exerçant une activité commerciale visant à mettre en contact l'offre et la demande).

b) **Les actes de commerce par accessoire.** Ce sont des activités qui ne sont pas de nature commerciale, mais puis qu'elles ont été accomplies par un commerçant en relation avec son commerce, ces activités se voient appliquer le régime des activités commerciales.

L'objectif est d'unifier le régime des actes accomplis dans le cadre d'une activité commerciale.

Il faut toutes fois deux conditions :

- Ces activités doivent avoir été accomplies par un commerçant, ce qui suppose donc préalablement que l'auteur des actes a été qualifié de commerçant selon la définition précédente.
- Ces actes doivent avoir un lien avec l'activité commerciale du commerçant. Ex : Un industriel qui achète un PC pour les besoins de son activité commerciale ; ce n'est pas un acte de commerce mais un acte civil en principe, mais puisque cet acte est nécessaire à l'activité, il sera un accessoire et on applique les règles commerciales.

La qualification d'acte de commerce par accessoire peut se concevoir pour des actes contractuels mais aussi extracontractuels (obligation de réparer un dommage survenu du fait de l'activité commerciale ; industrielle). Il n'est pas toujours simple de faire le lien entre l'activité commerciale et l'activité contractuelle.

Ex : Si un commerçant emprunte une somme d'argent sans en préciser l'affectation et que peu après il achète des biens pour son fonds de commerce et fait également réaliser des travaux de sa maison est ce que ce prêt est de nature civile ou commerciale ?

Pour éviter toute difficulté la jurisprudence a posé une présomption simple selon lequel tous les actes effectués par un commerçant sont commerciaux par accessoire sauf preuve contraire qui peut être apporté par tout moyen. Ce sera à celui qui entend démontrer le caractère civil du prêt d'établir qu'il n'a pas été souscrit pour les besoins de son commerce.

c) **Les actes de commerce par la forme.**

Il s'agit d'actes qui sont toujours de nature commerciale en raison de leur forme quelque soit la personne qui les accomplit. Ces actes relèvent du droit commercial. Il y a deux type d'actes de commerce par la forme à savoir :

- Les lettres de change visé par l'art. L 110-1 10°
- Les actes accomplis par les sociétés commerciales dans le cadre de leur objet social, ces actes sont nécessairement commerciaux.

2 .Le régime des actes de commerce.

Ce régime diffère selon que l'acte est accompli entre commerçants dans le cadre de leur activité commerciale ou entre commerçant et non commerçant, auquel cas on parle d'acte mixte.

a) **le régime d'actes de commerce entre commerçants.**

Ce régime doit s'adapter aux besoins spécifiques des commerçants (rapidité, efficacité, sécurité.....).

- Quant à la preuve d'acte de commerce : A la différence du droit civil, la preuve est libre en matière commerciale, l'article L 110-3 du code de commerce dispose qu'à l'égard des commerçants les actes de commerce peuvent se prouver par tout moyen à moins qu'il soit autrement disposé par la loi. Par souci de rapidité et d'efficacité, les actes de commerce échappent aux exigences du droit civil (art.1341 du code civil). Il s'agit toutes fois d'un principe qui peut recevoir exception pour certaines matières. Ex : Vente d'un fonds de commerce suppose la rédaction d'un écrit avec mentions obligatoires.
- Quant à l'exécution des actes de commerce : Cette fois c'est le souci de sécurité qui doit primer dans la vie des affaires qui rend nécessaire la bonne exécution des obligations et le respect des échéances. Ainsi, les codébiteurs d'une obligation commerciale sont tenus en principe solidairement.

En matière civile, la solidarité ne se présume pas alors qu'en matière commerciale celle-ci est prouvée sauf stipulation contractuelle des parties. Par ailleurs, pour certains actes de commerce, aucun délai de grâce ne peut être accordé.

Il s'agit en particulier des lettres de changes ou encore des chèques du fait de la nature des ces actes, on va écarter tout délai de grâce pour assurer la réalisation effective d'engagements cambiaires.

Il faut noter que la résolution judiciaire du contrat est écartée dans certaines hypothèses pour protéger des partenaires commerciaux qui pourraient subir cette solution dans le cadre du contrat de vente lorsque la chose livrée est d'une qualité inférieure. Le juge procède à la réfaction du contrat c'est-à-dire à la réduction du prix.

Dans le même ordre, l'acheteur qui n'est pas livré peut disposer d'une faculté de remplacement, il se procure des marchandises du même genre auprès d'un autre commerçant en demandant indemnisation au vendeur défaillant.

La prescription extinctive en matière commerciale est plus brève qu'en droit civil, 10 ans au lieu de 30 ans (art. L 110-4 du code de commerce).

- Quant aux contentieux des actes de commerce : C'est en principe les tribunaux de commerce qui tranchent les contentieux mais seulement quand on est en présence d'actes de commerce passés entre commerçants. Il s'agit de juges élus parmi les commerçants par hypothèses bien renseignées. Ils vont statuer selon une procédure plus simplifiée qu'en matière civile. En matière commerciale, il faut observer que les clauses compromissoires sont valables (clauses permettant de recourir à l'arbitrage, selon les usages commerciaux).

b) le régime des actes mixtes.

Le régime des actes de commerce diffère selon plusieurs critères.

- **Comment déterminer le régime d'un acte qui soit à la fois de nature commerciale (car conclu par un commerçant) et de nature civile (car conclu par un particulier) ?**

La solution va consister à appliquer si possible les deux régimes en distribuant les règles applicables selon la qualité de chacune des parties : Les règles commerciales seront appliquées aux commerçants et les règles civiles aux non commerçants, mais ces règles ne sont pas toujours applicables quant à la preuve des actes mixtes.

C'est la qualité du défendeur qui va déterminer le régime de la preuve. Par conséquent la preuve apportée par un commerçant est libre, alors que la preuve apportée par un non commerçant est soumise aux règles du droit civil.

- Quant à l'exécution des actes : La règle de la solidarité s'appliquera ou non selon la qualité du débiteur. En principe, seuls les débiteurs commerçants sont tenus solidairement.

Par la prescription, il est opportun de faire prévaloir un régime unitaire, c'est alors la prescription de 10 ans qui va s'appliquer aux actes mixtes (L140-4)

- Quant aux contentieux des actes mixtes : C'est la qualité du défendeur qui déterminera la compétence du tribunal.

- Si le défendeur est un non commerçant, le commerçant devra l'assigner devant une juridiction civile.
- Si le défendeur est un commerçant, le demandeur par hypothèse non commerçant dispose d'une option, il peut l'assigner soit devant le tribunal de commerce soit devant les juridictions civiles.

Une clause compromissoire n'est pas valable dans les actes mixtes. **En définitive, les actes de commerce présentent une spécificité qui se révèle à travers le régime plus que dans la nature de l'acte.** C'est souvent la qualité de commerçant ou non de leur auteur qui va être déterminante.

B. L'exercice d'une activité commerciale à titre de profession habituelle

Les actes de commerce accomplis par leur auteur doivent avoir été accomplis à titre de profession habituelle.

1. Actes accomplis à titre de profession.

Il doit s'agir d'une profession à même de procurer à celui qui l'exerce des moyens pour subvenir aux besoins de l'existence.

2. Actes accomplis habituellement.

Ceci implique la répétition des actes accomplis par l'intéressé. Par exemple, l'individu qui achète un appartement pour le revendre 5 ans plus tard enfin de dégager une plus value ne sera pas pour autant qualifié de commerçant ; l'opération étant purement ponctuelle.

En revanche, le particulier qui spéculé en bourse en achetant des titres pour les revendre par la suite sur le marché peut être qualifié de commerçant si ses opérations sont accomplies régulièrement.

La profession habituelle ne s'étend pas exclusivement de la profession exclusive ; l'activité commerciale peut être exercé parallèlement avec une autre activité.

C. L'exercice à titre indépendant.

La chambre commerciale de la cour de cassation rappelle que n'a pas la qualité de commerçant celui qui bien qu'agissant à titre professionnel n'accomplit pas des actes de commerce en son nom et pour son compte personnel (chambre commerciale le 30 mars 93, bulletin civil 4^{ème} partie n°126, page 86). Par conséquent, ne sont pas qualifiés de commerçants les salariés qui exercent une activité commerciale, les VRP (voyageurs, représentants, placiers) ne sont pas de commerçants, leurs fonctions consistant à vendre les produits des entreprises qu'ils représentent. Ne sont pas non plus commerçants les mandataires sociaux c'est-à-dire les dirigeants d'une société qui agissent pour le nom et pour le compte de cette société.

Alors comment qualifier l'époux ou l'épouse qui prête main forte à son conjoint exerçant une activité commerciale ?

Art. L 121-3 du code de commerce donne une réponse « **le conjoint du commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux** »

Il y a deux lectures de cet article :

- Lecture stricte : Conduirait à considérer que le conjoint ne peut se voir attribuer la qualité de commerçant pour l'exercice d'une activité commerciale commune mais uniquement pour activité séparée.
- Deuxième lecture : En effet, l'art.L121-3 doit être lu en le combinant à l'art.L121-4 selon lequel le conjoint d'un commerçant peut exercer son activité notamment en qualité de salarié, d'associé ou de collaborateur de son conjoint.

Par conséquent, le conjoint d'un commerçant s'il accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle et de manière indépendante peut être qualifié de commerçant.

L'art. L121-3 ne fait poser une présomption simple de non commercialité du conjoint. Il s'agit de protéger le conjoint en le soustrayant des conséquences attachées à la qualification de commerçant.

2^{ème} § - Les commerçants personnes morales.

A. Les sociétés commerciales par la forme.

Pour savoir si une société est commerciale ou non, il suffit de se référer à la loi. Selon la forme adoptée la société sera civile ou commerciale indépendamment de son objet.

- Sont des sociétés commerciales par la forme :
 - les sociétés par actions c'est-à-dire les sociétés anonymes, les sociétés en commandites par action (SCA) ou les sociétés par actions simplifiées.
 - Mais également les SARL, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandité simple (voir l'art.L210-1 al.2 du code de commerce).

B. Les autres personnes morales et l'exercice du commerce.

1. Les personnes morales du secteur privé.

- Les groupements d'intérêts économiques : Ils peuvent constituer des personnes morales mais avec des règles de fonctionnement plus souples que les sociétés. Leur création vise à faciliter ou développer l'activité commerciale de leurs membres par la mise en commun de certains services. Il existe notamment des GETE qui visent à favoriser la coopération entre les entreprises des états membres. Ex : ARTE.
- Les associations : Elles rassemblent des personnes qui vont unir leur connaissance ou leur activité dans un autre but que celui de partager les bénéfices. A priori les associations ne sont donc pas commerçantes, le but du commerce étant précisément de réaliser un bénéfice pour le partager entre les membres du groupement. Pour autant si l'association ne peut distribuer les bénéfices entre ses membres, rien n'interdit qu'elle accomplisse des actes de commerce.

Art.1^{er} de l'ordre du 1^{er} décembre 1986 précise qu'aucune association ne puisse de façon habituelle offrir des produits à la vente ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts. A contrario, si les statuts de l'association le prévoient, elle peut exercer le commerce.

Aujourd'hui un bon nombre d'association exerce des activités de nature commerciale soit à titre occasionnel soit de manière habituelle.

- Hypothèse 1 : Une association exerce des activités commerciales à titre occasionnel (ex : vente de bienfaisance qui vise à financer les activités de l'association). Ici, ces activités commerciales ne font pas d'elles des commerçantes.
- Hypothèse 2 : Une association exerce des activités commerciales à titre habituel (ex : club de voyage, une association qui exploite de salle de cinéma). Ici, la jurisprudence leur applique

certaines règles spécifiques au commerçant. On peut par exemple les assigner devant les tribunaux de commerce, les mettre en redressement ou liquidation judiciaire ou leur opposer la liberté de la preuve.

Pour autant, elles ne sont pas purement et simplement assimilées à des commerçants. Elles ne bénéficient pas par exemple du statut des baux commerciaux.

L'exercice du commerce par une association n'est donc toléré par la jurisprudence qui lui impose les contraintes du statut de commerçant sans faire bénéficier des avantages.

2. *Les personnes morales du secteur public.*

- Les collectivités publiques : L'Etat peut tout d'abord exploiter en régie des SPIC. Pour autant l'Etat n'est pas qualifié de commerçant et ces SPIC ne sont pas soumis obligations qui pèsent sur les commerçant.
- Les organismes créés pour exploiter les services publics : Ils peuvent au regard de leur activité être qualifié de commerçant. Les EPIC se voient appliquer les statuts des commerçants (EDF, GDF, RATP). Toutes fois, en raison de leur mission de services publics, certaines règles commerciales ne vont pas leur être appliquées. Ils ne peuvent pas ainsi faire l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les statuts des commerçants présentent en effet des spécificités liées à la vie des affaires qui ne sont pas adaptées aux missions de service public.

Section II- Statut du commerçant

La qualité de commerçant permet de bénéficier des règles adaptées aux besoins de la vie des affaires. Mais le statut de commerçant ne peut librement bénéficier à quiconque accomplit des actes de commerce à titre de profession habituelle et de manière indépendante.

Le législateur pour protéger les personnes qui voudraient exercer des activités commerciales mais aussi pour assainir la vie des affaires a posé des conditions pour l'exercice du commerce. Par ailleurs les commerçants sont soumis à certaines obligations.

1^{er} § - *les conditions d'exercice du commerce.*

En principe, le commerce peut être librement exercé.

A. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Le décret d'Allard de 02 et 17 mars 1791 a posé le principe en son art 7 toujours en vigueur « ***Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession artisanale ou métier qu'elle trouvera bon*** ». Cette solution est en rupture avec la période d'ancien régime marqué par l'existence de corporation limitant l'accès aux professions commerciales.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie signifie que toute personne peut se livrer à l'activité commerciale de son choix. Ce principe relève des libertés publiques auxquelles seul le législateur peut porter atteinte à condition que les restrictions posées ne soient pas arbitraires ou abusives (cour constitutionnelle 16 janvier 1982, TCP 1982, 2^{ème} partie n° 19788).

B. Les limites.

1. *Les limites relatives à la personne du commerçant.*

- a) Les incapables : L'exercice du commerce n'est pas sans danger. Les aléas de la vie des affaires pouvant rapidement conduire à la faillite. Aussi le législateur a-t-il interdit l'exercice du commerce à certaines personnes frappées d'incapacités dans le but de les protéger.
 - Les mineurs : Les mineurs même émancipés ne peuvent être commerçant L.121-2.

Il s'agit d'une incapacité de jouissance. Le mineur ne pouvant être titulaire de la qualité de commerçant et ne pouvant donc exercer le commerce ni en étant représenté. Cette question pose le problème lorsqu'un commerçant décède en laissant des enfants mineurs.

Si ses héritiers décident de conserver le fonds de commerce, une solution consistera à créer une société commerciale à laquelle le fonds de commerce va être apporté, les héritiers mineurs pouvant être associés et ainsi contrôler la direction des affaires sociales en attendant leur majorité.

- **Les majeurs en tutelle** : Le même régime que celui des mineurs va s'appliquer ; l'incapable majeur ne pouvant revêtir la qualité de commerçant. Si la personne placée incapacité était commerçant. Il conviendrait de l'apporter à une société qui va exploiter le fonds de commerce ou de le donner en location gérance. Le jugement ouvrant la tutelle sera mentionné au registre de commerce de sorte qu'il sera opposable aux tiers. A leurs égards, l'incapable ne peut plus être tenu comme commerçant.
- **Les majeurs en curatelle** : En principe, ils ne peuvent pas se livrer aux activités commerciales étant sur ce point placés dans la même situation que les majeurs en tutelle. Cependant le juge des tutelles peut étendre la capacité du majeur en curatelle et lui permette ainsi de poursuivre une activité commerciale.
- **Les majeurs sous sauvegarde de justice** : Peuvent en principe poursuivre l'exercice d'une activité commerciale. En effet, la sauvegarde de justice ne consistant qu'en une mesure provisoire de protection, l'intéressé gardant l'exercice de ses droits.

b) **Les étrangers** :

A la suite de la révolution française, les étrangers comme les nationaux pouvaient se prévaloir de la liberté d'entreprendre et exercer librement le commerce. La crise économique initiée en 1930 a tout de même conduit le législateur à une approche plus restrictive. Un étranger ne peut exercer le commerce en France que s'il est un français bénéficie d'un traitement équivalent dans son pays. Une condition plus souvent remplie car la France a signé de nombreux traités internationaux pour développer ses échanges commerciaux.

Le décret loi du 12 novembre 1938 pose une seconde condition : l'exercice du commerce par un étranger suppose la possession d'une carte d'identité spéciale délivrée par le préfet du département où l'entreprise va être implantée. Certaines garanties devant être présentées pour assurer la viabilité de l'entreprise. Ces règles sont assouplies à la suite des certains accords internationaux, elles sont purement et simplement écartées dans le cadre de l'Union Européenne. Les ressortissants des Etats membres de l'UE bénéficiant de la liberté d'établissement posée par le traité de Rome de 1957.

c) **Les incompatibilités**.

Certaines fonctions professionnelles ne peuvent être compatibles avec l'exercice du commerce qui implique un appât du gain. L'esprit spéculatif du commerçant peut ne pas s'accommoder avec certaines professions ou certaines fonctions :

- Les fonctionnaires qui doivent être guidés par l'intérêt général et non leur intérêt personnel.
- Les offices ministériels (notaires, huissiers)
- Les professions libérales
- Les parlementaires

Ces incompatibilités sont toutes fois pourvues de sanctions spécifiques. Elles n'empêchent pas celui qui a exercé le commerce d'être qualifié de commerçant et notamment d'être mis en liquidation judiciaire, simplement il s'expose à des sanctions disciplinaires ou professionnelles.

d) Les déchéances.

L'exercice du commerce suppose une bonne moralité, aussi l'exercice d'une profession commerciale est fermé à certaines personnes : Les condamnés pour crime ou pour certains délits se voient refuser l'accès à certaines professions commerciales.

- La loi du 30 août 1947 frappe d'une incapacité générale les condamnés pour crime à une peine d'emprisonnement sans sursis
- ou au moins à une peine d'emprisonnement de 3 mois sans sursis pour vol, escroquerie ou abus de confiance
- lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire a mis à jour des fautes graves de gestion, le tribunal peut prononcer une interdiction de gérer une entreprise commerciale.

Dans toutes ces hypothèses, la déchéance s'oppose à l'exercice du commerce même par personne interposée.

2. *Les limites relatives à l'activité exercée*

a) les activités interdites :

Certaines activités sont interdites pour des impératifs d'ordre public ou en raison d'une monopole d'Etat. Ex :

- la fabrication de l'absinthe est interdite pour des raisons d'ordre public
- La vente de tabac

b) Les activités soumises à condition

Les activités soumises à une autorisation délivrée par les pouvoirs publics (la licence pour les débits de boisson, la fabrication d'arme, l'ouverture d'une pharmacie).

D'autres activités sont soumises à une exigence de qualification (ex : un pharmacien , un opticien), des exigences techniques tenant à l'installation du commerce peuvent être requise pour des exigences de salubrité publique.

3. *Les limites conventionnelle à l'exercice du commerce : les clauses de non concurrence.*

Ces clauses sont insérées dans un acte juridique par lequel l'une des parties s'engage à ne pas exercer d'activité qui puisse faire concurrence à l'autre partie ou à des tiers pendant une durée déterminée. Il peut s'agir d'un salarié cadre d'une entreprise ; on le trouve dans les contrat de location -gérance ou dans le contrat de vente du fonds de commerce.

Ces clauses parce qu'elles portent atteintes à la liberté d'entreprendre sont strictement encadrées. La jurisprudence exige la réunion de plusieurs conditions :

- L'interdiction édictée par la clause doit être limitée dans son objet
- L'interdiction doit être limitée dans le temps ou dans l'espace et ne saurait donc être générale et absolue.

L'interdiction ne doit pas être disproportionnée au regard de l'objet du contrat.

2^{ème} §- *les obligations des commerçants*

A. L'immatriculation des commerçants au registre de commerce et des sociétés (RCS)

1. *La procédure d'inscription au RCS*

Le RCS est tenu par le greffe du tribunal de commerce, ce registre est secondé par un registre national qui centralise les renseignements recueillis. Le registre a pour finalité d'enregistrer et de publier certains renseignements relatifs aux entreprises commerciales à l'intention des tiers. Il peut être consulté par tous.

Le but de RCS est de garantir la sécurité et la transparence dans les relations entre sujets de droit. Il recueille toutes les indications dont la publication est prescrite par la législation. On y trouve les données relatives aux personnes ayant qualité pour représenter l'entreprise. Ce registre est régi par un décret du 30 mai 1984 qui vient d'être modifié par un décret du 02 février 2005. Il est ainsi permis aujourd'hui d'effectuer une demande d'inscription au RCS par voie électronique. La demande d'immatriculation doit être opérée par le commerçant individuellement dans les 15 jours de son activité commerciale.

Il peut également la demander dans le mois qui précède le début de son activité commerciale. Cette demande d'immatriculation comprend plusieurs mentions concernant la personne du commerçant mais également son activité.

Pour les personnes morales aucun délai n'est imposé pour procéder à l'immatriculation. Cependant la société n'acquiert une personne morale qu'à compter de l'immatriculation de sorte qu'en pratique elle est rapidement opérée. La procédure d'inscription est réalisée par le biais du centre de formalité des entreprises. Le greffier va ensuite contrôler la demande d'inscription au regard des dispositions législatives et réglementaires. L'inscription au RCS est une obligation qui s'impose au commerçant. S'il n'y procède pas le juge pourra rendre une ordonnance enjoignant à l'intéressé de procéder à cette inscription des poursuites pénales pouvant à défaut être envisagées art. L 123-3.

2. Les effets de l'inscription.

- Quant aux personnes physique : L'immatriculation crée une présomption légale de la qualité de commerçant sur le fond par les arts. L 123-7 et L 123-8 du code de commerce. Il s'agit d'une présomption simple en ce sens qu'elle pourra être renversée mais seulement par les tiers. A l'égard du commerçant la présomption est irréfragable. Réciproquement celui qui ne procède pas à son immatriculation au RCS est présumé ne pas être commerçant. Il ne pourra pas renverser la présomption en démontrant le contraire. Seulement les tiers s'ils y ont intérêt peuvent apporter la preuve contraire. Celui qui exerce une activité commerciale mais sans procéder à son immatriculation c'est-à-dire le commerçant de fait se trouve dans une situation peu confortable, il ne pourra pas se prévaloir de la qualité de commerçant pour bénéficier des règles du droit commercial. Ex : Quant à la prescription extinctive (10 ans).

Il peut subir à l'inverse le statut de commerçant, il n'échappera pas à la rigueur du droit commercial sous prétexte qu'il n'est pas inscrit au RCS. Il suffit que les tiers démontrent qu'il a la qualité de commerçant pour pouvoir l'assigner devant le Tribunal de commerce ou demander une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il supporte les charges du statut de commerçant mais sans en avoir les bénéfices. La prescription liée à l'inscription au RCS joue également à défaut de radiation du commerce n'exerçant plus son activité à l'égard des tiers, il conserve la qualité de commerçant tant que la radiation au RCS n'est pas intervenue.

L'inscription au RCS est donc une obligation fondamentale dans l'exercice d'une activité commerciale. Les faits et actes qui ne sont pas mentionnés au seront inopposables aux tiers.

- Quant aux personnes morales : L'immatriculation au RCS a un effet très énergique à l'égard des sociétés commerciales puis qu'elle leur confère la personnalité morale. L'inscription conditionne donc l'existence de la société à l'égard des tiers. Il en est de même des groupements d'intérêts économiques.

B. Les obligations comptables.

Les articles L 123-12 et suivants du code de commerce imposent la tenue d'une comptabilité régulière. Divers documents doivent ainsi être établis par le commerçant afin de déterminer avec précision sa situation financière :

- Le livre- journal
- Le grand livre,
- L'inventaire
- Le bilan,
- Le compte de résultat.

Les documents comptables ont une fonction probatoire, ils bénéficient d'une présomption de sincérité. Il convient toutes fois de préciser la force d'un tel mode de preuve.

1. Il faut rappeler que la comptabilité n'est pas opposable à un non commerçant.
2. La comptabilité fait preuve contre le commerçant qui la tient mais les documents comptables sont indivisibles, on ne peut se prévaloir de certains éléments de la comptabilité et en écarter d'autres.
3. La comptabilité régulièrement tenue peut faire preuve en faveur de celui qui la tient mais uniquement entre commerçants.

C. Les obligations fiscales.

Derrière le commerçant, il y a le cœur qui bat. Le commerçant doit s'acquitter de plusieurs types d'impôts, l'impôt sur les bénéfices (IS, IR) ; la taxe professionnelle ; la TVA.

3^{ème} §- les droits des commerçants

- Le droit d'être électeur et éligible aux tribunaux de commerce et aux chambres de commerce et d'industrie.
- Le droit de se prévaloir de la propriété commerciale c'est-à-dire de bénéficier du statut des baux commerciaux protégeant leur installation commerciale.

Le droit d'insérer dans leur contrat une clause compromissoire ou de déroger aux règles de compétences territoriales des tribunaux. Le droit de se prévaloir du régime juridique des actes de commerce

CHAPITRE 2ND - LES SECONDS RÔLES : LES AUTRES ACTEURS DU DROIT COMMERCIAL

Classiquement le régime des commerçants se distinguait nettement de celui des autres acteurs de la vie économique que les artisans, agriculteur ou les professions libérales. Les clivages tendent aujourd'hui à s'estomper entre les commerçants et ces autres acteurs ; a ainsi émergé le concept des professionnels que l'on oppose à celui de consommateur qui regroupe en son sein tous ces acteurs indépendamment de leur spécificité.

Il suffit par exemple d'observer l'évolution du régime des clauses compromissoires. Ces clauses au départ étaient réservées aux seuls commerçant mais elles peuvent aujourd'hui être insérées dans un contrat conclu par un non commerçant mais à raison d'une activité professionnelle (loi du 15 mai 2001).

Section 1 : Le statut des artisans.

Les artisans sont des professionnels indépendants exerçant leurs activités à leurs comptes.

Il s'agit d'une activité qui consiste à acheter pour revendre après transformation. On opère des opérations de manufacture.

Qui les distingue à des commerçants ?

Sous l'ancien régime, les artisans étaient soumis aux mêmes statuts que les commerçants. Lors du développement industriel au 19^{ème} siècle, les artisans ont demandé à échapper aux statuts de commerçants, statuts qu'ils jugent inadaptés à la taille de leurs activités. Ils vont bénéficier d'un statut spécifique qui fait l'objet d'une réglementation distincte du code de commerce.

Paradoxalement, au cours de 20^{ème} siècle, les artisans vont revendiquer le bénéfice de certaines règles commerciales qu'ils jugent protectrices de leurs intérêts.

Une définition de l'artisan est aujourd'hui donnée par la loi du 05/07/1985 « *sont des artisans des personnes physiques et morales qui n'emploient pas plus de 10 salariés et qui exercent une activité professionnelle indépendante de production, de transformation, de réparation, de prestation de service relevant de l'artisanat et figurant sur une liste établi par décret* ».

L'artisan vit de son travail manuel ou éventuellement de ses apprentis salariés d'une petite structure. Il appartient au secteur des métiers. Il est soumis à une réglementation spécifique. Les litiges le concernant sont en principe de compétence de juridiction civile et non commerciale. L'artisan peut parfois bénéficier de certaines règles de droit commercial. Il est titulaire d'un fond artisanal. Il bénéficie de la règle relative à la vente et au nantissement du fond de commerce. Son fond de commerce peut être mis en location gérance comme peut l'être un fond commercial.

Les artisans régulièrement inscrits au répertoire des métiers bénéficient de statuts de baux commerciaux. Le statut de conjoint d'artisans est identique à celui du conjoint de commerçant. Les artisans peuvent être déclarés en redressement ou en liquidation judiciaire comme le commerçant. C'est alors le Tribunal de commerce qui sera compétent.

Section 2 : Statuts de profession libérale.

Les professions libérales sont en principe éloignées de statuts de commerçants. Leurs déontologies précisent en effet qu'elles doivent agir sans esprits de lucre. Leur activité est de nature civile. L'évolution récente de la profession les rapproche de professions commerciales.

Il y a trois éléments :

- Loi du 31/12/1990 leur a permis de créer d'entreprises d'exercices libérales qui sont de sociétés commerciales. Ces sociétés peuvent se voir appliquer le droit de procédure collective.
- La jurisprudence a admis la cession de la clientèle de profession libérale, arrêt de la cour de cassation de la 1^{ère} chambre civile du 7/11/2000. JCP 2000 n° 10452.

Notion de fond libéral a été consacrée par la jurisprudence qui rapproche plus encore les activités libérales des activités commerciales.

TITRE II - LE DECOR : LE FONDS DE COMMERCE

Les commerçants pour exercer leurs activités vont acquérir des biens, des droits dans la perspective d'attirer une clientèle. Tous ces droits sont regroupés au sein de la notion abstraite de fond de commerce.

Chapitre 1^{er} - Le fonds de commerce

Section 1 : Définition :

Le décor, c'est l'outil de commerçants. Cependant, il y a des commerçants qui font du commerce sans fonds de commerce ; Il s'agit de :

- Commerçants de fait c'est-à-dire ceux qui accomplissent les actes de commerce à titre professionnel de manière habituelle sans être immatriculés. Ils sont dépourvus de fonds de commerce.
- Les locataires gérants sont des commerçants qui louent les fonds de commerce des tiers.

Toutes fois l'exercice du commerce va le plus souvent nécessiter la réunion de plusieurs éléments pour attirer une clientèle. Il faut trouver un local, conclure un bail commercial, un nom commercial, Il faut acheter des marchandises. Tous ces éléments vont faire l'objet d'approche unitaire par la notion du fonds de commerce.

Section 2 : Les éléments constitutifs du fond de commerce.

La clientèle constitue le noyau dur du fonds de commerce. Mais, l'exploitation d'un commerce peut supposer l'acquisition d'autres éléments qui vont intégrer le fonds de commerce. Ces éléments sont énumérés à l'art. L 142- 2 CC.

Paragraphe 1 : La Clientèle

La clientèle constitue l'élément essentiel du fonds de commerce. Il n' y a pas de fonds de commerce sans clientèle, solution qui est régulièrement par la cour de cassation.

Qu'est ce que la clientèle ?

Il s'agit de l'ensemble de personnes qui s'approvisionnent habituellement ou occasionnellement auprès d'un commerçant déterminé en raison de ses qualités personnelles ou l'implantation de son commerce.

Cette présentation classique a été contestée. La clientèle, c'est les consommateurs et ils n'appartiennent à personne.

La clientèle que l'on vend se définit comme une possibilité de contrat futur et renouvelé. La clientèle sera au moins un élément du fond de commerce que la résultante de tous les éléments de fond.

La clientèle est au cœur de la notion de fond de commerce. En pratique, on n'en tire plusieurs conséquences.

- 1^{ère} conséquence : Un fond de commerce n'est créé que lorsqu'une clientèle existe. C'est à dire le plus souvent lorsque commence l'exploitation du fond. La question a une importance en droit de régimes matrimoniaux. Sous le régime légal, les biens créés par les époux avant leur mariage restent des biens personnels à ces époux et ceux créés après leur mariage sont des biens communs. Pour définir à quel moment a été créé le fond de commerce, il faut rechercher à quel moment le commerçant a eu une clientèle.
- 2^{ème} conséquence : Pour définir si un commerçant exploite un ou plusieurs fond de commerce, il faut se demander si la clientèle est distincte ?

La clientèle doit présenter certaines qualités :

- *La clientèle doit être réelle et certaine.* Une clientèle simplement virtuelle ne suffit pas pour considérer qu'un fond a été créé ;
- *La clientèle doit être personnelle au titulaire du fond de commerce.* La question se pose principalement pour ce que l'on appelle de commerce intégré. Ex : Vendeur des journaux qui se situe dans une galerie commerciale. La question peut se poser pour savoir si on peut bénéficier de statut de baux commerciaux. Arrêt de la cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, arrêt 19/01/2005. JCP 2005, 2^{ème} partie N° 10.040.
- *La clientèle doit être licite.* Une maison de trip ou maison de tolérance ne constitue pas un fond de commerce.

Paragraphe 2 : Droit au bail.

Présentation du statut de baux commerciaux. Présentation des statuts de baux commerciaux. Les besoins de commerçant ont conduit le législateur à adopter des réglementations très protectrices des commerçants à l'occasion de conclusion de contrat de bail de locaux dans lesquels ils exercent leurs activités commerciales.

A. Champ d'application des statuts de baux commerciaux.

Pour bénéficier du régime de baux commerciaux, plusieurs conditions doivent être satisfaites. Conditions relatives au contrat conclu de location, relatives au local loué, relatives au locataire.

- Conditions relatives au contrat de local.

Ne sont en cause que les contrats de louage des meubles, offrant au locataire un droit de jouissance des lieux loués, moyennant des règlements d'un loyer.

Par conséquent, plusieurs hypothèses bien que conférant la jouissance des locaux au commerçants vont échapper au statut de baux commerciaux.

1. *Hypothèse de l'usufruit de locaux* ne relève pas du régime de baux commerciaux.
2. *Contrat conclu sur une longue période* conférant un droit réel sur immeuble n'entrent pas dans le champ des statuts de baux commerciaux. Comme emphytéose, le bail construction, la cession immobilière.
3. *Les conventions d'occupation précaires* échappent au régime de baux commerciaux. Ces conventions sont conclues en raison de circonstances particulières et sont révocables à tout moment.
4. *Les contrats de crédit bail* : constitue avant tout un mode de financement, des investissements immobiliers, ils vont également échapper au statut de baux commerciaux.
5. *Les concessions et autorisations administratives* qui permettent l'occupation du domaine public de l'état échappent au champ d'application du statut de baux commerciaux.

- Conditions relatives aux locaux loués.

Deux conditions :

D'une part,

- *le bail doit porter sur les locaux*, c'est-à-dire les lieux clos, couverts qui permettent d'accueillir la clientèle de l'exploitant. Par conséquent, la location d'un rayon de vente à l'intérieur d'une grande surface ne relève pas de baux commerciaux.
- *Les installations mobiles telles que des roulettes, balcon sans attaches fixes au sol* ne constituent pas de locaux relevant de régime de baux commerciaux.
- *Les terrains nus* sont également exclus des statuts sauf si des constructions ont été édifiées avec le consentement express des propriétaires.

D'autre part,

- *Les locaux doivent être affecté à l'exploitation d'un fond de commerce* appartenant au locataire. Echappent donc au bénéfice des statuts de baux commerciaux des locaux accessoires, tel que des entrepôts, des hangars, des garages.

Par exception, ces locaux accessoires peuvent relever des baux commerciaux si leur privation est de nature à compromettre l'exploitation du fond de commerce.

Par exemple : un marchand de meuble ne peut exercer son activité sans disposer un entrepôt pour stocker ses marchandises.

Les locaux bénéficiant d'un régime de baux commerciaux peuvent être affectés à des activités non commerciales visées par le législateur.

Le bénéfice du statut de baux commerciaux sans effets des activités artisanales, activités d'enseignement, aux artistes.

Dans tous les cas, le bail doit avoir accepté l'affectation des locaux aux activités entrant dans le champ du statut de baux commerciaux. On ne peut changer la destination initiale du local pour se prévaloir ensuite du régime de baux commerciaux.

- Conditions relatives au locataire.

Deux types de conditions :

1. *Le locataire doit être le propriétaire du fond de commerce exploité dans les lieux loués ; Le statut de baux commerciaux ne profite pas aux commerçants qui ne peuvent pas justifier d'une clientèle propre. Il peut être propriétaire de fond de commerce mais ne pas l'exploiter lui-même en le confiant à un gérant salarié ou à un locataire gérant.*
2. *Le locataire doit être immatriculé au registre de commerce en qualité de commerçant.*

B. Le régime du bail commercial.

Le régime du bail encours d'exécution :

a) **Les règles générales gouvernant le meuble louable vont s'appliquer s'il n'y a pas des règles spécifiques.**

Le locataire devrait jouir l'immeuble en bon père de famille, payer le loyer aux échéances convenues. Quant au propriétaire, il devrait garantir la jouissance paisible du lieu loué.

- **La durée du bail :** La durée minimum du bail est fixée à 9 ans. Cette durée à un caractère d'ordre public pour assurer la stabilité de l'exploitation commerciale. Cette durée n'est pas absolue car d'une part, le locataire dispose d'une faculté de résiliation triennale.
- A l'expiration de chaque période de 3ans le locataire peut mettre fin au bail en donnant congé six mois en avance.
- Le locataire peut à tout moment résilier le bail s'il demande à bénéficier de ses droits à la retraite ou ses droits de pension à l'invalidité. Il suffit qu'il donne congé six mois avant.
- D'autre part, le législateur a prévu une exception quant à la durée du bail : Lors de l'entrée dans les lieux par le locataire, le 1^{er} bail peut être conclu pour une durée de 2 ans. Les parties peuvent déroger durant cette période aux statuts de baux commerciaux. **On parle alors de baux dérogatoires de courte durée.**

Si à l'expiration de durée stipulée, le locataire est laissé dans les lieux (locaux) sans oppositions du propriétaire, il s'opère d'un nouveau bail qui relève à cette fois les statuts de baux commerciaux d'une durée de 9 ans.

- **Le loyer :** Les parties fixent librement le montant du loyer. En pratique, le loyer est souvent indexé sur les critères ayant un lien avec l'activité exercée.
- Lors de l'entrée dans les lieux, le propriétaire peut exiger le versement d'un pas de porte « **une somme exigée par le propriétaire au locataire équivalent du profit que le locataire va tirer du statut de baux commerciaux** ». Au cours de bail, le loyer peut être révisé par l'accord des parties ou à défaut de l'accord, il peut être révisé par le juge selon **la valeur locative** des lieux loués. Cette valeur est fixée selon plusieurs critères :
- Caractéristiques du local.
 - La destination des lieux.
 - Les facteurs locaux de commercialité

- Les pratiques dans le voisinage.

La révision s'opèrera différemment selon les hypothèses selon qu'il s'agit d'un loyer ordinaire ou indexé.

Le loyer ordinaire sans indexation :

La révision peut être demandée tous les trois ans par l'une ou l'autre des parties. Un système de plafonnement permet de limiter les variations du loyer lorsque la valeur locative fixée par le juge est très éloignée du loyer jusqu'alors fixée par les parties.

La variation du loyer ne pourra être supérieure à celle du coût de la construction.

Le loyer indexé.

La révision est possible à tout moment dès lors que le montant du loyer indexé a varié de plus de $\frac{1}{4}$ par rapport au prix précédemment fixé. Le juge va alors adapter les loyers selon les valeurs locatives des lieux loués.

Echappe à cette révision de loyer les **clauses recettes**, c'est-à-dire des clauses qui font dépendre le montant du loyer du chiffre d'affaire réalisé par le client.

La Cour de cassation a en effet considéré qu'il ne s'agit pas d'un loyer de base variant selon l'indice mais il s'agit d'un loyer alternatif déterminé année par année.

Ces clauses recettes ne peuvent être révisées, leur fonctionnement relève de la seule liberté contractuelle.

La déspécialisation.

Le plus souvent, le contrat de bail définit le genre d'activité qui peuvent être exercés dans les locaux loués. Si on retenait les solutions du droit commun, le locataire serait tenu de respecter cette destination fixée par les parties. Cette règle est contraignante pour les commerçants, car elle ne pourrait étendre leurs activités au-delà de celle déterminée par le bail.

Aussi, le législateur a prévu des règles spécifiques pour lui permettre de modifier les destinations des lieux c'est-à-dire d'opérer une déspécialisation.

Deux hypothèses sont envisageables :

- Déspécialisation partielle.
- Déspécialisation plénière.

• **Déspécialisation partielle**

Le commerçant va pouvoir adjoindre à ses activités initiales, les activités connexes ou complémentaires. Dans cette hypothèse, il doit notifier au bail son intention de modifier ses activités en précisant celles qu'il souhaite exercer. Le bailleur dispose alors d'un délai de 2 mois pour contester le caractère connexe ou complémentaire des activités projetées.

Si le bailleur ne conteste pas, son silence vaut acceptation. S'il conteste, c'est le Tribunal de Grande Instance qui devra trancher selon les usages commerciaux.

• **Déspécialisation plénière ou totale.**

Le commerçant projette cette fois d'exercer des nouvelles activités sans lien avec les précédentes. Dans cette hypothèse, les conditions sont plus strictes. Le locataire devra adresser une demande d'autorisation du bailleur et la notifier aux créanciers disposant d'un nantissement et privilège sur le fond de commerce. Les créanciers peuvent demander des mesures pour sauvegarder leurs intérêts s'ils estiment que ce changement d'activité peut leur porter préjudice.

Le bailleur aura un délai de 3 mois pour répondre à la demande du locataire. S'il ne répond pas, son silence vaut acceptation. S'il répond, il peut accepter purement et simplement ou assortir de son autorisation des conditions. Il peut également refuser la demande du locataire.

Dans ce dernier cas, le TGI peut être saisi et le TGI aura pour mission de vérifier que la demande du locataire est compatible avec la destination, les caractères et la situation de l'immeuble ; eu égard de la conjoncture économique et nécessitant d'organisation rationnelle de la distribution. Il devra vérifier que le refus du bailleur n'est pas justifié par un motif grave et légitime. Le tribunal peut passer outre le refus du bailleur et permettre la déspecialisation plénière.

- **La Sous- location**

Selon le droit commun, le locataire peut sous-louer si cette faculté ne lui est pas interdite (art. 1717 du code de commerce). En droit commercial, c'est l'inverse, la sous-location est en principe interdite sauf stipulation contraire dans le contrat de bail ou accord du bailleur. Le plus souvent rien n'est indiqué. Il faut l'accord du bailleur.

- **La cession de bail :**

Toute clause ou convention tendant à interdire au locataire la cession de son bail à l'acquéreur de son fond de commerce est frappée de nullité. Si le commerçant vient vendre son de commerce, il est primordial qu'il puisse céder le bail de locaux où le fond est exploité.

Pour autant, si une clause au contrat ne peut interdire la cession du bail, il peut l'entourer des conditions :

- La cession du bail supposera la rédaction d'un acte authentique en présence du bailleur.
- L'agrément de l'acquéreur par le bailleur

Si la condition tient à l'accord du bailleur, les tribunaux peuvent être saisi en cas de refus de sa part pour vérifier l'existence d'un juste motif.

Le but de législateur a été de protéger les commerçants lors qu'il cède un fond de commerce. Une clause du contrat peut valablement interdire la cession du bail en dehors de la cession de fond de commerce.

- Les clauses de résiliation de plein droit : Pour un bail de droit commun, le contrat peut prévoir une résiliation de plein droit pour défaut de paiement de loyer. Le régime de baux commerciaux est plus protecteur pour le locataire. En effet, la clause ne pourra produire effet qu'un mois après commandement de payer demeuré infructueux.

Tant que la résiliation n'a pas été constatée par une décision de justice, le locataire peut demander au juge de référé une suspension des effets de la clause. Il s'agit d'un délai de grâce qui peut être accordé dans une limite de 2 années.

b) Le renouvellement du bail commercial.

A l'issue du bail, le locataire a droit au renouvellement du bail ou à défaut à une indemnité d'éviction d'un montant très important qui à de quoi dissuade le bailleur. Ce droit au renouvellement confère au commerçant une situation stable qui rappelle celle du propriétaire. Dans la pratique, on utilise le terme de propriété commerciale pour évoquer ce droit au renouvellement.

i) Les conditions de renouvellement.

Il y en a 3 :

1. Le commerçant ne bénéficie pas du droit au renouvellement lors que le bail a été consenti en représentation d'un incapable et que l'expiration du bail revient lorsque l'incapacité a pris fin. La condition consiste en ce que le bailleur ne soit pas incapable.
 2. Le locataire doit être de nationalité française ou ressortissant de l'UE.
- Des exceptions sont posées à ce principe :

- Lors que le commerçant a des enfants français, il peut bénéficier ce droit.
- Lors que le commerçant a combattu dans les armées françaises, ou alliés.
- Le commerçant peut bénéficier du droit au renouvellement par le jeu diplomatique qui les assimile aux commerçants nationaux.

3. Le fond de commerce doit avoir fait l'objet d'une exploitation effective au cours de 3 dernières années précédant l'expiration du bail ou précédant sa reconduction tacite.

Il n'est pas nécessaire que le locataire ait tenu ni exploité le fond. Il peut l'avoir confié à un gérant salarié. Il suffit que le fond ait été exploité.

En cas de cession de bail à l'occasion de la vente du fond de commerce, il faudra prendre en compte tant l'exploitation par le cédant que le propriétaire. Il importe tout simplement qu'il y ait exploitation effective.

ii) *La procédure relative au renouvellement du bail commercial.*

Il y a plusieurs hypothèses :

- **Aucune partie n'ait réagi :**

Dans ce cas de figure, le bail se poursuit par tacite reconduction pour une durée indéterminée.

- **L'une et l'autre partie réagit :**

i) *Le locataire peut prendre l'initiative et demande le renouvellement du bail.*

Il a l'intérêt de le faire s'il décide de vendre son commerce ; le bailleur doit répondre dans un délai de 3 mois. Si le bailleur ne répond pas son silence vaut acceptation du principe de renouvellement.

ii) *Le bailleur peut proposer le renouvellement du bail.*

Il donne congé avec offre de renouvellement. Ce congé, c'est un acte formaliste qui est notifié par acte huissier. Il doit préciser les intentions du bailleur.

- Le locataire peut naturellement accepter cette offre et fixe à l'amiable les conditions du bail.
- Le locataire peut accepter le principe de renouvellement et contester les nouvelles conditions du bail.

En cas de désaccord sur le montant du loyer, l'affaire peut être portée devant le président du TGI du lieu de situation de l'immeuble. Alors le juge prend en compte la valeur locative du bien loué avec un même plafonnement. Ce plafonnement ne joue toute fois s'il n'y a pas eu modification notable des éléments constitutifs de la valeur locative au cours du bail.

Cette règle de plafonnement ne joue pas non plus lors que la durée de l'ancien bail a été fixée à plus de 9 ans ou s'il a été reconduit au-delà de 12 ans.

- Le bailleur peut prendre l'initiative en prévenant le locataire qu'il ne veut pas le renouvellement. **Il délivre un congé sans offre de renouvellement.**

iii) *La porte du refus de renouvellement.*

L'acte de refus du bail doit à peine de nullité préciser les motifs pour lesquels le bail ne sera pas renouvelé. Ces motifs ne pourront être ultérieurement modifiés. Le bailleur qui refuserait le renouvellement est alors tenu à payer **une indemnité d'éviction** correspondant au préjudice subi par le locataire du fait de ce refus.

Hypothèse : - Lorsque le refus de renouvellement conduit à faire disparaître le fond de commerce. **Dans ce cas là, l'indemnité d'éviction correspondra à la valeur du fond. On dit que c'est une indemnité de remplacement.**

Hypothèse : - Lorsque le refus de renouvellement ne conduit pas à la disparition du fond. Lorsque il est prouvé que les activités commerciales peuvent être transportées dans un lieu sans perdre la clientèle. L'indemnité correspond aux frais de déplacement ou de déménagement.

Quoi qu'il en soit, le refus de renouvellement occasionne un coût à la charge du bailleur et il peut regretter cette décision. C'est pour quoi le législateur lui offre **le droit de repentir** qu'il peut exercer seulement une fois. Cela permet au bailleur de revenir sur son refus à condition d'exercer ce droit au plus tard dans les 15 jours suivant la date de l'arrêt fixant les indemnités.

Toutes fois, si le locateur a déjà loué un autre local pour sa réinstallation ou si le locataire a déjà quitté les lieux, le bailleur ne peut pas exercer ce droit de repentir. S'il exerce son droit de repentir, le bailleur accepte le principe de renouvellement mais les conditions du nouveau bail peuvent susciter des contentieux.

Le refus de renouvellement peut par exception être opéré sans indemnités dans deux hypothèses.

La 1^{ère} hypothèse : S'il existe **un motif grave et légitime de refuser** le renouvellement comme faute du locataire consistant à une violation de ses devoirs de locataire : il ne paie pas ses loyers ; il n'entretient plus de locaux ; il a changé la destination des lieux sans autorisation du propriétaire.

Le bailleur ne peut toute fois évoquer ces fautes que s'il a mis en demeure le locataire par acte huissier et que ces fautes se sont renouvelées dans le mois suivant la mise en demeure.

La faute qui peut être invoquée n'est pas toujours liée directement à l'exécution du bail. Les injures ou les violences à l'égard du bailleur peuvent constituer un motif grave et légitime pour refuser le renouvellement.

2^{ème} hypothèse : **L'exercice du droit de reprise** : Ce droit a plusieurs facettes.

- Le bailleur peut reprendre les locaux pour son habitation personnelle ou celle de ses parents proches ou descendant ou ascendant s'il ne dispose pas d'une habitation correspondant à ses besoins. Dans ce cas de figure, les locaux devront être occupés dans les 6 mois suivant le départ du locataire ;
- Aucune indemnité n'est tenue au locataire si l'immeuble doit être démolie en raison de son insalubrité ou s'il est prouvé qu'il ne peut être occupé sans danger. Si l'immeuble est par la suite reconstruit, le locataire bénéficie un droit de priorité sur les nouveaux locaux.

3^{ème} hypothèse : Le bailleur peut reprendre les locaux pour reconstruire l'immeuble sans payer d'indemnité d'éviction au locataire à condition qu'il offre au locataire un local équivalent et qu'il lui règle ses frais de déménagement.

N.B : **Le bailleur quia vendu son fond de commerce au locataire ne peut invoquer un droit de reprise.**

Paragraphe 3 : Le matériel et les marchandises

i) Matériel.

L'exercice d'une activité commerciale peut nécessiter l'acquisition du matériel, c'est-à-dire des biens meubles corporels qui font partie du fonds de commerce. Par exception, ces meubles échappent au fond de commerce lors que le commerçant est propriétaire des locaux et que meubles sont rattachés par un lien de destination à un immeuble.

Par exemple s'agissant d'un hôtel, les meubles garnissant l'hôtel sont affectés à l'immeuble.

ii) marchandises

L'acquisition des marchandises, des stocks des matières premières et des biens destinés à la vente (actif circulant). Les marchandises font partie du fond de commerce et ils sont cédés en même temps que le

fond. Cependant, les marchandises échappent à l'assiette du nantissement portant sur le fond de commerce car ces actifs sont particulièrement instables.

Paragraphe 4 : Le nom commercial et l'enseigne.

- i) Le nom commercial : Il correspond à l'appellation commerciale à laquelle le commerçant exploite son fond. Il peut s'agir de son nom patronymique ou synonyme ou encore d'une dénomination fantaisiste. Ce nom commercial fait partie du fond de commerce et il peut être cédé avec lui. En effet, dans le cadre de l'exercice du commerce, le nom commercial, lors que il correspond au nom patronymique du commerçant se détache de la personne et peut devenir un objet de propriété incorporel.
- ii) L'enseigne : Elle correspond à un signe extérieur qui permet d'individualiser le commerce. Il peut s'agir du nom du commerçant, d'une dénomination fantaisiste ou même d'un simple emblème. C'est un objet de propriété incorporel qui fait partie du fond de commerce.

Paragraphe 5 : Les droits de propriété industriels.

Il s'agit principalement des brevets d'invention, des dessins, d'un modèle ou de marques. Ces droits confèrent à leurs titulaires un monopole d'exploitation ou d'utilisation. Ces droits de propriété industriels ont toujours une importance considérable et peuvent être cédés avec le fond de commerce ou cédés en dehors de tout cession du fond de commerce.

Paragraphe 6 : Les autres éléments incorporels.

- Les licences et autorisations administratives qui ne sont pas attachés à la personne de l'exploitant font partie du fond de commerce. Ils peuvent être cédés avec lui.(licence4, débit de boisson,...).
- Le bénéfice de clause de non concurrence se transmet avec le fond de commerce.
- Les contrats passés par le commerçant pour l'exercice d'une activité commerciale ne sont pas transmis avec son de commerce mais on relève quelques exceptions :
 - Il s'agit de contrat de travail conclu pour l'exploitation du fond de commerce. Ils sont transmis avec le fond de commerce art. L 122-12 du code de travail.
 - Contrat d'assurance relatif au fond de commerce est transmis à l'acquéreur du fond qui pourra le résilier. L 121-10 du code des assurances.
 - Les contrats d'édition sont transmis avec le fond de l'édition. Les autres pouvant les résilier lors que la cession comprennent gravement leurs intérêts.

Section 3 : La nature juridique du fond de commerce.

Classiquement le fond de commerce est présenté comme une universalité qu'on qualifie de bien meuble incorporel.

Paragraphe 1 : Le fond de commerce est une universalité ?

A l'origine, la notion de fond de commerce se confondait avec les marchandises et le matériel du commerçant. Le commerçant lors que il vendait son fond, ne faisait que céder ses marchandises et matériel qu'on appelait *un fond de boutique*.

Au 19^{ème} siècle la pratique y a ajouté l'achalandage qui était considéré comme une valeur économique. Le fond de commerce tendait alors à se détacher de l'activité de son propriétaire.

Les auteurs ont été tentés d'ériger un fond de commerce en véritable patrimoine d'affectation en démontrant qu'il s'agissait d'une universalité de droit.

Cette souscription n'a pas prévalu. La doctrine y voit plus tôt une universalité de fait.

i) Le fond de commerce comme une universalité de droit ?

L'universalité de droit est un ensemble des droits et des dettes qui ressemble tous les éléments de l'actif et du passif étant inséparablement liés. Ex : patrimoine.

Le fond de commerce ne serait qualifié d'une universalité de droit parce que les dettes nées de l'exploitation du fond ne sont pas en principe transmises avec le fond.

De plus, les actifs du fond de commerce ne répondent pas exclusivement du passif généré par l'exploitation. Les dettes du commerçant pourront être réglées en appréhendant l'ensemble du patrimoine du commerçant et non pas seulement le fond de commerce qui a généré cette dette.

ii) le fond de commerce comme une universalité de fait ?

C'est un ensemble d'éléments d'actifs regroupés par une identité de destination et traité comme un bien unique. Ex : troupeau. Un ensemble d'éléments qui visent le même objectif qui est d'attirer la clientèle. Pour cette raison, tous ces éléments vont être appréhendés de manière unitaire à l'occasion d'une opération unique. Cette qualification est toute fois discutée car le fond n'est pas toujours traité comme un bien unique.

A l'occasion de la vente du fond de commerce, le vendeur dispose ainsi d'un privilège qui va s'exercer séparément sur les marchandises, sur le matériel et sur des éléments incorporels.

Paragraphe 2 : Le fond est un bien meuble incorporel.

Fondement de cette qualification :

En effet, le fond de commerce est uniquement composé de biens meubles et ne serait en aucun cas rattacher ce bien à la catégorie des immeubles. La jurisprudence a toujours retenu cette solution.

Il s'agit d'un bien mobilier et incorporel. Le fond de commerce est une universalité de fait composée d'éléments corporels et incorporels.

Pour autant le fond de commerce est qualifié de bien incorporel car il s'agit d'une enveloppe abstraite qu'il n'est pas possible d'appréhender physiquement.

Conséquence de cette qualification.

Il s'agit d'un bien mobilier : aucune règle propre aux immeubles ne peut être appliquée au fond de commerce. Si on décide de louer le fond de commerce sous location- gérance, on ne pourra pas envisager des clauses d'indexation de loyer sur les indices du coût de la construction.

Parce que il s'agit d'un bien meuble, cette qualification aurait une portée du droit particulier de la famille. Si le commerçant s'est marié avant 1965, son régime matrimonial est celui de meuble et d'aqueux. Parce que le fond de commerce est meuble, le fond sera commun.

Parce qu'il s'agit d'un bien incorporel, la règle « **En fait de meuble, la possession vaut titre** ». Cette règle ne pourra pas s'appliquer au fond de commerce.

En cas de conflit entre deux acquéreurs successifs du même fond de commerce, seule, la date de la convention des parties sera prise en compte indépendamment de la mise en possession.

Chapitre 2 : Les opérations relatives au Fond de commerce.

Le fond de commerce peut tout d'abord représenter une valeur économique qui peut être source de crédit pour le commerçant. Pour garantir le remboursement d'un prêt, le commerçant peut consentir une sûreté sur ce bien en réalisant un nantissement.

Le fond de commerce est un bien. Son propriétaire peut en conférer la jouissance à un tiers qui va l'exploiter pour en retirer des revenus. On l'appelle location - gérance.

Le commerçant propriétaire du fond de commerce peut naturellement en transférer la propriété en réalisant la vente du fond de commerce.

Le commerçant peut décider d'exercer son activité non plus individuellement mais sous forme sociale et réaliser un apport en société.

Section 1 : Location - gérance du fonds de commerce.

La location - gérance consiste à donner en location le fonds de commerce à un tiers qui va l'exploiter en son propre nom et à ses risques et périls moyennant un règlement d'un loyer appelé « redevance ».

Le contrat doit être clairement distingué du contrat de bail car il a un objet distinct. Ce ne sont pas en effet de locaux qui sont loués mais le fond de commerce lui-même. Par conséquent, l'existence d'une clause du bail interdisant la sous- location ne fait pas obstacle à la conclusion d'un contrat de location - gérance. Il s'agit d'un contrat original.

§ 1 : La formation du contrat location - gérance.

Il est soumis à des conditions de fonds et de formalités de publicité.

a) Conditions de fonds :

Le contrat de location - gérance est un contrat et soumis en tant que tel aux conditions de droit commun encadrant la validité du contrat.

- C'est-à-dire ceux qui contractent doivent avoir la capacité de s'engager. Ainsi, le locataire gérant, parce qu'il va exploiter le fond de commerce en son nom et pour son propre compte, il doit avoir la capacité commerciale ; d'où le mineur émancipé ne peut contracter.
- L'objet doit exister. Ce qui signifie que le fond de commerce doit exister et par conséquent la clientèle doit être réelle et certaine. A défaut, le contrat ne sera pas une location gérance, mais une simple location de locaux aménagés.
- Outre de ces conditions de droit commun, le législateur a posé des conditions spécifiques au contrat de location-gérance. Il y a trois conditions :
 - La personne qui donne le fond de commerce en location - gérance doit avoir été commerçant pendant 7 ans ou avoir exercé pendant 7 ans les fonctions de gérant ou de directeur commercial.(cette disposition a été supprimée récemment)
 - La personne qui donne le fond de commerce en location-gérance doit en avoir exploité pendant 2 ans.
 - Cette personne qui donne le fond de commerce en location-gérance ne doit pas être visé par une clause de déchéance prévue par la loi n° 47 du 30 août 1947 relative à l'assainissement de profession commerciale.

Ces conditions n'ont pas le caractère absolu d'une part, tous les loueurs ne sont pas soumis à ces conditions spéciales, y échappent les incapables majeurs, les héritiers et les légataires ; d'autre part, le président du TGI peut réduire les délais imposés par les textes lorsque l'intéressé justifie qu'il est dans l'impossibilité d'exploiter son fond du fait par exemple d'une maladie.

Lorsque ces conditions ne sont pas satisfaites le contrat est nul. Il s'agit d'une nullité absolue qui peut être soulevée par tout intéressé. La nullité du contrat ne sera pas toutes fois opposable aux tiers. Les créances du locateur - gérant conservent le bénéfice de leurs recours contre le loueur.

Par ailleurs, l'irrégularité du contrat de location- gérance va priver les loueurs du fonds le droit de se prévaloir du statut de baux commerciaux.

b) Les formalités de publicité.

- le locateur - gérant devra se faire immatriculer au RCS en mentionnant la mise en location - gérance du fond de commerce.
- Dans les deux semaines (2) suivant la conclusion du contrat de location - gérance, ce contrat devra être publié sous la forme d'extrait dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Ces mêmes formalités devront être accomplies à l'issue du contrat. A défaut de cette publicité, le contrat de location - gérance n'est pas pour autant nul mais les loueurs seront solidairement responsables avec le loueur des dettes contractées par celui-ci tant que la publicité ne sera pas opérée.

§2 : Les effets du contrat de location - gérance.

Le contrat de location gérance va permettre au locataire d'exploiter le fond en qualité de commerçant. Inversement, le propriétaire du fond va cesser d'être commerçant. Il devra se faire radier au RCS.

a) Effets entre les parties.

Ces effets se manifestent pendant le contrat. Pendant le contrat, le locataire - gérant est avant tout locataire. Il doit exploiter le fond en bon père de famille. Ainsi, il doit poursuivre l'exploitation du fond sans en modifier la destination, il doit entretenir les matériels et renouveler les stocks des marchandises. Il doit payer les loyers. Les loyers qui peuvent être fixes ou une partie fixe et une autre assortie d'une clause mobile. Le loueur doit garantir au locataire la jouissance paisible du fond.

Il ne doit pas lui faire concurrence en ouvrant un commerce identique à proximité du fond de commerce loué.

A l'expiration du contrat, ce dernier peut être renouvelé expressément ou reconduit tacitement. Le loueur s'il le souhaite peut reprendre son fond sans devoir régler aucune indemnité au locataire - gérant. Le locataire gérant ne peut pas non plus demander une indemnisation du fait de la plus value procurée au fon. S'il a développé la clientèle, le loueur en bénéficiera. Il n'y a qu'une seule hypothèse dans laquelle le locataire - gérant pourra tirer profit de son activité.

Si avec l'accord du loueur, il crée une branche d'activité nouvelle avec clientèle nouvelle, il s'agira d'un fond distinct de celui qu'il a loué si bien que le loueur pourra l'indemniser de ce fait.

b) Effets à l'égard des tiers.

Plusieurs tiers sont intéressés :

- **Les créanciers du loueur.**

Dans les 3 mois suivant la publication du contrat, des créanciers du loueur du fait des dettes d'exploitation louées, peuvent en demander l'exigibilité immédiate au près du président du tribunal de commerce. Le juge peut alors prononcer la déchéance du terme s'il estime qu'un contrat est de nature à mettre en péril le recouvrement de ses dettes.

- **Les créanciers du locataire - gérant :**

- Les dettes afférentes à l'exploitation du fond deviendront immédiatement exigible à la fin du contrat de location - gérance
- Le loueur sera solidairement responsable des dettes contractées par le locataire gérant pour l'exploitation du fond tant que la publicité du contrat n'aura pas été opérée et dans un délais d'un mois suivant cette publicité.
- Le fisc bénéficie d'un avantage encore plus large. Le loueur est solidairement responsable avec le locataire gérant du règlement des impôts tel que les taxes professionnelles, impôt sur revenu ; et impôt sur société et sans aucune condition de délais.

c) *Effets du contrat à l'égard des contractants du loueur.*

- **Le bailleur du local où est exploité le fond de commerce.**

Le locateur - gérant ne serait assimilé à un sous - locateur. Le locateur gérant ne peut donc nullement prétendre au renouvellement du bail commercial. Seuls les loueurs propriétaires peuvent demander un renouvellement. C'est le propriétaire du fonds qui reste tenu du paiement du loyer.

- **Acquéreur du fonds de commerce.**

Le locateur - gérant n'aura aucun droit à l'égard de l'acquéreur du fond de commerce. L'acquéreur du fonds peut donc parfaitement l'évincer.

- **Créanciers bénéficiant d'un nantissement sur le fonds.**

Il pourra faire vendre son gage sans solliciter l'accord du locataire gérant.

Section 2 : La vente du fonds de commerce.

Compte tenu de la valeur du fonds, le législateur a dû aménager le régime de la vente mobilière. La vente du fonds de commerce fait l'objet de règles spéciales qui portent à la fois sur les conditions et effets.

S1 : Condition de la vente du fonds de commerce.

- **Les conditions de fond.**

Le droit commun de la vente va s'appliquer sous réserves des quelques règles spécifiques édictées par le législateur.

i) **Capacité.**

□ **capacité relative du vendeur :**

Si le fonds appartient à un époux et que le fonds est commun. Cet époux n'aura pas le pouvoir de procéder seul à son aliénation. L'accord du conjoint est requis pour cet acte au regard de règles du régime légal.

Lorsque le vendeur est frappé d'une incapacité, la vente du fonds s'alignera sur les conditions de la vente de l'immeuble.

La vente du fonds appartenant à un mineur supposera l'autorisation du juge de tutelle ou de conseil de famille.

□ **capacité relative à l'acquéreur.**

L'acquisition du fonds de commerce supposera que l'acquéreur a des capacités commerciales. En réalisant cette acquisition, il devient commerçant.

ii) **Consentement.**

Le consentement doit exister et exempté de tout vice.

iii) **L'objet.**

La vente porte sur le fonds de commerce, c'est-à-dire sur le ou les éléments qui servent au ralliement de la clientèle. Les parties vont déterminer précisément les éléments du fonds cédés.

iv) **Le prix.**

Le prix est librement fixé par les parties et doit simplement être déterminé ou déterminable. Pour éviter une dissimulation d'une partie du prix par la partie, la loi offre aux créanciers, la possibilité de faire une surenchère. En outre, comme en matière de vente d'immeuble, le fisc pourra redresser le prix indiqué par les parties s'il prouve son insuffisance.

A côté du prix global du fonds de commerce, un prix doit être fixé de manière séparée pour les éléments incorporels, matériels et marchandises. Pour mettre en œuvre le mécanisme du privilège du vendeur, le fonds de commerce est fractionné en 3.

- *conditions de forme :*

L'acte de vente est soumis au formalisme et doit contenir à peine de nullité différentes mentions afin de renseigner l'acquéreur sur la consistance et la valeur du fonds.

Parmi les mentions obligatoires comme précisées par Art. L 141-1, il y a le nom du précédent vendeur, la date de son acquisition, le prix payé par chacun de 3 catégories d'éléments du fond de commerce. Il figure également dans les mentions obligatoires, l'état de privilège et nantissement, le chiffre d'affaire, les bénéfices commerciaux réalisés au cours de 3 années.

§2 : *Les effets de la vente du fond de commerce.*

La vente a pour effet de transférer la propriété du fond de commerce. Le fond de commerce est un tout. C'est la propriété de cette universalité qui va être transférée par le seul consentement.

Le transfert de certains éléments du fonds va toute fois nécessiter des mesures propres à certains actifs pour rendre ce transfert opposable aux tiers.

Le transfert de propriété de marchandises ne sera opposable aux tiers que par une mise en possession réelle. Le droit de propriété industrielle, il faudra procéder à une inscription auprès de l'institut national de propriété industrielle.

Le transfert du droit au bail, supposera une signification au bailleur ou son acceptation de la cession dans un acte authentique.

A) Les obligations du vendeur.

- *Il doit délivrer la chose :* Le vendeur doit mettre à la disposition de l'acheteur, tous les éléments du fonds de commerce.
- *Il doit garantir les vices cachés :* L'acquéreur peut invoquer la garantie de vice caché prévu par l'art. 1641 du code de commerce lorsqu'un événement qu'il ignorait affecte les résultats de l'activité commercial déployé au sein du fonds. Cette garantie peut être invoqué lorsque les mentions figuraient dans l'acte sont inexactes. L'acquéreur disposera d'un délai d'un an à compter de la possession pour agir à ce fondement.

- *Le fait d'énoncer une mention erronée pour pousser l'une des parties constitue un dol. Si l'acquéreur a laissé passer un délai d'un an. Il pourra démontrer l'existence d'un dol pour obtenir l'annulation de la vente, réduction du prix. Cette action s'inscrit dans un délai de 5 ans.*
- *Le vendeur est tenu de garantir la possession paisible de la chose vendue. Cette obligation le conduit à ne pas détourner la clientèle du fonds en ouvrant le nouveau fonds de commerce. Pesant ainsi sur le vendeur, une obligation de non rétablissement. Le vendeur du fond de commerce, lorsqu'il est propriétaire de locaux dans lequel le fond de commerce est exploité est également tenu à ce fondement de renouveler le bail consenti au moment de la vente.*

B) Les obligations de l'acheteur : L'acheteur est tenu de payer le prix. Il prendra soin d'attendre l'expiration de délai de 10 jours durant lesquels les créances pourront faire opposition pour éviter de payer une seconde fois.

Les garanties légales ont été offertes au vendeur pour l'assurer du paiement de prix.

Deux types de garanties :

- 1) Le vendeur du fond de commerce dispose un privilège sur le fond si la vente a été réalisée par acte authentique ou sous seing privé enregistré. Le privilège doit être inscrit sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce ; Cette inscription doit avoir lieu dans les 15 jours suivant les ventes. Lorsque le fond de commerce comporte de droits de propriété industrielle, une inscription spéciale doit se faire à l'Institut national de propriété industrielle (INPI). Le vendeur dispose alors d'un droit de préférence, il sera payé avant tous les autres créanciers si celui-ci revend le fond de commerce.

Le privilège est fractionné entre les 3 catégories du fond à savoir ;

- Eléments incorporels.
- Matériels.
- Marchandises.

Lorsque le prix est progressivement payé par l'acquéreur, le prix va d'abord s'imputer aux marchandises, après sur les matériels et enfin sur les éléments incorporels ; L'objectif du législateur est d'éviter que le privilège porte sur les éléments les plus liquides du fonds tel que les marchandises.

- 2) *Le vendeur dispose d'une action résolutoire sur le fonds de commerce suivant l'art.1184 et 1654 de code de commerce. Cette action lui permet de reprendre le fond de commerce en cas non paiement du prix. Toute fois, si le vendeur a procédé à l'inscription d'un privilège sur le fond de commerce, il doit s'être réservé dans cette inscription la possibilité d'intenter l'action résolutoire. Si il l'exerce, il doit informer les créanciers inscrits sur le fonds.*

Ces derniers ont alors un délai d'un mois pour paralyser l'action en payant en place de leurs débiteurs. Si la résolution est prononcée, le vendeur va reprendre l'ensemble des éléments du fonds. En cas de paiement partiel du fonds, le vendeur sera comptable de ce prix payé.

- Autres informations relatives au bail commercial :

Les informations concernant le bail commercial doit être fournies à savoir la date du bail, la durée du bail, le nom et l'adresse du bailleur. Pour assurer une bonne information du vendeur, l'acquéreur doit par ailleurs pouvoir consulter les inventaires et les livres de comptabilités de 3 dernières années ; Ces

mentions ont une importance considérable car leurs omissions ou leur inexactitude entraîne des conséquences graves.

□ *En cas d'omission*

L'acte de vente est entaché d'une nullité relative qui peut être invoqué par l'acquéreur pendant une année à compter de la vente.

Le tribunal détermine alors si l'omission litigieuse a pu vicier le consentement de l'acquéreur et a entraîné pour lui un préjudice.

□ *En cas d'inexactitude.*

Une action en garantie peut être intenté contre le vendeur dans le délai d'un an à compter de la prise de possession du fond de commerce par l'acquéreur. L'acquéreur devra prouver que l'inexactitude était de nature à l'induire en erreur sur la valeur et la consistance du fond de commerce de sorte que cette erreur lui a été préjudiciable. L'action peut conduire à obtenir une diminution du prix ou même la résolution de la vente selon l'importance de l'inexactitude.

Si le vendeur avait connaissance de l'erreur, il peut de plus être condamné à verser des dommages et intérêts. Les ventes de FDC sont le plus souvent conclues par le biais d'intermédiaires. Les agents d'affaire, courtiers, notaires vont participer à la rédaction de contrat de vente. Leur responsabilité peut être recherché dans l'inexactitude des mentions figurant dans les actes de vente.

S3 : La publicité de la vente du fonds de commerce.

L'acte de vente doit d'abord faire l'objet d'un enregistrement fiscal. Les mesures de publicité doivent ensuite être opérés et doivent comporter deux types de publicité à savoir une publicité locale et une publicité nationale.

- ***Publication locale.***

Elle doit avoir lieu dans les 15 jours suivant la vente. Elle sera opérée par la requête de l'acquéreur. Il s'agit d'une insertion d'extrait d'acte dans un journal d'annonce légale du département d'arrondissement dans lequel le fonds est exploité. On va faire connaître les noms des parties, la date du contrat, la nature du fonds et le prix stipulé. Cette publicité vise à permettre aux créanciers du vendeur à faire opposition sur le prix de vente.

- ***Publication nationale.***

Cette publicité doit avoir lieu dans les 15 jours de la publication locale à la requête de l'acquéreur.

Il s'agit d'un avis contenant la même mention que la publication locale. Avis inséré au sein du bulletin officiel des annonces civiles et commerciales ; Cette publicité sera opérée par le greffe du tribunal de commerce. La sanction de ces mesures ne consiste pas dans la nullité d'acte de vente mais à son inopposabilité aux tiers. Le paiement du prix par l'acquéreur est inopposable aux créanciers du vendeur qui pourront exiger d'un second paiement entre leurs mains. L'objectif de ces mesures est en effet de préserver les droits de créanciers du vendeur en se payant sur le prix de vente du fond de commerce. Si l'acheteur verse le prix dans les mains du vendeur sans que les créanciers puissent y faire opposition à la suite des mesures de publicité ; l'acheteur court le risque de devoir payer une seconde fois.

Lorsque la publicité a été opérée mais que la mention publicité est inexacte ; c'est au juge de définir si cette erreur a pu causer un préjudice aux créanciers du vendeur. Tous les créanciers du vendeur quel que soit de la qualité de leur créances peuvent former l'opposition sur le prix de vente. L'opposition doit être

faite dans les 10 jours suivant la seconde publication par le biais d'acte huissier notifié à l'adresse de l'acquéreur. Cette adresse est mentionnée dans les mentions publiées.

Cet acte doit publier le montant et la nature de la créance et contenu, élection du domicile dans le ressort de la situation du fonds ; Lorsque l'opposition est formée, elle aura effet de bloquer le prix entre les mains de l'acquéreur ou entre les mains de l'intermédiaire comme notaire.

L'acte d'opposition ne donne aucune préférence aux créanciers qui ont fait l'opposition.

D'autres créanciers pourront par la suite se joindre aux opposants. Ce prix peut être distribué à l'amiable entre les créanciers qui ont fait opposition. Les créanciers bénéficiaires d'une sûreté sur le fonds de commerce seront désintéressés par la préférence. A défaut d'entente entre les créanciers, une procédure judiciaire peut s'ouvrir pour régler la distribution du prix du fond de commerce.

Si le prix ne suffit pas à désintéresser les créanciers, ces derniers peuvent décider dans les 20 jours suivant la dernière publication de former **une surenchère du sixième**.

Les créanciers considèrent que le prix payé pour le fond est inférieur à celui du marché si bien qu'ils souhaitent que le fond soit vendu aux enchères publiques. **Les créanciers se portent alors enchérisseurs du fond pour le prix stipulé par les parties augmenté d'un sixième du prix des éléments incorporels du fonds.**

Application : Un fond de commerce est vendu à un 1.000.000 euros dont 600.000 euros pour les éléments incorporels, 300.000 euros pour le matériel et 100.000 euros pour les marchandises.

Donc, le sixième des éléments incorporels est : $600.000/6 = 100.000$ euros. C'est-à-dire que les créanciers vont se porter enchérisseurs pour une somme de 1.100.000 euros (1.000.000 + 100.000).

Le tribunal avant d'ordonner les enchères va vérifier l'insuffisance du prix et de la solvabilité de créanciers. A défaut d'enchère, les créanciers deviennent adjudicataires du fonds et doivent payer le prix.

Section 3 : L'apport du fonds de commerce à une société.

Le commerçant peut souhaiter d'apporter son fonds de commerce à une société qui va exploiter, développer l'activité commerciale qu'il a créée. Il peut l'affecter à une société unipersonnelle telle que EURL. L'objectif est de séparer son patrimoine propre d'un patrimoine de la société.

Il peut également souhaiter développer une activité avec d'autres personnes avec lesquelles il va s'associer. L'apport du fonds est alors soumis à un régime qui se rapproche de celui de la vente du fonds de commerce :

- Comme pour la vente du fonds, l'apport du fonds de commerce doit être constaté dans un acte portant mentions obligatoires. Ces mentions sont les mêmes que celles relatives à la vente. Elles sont également exigées sous peine de nullité.
-
- Comme pour la vente du fonds, l'apport du fonds de commerce dans la société fait l'objet de mesures de publicité pour avertir les créanciers. La différence est que l'apport n'entraîne pas un paiement du prix, le prix sur lequel les créanciers pourront se régler. En effet, la contre partie d'un apport consiste à la délivrance des parts ou actions qui ne sont pas facilement moniales. C'est pour quoi, les créanciers doivent être particulièrement protégés dans le cadre de l'apport du fonds dans la société.

S'ils se manifestent dans les 10 jours suivant la publicité, la société doit soit prendre en charge des dettes déclarées soit renoncer à l'apport en société. Les associés auront **deux semaines pour se**

prononcer, s'ils demeurent silencieux, la société sera solidairement tenue avec l'apporteur du fonds de commerce des dettes que ce dernier a contactées.

TITRE III : L'INTRIGUE ; LA CONCURRENCE ET LA LOYAUTE

S/ TITRE 1 : La liberté de la concurrence

Cette liberté est limitée par une condition essentielle qui est son caractère loyal pour assurer son rôle de régulateur des échanges économiques. La concurrence est le moteur de la vie économique et c'est pourquoi le législateur s'y est intéressé et a posé des règles pour assurer une libre concurrence entre les commerçants. La concurrence entre entreprise doit répondre à deux exigences :

Elle doit être loyale et libre. C'est-à-dire ne pas être entravée par des comportements anti-concurrentiels. L'exigence d'une concurrence loyale signifie qu'il ne saurait tolérer que certains commerçants s'affranchissent des règles de jeu et s'approprient par des manœuvres frauduleux la clientèle de leurs concurrents ; donc, il faut la loyauté. Ainsi, la liberté de la concurrence est protégée tant par notre droit national (surtout par le conseil de la concurrence) que par le droit intercommunautaire.

En revanche, la lutte contre les comportements anti-concurrentiels semble paradoxale dans la mesure où la protection de la liberté de la concurrence s'accompagne de l'interdiction d'un ensemble des pratiques commerciales. Ainsi l'ordonnance du 01/12/1986 qui a entrepris une véritable libéralisation de la concurrence a néanmoins choisi de réguler cette concurrence. Régulation complétée par une loi du 01/07/1986 et une loi du 15/05/2001 (NRE).

Section 1 : Les pratiques déloyales.

- Les atteintes à la loyauté.

Qu'est ce que la loyauté ? Pas de définition proprement juridique. La concurrence loyale est celle qui est conforme aux usages commerciaux. Le caractère déloyal de la concurrence évolue selon les usages commerciaux. On ne peut donc adresser une liste limitative. Cependant en pratique, on peut dénombrer 4 titres qui relèvent les actes de concurrence déloyale.

A. Le dénigrement et la publicité comparative.

iii) Fait de jeter un discrédit sur le concurrent en répandant des informations péjoratives et malveillantes. Il y a une concurrence déloyale quand bien même les informations seraient fondées à condition que le concurrent soit nommément désigné ou simplement soit identifiable.

v) Le fait de faire connaître les difficultés du concurrent en informant que ce concurrent est à bord de la faillite.

vi) Le fait de présenter les produits du concurrent comme mauvais ou dangereux constitue un dénigrement.

Cependant, la concurrence peut conduire à venter les mérites d'un produit ou à le comparer aux produits des concurrents. Ces pratiques ne sont pas sanctionnées au titre de concurrence déloyale.

La publicité comparative est autorisée en France par la loi du 10/01/1982 dans certaines limites. L'article L 121-8 du code de la concurrence autorise la publicité comparative :

- Si elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur le consommateur.
- Si elle couvre des biens et services correspondant aux mêmes besoins,
- Si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des produits et services, le prix peut en faire partie.

Loyauté, véracité, objectivité sont les caractères de la publicité comparative. Il appartient à l'annonceur de prouver la véracité de son annonce.

Il fut un temps où l'annonceur était obligé d'avertir son concurrent visé de la publicité comparative dont il fera l'objet mais cela a été abandonné depuis 2001. Il y a des sanctions pénales en cas de non respect des conditions de la publicité comparative (L121-14).

B. La désorganisation de l'entreprise concurrente ou du marché.

i) La désorganisation de l'entreprise concurrente

La désorganisation de l'entreprise concurrence caractérise un fait de concurrence déloyale. Cette désorganisation peut être révélée par plusieurs procédés.

L'un des procédés consiste en **le débauchage du personnel d'une entreprise concurrente**. Ce débauchage peut être sanctionné s'il vise à s'approprier la clientèle ou le savoir faire de l'entreprise.

Toutes fois, le principe de liberté du travail doit être prise en compte. Une distinction doit être faite selon que le salarié était lié par une clause de non concurrence ou pas.

La clause de non concurrence dans un contrat de travail est valable comme la promesse d'embauche faite au salarié d'une entreprise concurrente est valable et ne constitue pas un acte de concurrence déloyale.

Le débauchage sera sanctionné s'il est massif et s'il a comme finalité de désorganiser l'entreprise. Lorsque une clause de non concurrence figure dans le contrat de travail, le nouvel employeur sera coupable de concurrence déloyale. S'il embauche un salarié alors qu'il connaît l'existence de cette clause ; le salarié et son nouvel employeur peuvent voir leur responsabilité engagée. D'autres procédés peuvent révéler une volonté de désorganiser l'entreprise concurrente.

L'espionnage consistant à s'approprier de manière indue des moyens utilisés par le concurrent pour mener à bien son activité peut être sanctionné au titre de la concurrence déloyale.

Le fait de dissimuler les panneaux publicitaires.

Le fait de détourner les bons de commande.

La désorganisation des réseaux de commercialisation du concurrent (fait d'un tiers de s'approvisionner et revendre un produit normalement vendu par un réseau de distribution dont il ne fait pas partie).

- Le fait pour un vendeur hors réseau de s'approvisionner auprès d'un vendeur de réseau en violation des obligations contractuelles à l'égard du fabricant est fautif. Cela est affirmé par ordonnance de 86. L'art L 442-6 du code de commerce consacre « **Engage la responsabilité de son auteur le fait de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive** »

ii) La désorganisation du marché.

Elle consiste à utiliser des méthodes de vente ou de commerce qui créent un avantage concurrentiel indu ou illicite. Les manœuvres visent à conduire à leur perte toutes les entreprises concurrentes en ayant recours à des pratiques commerciales anormales :

- **Type de vente à perte (dumping)** : Il s'agit pour le concurrent d'éliminer ses concurrents en vendant à un prix inférieur au prix de revient. C'est un délit réprimé par l'art. L 442 du code de commerce.;

Le prix de revient est le prix d'achat plus les coûts annexes supportés par l'entreprise. Il importe peu qu'il y ait une intention coupable ou non pour échapper à la répression de ce délit. On peut évoquer une des causes de l'art. L 442-4

- **produit démodé** : Produit dont le réapprovisionnement a été effectué en baisse; prix sur lequel on veut s'aligner.
- **Le prix d'appel** : attirer la clientèle avec des prix qui ne sont pas réellement pratiques.
- **L'ouverture illicite comme le dimanche.**
- **L442-7** : la para commercialité : hypothèse où une personne non commerçante pratique le commerce.

C. La confusion ou l'imitation d'un concurrent

Ce mode de concurrence déloyale consiste à créer dans l'esprit de la clientèle une confusion sur le produit vendu afin d'attirer à soi la clientèle du concurrent.

Ex : le nom commerciale, la marque, l'enseigne, les publicités, les slogans, les dessins, les logos, noms de domaine(noms qui désignent les sites Internet). Utilisation d'emballages avec conditions qui imitent le concurrent.

Le fait d'imiter une marque est un comportement de concurrence déloyale mais qui est par ailleurs sanctionné par des règles spécifiques. Il s'agit d'un délit de contre façon pénalement sanctionné aux art. L 716-9 et L 716-10 du code de propriété industrielle. La peine encourue peut aller jusqu'à 400.000 et 4 ans d'emprisonnement.

Lorsqu'il y a **des noms fantaisistes**, la règle veut que le nom d'une marque l'emporte sur tout autres critères.

Lorsque la notoriété est limitée à une sphère géographique, un deuxième critère entre en jeu ; **c'est le critère de la spécialité** (même domaine d'activité).

Lorsqu'il n'y a pas de critère de notoriété ; deux critères interviennent à savoir : **la géographie et spécialité**. C'est le magistrat qui décide s'il y a tentative ou non de confusion.

Le nom patronymique : Le principe est que tout nom patronymique peut donner lieu à un usage. Exception, lorsque le nom patronymique a déjà donné lieu à une exploitation.

La dénomination commerciale désigne le nom de la société, le nom commercial est celui qui figure sur le papier en tête, la marque désigne le produit vendu.

D. Le parasitisme

Sous le thème générique de parasitisme se retrouve l'idée selon laquelle toute appropriation injustifiée du commerce d'autrui doit être sanctionnée. C'est le fait pour une entreprise de se glisser dans le sciage économique d'une autre entreprise pour profiter de sa réputation et gagner des parts de marché à moindre frais, sans rien dépenser de son effort et son savoir faire.

Arrêt de la chambre commercial de la cour de cassation du 26/01/1999 ; Dalloz 2000, page 87.

Ex : - une société qui se porte comme distributeur agréé, qui veut commercialiser les produits de la marque et de bénéficier de sa notoriété sans pour autant suivre les contraintes.

Le parasite tente de profiter des acquis et renom d'autrui sans faire investissement. Le parasitisme se distingue de la simple confusion ou imitation.

Le fait d'appeler le parfum champagne a pu constituer un comportement parasitaire qui vise à détourner les notoriétés des produits.

Voir arrêt champagne. On a considéré que cette désignation (parfum) est parasitisme.

Arrêt du 15/12/1993 de la cour d'Appel de Paris, JCP 1994, 2^{ème} partie n° 22229.

L'admission d'une action en concurrence déloyale de cette hypothèse est discutée dans la doctrine.

Le préjudice n'est pas certain, faute d'une clientèle commune.

L'extension du domaine d'une action en concurrence déloyale traduit l'instrumentalisation de cette action pour moraliser les actions commerciales.

Section 2 : L'action en concurrence déloyale.

Fondement de l'action en concurrence déloyale (art.1382 du code civil). Une action en responsabilité pour faute. C'est-à-dire qu'il doit y avoir une faute, un dommage et lien de causalité. Sans lien de causalité, on peut demander une cessation du comportement **sous peine d'astreinte**.

i) Une faute :

Elle consiste en un comportement qui porte atteinte à la loyauté de concurrence. Il n'est pas nécessaire d'établir une attention de nuire de la part du commerçant. La faute est caractérisée même s'il ignore que ce nom a été ultérieurement utilisé.

iii) Un dommage ou préjudice :

Il consiste en la perte de clientèle subie par la victime. Naturellement, ce préjudice est difficile à évaluer. Une affaire relative à l'imitation d'émission de télévision. L'évaluation du préjudice a été opérée selon la baisse d'audience consécutive à l'apparition de mission concurrente.

Dans le cas de parasitisme, il n'y a pas de clientèle commune. Le préjudice est purement moral.

Il consiste en l'atteinte à la renommée ou réputation d'une marque ou nom commercial.

La jurisprudence se montre très souple dans l'appréciation de l'existence d'un préjudice. L'existence d'un acte déloyal suffisait à démontrer l'existence d'un préjudice. La cour de cassation, chambre commerciale du 09/02/1993. JCP édition entreprise 2^{ème} partie n° 545.

iv) Un lien de causalité :

S'il est démontré d'une baisse de chiffre d'affaire traduisant une perte de clientèle, il faut encore établir qu'il résulte des actes déloyaux. Or, d'autres causes peuvent expliquer la chute du chiffre d'affaires. La jurisprudence se montre très compréhensive dans l'appréciation du lien de causalité.

Il est présumé dès lors que les actes déloyaux et la perte de la clientèle sont établis.

Les 3 conditions de l'article 1382 ne sont donc pas appliquées avec rigueur pour des considérations d'opportunités. L'objectif est de sanctionner les comportements qui portent atteintes au jeu régulier de la concurrence.

v) Exercice de l'action de concurrence déloyale.

- *Personne pouvant agir :*

Cette action est ouverte aux commerçants victimes de ces agissements mais également aux syndicats professionnels. Il suffit qu'un comportement déloyal ait causé un préjudice aux intérêts professionnels, matériels et moraux de la profession.

Le tribunal compétent est le tribunal de commerce. Il pourra toutefois s'agir du TGI, lorsque l'action est connexe à une action en contrefaçon.

En cas d'urgence, le juge de référé pourra être saisi.

- **Sanction :**

- La cessation des agissements déloyaux, peut être ordonné sous astreinte.
- La suppression de dénomination illicite.
- Le retrait à la vente des produits imités.
- L'interdiction de poursuivre une campagne publicitaire.
- L'imposition des dommages et intérêts.
- La publication du jugement aux frais du commerçant condamné peut être ordonnée.
-

Section 3 : Pratique anti- concurrentielles.

Pratiques qui portent atteinte à la liberté de la concurrence.

Les règles ont été édictées du traité l'UE par traité de Rome (1957) dans les dispositions 86 § 87 transférées dans les art. 82 et 81 de Maastricht.

Pour le droit international, c'est l'ordonnance de 1986 et relative à la liberté de concurrence et la liberté des prix qui édictent ces règlements.

I. Le droit communautaire de la concurrence.

a) Les ententes

Le traité de l'UE a pour objet d'instaurer une liberté des échanges et c'est cette liberté qui suppose l'établissement de règlement régissant les comportements anti-concurrentiels. Dans son art.81, le traité de l'UE édicte que sont « **incompatibles avec le marché commun et interdits tous accord entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles de commerce entre états membres et ayant pour effet ou objet d'empêcher, restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun** »

Conditions exigées :

- « il faut que le commerce entre les états membres soit affecté ou susceptible de l'être »
- « Il faut qu'il y ait accord : ce sont des accords de type contractuel, structurel, implicites, explicite.... ».

L'accord doit avoir pour objet d'empêcher, de restreindre, de fausser la concurrence. Les ententes peuvent être automatiques, peuvent être rachetées sous certaines conditions.

- Si l'entente contribue à l'amélioration de la production ou de la distribution, l'entente doit réserver au consommateur une part équitable du produit réalisé ; l'entente ne doit pas aboutir à l'élimination de toute concurrence, établir un bilan des proportionnalités ou bilan économique qui en réalité est une liste des problèmes plus ou moins.
- Les plaintes sur l'existence des ententes :

- Ce sont les juridictions nationales qui s'en occupent : elle sursoit à statuer, elle pose une question préjudicielle à la CJCE qui doit se prononcer, la décision de la CJCE s'impose à la juridiction nationale.

- Saisir la commission EURO qui peut- elle procéder à un bilan de proportionnalité et émettre l'une des 3 décisions suivantes.

- Soit elle émet une attestation d'ententes, elle certifie alors qu'un accord entre entreprises n'entre pas dans le champ d'application de l'art.81 du traité de l'UE.
- Elle peut également procéder à une exemption entre elle auquel cas la commission considère qu'il y a entente mais que les effets positifs sont plus importants que les effets négatifs. Elle peut émettre une lettre de classement, elle crée une situation d'incertitudes au sein de la société quand elle ne veut pas se prononcer.

La commission peut spontanément émettre un règlement d'exemption par catégorie dans un secteur donné. Ex : En matière de distribution automobile, sélective, franchise : Dans ces catégories, elle dit par exemple que les ententes sont exemptés de sanction.

b)- Les abus de position dominante

Art.82 du traité de Rome : L'abus de position dominante n'est pas rachetable à l'opposé des ententes. Les conditions d'abus de position dominante sont 3 :

- Il doit exister une ou plusieurs entreprises en position dominante. On peut considérer qu'il y a position dominante lorsqu'une entreprise a le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, de part sa position ;
- **Etudier la position par rapport au marché** : Un marché pertinent qui inclut une dimension géographique a une dimension matérielle. Sur l'aspect matériel, c'est un produit qui est visé. Le texte parle d'entreprise et non de société.
- **Il faut qu'elle soit susceptible d'abus, c'est l'abus qui est sanctionné** : ex : refus d'exploitation des innovations techniques .Le fait de renforcer des positions dominantes a été considéré comme un abus.
- **Il faut que cet abus affecte le commerce entre états membres.**

b) Les concentrations

L'élaboration du contrat communautaire des concentrations d'entreprises repose sur un règlement du 21/12/1989 entré en vigueur en septembre 1990 et modifié le 30/07/1997.

L'art.3 de ce règlement dit qu'il y a concentration lorsqu'une entreprise acquiert directement ou indirectement le contrat de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs entreprises .Le contrat étant essentiel d'ordre structurel. Cela peut se faire de manière contractuelle si le contrat entre deux entreprises confère une influence déterminante sur la composition, sur les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

- **différence entre concentration et entente** est que l'entente constitue une coordination de comportements anti-concurrentiels de l'entreprise qui reste indépendante alors que dans la concentration on crée une entreprise commune. On la crée structurellement ou par la rédaction de contrat. Les ententes, c'est une pluralité des centres décisionnels tandis que la concentration c'est une unité de centres décisionnels.
- Pour que la concentration soit réprimée, il faut qu'elle entre dans une dimension communautaire. Condition de concentration exige un chiffre d'affaire supérieur à 5 milliards d'euros pour l'ensemble des entreprises qui se regroupent et deux de ces entreprises doivent avoir au moins 250 millions d'euro de chiffre d'affaire.

C'est l'étendue du chiffre d'affaire qui détermine la dimension communautaire indépendamment de l'influence des états membres. Il faut que ces états notifient à la commission des communautés (commission euro) dans le délai d'une semaine à compter de l'opération juridique qui concrétise cette concentration à peine d'une sanction de 1000 à 50.000 euros.

La commission examine alors la concentration et vérifie si cette concentration crée ou renforce une position dominante entravant de manière significative l'effectivité de la concurrence.

- - Si la réponse est positive, la concentration est interdite et devra être défaire sous astreinte au besoin.
- - Si la réponse est négative, la concentration est maintenue en l'état.
- - Enfin la commission peut décider autoriser sous condition la dite concentration.

Procès simplifiée de la commission du 27/07/2000.

II. Le droit national (français) de la concurrence

Le droit communautaire s'inspire du droit français mais les sources sont différentes.

a) Ententes et abus de position dominante.

i) - Ententes :

Définition à l'article L420-1 du code de commerce modifiée par la loi du 15/05/2001 « sont prohibés, même par l'intermédiaire directement ou indirectement, d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence sur marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites(.....), notamment lorsqu'elles tendent à :

- limiter l'accès au marché (.....)
- faire obstacle à la fixation des prix (.....)
- limiter ou contraindre la production (.....)
- répartir les marchés (.....)

Ce que l'on peut retenir de cette définition, c'est qu'il ait d'une part un ensemble des partenaires liés entre eux par un accord tacite ou implicite ; d'autre part qu'il y ait une entente à la concurrence.

Ex1 : entente d'entreprises qui se sont mises d'accord pour soumissionner alternativement un marché public.

Ex2 : On ne commercialise pas une innovation technique pour achever de rentabiliser une production existante.

ii) - L'abus de position dominante

L'article 420-2 définit l'abus de position dominante dans :

- **Alinéa 1 :**

« Est prohibé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, notamment par un refus de vente, des ventes liées, ou des conditions de ventes discriminatoire; voire rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

- **Alinéa 2 :**

« Est en outre prohibé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'un état de dépendance économique (.....) ».

La position dominante en droit interne ne comporte plus de référence en monopole ou la concentration. Il suffira qu'il y ait un état de dépendance économique pour qu'il ait un abus de position dominante. Cette dépendance est un fait économique.

Ex.- Dépendance pour cause de relation d'affaires ; pour cause de puissance de chiffre d'affaires ; pour cause d'assortiment : c'est le cas de produits qu'un distributeur ne peut avoir en magasin en raison de leur notoriété.

A la différence du droit communautaire tant l'abus de position dominante que l'entente peuvent être rachetés. Ce sera le cas lorsque soit l'entente soit l'abus de position dominante répond à la condition suivante de l'art. L420-4 « il faut que les auteurs (de l'abus de position dominante ou de l'entente) puissent justifier que l'entente ou l'abus de position dominante a eu pour effet d'assurer le progrès économique, que surtout une partie du profit puisse profiter au consommateur et qu'il n'y ait pas une élimination absolue des produits en cause ». Comme en droit communautaire, on peut bénéficier des exemptions soit entre elles soit d'exemptions par catégories.

➤ - **les sanctions de l'abus de position dominante ou de l'entente.**

C'est une sanction du droit civil L 420-3 prévoit la **nullité**. Outre, cette sanction civile, le conseil de la concurrence peut infliger des sanctions pécuniaires en cas d'inexécution des injonctions.

Il existe malgré tout des sanctions pécuniaires qui ne dépassent pas l'amende

b) **Les prix abusivement bas.**

C'est une pratique anti-concurrentielle propre au droit français suivant la loi du 01/07/1996 qui a introduit l'art L420-5 du code de commerce qui réprime les prix prédateurs qui consistent à proposer aux consommateurs des prix abusivement bas par rapport au coût de production.

Le but de ces prix est d'éliminer la concurrence sur une marchandise donnée. Il vaut vouloir éliminer la concurrence. Les sanctions sont uniquement civiles.

c) **Les concentrations**

Depuis le 21/09/1990, toutes les dimensions autres que communautaires entrent dans le domaine du conseil de la concurrence. C'est l'art. L430-1 qui énumère les types de concentrations possibles : fusion, acquisition d'entreprise, création d'entreprise commune avec systématiquement la vérification qu'il existe une influence déterminée d'une entreprise sur une autre.

Le chiffre d'affaire total au minimum des entreprises est de 150 millions d'euros et celui de 2 entreprises est de plus de 15 millions d'euros. On procède à un bilan économique et on vérifie si l'atteinte à la concurrence est négligeable : convention valable ou si le progrès économique est tel qu'il compense l'atteinte à la concurrence auquel cas la concentration est valable.

Ces concentrations sont notifiées au ministre de l'économie et des finances. C'est celui qui décide d'autoriser la concentration ; S'il souhaite l'interdire, il doit saisir le conseil de la concurrence qui lui va examiner le dossier, préparer le bilan économique et le retransmettre au ministre qui prendra une décision finale d'autorisation ou d'interdiction.

d) **Le conseil de la concurrence**

C'est un organisme constitué par l'ordonnance du 01/12/1986 **dont la composition et les attributions sont aujourd'hui prévues par le code de commerce**. C'est une autorité administrative indépendante, il a la personnalité morale, en cas de désaccord avec ce conseil, on peut faire appel devant la cour de cassation, ce qui permet de déduire que c'est aussi un organe juridictionnel.

1- **composition**

Il est composé par 17 membres dont :

- 8 magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire
- 4 personnes choisies en fonction de leurs compétences en matières économiques ;

- 5 personnes qui exercent dans les métiers de production, professions libérales
- 2- Attributions

- *Rôle consultatif :*

Il est consulté obligatoirement par le gouvernement sur tous les projets de texte réglementaires instituant un régime nouvel ayant directement un effet sur la concurrence. Le cas classique de consultation, c'est le texte d'exemptions par catégorie. Il est également consulté pour les contrats de concentrations.

- *Rôle quasi juridictionnel :*

C'est un rôle qui fonctionne dans le domaine de l'abus de position dominante et de l'entente.

A travers des moyens d'investigations étendues, le conseil peut vérifier l'existence d'entente ou d'abus de position dominante et prononcer le cas échéant des sanctions entre autres pécuniaires et des injonctions à peine d'astreinte.

2^{ème} - PARTIE - LES SOCIETES COMMERCIALES

Le droit de société est constitué de règles générales applicables à toutes les sociétés qu'on retrouve aux articles 1832 et suivants. Egalement, le droit de société est constitué des règles spécifiques à chaque type de société.

Titre 1 : Droit commun de sociétés.

Les règles générales s'appliquant à toutes les sociétés, définissent les conditions de formation (naissance) de la société et de fonctionnement de la société (vie de la société).

Chapitre I : Naissance de la société.

La société est définie par l'article 1832 al 1 du code de commerce qui dispose « **la société est instituée par 2 ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue d'en partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter** »

La société naît en principe d'un contrat. Par exception, la société peut naître de la volonté d'une seule personne, il ne s'agit pas d'un contrat mais d'un acte juridique unilatéral. Dans les deux cas, l'acte de société n'est valable qu'à certaines conditions.

La création de la société peut avoir la finalité de donner naissance à un groupement doté d'une personne juridique distincte de celle des associés. Elle peut avoir d'une personnalité morale.

Section 1 : L'acte de société.

Cet acte de société est soumis à des conditions de formation.

S1 : Conditions de formation de l'acte de sociétés.

Société née d'un acte juridique, aussi les conditions générales d'un acte juridique vont s'appliquer. Mais l'acte de société doit satisfaire des conditions qui lui sont spécifiques.

A. Conditions générales.

i) Consentement :

Les associés doivent émettre un consentement non vicié. L'erreur, la violence ou le dol peuvent être invoqués par l'associé qui n'a pas donné un consentement libre et éclairé. Le plus souvent, ce sont des manœuvres dolosives qui seront invoqués au titre de consentement.

L'associé souhaitant obtenir la nullité devra apporter des preuves que sans des manœuvres des associés, il n'aurait pas contracté.

La jurisprudence sanctionne très rarement ces vices de consentement. Arrêt du 19/ 06/2001 ; JCP édition entreprise 2001 ; page 1909.

Les conditions d'un consentement valable posent un problème lorsque le consentement n'est pas sincère. Une personne a contractée alors qu'elle n'avait pas l'intention de s'associer. La question se pose quand une personne se présente comme **associé apparent** alors qu'il agit pour le compte d'un associé véritable qui préfère de rester dans l'ombre. ***L'associé apparent n'est alors qu'un prête- nom d'associé véritable.***

Ce procédé n'est pas un principe répréhensible sauf en cas de fraude. Il s'agit d'une simulation par interposition de la personne qui est soumise aux règles de droit commun. ***Les tiers pourront alors avoir un choix de s'en tenir aux apparences, s'en tenir à l'acte ostensible ou invoquer l'acte secret par le biais de l'action en déclaration de simulation.***

Ex : Un créancier d'une société en SNC peut poursuivre les associés en règlement de dettes de la société. Ce créancier peut poursuivre l'associé apparent. Mais si ce dernier n'est pas solvable, il peut encore poursuivre l'associé véritable en démontrant que l'associé apparent n'est qu'un prêt - nom.

Pour ce faire, il devra intenter une action en déclarant de simulation. La preuve peut rapportée par tout moyen. Si le créancier décide de s'en tenir aux apparences, l'associé apparent ne pourra pas échapper à ses engagements en démontrant qu'il n'est pas en réalité le véritable associé.

Dans les rapports entre associés apparent et associé véritable ; ***c'est l'accord secret qu'ils ont conclu qui va prévaloir.***

Ex : la SA, laboratoire granier, était présidé par Mr Wicksell et possède la moitié des actions en son nom et l'autre moitié au nom du directeur commercial de la société qui était son prêt nom.

Toutes les actions sont vendues à la société le Real. Le prêt nom réclame la moitié du prix. Les juges ont écarté cette revendication en se fondant à la convention passée entre Wicksell à son Directeur général. *Cour de cassation de la chambre commerciale du 01/02/1994. Bulletin jolie 1994 ; Page 395.*

L'accord entre associé apparent et l'associé véritable devra être prouvé.

j) **La capacité.**

Les associés doivent avoir la capacité de s'engager. Il s'agira de la capacité commerciale ; s'agissant des sociétés dans les quelles les associés ont la qualité de commerçant.

Pour les autres sociétés, c'est la capacité civile qui est requise. Ex : En SNC, les mineurs peuvent devenir associé avec l'accord de leurs représentants légaux s'ils ne sont pas émancipés.

Les étrangers non - ressortissant de l'union européenne ne pourront devenir associés d'une société en nom collectif qu'avec une autorisation préfectorale. L. 122 - 1 du code de commerce.

k) **L'objet :**

L'objet du contrat de société est l'objet social c'est-à-dire le type d'activité choisie par la société.

Cet objet doit être licite, c'est-à-dire elle ne doit pas être contraire à l'ordre public et bonnes mœurs. Article 1833 du code civil.

Ex : serait nulle la société créée pour exploiter une maison close. L'objet doit être déterminé.

L'objet social va définir la sphère d'activité que la société va pouvoir exploiter. Le principe de spécialité de sociétés impose de définir l'objet pour lequel elle a été constituée. La société ne pourra exercer que l'activité prévue dans ses statuts.

Quelques conseils :

- Il est parfois souhaitable de définir largement l'objet social. Ce qui évite de modifier les statuts lorsqu'on élargit des activités. On peut trouver dans l'objet social : dans tout pays, la vente, l'achat, l'importation, exportation, négoce de tous produits.
- Il peut parfois être dangereux de définir très largement l'objet social particulièrement dans des sociétés à risques limités. Ex : SNC, les pouvoirs de dirigeants sont en effet limités par l'objet social en le définissant précisément ou encadre les pouvoirs de dirigeants et on limite les risques pour les associés tenus par les dettes de la société.

l) La cause :

La cause du contrat de société correspond aux motifs pour lesquels les associés ont créé une société. Ces motifs ne doivent pas être illicites ou immoraux. Une société a une cause illicite s'elle n'est créée que pour soustraire un bien ou poursuite d'un créancier.

Cour de cassation ; chambre commerciale du 28/01/1992 ; JCP 1993, 2^{ème} partie n° 21994.

C. Les conditions spécifiques.

La définition de la société donnée par l'article 1832 du code civil indique :

- tout d'abord que la création de la société suppose une mise en commun d'apport.
- Les associés ont vocation à partager les bénéfices ou à profiter de l'économie qui pourra résulter de l'activité commerciale.
- Il s'engage corrélativement à contribuer aux pertes.
- La jurisprudence a posé une 3^{ème} condition, l'existence de l'affectio societatis
- L'article 1835 impose la rédaction d'un écrit.

i) 1^{ère} condition : La mise en commun d'apport.

Il n'y a pas de société sans apport d'associés. Ces derniers doivent affecter un bien ou un droit à la société en contre partie de la remise des titres sociaux. En l'absence d'apports, la société est nulle, selon l'article 1834 du code civil. Le total des apports donne la mesure du capital social.

A cet égard, la loi peut imposer un capital minimum dans les sociétés à risques limités tels que les SA ou SAS : 37.000 euros.

On distingue 3 types d'apports.

- Apport en numéraire.
- Apport en nature
- Apport en industrie.

a) Apport en numéraire.

Il s'agit d'un apport d'une somme d'argent, il faut distinguer la souscription et la libération de l'apport en numéraire.

- Par la souscription, l'associé s'engage à affecter un apport d'un montant déterminé.
- Par la libération, l'associé exécute un engagement et verse la somme promise.

Il suffit que l'associé s'engage à effectuer un apport pour que la société soit formée même si la libération de l'apport intervient ultérieurement. La modalité de libération varie selon le type de société.

- Dans une SARL ; un associé s'engage à apporter 50.000 euros, il devra verser 1/5 lors de la constitution de la société soit 10.000 euros, mais le solde devra être versé dans les 5 ans suivant l'immatriculation.
- Dans les SNC ; aucun délai de libération des apports en numéraire n'est imposé. Les apports peuvent être libérés au fur à mesure de réalisation des bénéfices.
- Si un associé ne respecte pas un délai de libération de son apport. Il devient débiteur de plein droit d'intérêt moratoire et il peut être condamné à des dommages et intérêts si la société subit un préjudice.
- De plus, si les dirigeants négligent de demander la libération des apports, tout intéressé peut solliciter une jonction sous astreinte pour contraindre aux dirigeants à procéder à l'appel de fonds.

b) Apport en nature.

Il consiste dans l'apport d'un bien qui peut être corporel comme un immeuble et matériel ou incorporel comme fonds de commerce. Un bien est ainsi mis à la disposition de la société soit en lui transférant la propriété d'un bien soit en lui conférant la jouissance de ces biens.

- **L'apport en propriété :**

La société va devenir le propriétaire d'un bien apporté. Il faut que la société ait une personnalité juridique ; ce qui suppose qu'elle soit immatriculée. Ainsi, ce n'est qu'au jour de l'immatriculation que le transfert de la propriété sera opposable aux tiers.

Selon la nature du bien apporté, les formalités supplémentaires devront être accomplies pour opposer le transfert de propriété aux tiers. S'il s'agit d'un immeuble, l'apport devra faire l'objet d'une publication foncière.

Comme pour la vente, la société va bénéficier d'une garantie d'éviction ou d'une garantie de vice caché. Selon l'article 1843 - 3 du code civil, l'apporteur est dans la même position qu'un vendeur vis-à-vis de la société.

L'apporteur va recevoir des droits sociaux à la hauteur de la valeur de bien apporté et par conséquent il faut évaluer ce bien. Aucun critère n'est imposé par le droit de société pour procéder à cette évaluation. Ce sont donc aux parties au contrat de société qu'il revient d'arrêter la valeur de bien apportée en ayant éventuellement recours à l'expert.

Il est tentant de surévaluer les biens apportés afin de gonfler le capital et ainsi gonfler le crédit des associés. Pour éviter ces manœuvres, la loi prévoit dans les SA et SARL des règles protégeant les tiers.

- D'une part, à la demande des fondateurs de la société, un commissaire aux apports peut être désigné par le président du tribunal de commerce. Ce commissaire fera un rapport sur l'évaluation des biens apportés et se rapport sera soumis à la disposition des actionnaires avant la signature des statuts ;
- D'autre part, les fondateurs de la société peuvent faire objet d'une sanction pénale en cas de majoration frauduleuse des apports en nature. La peine encourue est de 9.000 euros et 5 ans d'emprisonnement. L-142-2 4^{ème} partie du code de commerce.

L'apport peut porter non sur la pleine propriété d'un bien mais aussi sur le démembrement d'un bien ; il est possible d'apporter l'usufruit, la nue propriété d'un bien à la société.

- **L'apport en jouissance :**

L'apport en jouissance se rapproche du bail. Il consiste en la mise à la disposition temporelle de la jouissance du bien par l'apporteur au profit de la société. L'apporteur reste propriétaire et reçoit en contre partie des droits sociaux. Selon l'article 1843- 3 du code civil. L'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur, il doit donc garantir une jouissance paisible de la chose. Cette forme d'apport est une pratique assez marginale. Il présente un intérêt. Si la société dépose le bilan, le bien apporté en jouissance échappe à l'action de créance de la société puisque il ne fait pas partie du patrimoine social

C. L'apport en industrie :

- Un associé peut apporter dans certaines sociétés, non pas un bien ou une somme d'argent mais son industrie, c'est-à-dire son expérience et son savoir faire et son travail.

L'apport consiste donc en l'exercice d'une activité qui est rémunérée par l'attribution des droits sociaux.

- Ce type d'apport est interdit dans les sociétés par action.
- L'apport en industrie n'est pas pris en compte pour la détermination du capital social.
- La part du bénéfice réservé à l'apporteur en industrie est égale à celui de l'associé moins apporté. Cependant, les associés peuvent prévaloir une solution différente.
- La part de l'apporteur en industrie est insaisissable, intransmissible et incessible. S'il désire quitter la société, il doit demander l'annulation de la société ou le remboursement de ses parts.

Ce type d'apport se rencontre principalement dans les sociétés professionnelles, sociétés d'exercice libérales. Les nouveaux associés qui ne sont pas à mesure d'apporter un capital y aient ainsi recours

2^{ème} condition : La vocation aux bénéfices, aux économies et la contribution aux pertes.

Chaque associé a vocation à partager les bénéfices de la société et profiter des économies que permet la création de la société. Corrélativement, il doit contribuer aux pertes. La contribution aux pertes doit être distingué à l'obligation aux dettes sociales.

L'obligation aux dettes concerne les rapports entre les associés et aux tiers.

On se pose la question si un créancier peut demander aux associés de régler les dettes de la société ?

- Dans les sociétés à risque limité tel que SNC, les associés sont tenus solidairement de dettes de la société.
- Dans les sociétés à risque limité SA, les associés ne peuvent faire l'objet de poursuite pour régler les dettes de la société.

La question de la contribution aux dettes concerne les rapports entre les associés. A cet égard, chaque associé doit contribuer aux pertes, le plus souvent au moment de la dissolution de la société.

Au cours de la vie sociale, les pertes vont figurer dans le bilan de la société sans conséquence particulière pour les associés. Mais de la dissolution de la société, le liquidateur va désintéresser les créanciers de la société. Les associés peuvent alors ne pas récupérer leurs apports et ainsi contribuer aux pertes sociales.

La vocation aux bénéfices et aux économies doit exister au profit de tous les associés mais il n'est pas nécessairement égal pour tous. La répartition des bénéfices comme des pertes se fera en principe proportionnellement aux apports. C'est la solution de l'article 1844-1 du code civil.

Il ne s'agit pas toutes fois d'une règle d'ordre public. Les statuts de la société peuvent organiser une autre mode de répartition.

Certains associés peuvent recevoir une part de bénéfices plus important que leur part au capital ou inversement participe aux pertes d'une façon plus importante par rapport à leurs apports. Toute fois la liberté des associés n'est pas totale quant à la répartition des bénéfices et pertes. L'article 1844-1 du code civil donne des plus amples explications « **les stipulations attribuant à un associé la totalité des profits procurés par la société ou l'exonérant la totalité des pertes, celle excluant l'associé totalement au bénéfice ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites** » Sont ainsi prohibées les clauses léonines ou le fait de se tailler la part du lion.

En pratique, on rencontre guère les clauses prévoyant expressément l'attribution de la totalité des profits ou pertes à un associé ou l'exclusion de l'associé de toute participation aux profits et de toute contribution aux pertes.

En revanche, les clauses peuvent être quelque fois léonines lorsque elles conduisent indirectement à ce résultat en permettant à un associé de se prémunir contre les aléas de la société.

La clause qui donne seul droit à un associé de récupérer son apport à la dissolution avec un intérêt est une clause léonine. Elle l'écarte en effet de toute participation aux bénéfices.

L'engagement pris par le gérant d'une société de verser à ses coassociés d'un dividende minimum conduit à supprimer tout aléa à ses coassociés. Il s'agit des clauses léonines. Elle supprime la vocation des associés à participer aux pertes. La clause est alors réputée non écrite. Elle ne produira aucun effet. Elle est réputée de n'avoir jamais existé et disparaît rétroactivement peu importe que cette clause figure dans les statuts ou dans un acte séparé.

La question s'est posée de savoir si la promesse d'achat ou de ventes des titres sociaux faite à un associé moyennant un prix minimum échappe à la prohibition des clauses léonines.

En effet, le fait de garantir à un associé un prix qui pourra être supérieur à la valeur de titres lui permet de se mettre à l'abri de tout aléa. La jurisprudence pourtant admet qu'il y a clause léonine.

La promesse d'achat ou de vente avec stipulation de prix minimum présente un intérêt notamment à la présentation de transmission de l'entreprise. Un associé peut décider de céder progressivement ses parts sociales en vendant une part des ses parts et en bénéficiant une promesse d'achat pour les suivantes. Devant cette situation, la jurisprudence s'est assouplie. La chambre commerciale de la cour de cassation valide aujourd'hui de telle promesse en la considérant « *étrangère aux pactes sociaux et sans incidence à l'attribution des bénéfices aux associés et à leur contribution aux pertes* » **Chambre commerciale de la cour de cassation du 19/10/1999. JCP édition entreprise 1999 ; page 2067.**

3^{ème} condition : **L'affectio societatis**

L'affectio societatis correspond à l'intention de s'associer, de collaborer ensemble mais à un pied d'égalité au succès de l'entreprise commune. Selon la jurisprudence, il n'y a pas de société sans affectio societatis même si cette condition ne figure pas expressément à l'article 1832 du code civil.

La chambre commerciale de la cour de cassation censure ainsi régulièrement les décisions du juge de fonds faute d'avoir recherché si les associés avaient collaboré de façon effective à l'activité de l'entreprise dans son intention commune et sur un pied d'égalité.

L'intensité de cette affectio societatis est très variable d'une société à l'autre. Tous les associés ne s'impliquent pas dans les affaires de la société avec même intention. L'associé gérant de la SARL ne présente pas la même affectio societatis que l'actionnaire de société anonyme qui ne fait que réaliser un investissement.

Les auteurs ont douté que cette condition soit acquise pour admettre l'existence d'une société.

La notion de l'affectio societatis est aujourd'hui difficile à cerner. En quoi elle peut consister dans une société unipersonnelle ?? Cette condition a été critiquée à condition de ces impressions. Elle joue toute fois un rôle en pratique. La notion d'affectio societatis est ainsi utilisée pour mettre à jour une société créée de fait sans aucune convention n'ait passée entre associés.

Ex : Deux concubins exploitent ensemble un fonds acheté par l'un d'entre eux. Ils travaillent ensemble et vivent des revenus du fonds en assumant par ailleurs des pertes.

A la rupture de concubinage, la concubine va tenter de démontrer qu'elle était associée d'une société créée de fait. Elle a fait un apport en industrie en travaillant avec son concubin et a participé aux bénéfices et pertes. Elle a collaboré au pied d'égalité avec son concubin au succès de l'entreprise. Elle revendique de $\frac{1}{2}$ du bonus de la liquidation de la société lors de la rupture de concubinage.

Elle pourra obtenir $\frac{1}{2}$ des profits générés par l'activité commerciale qu'elle exerçait même si le fonds n'était pas à son nom.

4^{ème} condition : **Exigences** :

Il faut un écrit. Donc ; les statuts doivent être rédigés. Selon l'article 1835 du code civil, les statuts doivent être établis par un écrit. Les statuts vont constater la volonté commune des associés de créer la société ; Un écrit va être dressé c'est-à-dire un **acte authentique ou un acte sous seing privé**.

Cet écrit doit être porter plusieurs mentions figurant à l'article 1835. Parmi ces mentions, il y a :

- La forme sociale choisie
- L'objet social
- L'appellation de la société
- Le siège social
- Le capital social
- La durée de la société
- Les modalités de son patrimoine

Cet acte portera la signature de tous les associés et fera ensuite l'objet de publicité par une insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales du département de siège social. L'acte de la société devra être enregistré dans le mois suivant. Cette publicité, il s'agit d'une formalité fiscale donnant lieu de perception de droit d'apport.

§2 : La sanction de conditions de formation de l'acte de société.

La sanction des conditions de la formation du contrat consiste en principe en la **nullité** si l'un des conditions fait défaut, la société devrait en principe être nulle et anéantie rétroactivement.

Cette solution emporte des graves conséquences tant pour les associés que pour les tiers ;

Elle conduit à faire disparaître un groupement qui peut être viable sur le plan économique. C'est pourquoi le législateur a limité les causes de nullité.

A Les causes de nullités.

Il n'y a pas en principe de nullité sans textes qui prévoit cette solution. L'article 1844 du code civil prévoit en effet que la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832 et 1833 du code civil ou de l'une des causes de nullité de contrat en général.

Cette règle est reprise pour les sociétés commerciales à l'article L 235-1 du code de commerce.

a) La nullité peut être fondée sur le régime général du contrat.

La nullité ainsi sanctionne le vice de consentement, l'incapacité de l'associé ou le caractère illicite ou immoral de l'objet ou de la cause.

Par exception de SA et SARL, l'incapacité ne sera sanctionné par la nullité que si les associés fondateurs sont tous incapables. De plus, la nullité ne peut résulter d'un vice de consentement.

b) La nullité peut être fondée sur la violation de certaines règles propres de la société.

La nullité sera encourue dans les cas visés par articles 1837 ou 1833 du code civil.

- Défaut de pluralité d'associés lors de la constitution de la société s'il ne s'agit pas EURL
- L'absence des apports
- Le défaut d'affectio societatis
- De plus, la nullité sera encourue en cas de non respect de formalités de publicité sur fondement de l'article L 235-2 du code de commerce uniquement dans la SNC et SCS.

La jurisprudence admet en dehors de ces hypothèses de recourir à la théorie de la fraude pour annuler une société. En dépit de la lettre de l'article 1832 du code civil qui ne vise pas cette hypothèse, la Cour de cassation admet que la fraude est une cause générale de la nullité de la société.

Le juge peut prononcer la nullité d'une société constituée pour éviter des règles impératives et des règles de droit commun.

Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 17/03/1992 n° 90-16606.

En espèce, une société civile immobilière a été constituée entre Père, son épouse et l'un de leur fils dans le but d'écarter le 2^{ème} fils de la succession. Le 2^{ème} fils a pu demander la nullité de la société constituée pour frauder ses droits successoraux.

En dehors de ces hypothèses, la nullité de la société ne sera pas encourue. **En cas de clause léonine, la société ne sera pas annulée, la clause sera réputée non écrite.** De même, si aucun écrit n'a été dressé lors de la constitution de la société ou si les statuts ne contiennent pas les mentions exigées, la société n'est pas annulée. Mais tout intéressé ou le ministère public exigera que soit ordonné sous astreinte la régularisation de la constitution de la société.

Encore, **les responsabilités des fondateurs et des premiers dirigeants pourront être engagées.**

Ils seront obligés de réparer les dommages et intérêts causés par les irrégularités de forme ou de publicité de la société. L'action se prescrit dans les 10 ans à compter de l'immatriculation.

B. L'action en nullité.

a) Les titulaires de l'action.

Si une action est fondée sur **une cause de nullité relative** comme vice de consentement ou incapacité, seules les personnes protégées pourront demander la nullité.

Dans les autres cas, il s'agit **d'une nullité absolue** de sorte que tout intéressé peut demander la nullité. Peuvent s'agir des associés, des créanciers, des dirigeants, des commissaires aux comptes et autres.

c) La prescription de l'action :

La prescription est de 3 ans à compter du jour où la nullité est encourue. C'est une solution énoncée par l'article 1834-14 du code civil.

- **En cas de vice de consentement :** C'est au jour où le vice est révélé que le délai commence à courir.
- **En cas d'absence d'affectio societatis :** La nullité est encourue dans un délai de 3 ans à compter du moment où les associés ne présentent plus l'affectio societatis. **Arrêt de la cour de cassation, chambre commerciale du 20/11/2001. JCP édition entreprise 2001, page 225.** En espèce, une société avait été constituée par une personne avec des membres de sa famille qui n'étaient que des prête-noms. Par la suite, l'un d'eux demande la nullité de la société en essayant de démontrer que la société est fictive. Le juge du fond avait considéré que l'action n'était pas prescrite car elle peut être engagée tant que la cause existe. La cour de cassation a censuré cette décision en évoquant que l'action est prescrite dans la 3 ans à compter du jour on constate le défaut d'affectio societatis.

- **En cas de constitution d'une société ayant un objet ou une cause illicite :**

On considère qu'une action peut être engagée tant que demeure cette illicéité.

Conformément au droit commun, celui à qui on demande d'exécuter un acte irrégulier, peut toujours opposer l'exception de nullité qui est perpétuelle.

A contacte avec **B**. **A** réclame l'exécution à **B**. **B** peut refuser et soulever comme moyen de défense la nullité de la société pour échapper à ses engagements sans que la durée de 3 ans s'applique.

d) la régularisation :

Il s'agit de la suppression de la cause de la nullité. Cette régularisation met obstacle à l'action en nullité sauf si l'action est fondée sur l'illicéité de l'objet social.

L'objectif est d'éviter au tant que possible l'annulation de la société. Le juge ne pourra donc prononcer la nullité si la cause de la nullité est cessée le jour où le juge statue sur le fonds en première instance. Article 1834 du code civil.

De plus, le juge peut accorder un délai pour permettre la régularisation. Lorsque la nullité est fondée sur le vice de consentement ou sur l'incapacité d'un associé, tout intéressé peut mettre en demeure le titulaire de l'action soit de régulariser ou d'agir en nullité dans les 6 mois à peine forclusion.

Pour éviter la nullité, les autres associés peuvent proposer au juge le rachat de droits sociaux d'un associé défaillant.

C. Effets de la nullité.

Lorsque la nullité doit être prononcé, le législateur en a limité les effets.

- Les effets sont limités dans le temps.

Par exception au droit commun de la nullité, la société ne sera pas annulée rétroactivement selon l'article 1844-15.

Par conséquent, les actes conclus pour le passé ne seront pas remis en cause, l'annulation de la société ne vaudra que pour l'avenir. Les statuts de la société annulée vont régir alors les modalités de sa liquidation.

- Les effets sont limités quant aux personnes, elles peuvent être opposés.

Les tiers qui se sont fiés à l'apparence de la régularité de la société peuvent demander l'exécution des engagements pris par les dirigeants en dépit de la nullité selon l'article 1834-16. **Ni les associés ni la société ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi.**

Par exception, les tiers de bonne foi peuvent se voir opposer la nullité de l'engagement d'un associé, si, celle-ci est fondée sur l'incapacité ou sur le vice de consentement.

Les associés dont le comportement est à l'origine de l'annulation peuvent engager leurs responsabilités. Ils devront indemniser leurs coassociés ou tiers à la suite des dommages causés à la suite de l'annulation de la société. Cette action en responsabilité doit être intentée dans un délai de 3 ans à compter de l'annulation. Art ; 1844-17.

Section 2 : La personnalité morale.

Toute société ne constitue pas nécessairement de personne morale, seule l'immatriculation de la société au Registre de Commerce et de société va lui conférer une personnalité juridique selon l'article 1842 du code civil.

Cette règle vise à protéger les tiers. La société n'existe à leurs égards que s'ils peuvent la connaître. Les formalités d'une immatriculation sont nécessaires.

S1. Les formalités d'immatriculation de la société.

Pour procéder à l'immatriculation de la société, une demande d'immatriculation doit être adressée au greffe du tribunal de commerce par l'intermédiaire du centre de formalités des entreprises.

Pour les sociétés commerciales, il s'agira de centre rattaché à la Chambre de Commerce et d'Industrie. Ce centre constitue un guichet unique pour accomplir toutes les formalités que exige la création de l'entreprise. Il transmet toutes les informations requises lors de l'immatriculation de la société aux organismes fiscaux et sociaux. Aucune condition de délai n'est imposée pour procéder à l'immatriculation.

En revanche, les conditions de forme sont prévues par le législateur.

- D'une part, la demande de l'immatriculation doit contenir les informations précises énoncées par l'article 15 du décret du 30/05/1984 relatif au RCS. Elle doit indiquer la forme sociale, la durée de la société, les activités principales de la société, nom et prénom des associés et dirigeants.
- D'autres part, la demande d'immatriculation doit être joint certains documents déposés en double exemplaire. Il s'agit de statuts de la société, des actes de dénomination des dirigeants de la société, rapports de commissaires aux apports, certificats du dépositaire de fonds lorsque les associés ont fait des apports en numéraire.

Le greffier doit procéder à l'immatriculation de la société dans un délai d'un jour ouvrable à compter de la réception de la demande. Si le dossier est complexe, le délai peut être porté à 5 jours lorsque la complexité du dossier exige un examen particulier. Avant de procéder à l'immatriculation, le greffier doit exercer un double un double contrôle.

- Il faut vérifier que la demande ait la forme régulière et qu'elle soit accompagnée des documents requis ;
- On doit vérifier que la constitution de la société est conforme aux règles législatives et réglementaires régissant la société choisie (nombre d'associé selon la forme choisie).

Si toutes ces conditions sont satisfaites, l'immatriculation au RCS peut être opérée. Le greffier va procéder à l'inscription de la société au répertoire national des entreprises tenues par l'INSEE. Un numéro d'identification de la société va lui être attribué. Ce numéro on l'appelle « **Sirène** ».

A la suite de l'immatriculation, le greffier va faire paraître un avis au bulletin d'annonces légales (BODAC) dans les 8 jours suivant l'immatriculation.

La société acquiert ainsi à la date d'immatriculation la personnalité morale ;

Que va devenir les actes anticipés par la société ou dirigeants avant cette immatriculation.

S2. Le sort des actes antérieurs à l'immatriculation de la société.

Dès que les statuts ont été signés, la société est constituée mais il ne s'agit que un contrat qui emporte des effets entre les seuls signataires des actes, la société ne disposait pas encore la personnalité juridique.

Or, sans entendre les formalités d'immatriculation, les associés et dirigeants peuvent engager les dépenses pour créer l'entreprise. La question est régie par l'article 1843 du code civil, selon lequel les personnes qui ont agi au nom de la société en formation avant l'immatriculation sont tenus solidairement des actes nés des obligations accomplies si la société est commerciale.

L'objectif est de protéger les tiers en leur assurant l'existence d'un débiteur même si la société n'est pas par la suite immatriculée.

La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits qui sont réputés avoir été contractés dès l'origine de celle-ci. Cette reprise peut prendre trois formes :

- la reprise des actes passés avant la signature des statuts :

La reprise s'opère automatiquement par l'immatriculation si ces actes sont recensés dans un état annexé aux statuts. La signature des statuts vaut ratification des actes antérieurs par tous les associés.

- S'agissant de la reprise des actes passés entre la signature de statuts et l'immatriculation.

La reprise est automatique lorsqu'ils ont été accomplis en vertu du mandat accordé à l'un d'eux. L'immatriculation emporte la reprise des engagements conclus au nom de la société en vertu de ce mandat. Ce mandat peut être expresse et doit préciser la nature des actes à accomplir.

Pour qu'il y ait reprise des engagements au nom de la société, il suffit que ce mandat ait été délivré avant l'immatriculation même s'il est postérieur à l'engagement.

- La reprise des tous les actes quelque soit la date d'engagement.

La reprise peut intervenir postérieurement à l'immatriculation à la suite d'une décision spéciale prise à la majorité des associés sauf clause contraire aux statuts. Cette décision doit être expresse.

Ex : Un prêt bancaire avait été consenti au profit d'une société en formation à la demande d'un associé qui ensuite a été désigné comme gérant ; La société a réglé les 1ères échéances d'un prêt mais après elle se retrouve dans l'impossibilité de régler les suivantes. La banque se retourne contre la caution qui a garanti la société.

La question est de savoir si le prêt constitue un engagement ?

Pour ce faire, il aurait fallu qu'il soit opéré une reprise. Or, il n'y avait pas mandat accordé et cet acte n'était pas annexé au statut. Le juge du fonds a considéré que la reprise partielle du contrat de prêt valait décision implicite de reprise de cet engagement.

Cette solution a été censurée par la cour de cassation. Seule une décision spéciale et expresse pouvait emporter la reprise de cet engagement par la société.

Quelles sont les conditions pour la reprise ?

- La reprise n'est opérée que si la société est par la suite immatriculée.
- L'acte qui fait l'objet de la reprise doit être acte juridique conclu dans l'intérêt de la société et en son nom. Il ne faut pas un simple fait juridique.
- Il ne doit pas s'agir des actes délictuels.
- Les actes de concurrence déloyale perpétrée par les fondateurs ne seront pas supportés par la société.
- Il n'y a pas de reprise possible si l'engagement a été pris dans le seul intérêt d'un associé. L'acte doit faire apparaître sans ambiguïté qu'il a été passé par un associé au nom de la société. Un contractant doit être averti qu'une substitution de parties aura peut-être lieu en cas de reprise.

Si, ces conditions sont satisfaites, la reprise opère rétroactivement. La société se substituera à l'associé agi en son nom sans que l'accord du contrat soit nécessaire. L'associé est corrélativement déchargé de toute obligation à moins qu'il se soit porté caution des engagements de la société.

§3. Effets de l'acquisition de la personnalité morale.

La société dès lorsqu'elle est dotée de la personnalité morale constitue un sujet de droit **individualisé, titulaire d'un patrimoine propre** et qui va pouvoir **agir de manière autonome**.

A. Individualisation de la société.

Comme tous les sujets de droits, la société a un nom, une dénomination sociale, un domicile ou siège social et une nationalité.

Dénomination sociale :

La dénomination sociale peut comporter le nom d'un ou plusieurs associés. Le choix de la dénomination sociale est libre sous la seule réserve que ce choix ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

On saurait par exemple utiliser le nom d'un concurrent ou d'une marque. Il s'agisse alors d'un acte de concurrence déloyale sanctionné soit au titre de la confusion (c'est-à-dire usurpation) soit au titre de parasitisme.

Pour éviter toute difficulté, les fondateurs peuvent consulter l'INPI qui recense la totalité des appellations des sociétés.

Dans tous les actes et documents émanant de la société, la dénomination sociale doit s'accompagner de la forme sociale (SA ou SARL) afin d'avertir les tiers.

Domicile, siège social.

Il s'agit comme pour les personnes physiques du lieu du principal établissement de la société.

Pour localiser le siège social, deux éléments sont pris en compte.

- Élément matériel
- Élément intentionnel.

• **Élément matériel.**

Le siège social doit correspondre au lieu où situe la direction effective de la société.

- **Elément intentionnel.**

La détermination du siège social repose également sur le choix exprimé dans les statuts de la société. Si ces deux éléments ne coïncident pas, les tiers ont une option entre le siège statutaire et le siège social selon l'article 1847.

Ils peuvent se prévaloir du siège statutaire mais celui-ci ne sera pas opposable si le siège est situé dans un autre endroit.

L'intérêt de la détermination du siège social est :

- de définir le tribunal territorialement compétent
- de définir le lieu où les actes de procédure devraient être signifiés.
- de définir la nationalité.

La nationalité.

Quant à la nationalité, elle consiste au rattachement de la société à un état donné.

Les sociétés qu'on qualifie multinationales constitue une notion purement économique et non juridique. La nationalité de la société va permettre de déterminer quelle sera la loi nationale applicable à la constitution et fonctionnement de la société.

En principe, la nationalité de la société est déterminée en fonction de son siège social.

Par exception, le critère de siège social peut être parfois écarté par le législateur au profit des critères de contrôle de la société.

Dans certains domaines, la nationalité de groupement est définie en référence à celle de ses associés.

La loi du 01/08/1986, qui est relative au régime de la presse déclare comme étrangère toute société dont la majorité du capital ou droit de vote est détenu par les étrangers.

B. Le patrimoine de la société.

La société comme toute personne physique dispose d'un patrimoine constitue par un actif et un passif. A l'actif, il y a un patrimoine social, des biens initialement apportés, les bénéfices réalisés ultérieurement et tous les biens acquis par la société. L'actif social doit être distingué du patrimoine personnel des associés.

Les associés ne sont titulaires que de droits personnels au bénéfice de restitutions des apports.

Ils n'ont aucun droit réel sur les biens de la société. Il en est de même pour les dirigeants.

La confusion entre le patrimoine de la société et le patrimoine personnel du dirigeant est sanctionné pénalement par l'abus des biens sociaux. La sanction prévue est de 5 ans de prison ou/et de 375.000 euros d'amende pour les dirigeants qui font l'usage de bien de la société. C'est la disposition de l'art. L. 241-3.

Au passif du patrimoine social y figurent toutes les dettes contractées par la société. Ces dettes de la société n'engagent en principe que l'actif de la société et non le patrimoine des associés ou des dirigeants.

Par exception, les associés peuvent répondre solidairement des dettes sociales dans certaines sociétés comme en SNC. De plus, les dirigeants peuvent être engagés par les dettes de la société s'ils se sont portés caution.

Les dirigeants peuvent aussi répondre de dettes de sociétés en cas de faute de gestion dans le cadre de redressement ou liquidation judiciaire.

C. La responsabilité de la société.

La société dès lorsqu'elle dispose d'une personnalité juridique peut agir de manière autonome. Elle est dotée d'une pleine et entière capacité. Les sociétés sont libres d'agir et par conséquent elles doivent répondre à ces faits. La responsabilité est le rançon de la liberté. Il y a deux responsabilités :

- Responsabilité civile.
- Responsabilité pénale.

a) Responsabilité civile :

La responsabilité civile qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, il s'agit d'une responsabilité du fait personnel et non du fait d'autrui.

Des faits dommageables du dirigeant agissant dans ses fonctions sont assimilés aux faits de la société elle-même. Arrêt de la 2^{ème} chambre commerciale de la cour de cassation du 27/04/1977 au bulletin n° 108.

En espèce, un ouvrier avait trouvé la mort suite au dysfonctionnement de monte charge. Ces ayant causes ont agi contre la société sur le fondement de l'article 1832. La cour de cassation a censuré le juge de fonds qui avait rejeté l'action en responsabilité contre la société.

Selon la jurisprudence de la cour de cassation « **La personne morale répond des fautes dont elle s'est rendue coupable par ses organes. Elle ne doit réparer la personne sans que celle-ci mette en cause l'un de ses organes** »

b) Responsabilité pénale :

Le nouveau code pénal édité en 1994 a, en effet, introduit une responsabilité pénale dans son article 121-2. La responsabilité pénale d'une personne morale peut être engagée si un texte le prévoit expressément et si l'infraction est commise par un dirigeant pour le compte de la société. Toute fois à compter du 31/12/2005. Toutes les infractions quelque soit la nature pourront engager la responsabilité pénale des personnes morales.

- L'action publique s'exercera en l'encontre de la personne morale prise à la personne de son représentant légal.
- Les sanctions pénales encourues ont été adaptées aux personnes morales.
- Ces sanctions consistent à la dissolution de la société (peine morale)
- Elles consistent encore à une amende équivalant à 5 fois le montant prévu pour les personnes physiques ou ça peut consister à une interdiction d'exercer certaines activités ou à la diffusion de la décision de condamnation par voie de presse.

Chapitre 2 : La vie de la société.

La société ne vit que au travers de ses acteurs à savoir les dirigeants et les associés.

Section 1 : Les acteurs de la société.

Même pourvue d'une personnalité juridique, la société ne peut agir que par le biais de ses représentants ; les dirigeants. La direction de la société est toute fois contrôlée par les associés qui sont titulaires des prérogatives spécifiques.

§1 : Les dirigeants.

Les dirigeants sont les personnes physiques et morales investies de pouvoir de représentation de la société à l'égard des tiers, d'un pouvoir de direction au sein de l'entreprise et d'un pouvoir de contrôle des actes accomplis par d'autres organes de la société.

Comment sont désignés les dirigeants de la personne morale ?

A. Désignation des dirigeants.

De même que dans une démocratie le peuple désigne ses représentants, dans une société commerciale, ce sont les associés qui désignent les dirigeants. Les modalités de désignation varient selon la forme choisie par les associés ou selon la taille de la société.

Il existe toute fois des règles communes dans toutes les sociétés encadrant les fonctions de direction de la société.

1^{ère} règle :

Un dirigeant ne doit pas être frappé d'une incapacité. Un mineur non émancipé ou un majeur incapable ne peut être désigné comme un dirigeant. Il faut rappeler que la qualité du dirigeant de la société commerciale n'emporte pas la qualité du commerçant.

Ex : Un mineur émancipé peut diriger une société car il s'agit d'une capacité civile et non commerciale, donc dans la société où un associé a la qualité du commerçant, le mineur ne peut être dirigeant.

Un dirigeant ne peut être sur le coup d'interdiction de gérer une entreprise commerciale.

Cette interdiction peut résulter d'une condamnation commerciale sur le fonctionnement de la loi de la 30/08/1947 relative à l'assainissement de la profession commerciale. L'interdiction de gérer peut être prononcé à l'occasion de redressement ou de liquidation judiciaire.

Le tribunal sanctionne les fautes de gestion d'un dirigeant.

Le dirigeant ne doit pas se trouver dans une structure, source d'incompatibilité. La qualité de dirigeant est incompatible de la profession d'avocat, notaire ou administrateur judiciaire.

La qualité de dirigeant est incompatible avec les fonctions de parlementaires. Si toutes ces conditions sont satisfaites, les associés vont pouvoir désigner le dirigeant pressenti soit dans les statuts de la société soit par une décision de l'Assemblée générale extraordinaire des associés.

Dans les SA, ce ne sont pas les associés qui désignent directement des dirigeants représentant la société mais il s'agit du conseil d'administration ou de conseil de surveillance.

Les membres de ces conseils sont toute fois désignés par l'assemblée des associés. La nomination des dirigeants donne lieu à une publication. En effet, cette nomination doit être publiée dans un journal d'annonces légales. Elle est également mentionnée au registre de commerce et des sociétés ; un avis doit être inséré au BODAC. Ces formalités de publication ont pour effet de rendre la désignation des dirigeants opposables aux tiers.

De plus, une fois la nomination publiée, il n'est plus possible de remettre en cause cette validation de cette nomination. Article L 210-9 du code de commerce.

Le dirigeant exerce alors ses fonctions pour la durée du mandat de direction qui lui a été donnée par les organes compétents. En cours de mandat, la cessation de ses fonctions pourra résulter d'une démission ou d'une révocation.

La démission :

La démission constitue une décision unilatérale du dirigeant ne supposant aucune acceptation de la société. Cette démission ne peut engager la responsabilité du dirigeant sauf si elle est brutale auquel cas elle est fautive.

La jurisprudence sanctionne la pratique qui consiste à demander au moment de l'entrée en fonction du dirigeant une lettre de démission en blanc c'est-à-dire non datée. Cette démission n'est pas libre et par conséquent elle est requalifiée en révocation du dirigeant.

La révocation :

La révocation peut parfois être prononcée par le tribunal de commerce à la demande d'un associé minoritaire en invoquant **un juste motif** par exemple les fautes du dirigeant.

Le plus souvent, c'est l'organe qui a nommé le dirigeant qui prononce la révocation. Les conditions de révocation varient d'une société à une autre. Cependant deux types de révocation sont envisageables :

- La révocation ad nutum : C'est-à-dire sur **un signe de tête**, cela signifie que la révocation peut intervenir à tout moment sans raison particulière, sans aucune indemnisation du dirigeant, on la retrouve principalement dans les entreprises.
- La révocation pour juste motif : C'est-à-dire la révocation doit être justifiée par une faute du dirigeant ou un empêchement du dirigeant telle l'incapacité ou l'interdiction de gérer ou une attitude de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société. A défaut de telles circonstances, le principe de la révocation n'est pas remis en cause mais la révocation entraînera une indemnisation du dirigeant.

La cessation des fonctions donnent lieu à des mesures de publicité qui sont les mêmes que celles pour la nomination du dirigeant. La publicité de cette cessation de fonctions n'a toutes fois aucune conséquence sur sa régularité

B. Les pouvoirs des dirigeants.

Les dirigeants ont avant tout un pouvoir de représentation externe qui leur permet d'agir au nom de la société à l'égard des tiers.

Pour protéger les tiers qui ne sauraient rechercher au cas par cas l'étendue exacte des pouvoirs des dirigeants, la loi a posé un principe « **les dirigeants disposent des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société** » Article L 223-18 du code de commerce.

Ce principe suppose que soient remplies certaines conditions et suppose certaines limites :

1) Les conditions de la représentation de la société

Deux conditions :

- *Les dirigeants n'engagent la société que s'il s'agit de dirigeant habilité à représenter la société selon les pouvoirs que leur confère la loi.* Il s'agit du gérant de la SARL et de la SNC. Dans les SA, ce sont le directeur général ou président du directoire.
- *Le dirigeant engage la société que s'il agit au nom de cette dernière et non en son nom propre.* Cette condition est nécessaire et suffisante. La personne morale est engagée par les actes passés par son dirigeant en son nom même s'ils sont contraires à son intérêt social.

Pour que la société échappe à l'obligation contractée par un dirigeant au nom de la société mais pour son intérêt personnel. Elle peut démontrer que le tiers contractant connaissait l'abus de pouvoir du dirigeant et le préjudice qui en découle pour la société. L'acte est alors entaché d'une cause de nullité absolue.

2) Les limites de la représentation de la société.

Le principe posé par le législateur vise d'abord à protéger les tiers, aussi les limites de la représentation, de la société selon différentes dans les rapports avec les tiers c'est-à-dire dans l'ordre externe et dans les rapports avec la société, c'est-à-dire dans l'ordre interne.

a) **Les limites de la représentation dans l'ordre externe c'est-à-dire à l'égard des tiers :**

i) **Les limites provenant des statuts de la société**

En effet, le principe de spécialité interdit à la société et donc à ses dirigeants d'agir en dehors de l'objet social. Toutes fois la mise en œuvre de cette règle diffère selon la nature de la société.

Dans les sociétés à risques illimités comme dans les SNC, le législateur a souhaité protéger les associés qui peuvent répondre sur leur propre patrimoine des engagements contractés par les dirigeants au nom de la société. Aussi, le gérant n'engage la société que pour les actes entrants dans l'objet social. Art L 221 - 5 du code de commerce.

A l'inverse dans **les sociétés à risques limités (SARL et SA)**, le souci de protection des tiers l'emporte sur la protection des associés. La société sera engagée par les actes du dirigeant même s'ils sont accomplis en dehors de l'objet social.

Pour échapper à ses engagements, la société peut toute fois démontrer la mauvaise foi du tiers contractant en établissant que celui-ci savait que l'acte excédait l'objet social.

La seule publicité des statuts de la société ne suffit pas à démontrer la mauvaise foi du tiers contractant.

ii) **Les limites provenant de la loi.**

Le législateur a un effet organisé une répartition des pouvoirs au sein de la société selon la forme sociale choisie. Les dirigeants doivent donc respecter les prérogatives reconnues par la loi aux autres organes de la société. Ils ne peuvent ainsi modifier les statuts ou approuver les comptes sociaux, ces décisions appartenant à l'assemblée des associés.

La question se pose alors de savoir quel est le sort de l'acte accompli par un dirigeant avec un tiers lorsque cet acte conduit à la dissolution de la société ?

En effet, la décision de dissolution ne relève des pouvoirs du dirigeant mais de ceux des associés.

Par exemple :

Que se passe-t-il si le dirigeant dans l'exercice de ses pouvoirs vend le fonds de commerce exploité par la société ? Une telle décision peut entraîner la dissolution de la société. La jurisprudence se réfère à la définition de l'objet social pour déterminer si l'acte est valable ou non.

Hypothèse 1 :

Si l'activité statutaire reste possible en dépit de l'acte accompli par le dirigeant, il demeure valable.

Il a été jugé que la vente de l'unique clinique exploité par une société était valable dès lorsque l'objet social visait l'exploitation de cliniques au pluriel. La vente de la clinique n'empêchait pas la poursuite de l'activité de la société.

Hypothèse 2 :

Si l'activité statutaire n'est plus rendue possible à la suite de l'acte de dirigeant, il est irrégulier car le dirigeant a agi en dehors de ses pouvoirs. Il s'agit d'une nullité d'ordre publique qui peut être prononcée que le dirigeant soit de bonne ou de mauvaise foi.

iii) Les limites de la représentation dans l'ordre interne.

Si l'acte accompli par un dirigeant n'est pas toujours remis en cause pour protéger les tiers, les limites aux pouvoirs des dirigeants sont plus sévères dans l'ordre interne, les dirigeants doivent tout d'abord agir dans les limites de l'objet social et doivent être guidés par l'intérêt de la société. Les statuts peuvent limiter d'avantage leurs pouvoirs en leur interdisant certains actes ou en leur imposant une autorisation préalable de sa société.

Ces clauses statutaires sont inopposables aux tiers. Elles ont toutes fois une portée dans les rapports entre les dirigeants et la société. La violation de ces clauses constitue une faute du dirigeant.

Si les dirigeants ne respectent pas ces principes encadrant leurs pouvoirs, ils s'exposent à deux types de sanctions :

- **Sanction politique** : En effet, les associés peuvent décider leur révocation sans aucune indemnisation car juste motif
- **Sanction juridique** : Si le dirigeant a commis une faute ayant causé un préjudice à la société, il engage sa responsabilité civile à l'égard de celle-ci qui peut réclamer les dommages et intérêts.

Conclusion :

Lorsque un acte est accompli par un dirigeant en dehors de ses pouvoirs, il faut se poser deux questions :

- Est-ce que l'acte peut tout de même engager la société à l'égard des tiers ?
- Même si la société est engagée à l'égard des tiers, est ce que le comportement du dirigeant pourra être sanctionné par la société ?

Le dirigeant excède ses pouvoirs dans 3 hypothèses qui entraînent des conséquences différentes :

- **Il excède ses pouvoirs s'il passe un acte étranger à l'objet social.**
 - A l'égard des tiers, la société sera tout de même engagée sauf dans les sociétés à risque illimité et sauf si les tiers sont des mauvaises fois pour les sociétés à risque limité.
 - Dans les rapports internes même si l'acte demeure valable, le dirigeant commet une faute qui permettra d'obtenir sa révocation et éventuellement d'engager sa responsabilité.
- **Il excède ses pouvoirs s'il passe un acte en violation des clauses des statuts qui restreignent ses pouvoirs.**
 - A l'égard des tiers, ces clauses seront toujours sans effets, la société est engagée.
 - Dans les rapports internes même si l'acte est valable, il y a faute du dirigeant qui justifie sa révocation et engage éventuellement sa responsabilité.
- **Il excède ses pouvoirs s'il passe un acte en violation de l'intérêt social.**
 - A l'égard des tiers, l'acte est valable sauf s'il est démontré qu'ils ont de mauvaises fois
 - Dans les rapports internes même si l'acte est valable, il y a faute du dirigeant qui permettra de le révoquer et d'engager sa responsabilité.
 - De plus, il peut s'agir d'un abus de biens sociaux qui est sanctionné pénalement

C. La responsabilité des dirigeants.

La responsabilité des dirigeants est la contrepartie de leurs pouvoirs. Les dirigeants ayant des pouvoirs étendus peuvent voir leur responsabilité engagée au plan civil, pénal et fiscal.

1. La responsabilité civile des dirigeants.

Les dirigeants sont responsables de leurs actes tant envers la société et les associés qu'envers les tiers.

a) **La responsabilité des dirigeants envers la société et les associés.**

La responsabilité du dirigeant n'est engagée que s'il a commis une faute qui a entraîné un préjudice.

La faute peut consister en:

- un manquement aux dispositions légales et réglementaires applicables aux sociétés ;
- une violation des statuts de la société ou en une faute de gestion.

Il y a faute de gestion dès lorsque l'acte de dirigeant n'est pas conforme à l'intérêt de la société.

Cette faute s'apprécie in abstracto c'est-à-dire par rapport au comportement qu'aurait un dirigeant normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

Le préjudice se distingue en 2 types :

- **il peut tout d'abord être celui subi par la société.** La société intente alors une action sociale c'est-à-dire pour le compte de la société.
- **Le préjudice peut être aussi celui subi personnellement par l'associé,** il intente alors une action individuelle.

Dans les deux cas, l'action doit être intentée dans les 3 ans à compter du fait dommageable ou à compter de sa révélation s'il a été dissimulé.

Quant à la réparation du préjudice social, lorsque la société subit un préjudice et en demande indemnisation ; c'est à priori un dirigeant d'agir en justice en tant que représentant de la personne morale. Or, si le préjudice résulte de la faute d'un dirigeant, ce dernier sera peu enclin à intenter une action à moins que la faute ne soit commise par son prédécesseur.

Pour éviter cette difficulté, un associé peut agir au nom et pour le compte de la société même s'il ne possède qu'une seule part sociale. On parle alors **d'une action sociale ut singuli** prévu à l'article 1843-5 du code civil. Cette action a un caractère subsidiaire c'est-à-dire que son exercice suppose une carence des personnes ayant en principe vocation à représenter la société. Si l'action aboutit, les dommages et intérêts seront versés à la société et non à l'associé qui a agi en son nom.

Quant à la réparation du préjudice individuel de l'associé, l'action n'est prévue par aucun texte et la jurisprudence l'admet très rarement. En effet, un associé ne peut invoquer comme préjudice le fait que ses titres aient perdu de la valeur du fait des fautes de gestion du dirigeant. Ce préjudice n'est pas considéré comme distinct du préjudice social de sorte que l'action sociale et non individuelle sera intentée dans cette hypothèse. Il en va autrement si un dirigeant détourne les dividendes revenant à un associé auquel cas il subit un préjudice personnel et donc distinct de celui de la société.

b) **La responsabilité des dirigeants envers les tiers.**

L'étendue de la responsabilité du dirigeant envers les tiers sera différente selon que la société est solvable ou a déposé le bilan.

- Dans le cas où la société est solvable.

La société assume en principe les fautes du dirigeant envers les tiers. La responsabilité du dirigeant ne peut être engagée que de manière exceptionnelle s'il est démontré que le dirigeant a commis une faute détachable de ses fonctions et qui lui est personnellement imputable.

Les critères permettant de définir ce qui est une faute détachable ont été fixés par un arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 20 mai 2003, Dalloz 2003, page 1502.

Il doit s'agir d'une faute qui est incompatible avec l'exercice normal des fonctions de dirigeants.

Cette incompatibilité se définissant à partir de deux éléments à savoir :

- le caractère intentionnel de la faute d'une part ;
- sa particulière gravité d'autre part ;

Par exemple : Constitue une faute détachable des fonctions le fait pour une gérante de SARL de céder à un fournisseur en paiement d'une livraison des créances qu'elle avait déjà cédée à sa banque.

Un autre cas : Une SARL était mandatée pour vendre une voiture de sport. Le vendeur avait précisé au gérant qu'il ne pouvait circuler avec ce véhicule que pour effectuer une démonstration aux acheteurs potentiels. Malgré ces consignes, le gérant prête le véhicule à un ancien qui par la suite va l'accidenter et l'abandonner sur une autoroute.

La responsabilité du gérant a pu être engagée pour réparer le préjudice subi par le vendeur. Le tiers devra alors agir dans un délai de 3 ans à compter des faits.

Si la responsabilité du dirigeant n'est pas engagée par les tiers, c'est la responsabilité de la société qui sera le plus souvent engagée.

Si la société est condamnée, elle pourra ensuite se retourner contre un dirigeant en démontrant alors qu'il a commis une simple faute de gestion.

- Dans le cas où la société a déposé le bilan.

Cette fois-ci, la responsabilité du dirigeant peut être beaucoup très lourde. En effet, lorsque la procédure de redressement ou liquidation judiciaire révèle d'une insuffisance d'actif, le tribunal pourra décider que les dettes de la société pourront être supportées en tout ou en partie par le/ou les dirigeants au choix du juge.

Pour ce faire, doit être intenté l'action en comblement de l'actif. L 651-2 du code de commerce. Deux conditions doivent être satisfaites :

- D'une part, il doit être prouvé des fautes de gestion du dirigeant ;
- D'autre part, ces fautes doivent avoir conduit à l'insuffisance de l'actif.

Par exemple, le défaut de surveillance des cadres supérieurs, le progrès diminue au regard des capacités de production de l'entreprise, ce comportement est considéré comme une faute de gestion ayant conduit à l'insuffisance de l'actif.

Arrêt du tribunal de commerce de Paris du 23/11/1992, Bulletin jolite n° 1993, page 250.

Cette action peut être engagée par le **représentant des créanciers**, par le **procureur de la république** ou par le **tribunal de commerce lui-même**. Cette action se prescrit par 3 ans à compter du jugement arrêtant le plan de redressement ou de liquidation judiciaire.

Si le dirigeant est condamné, les sommes qu'il devra verser entreront dans le patrimoine de la société et seront utilisées pour désintéresser les créanciers.

La procédure collective visant la société peut parfois **être étendue au dirigeant qui est lui-même mis en redressement tant pour ses dettes personnelles que pour l'ensemble des dettes de la société**. Cette extension au dirigeant suppose des fautes très graves comme :

- Le fait d'avoir confondu le patrimoine personnel avec le patrimoine de la société ;
- Le fait d'avoir tenu la comptabilité fictive ;
- Le fait d'avoir détourné les actifs de la société.

La procédure à suivre pour réaliser cette extension de la procédure collective est celle même pour action en comblement de l'actif.

2. La responsabilité pénale des dirigeants.

Le dirigeant encourt la responsabilité pénale dans plusieurs hypothèses.

- D'une part, des infractions spéciales sont prévues à la charge du dirigeant de SARL et SA
 - abus des biens sociaux
 - présentation de la comptabilité inexacte
 - distribution des dividendes fictifs ;
- D'autre part, le dirigeant de la société constitue un chef d'entreprise dont la responsabilité pénale peut, à ce titre, être engagée en particulier sur lieu d'hygiène et de sécurité du travail.

Cette responsabilité pénale est toute fois écartée **si le dirigeant apporte la preuve qu'il a délégué le pouvoir pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires**. Ce sera alors ce dernier qui sera responsable pénalement.

Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective de redressement ou de liquidation judiciaire, le dirigeant peut être condamné aux peines de banqueroute s'il a commis les faits énoncés à l'article L654-2 du code de commerce.

Par exemple : Le fait d'avoir tenu une comptabilité fictive ou manifestement incomplète ou irrégulière peut donner lieu à une condamnation à 5 ans d'emprisonnement et 75.000 euros d'amende.

3. La responsabilité fiscale de dirigeant.

Le dirigeant peut être rendu solidairement responsable du paiement d'imposition et pénalités dues par la société s'il a rendu le recouvrement impossible par des manœuvres frauduleux ou par l'inobservation graves et répétée de ses obligations fiscales.

Le plus souvent, c'est à la suite de l'ouverture de procédure collective que la responsabilité fiscale du dirigeant est remarquée s'il a retardé le paiement de l'impôt.

Dans cette hypothèse, l'insolvabilité de la société rend impossible le recouvrement. Par conséquent, Le dirigeant qui fait face à des difficultés financières a l'intérêt de négocier des échéances de remboursement des impositions dues plutôt que d'opérer des manœuvres qui seront très mineuses.

En cas de condamnation au paiement des dettes fiscales de la société, il pourra déduire ce paiement de ses revenus imposables.

§2. Les associés.

Le statut des associés n'est pas uniforme. Il variera selon le type de société. Toute fois, quelque soit la forme sociale choisie par les fondateurs de la société, tout associé dispose des prérogatives fondamentales et bénéficie d'une protection spécifique.

A. L'attribution de la qualité d'associé.

Est associé celui qui est propriétaire des parts sociales, qui a réalisé un apport à la société en contre partie duquel les titres lui sont délivrés.

La question qui se pose toutefois est de savoir qui est associé lorsque les parts sociales font l'objet d'un démembrement de propriété, d'indivision ou lorsque les parts sociales appartiennent à des personnes mariées sous le régime de communauté.

i) **Les droits sociaux font l'objet d'un démembrement de propriété.**

Il ne fait pas de doute que le nu-propriétaire a la qualité d'associé ; La question est de savoir si l'usufruitier est un associé. Les opinions divergent à cette question.

Certains auteurs considèrent que l'usufruitier n'est pas un associé. En effet, il n'a qu'un droit de jouissance sur les parts sociales qui lui permet de recevoir les dividendes. Il n'est pas associé faute de ne pas avoir réalisé un apport à la société.

Pour d'autres auteurs, il faut observer que l'usufruitier bénéficie des prérogatives au sein de la société. Il peut voter à certaines assemblées. De plus, selon le code civil, **un droit d'usufruit lui permet de jouir de la chose comme le propriétaire lui-même**. Par conséquent, l'usufruitier serait un véritable associé.

La 1^{ère} thèse était classiquement retenue par notre droit. Cependant, la jurisprudence tend à reconnaître à l'usufruitier les prérogatives fondamentales d'associé. Elle considère qu'il ne peut être privé tout droit de vote par les statuts de la société. La cour de cassation n'a pas implicitement attribué à l'usufruitier la qualité d'associé et la question n'est pas tranchée.

ii) **L'indivision.**

S'agissant des parts sociales, objet d'une indivision, les solutions sont incertaines. La 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation du 06/01/1980, revue de société, page 521.

Dans cet arrêt, la cour de cassation a considéré que chaque indiviseur a la qualité d'associé. Cependant les indiviseurs ne peuvent exercer tous les droits d'associé individuellement.

S'agissant le droit de vote, ils doivent désigner un représentant qui participe aux assemblées et votera au nom des indiviseurs.

iii) **Les mariés sous régime de communauté.**

S'agissant des parts sociales détenues par les personnes mariées sous le régime de communauté. Le législateur a prévu des règles pour l'attribution de la qualité d'associé.

Si l'époux apporte de bien commun à la société, **seul l'époux qui a réalisé l'apport a la qualité d'associé**. Dans les autres sociétés autre que les sociétés par action, le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé.

D'une part, il peut revendiquer cette qualité au moment de l'apport dont il doit être informé.

Dans ce cas, les autres associés peuvent accepter l'entrée ou ne pas accepter l'entrée mais pour les deux époux. Donc, la décision est indivisible et concerne les deux époux.

D'autre part, le conjoint peut revendiquer la qualité d'associé ultérieurement. Une procédure d'agrément pourra alors lui être imposée sans que son époux, déjà associé, ne prenne part au vote.

B. **Les droits attachés à la qualité d'associé.**

Il y a des droits politiques et des droits pécuniaires.

1. **Droits politiques**

La société est conçue à l'image de la démocratie, tout associé a le droit de participer aux décisions collectives comme débats et vote. Cependant, l'exercice de ce droit peut entraîner des abus.

a) **Le droit de chaque associé de participer à la vie sociale.**

Ce droit de participer à la vie sociale se traduit par un droit à l'information et au droit de vote.

i) Droit à l'information

L'associé a droit à l'information régulière sur l'activité de la société et l'apport suivie par les dirigeants. La qualité de l'information varie selon le type de sociétés.

Les associés peuvent demander dans les 15 jours précédents l'AG les comptes consolidés, les rapports des activités de gestion de dirigeants et les rémunérations des salaires des dirigeants.

Il est également possible aux associés de demander une expertise de gestion dans certaines sociétés.

Dans les SARL et SA, si les associés représentent au moins 1/10 du capital social de SARL et 1/20 de SA, ils peuvent exiger l'expertise de gestion. L'objectif est d'obtenir les informations précises sur certaines opérations ou décisions décidées ou prises par les dirigeants.

Ce droit se traduit par le droit de vote. Les associés sont titulaires d'un droit de vote. Chaque associé a un nombre de voix correspondant au nombre des parts qu'il détient. La question est de savoir s'il est possible de supprimer un droit de vote ou s'il s'agit d'une prérogative fondamentale de droit public dont il ne peut pas être privé. La jurisprudence du 09/07/1999 de la cour de cassation a posé que tout associé a le droit de vote et que le statut ne peut pas déroger ce droit imposé par l'article 1844 du code civil.

Toutes fois, ce droit de vote de l'associé apparaît de moins en moins comme une prérogative fondamentale de l'associé.

D'une part, le législateur permet parfois de priver à l'associé le droit de vote. Certains titres peuvent être émis par la société conférant la qualité d'associé sans donner le droit de vote au titulaire. Il s'agit de ce qu'on appelle **des actions de préférence** conférant un dividende plus important.

D'autre part, la jurisprudence protège moins énergiquement les associés quant à l'exercice de droit de vote.

Alors la question s'est posée à l'occasion de transmission des entreprises. Pour anticiper sa succession, un associé majoritaire peut décider de donner en nu propriété à ses héritiers tout en conservant l'usufruit. Les enfants recueillent la pleine propriété à moindre coût fiscal. L'entrepreneur qui veut donner la nue propriété des parts tient à conserver tous ses droits de vote.

L'article 1844 du code civil prévoit à cet égard en son alinéa 3 que en cas de démembrement des titres, le droit de vote appartient au nu propriétaire sauf sur les décisions concernant les bénéfices.

Alinéa 4 dispose que toutes fois, les statuts peuvent déroger à cette répartition de droit de vote.

Les praticiens ont conseillé aux entrepreneurs voulant transmettre la nue propriété des parts de prévoir dans les statuts que l'exercice du droit de vote appartiendra à l'usufruitier dans toutes les assemblées.

Ce faisant, le nu propriétaire sera privé tout droit de vote. La jurisprudence a dû se prononcer si ces clauses sont valables. La jurisprudence a évolué ; dans un premier temps la cour de cassation considérait que si le législateur permet à l'alinéa 4 de l'article 1844 de modifier la répartition de droit de vote entre l'usufruitier et le nu propriétaire ; l'alinéa 1 de ce texte pose un principe d'ordre public selon lequel « **tout associé a le droit de participer à la vie sociale, donc d'utiliser son droit de voter** »

En d'autres termes, il est possible de modifier la répartition de droit de vote selon l'alinéa 3 mais pas au point de supprimer tout droit de vote à l'associé qui est nu propriétaire. L'arrêt de la cour de cassation du 04/01/1994, Bulletin civil 1994.

Dans l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 22/02/2005, JCP édition 2005, la cour de cassation est revenue sur cette analyse. Dans une espèce dans laquelle, le nu propriétaire était privé d'un droit de vote par les statuts, la cour de cassation a en effet considéré que les statuts peuvent déroger à la règle selon laquelle si une part est grevée de l'usufruit le droit de vote appartient au nu

propriétaire à la condition qu'il ne soit pas déroger au nu propriétaire de participer aux décisions collectives. Cela signifie que le droit de participer à la vie sociale ne se traduit pas nécessairement par la participation au droit de vote. Pour la cour de cassation, l'essentiel est de participer. Il suffit que le nu propriétaire soit convoqué aux assemblées, reçoive l'information préalable à l'assemblée, s'exprime en donnant ses avis pour que son droit d'associé soit garanti. On peut donc le priver son droit de vote.

Cette décision remet en cause le caractère public du droit de vote de l'associé. L'effet de cette décision se limite aux clauses statutaires privant au nu propriétaire ce droit de vote.

b) La prohibition des abus entre associés et à l'égard de la société.

Au sein de la société, l'exercice du droit de vote peut donner lieu à un abus soit de la part des associés majoritaires soit de la part des associés minoritaires qui peuvent empêcher certaines décisions.

i) Abus de majorité.

A la différence de l'indivision qui requiert l'accord unanime de propriétaires, au sein de la société les décisions sont prises à la majorité. Toute fois, les associés minoritaires bénéficient d'une protection quant aux décisions qui pourront être imposées par les associés majoritaires. **La théorie d'abus de droit est utilisée dans la matière.** C'est-à-dire que celui qui est titulaire d'un droit peut en effet l'user mais dans le seul dessein de nuire aux tiers ou en le détournant à sa faveur.

Appliquer au droit de vote, l'abus de majorité consiste à prendre une décision qui s'applique par un intérêt égoïste contraire à l'intérêt social. La chambre commerciale de la cour de cassation dans son arrêt du 18/04/65, on a retenue la définition suivante « **il y a abus de majorité lorsque la résolution litigieuse a été prise contrairement à l'intérêt que dans l'unique dessein de favoriser les membres de majorité au détriment des associés minorités** »

Pour qu'il y ait abus de majorité, il faut deux éléments :

- Une violation de l'intérêt social
- Une rupture d'égalité entre les associés de sorte que est bafoué la communauté d'intérêt qui doit exister entre associés.

Constitue un abus de majorité le fait de procéder d'une manière systématique à la mise en réserve des bénéfices alors que la société n'a pas des investissements à financer alors que les majoritaires reçoivent des rémunérations en qualité des dirigeants. Arrêt de la cour d'appel de Rouen du 04/04/2001, RJA du 01/02/2002 n° 101.

Si l'abus de majorité est caractérisé, les juges peuvent octroyer aux associés minoritaires des dommages et intérêts et annuler les décisions rendues.

S'il s'agit d'allouer des dommages et intérêts, « c'est qu'il y a une action en responsabilité délictuelle fondée sur article 1382 du code civil ». Alors le demandeur devra agir dans les délais de 10 ans en établissant la faute qui a engendré le préjudice.

S'il s'agit d'annuler les décisions de la délibération, « c'est qu'il y a une action en annulation de la délibération fondée sur l'article 1844-10, alinéa 3 du code civil ». Cette action se prescrit par 3 ans. Elle est ouverte à tout ce qui peut se prévaloir d'un intérêt légitime tels que associé minoritaire ou dirigeant agissant au nom de la société.

ii) Abus de minorités.

Certaines décisions sociales lors qu'elles entraînent une modification des statuts ne peuvent être prises qu'à une majorité de 2/3 dans les sociétés anonymes (Sa) et à une majorité de $\frac{3}{4}$ dans les SARL.

Ainsi, l'associé même s'il dispose de moins des parts qui lui permet de bloquer les décisions, il peut abuser son droit de vote.

Ex : Un associé minoritaire peut s'opposer à une augmentation du capital, essentiel pour la survie de la société. Il peut encore s'opposer à la prorogation d'une société arrivée à son terme. Si tous les associés sont libres du sens donné à leurs votes, la jurisprudence admet qu'un associé même minoritaire peut s'exposer aux sanctions d'abus de droit. Ainsi, un minoritaire serait coupable d'abus si son attitude a été contraire à l'intérêt général de la société lors qu'il aurait interdit la réalisation d'une action essentielle pour celle-ci dans l'unique dessein de favoriser ses intérêts au détriment des autres associés.

Pour qu'il y ait abus de minorité, il faut deux éléments :

- que soit en cause, une opération essentielle à la société conforme à l'intérêt général.
- Que soit révélé une attitude égoïste des minoritaires.

Il est soumis à l'assemblée générale extraordinaire une décision d'augmenter le capital social. Si la société est prospère, cette opération ne visant qu'à satisfaire les ambitions de dirigeants, les associés minoritaires peuvent voter contre cette décision.

En revanche, si l'augmentation du capital est rendue nécessaire parce que la loi du capital nécessaire vient d'être modifiée, dans ce cas c'est la survie de la société qui est en jeu car à défaut d'augmenter du capital, la société va être dissoute. L'opposition systématique des associés minoritaires sans aucun motif apparent peut caractériser un abus de minorité. Arrêt de la cour de cassation du 09/07/1997, JCP édition 1993, 2^{ème} partie page 448.

Si l'abus de minorité est retenu par les juges, la sanction qui peut être prononcée a posé des difficultés.

- Si la clause que les minoritaires ont refusée peut être imposée par les juges, certains auteurs s'y sont opposés craignant que les juges prennent importance dans la conduite même des sociétés.

Ainsi, la cour de cassation dans son arrêt ci- haut cité a décidé que le juge ne pouvait se substituer aux organes compétents pour adopter les décisions refusées par les minoritaires. Toute fois, le juge pourra nommer un mandataire chargé à voter à la place et au nom des associés défaillants sans compromettre les intérêts légitimes des minoritaires.

Il y a aussi une variété d'abus de minorités qui consistent à des abus d'égalité : Lorsque un associé détient la moitié des parts, il peut s'opposer à toutes les décisions qui doivent être prises par la majorité des associés. Un abus peut être révélée dans les mêmes conditions que l'abus de minorité.

2. Les droits pécuniaires des associés.

La société est un groupement constitué dans un but lucratif. Les associés ont donc des prérogatives de nature pécuniaire.

- Les associés ont droit aux dividendes*** : C'est-à-dire un droit à la distribution des bénéfices réalisés par la société. Ils ont également ***un droit aux réserves***, bénéfices non distribués par la société. A la dissolution de la société, les associés ont ***droit au boni de liquidation*** qui sera partagé entre eux à proportion de leurs apports.
- Les associés ont droit de céder leurs parts sociales, de les donner en nantissement à un créancier.***
- L'apporteur en industrie, par exception ne peut céder ses parts sociales.*** La cession des parts à un tiers sera plus ou moins lésée selon la forme sociale. Dans les sociétés cotées, la cession pourra toujours s'opérer sans difficultés.

Dans les sociétés comme SNC, une procédure d'agrément peut s'opposer à la cession des parts.

C. La sauvegarde de la qualité d'associé.

- Ets - ce qu'un associé peut être exclu ? Est-ce qu'on peut augmenter un engagement d'un associé sans son accord ?

1. L'exclusion de l'associé.

Est-ce qu'un associé peut être exclu ? Devant le silence du législateur, c'est à la jurisprudence qu'il est revenu de trancher. Par l'arrêt de la cour de cassation, la chambre commerciale du 12/03/1996, le principe de l'interdiction de l'exclusion d'un associé a été posée ? Revue de société 1996, page 154. **La réponse a été non.** Toutes fois, il y a certaines exceptions :

- D'une part, **la loi peut prévoir l'exclusion d'un associé dans certaines circonstances.** Lorsque l'incapacité ou le vice de consentement risque d'entraîner l'annulation de la société, les associés peuvent racheter les droits d'associés entraînant l'exclusion de l'associé qui est à l'origine de cette annulation. **Art. 1844-12 du code civil.**
- Lorsque la société est mise en redressement ou en liquidation judiciaire, le juge peut imposer aux dirigeants de céder ces droits sociaux à un prix fixé par un expert.
- Les statuts peuvent prévoir la possibilité d'exclure l'associé à certaines conditions.
 - Doit-on ainsi prévoir dans les statuts la cause qui justifie le rachat forcé des parts d'associés ? **Par exemple :** Le rachat forcé des parts d'un associé qui agit en dissolution de la société ou qui refuse la prorogation de la société
 - Devrait être précisé les modalités de remboursement des titres sociaux.

Les juges contrôlent l'exécution de ces clauses en vérifiant que les conditions fixées dans les statuts sont satisfaites et que l'exclusion de l'associé n'a pas été abusive.

2. *Est-ce qu'on peut augmenter les engagements de l'associé.*

- **L'interdiction d'augmenter les engagements de la société.**

En entrant de la société, l'associé connaît l'étendue de ses engagements. C'est pourquoi, on ne peut pas aggraver ses engagements sans son accord. L'article 1836 dispose qu'en aucun cas les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci.

L'assemblée générale ne peut imposer un associé de souscrire à une augmentation du capital contre son gré sauf dans l'hypothèse d'un abus de minorité. La transformation d'une société à risque limité en une SNC dans laquelle tous les associés répondent des dettes ne peut être imposée à un associé.

Section 2 : Les résultats de la société

A la clôture de chaque exercice, la mesure de chaque résultat doit être déterminé avant de décider de son affectation.

S1. Détermination du résultat.

A la clôture, il faut mesurer les résultats. Le résultat social n'est que le résultat comptable.

Les comptes annuels devront être approuvés dans les six mois de la clôture de l'exercice par l'assemblée générale ordinaire réunissant les associés.

Pour procéder à un vote éclairé, les comptes annuels doivent être adressés aux associés au moins deux semaines avant assemblée générale.

Si ces documents ne sont pas transmis, les associés peuvent solliciter le juge de référé avec une jonction d'astreinte ou la nomination du mandataire ; L 218 - 1 du code de commerce.

Une fois, les comptes votés par l'AG, certaines sociétés ont l'obligation de les rendre public.

Les comptes de SA, des SARL, des sociétés des personnes dont tous les associés sont les sociétés à risques limités font l'objet de publicité de résultat.

Dans le mois suivant l'AG qui a approuvé les comptes, les dirigeants doivent transmettre au greffe de tribunal de commerce, les comptes annuels ainsi que le rapport de gestion établi par les dirigeants et la proposition d'affectation du résultat.

Ces informations permettent aux partenaires de société de s'informer sur leur santé financière ; certaines sociétés ne souhaitant toutefois dévoiler leurs éventuelles difficultés.

En pratique, on estime que 30 % des sociétés non cotées ne procèdent pas à cette obligation. Si toute fois une société se dérobe à l'obligation légale, tout intéressé peut demander au tribunal de commerce de désigner le mandataire chargé d'accomplir cette formalité. L 123-1 du code de commerce. Arrêt de la cour d'appel de Rouen le 02/12/1992 Bulletin 1994, 2^{ème} partie N° 500.

C'est un super marché qui n'avait pas publié ses résultats et ses concurrents ont saisi le juge.

§2. L'affectation du résultat.

Lorsque les associés statuent sur les comptes sociaux, ils doivent en même temps décider de l'affectation du résultat selon la proposition faites par les dirigeants. Ils peuvent décider de sa mise en réserve ou mise en distribution sous forme de dividende.

a) La mise en réserve.

La mise en réserve du résultat est **tantôt imposée par la loi** ou **par les statuts de la société** ou **tantôt décidée librement par les associés**.

i) Les réserves obligatoires.

Elles sont imposées par la loi dans les sociétés SA et SARL ; L 232-10 du code de commerce.

La constitution d'une réserve est imposée à hauteur de 5 % des bénéfices nets de fin d'exercice. Ce prélèvement imposé pour les réserves obligatoires cesse lorsque les sommes inscrites aux réserves atteignent 1/10 du capital social.

Les statuts peuvent aller au-delà en imposant la mise en réserve d'un pourcentage de bénéfice pour compléter les réserves. **Dans les deux cas**, la somme que représentent ces réserves légales est indisponible. Ils ne pourront donc être distribués ultérieurement aux associés. Une fois que les réserves légales ou réserves statutaires ont été dotés, les associés peuvent décider que toute ou une partie des bénéfices disponibles seront portés aux réserves ordinaires.

Ces sommes ne sont pas indisponibles. Les associés pourront décider ultérieurement de leur mise en distribution sous forme de dividende.

b) La distribution du résultat.

Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence des sommes distribuables, l'AG des associés décide quel part pourra être distribué sous forme de dividendes.

Ces bénéfices distribuables correspondent aux bénéfices constatés diminués de l'impôt sur société, des pertes antérieures, dotation aux réserves légales et augmenté des reports à nouveaux.

Si les bénéfices distribuables sont insuffisants, les associés pourront compléter leurs dividendes en prélevant sur les réserves facultatives. Les modalités de paiement sont arrêtées par l'AG ou les dirigeants. Ils doivent être versés dans les 9 mois suivant la clôture de l'exercice.

En cas de cession des parts sociales, c'est celui qui a la qualité d'associé au jour de la cession de l'actif qui recueille la totalité des dividendes. Il n'y a pas lieu de procéder à une répartition de dividende entre le cédant et le cessionnaire au prorata de la durée de détention des parts aux cours de l'exercice comptable.

Section 3 : L'évolution de la société.

Une société peut évoluer en se transformant en une autre société ou en disparaissant.

§1 : La transformation de la société.

Une société peut se transformer c'est-à-dire changer sa forme sociale selon l'évolution de l'entreprise qu'elle incarne. **Par exemple** : Une SARL peut avoir besoin de se transformer en SA pour assurer la cotation des titres sociaux en bourse. Des considérations fiscales peuvent également justifier les transformations de la société. Ex : La cessation des parts de SARL donne lieu à un droit de mutation plus élevé que pour les actions de SA.

L'entreprise qui souhaite céder la majorité de ses parts peut, pour faciliter l'opération, transformer la SARL en SA avant la cessation de contrôle.

A. Les mécanismes de la transformation.

La transformation suppose une modification de pacte sociale (statuts) ; seuls les associés pourront donc réaliser cette transformation et non les dirigeants. L'assemblée des associés devra se prononcer à une majorité qualifiée qui variera selon le type de société et la transformation projetée.

Par exemple : Les associés d'une société anonyme (SA) qui veulent transformer leur société en SARL devront décider à une majorité de $\frac{3}{4}$ et à l'unanimité s'ils veulent SNC.

Une fois la transformation votée, il faudra en informer les tiers pour qu'elle leur soit opposable. Les formalités requises seront les mêmes que celles réalisées à l'immatriculation de la société.

B. Conséquence juridique de la transformation.

i) A l'égard de la société initialement créée.

La transformation n'équivaut pas à la dissolution de la société suivie de la création d'une nouvelle société. Article 1844-3 dispose ainsi que la transformation régulière d'une société en une société d'autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale. **La société survit à sa transformation. Par conséquent, les engagements souscrits par la société transformée sont maintenus.**

ii) A l'égard des associés.

C'est à la date de décision de transformation que leurs statuts vont changer. Ainsi, l'associé d'une SNC qui se transforme en SARL ne sera plus tenu à compter du jour de la transformation des dettes à venir de la société. Cependant, pour le passé, il reste solidairement responsable des engagements contractés par la société.

A la suite de la transformation, l'associé va recevoir les nouvelles parts, les nouvelles actions qui se substitueront aux droits sociaux antérieurs détenus. **Ce mécanisme s'appelle la subrogation réelle.**

iii) A l'égard des dirigeants.

La transformation de la société entraîne la cessation de fonctions des dirigeants. Les nouveaux dirigeants devront être désignés selon les règles propres de la nouvelle forme adoptée suite à la transformation.

iv) A l'égard des salariés.

La portée de la transformation a été limitée par le code du travail ; L122-12. Cet article pose le principe de la continuation du contrat de travail.

v) A l'égard des créanciers

La transformation de la société ne leur est pas préjudiciable car la société comme les associés restent tenus des engagements pris par la société avant sa transformation.

Si les engagements sont nés avant la transformation de SNC en SARL, les associés restent solidairement et indéfiniment engagés envers les créanciers.

En plus, la transformation n'emporte pas la caducité des cautionnements souscrits par les dirigeants au profit de la société transformée.

Toutefois, la transformation doit être distinguée de la fusion car la fusion est une opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transmettent leurs patrimoines à une société existante ou à une nouvelle société. Le plus souvent, il s'agira d'une fusion absorption. La société absorbante va recevoir la totalité de la société absorbée qui va disparaître. Donc, il ne s'agit pas d'une transformation mais d'une disparition pure et simple, c'est-à-dire une transmission universelle de patrimoine de la société disparue.

Les règles encadrant la fusion varient selon la forme de la société en cause. Ces règles sont coiffées dans les articles L 236-1 jusqu'à l'article L 237-7.

§2 : La dissolution de la société.

A. Les causes de la dissolution de la société.

Il y a des causes communes à tous les types de sociétés ; articles 1844-7. Ces causes énumérées par cet article sont les suivants :

1. **L'arrivée du terme.** (La dissolution de plein droit) :

Elle a lieu à l'expiration du temps pour lequel la société a été convenu. Le contrat de société est nécessairement pour une durée déterminée, une durée qui ne peut excéder 99 années. Il y a le principe

même de la prohibition des engagements perpétuels. A l'arrivée du terme, la société est donc dissoute. Toutefois, les associés peuvent décider la prorogation de la société.

Pour ce faire, la loi impose que les associés soient consultés au moins un an avant l'arrivée du terme.

Si les dirigeants ne procèdent pas à cette consultation, tout associé peut demander au président du tribunal de commerce, la désignation du mandataire chargé de provoquer la consultation.

La décision de prorogation doit être prise à la majorité exigée pour la modification des statuts. Cette prorogation de société fera l'objet de mesure de publicité qui sont les mêmes que celles requises lors de l'immatriculation de société. A défaut de prorogation de la société, cette dernière perdra la personnalité juridique à l'arrivée du terme et tout intéressé pourra demander sa dissolution.

2. La réalisation ou l'extinction de l'objet social.

La société peut être dissoute par la réalisation de son objet social. La société peut être créée pour réaliser une opération ponctuelle dont l'achèvement emporte la dissolution de la société.

La société peut être également dissoute par l'extinction de l'objet social. Lorsque l'objet ne peut être atteint pour des raisons extérieures des associés.

3. La décision des associés.

Il s'agit d'une dissolution anticipée qui est une rupture du contrat de société. Cette décision doit être prévue dans les conditions prévues pour la modification des statuts.

4. La dissolution judiciaire pour juste motif.

L'article 1844-7 prévoit une dissolution anticipée de la société décidée par le tribunal de commerce à la demande d'un associé lorsqu'il invoque du juste motif.

Il y a deux hypothèses :

- **La dissolution peut être prononcée en cas d'une inexécution de ses obligations** par un associé. Par exemple un associé a omis de libérer ses parts.
- **La mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.**

Le tribunal décide de prononcer la dissolution de la société du fait d'une mésentente des associés qui paralyse le fonctionnement de la société et qui annihile l'affectio societatis. Cette cause de dissolution est fréquemment invoquée dès lors que le conflit s'installe entre associés majoritaires et minoritaires. Toutefois, le juge évite de prononcer la dissolution lorsque la société est économiquement viable. Il choisit d'autres voies pour résoudre le conflit. Il peut désigner d'un administrateur provisoire pour encadrer la gestion de la société.

De plus, la dissolution pour juste motif peut n'être prononcée qu'à certaines conditions :

- **L'associé qui demande la dissolution doit prouver la mésentente sérieuse.** Il ne doit pas se contenter un conflit ponctuel pour demander la dissolution.
- **Il faut que cette mésentente entraîne une véritable paralysie du fonctionnement de la société.** Si la mésentente occasionne un simple gêne de l'administration de la société, la dissolution ne sera pas prononcée. Exemple de mésentente, c'est le conflit qui s'installe entre deux actionnaires égaux qui empêchent toute prise de décisions.
- **Il faut que l'associé qui a saisi le tribunal ne soit pas à l'origine de mésentente.** Pour éviter la dissolution de la société, les associés peuvent prévoir une clause statutaire imposant le rachat des parts de l'associé qui agira en dissolution.

5. En cas d'annulation de la société.

Pour vice de consentement, objet illicite,.....

Les effets de la dissolution sont comme ceux de l'annulation.

6. *La liquidation judiciaire de la société.*

Une procédure qui est décidée lorsque l'actif disponible ne permet pas de compenser le passif disponible (cessation de paiement)

Dans le cadre d'une procédure collective visant la société, sa liquidation peut être prononcée par le tribunal de commerce. Cette liquidation entraîne la disparition.

7. *Les statuts.*

Les associés peuvent prévoir d'autres causes de dissolution. Ex : Changement de nationalité.

B. Les effets de la dissolution

La dissolution qu'elle soit décidée par les associés ou par le juge doit d'abord être portée à la connaissance des tiers avec les mêmes modalités que celles faites lors de la naissance de la société.

- L'acte de dissolution doit être enregistré ;
- Publication dans les journaux d'annonces légales ;
- Actes de dissolution et de désignation du liquidateur sont déposés au centre des formalités ;
- Publication au registre de commerce et des sociétés ;
- Publication dans le BODAC et ainsi la dissolution est rendue opposable aux tiers.

La dissolution de la société entraîne sa liquidation mais la personnalité morale survit pour les besoins de la liquidation et ne disparaît qu'à la radiation. La société disposera toujours d'un patrimoine distinct de celles des associés ; ce qui évite aux créanciers sociaux d'être en concurrence avec des créanciers de chaque associé. La société ne perdra sa personnalité juridique qu'à la clôture des opérations de liquidation. Cette clôture fera l'objet de publicité.

Tout intéressé peut saisir le tribunal pour procéder aux opérations de liquidation lorsque la procédure de liquidation n'a pas été prononcée au bout de 3 ans.

Durant cette phase de liquidation, la gestion de société a pour finalité d'assurer les opérations liquidatives et pendant cette période la société ne pourra pas démarrer d'activités nouvelles car sa capacité est réduite.

Pour procéder aux opérations de liquidations, un ou plusieurs liquidateurs doivent être nommés conformément aux dispositions statutaires ou à défaut par décision des associés ou par le juge.

La liquidation est faite par un liquidateur nommé par les associés pour un mandat limité à 3 ans. Il devient dès lors le seul représentant de la société en lieu et place des associés. Ce liquidateur va se substituer aux organes de décisions et agira sur le contrôle des associés qui doivent être régulièrement convoqués pour leur présenter l'état d'avancement de l'opération.

A l'entrée en fonction, le liquidateur va présenter un inventaire de l'actif et du passif.

Sa mission : Consiste à adresser un inventaire du passif et de l'actif et recouvrer les créances sociales et réaliser l'actif. La liquidation consiste à procéder à tout un ensemble d'opérations ayant pour objet de régler le passif, de convertir les éléments de l'actif en argent soit pour payer les créanciers soit pour payer les associés, s'il reste encore des sous, **partager de la soule**. Les créanciers sont désintéressés au fur à mesure qu'ils se présentent.

Si le liquidateur perçoit que le passif n'est pas suffisant pour désintéresser tous les créanciers, il doit procéder au dépôt de bilan et le tribunal ordonnera la liquidation judiciaire.

Lorsque la mission de liquidation est achevée, le liquidateur convoque tous les associés pour présenter les comptes. Les associés vont statuer sur le décompte final et constater la clôture de liquidation. Un avis de clôture de liquidation devra être publié dans le journal d'annonce légale. C'est à ce moment que la société

perd sa personnalité morale. Le liquidateur doit procéder à la radiation de la société dans un mois à compter de la clôture de liquidation.

Le liquidateur peut voir sa responsabilité engagée pour toutes les fautes dommageables commises dans ses fonctions (l'action en responsabilité prescrite sur 3 ans).

Il rend ses comptes à l'issu de la liquidation et reçoit un quitus des associés portant sur sa fonction. La clôture de la liquidation est prononcée à l'issu de l'émission du quitus et à l'issu de la liquidation, la personnalité morale disparaît.

Lorsque un créancier se présente après la liquidation, la procédure de la liquidation doit être rouverte car la clôture de procédure de liquidation n'est pas opposable à un créancier impayé. Pour éviter cette procédure, les créanciers peuvent s'adresser aux associés. Leur recours contre associés sera toujours recevable s'il s'agit d'une SNC. Les associés demeurent tenus des dettes de sociétés. Leur recours sera également recevable dans les sociétés à risques limités, lorsque les associés ont obtenu la restitution de leurs apports et éventuellement un boni.

Comme pour la liquidation de la succession d'une personne physique, les associés ont vocation de se partager un boni de la société. Si à l'issu de la clôture, il reste une somme d'argent, chaque associé reçoit sa part dans le capital ou du moins le % de la soulte auquel il a droit.

A la clôture des opérations de liquidation, les associés deviennent copropriétaires indivis de biens sociaux comme les héritiers.

Chaque associé va pour la suite reprendre ses apports (valeur nominale). Ils peuvent également recevoir leurs apports en nature qui subsistent à la liquidation. Si l'actif ne permet pas la reprise des apports de tous les associés, l'actif sera réparti proportionnellement à leurs apports.

Lorsque chaque associé a reçu son apport, il peut rester un solde disponible qu'on appelle **Soulte : Boni de liquidation qui sera réparti aux associés proportionnellement à leurs droits à moins que les statuts ne prévoient une autre mode d répartition.**

Tous les litiges qui résultent de ce partage donne lieu à une prescription limitée à 5 ans.

TITRE II : DROIT SPECIAL DES SOCIETES

CHAPITRE 1 : LA CLASSIFICATION DES SOCIETES

En effet, plusieurs critères peuvent être utilisés pour classifier les sociétés.

§1 : Société à risque limité et société à risque illimité.

Selon la forme sociale donnée par les associés, les risques qu'ils encourent peuvent se limiter à la perte des rapports réalisés à la société ou aller au delà répondant des dettes de la société.

Constituent des sociétés à risque limités, les sociétés par action SA et SAS, SARL. A l'inverse des sociétés commerciales, les associés doivent infiniment et solidairement répondre des dettes de la société au sein des SNC et des sociétés dépourvues de personnalités morales (société de participation et société créées de fait).

Les sociétés en commandités simples ou par action présentent quelques particularités au regard de cette qualification. En effet, ces sociétés regroupent deux catégories d'associés, les commandités qui ont les

m^mes qualités que les SNC, do,c qui répondent solidairement des dettes et les commanditaires qui ne sont pas tenus des dettes de la société car les risques se limitent à leurs apports.

§2 : Sociétés des personnes et sociétés des capitaux.

Les sociétés des personnes, ce sont les sociétés qui reposent sur la confiance qu'inspire la personne de chaque associé. Le contrat de chaque associé présente un fort intuitu personae. Les parts détenus par les associés ne sont pas librement cessibles, il faut l'accord et agrément de tous les autres associés.

Ces sociétés sont dissoutes par le décès ou l'incapacité de l'un des associés. L'importance prise par l'associé se traduit par l'obligation aux dettes de la société.

Ex : SNC, société en commandité simple, les associés commanditaires peuvent limiter les risques qu'ils encourent. Ce sont les règles de fonctionnement de SNC qui sont appliquées.

A l'opposé des sociétés des personnes, il y a des sociétés des capitaux. Ce sont donc des sociétés dans lesquelles la contribution financière des associés importe d'avantage que la personne de l'associé.

Les parts sont librement cessible, la société survivra du décès ou de l'incapacité d'associé. L'associé ne répond pas des dettes de la société au delà de son apport.

Ex : Les SA, toutes les sociétés par action.

Cette qualification n'est pas toutefois satisfaisante ; certaines sociétés présentent des caractères empruntés de deux catégories. Ce sont des sociétés hybrides.

Dans les SARL, les associés ne répondent pas de dettes de la société au delà de leurs apports, la société survit d'un décès ou de l'incapacité d'un associé. Pour autant, les parts sociales ne sont pas librement cessibles à un tiers.

§3 : sociétés avec ou sans personnalités.

Une société peut être pourvue d'une personnalité morale dès lors qu'elle est immatriculée. A défaut de cette immatriculation, la société ne constitue qu'une organisation conventionnelle des rapports des associés ; Ex : société en participation ou société créée de fait.

- **Société en participation** : Il est prévu par l'article 1871 du code de commerce. C'est la société dont les associés conviennent qu'elle ne sera point immatriculée. L'absence de personnalité morale peut être souhaitée par les associés. Elle constitue une structure simple et discrète. Cette structure permet une coopération entre plusieurs entreprises sur un projet donné. Les conditions et le fonctionnement de cette société sont simplifiés par rapport d'une société pourvue de personnalité morale. Quelles ont les conditions :

⇒ **Les conditions sont celles pour tous les contrats.**

C'est-à-dire que cette société devra comporter au minimum deux associés qu'ils s'agissent des personnes physiques ou morales. Lorsque une société a un objet commercial, les associés devront avoir la capacité commerciale. Et puis les associés doivent réaliser leurs apports mais toutefois cette société présente quelques spécificités.

Par hypothèse, le société n'a pas de personnalité juridique, n'a pas de patrimoine et la propriété des apports est conservée par les associés qui les mettent à la disposition de la société.

Section 1 : La constitution d'une société en participation

- Les conditions de fond

Elle doit comporter au moins deux associés, personnes physiques ou morales, sans qu'ils aient nécessairement de capacité commerciale dans l'hypothèse où l'objet de la société est civile mais avec une capacité commerciale si l'objet de la société est commercial.

Comme dans toutes les sociétés, il faut des apports en numéraire ou en nature, voire en industrie étant entendu que la loi répute indivis entre les associés ; les biens acquis par emploi ou remploi de denier indivis pendant la durée de vie de la société (1872 du code civil : « l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société.

Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.

Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision.

Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social. »

Une participation aux résultats de l'exploitation avec les mêmes contraintes que dans une société classique ; **donc pas de clause léonine**.

- S'agissant des conditions de forme, la seule nécessité pratique est la rédaction d'un écrite (pas d'obligation) qui va constituer les statuts.

Section 2 : Le fonctionnement de la SEP.

Il existe une grande souplesse dans le fonctionnement de la SEP qui s'organise autour de 2 pôles à savoir **la gérance et les associés**.

- La gérance : l'article 1871-1 du code civil énonce qu'en matière de société en participation à objet commercial, les règles applicables à la société en nom collectif jouent. A contrario, lorsque l'objet est civil, ce sont les règles applicables à la société civile qui jouent. Les deux ensembles de règles s'appliquent à défaut de disposition contraire des statuts.

Toutefois, à l'égard des tiers, il faut distinguer deux hypothèses : Soit la **société est occulte** (elle n'apparaît pas à l'égard des tiers) auquel cas le gérant a plus de pouvoir sur des biens qui sont à sa disposition. Ce pouvoir résulte de ce qu'il agit en son nom personnel. Les tiers n'ont aucun recours contre lui.

En revanche, le gérant est limité à l'égard des associés par les clauses statutaires limitant ses pouvoirs et engagerait sa responsabilité en cas de violation de ces clauses.

- Dans l'hypothèse où la société est révélée aux tiers : Ostensible, les tiers auraient un recours direct non seulement contre le gérant mais également à l'égard de chacun des associés.

Le gérant est, à l'égard des tiers, limité par les statuts.

La révélation peut être volontaire : Il est dès lors le fait du gérant ou de l'ensemble des associés.

Mais elle peut également être involontaire. C'est le cas lorsque l'associé a participé à la gestion de la société en faisant croire aux créanciers qu'il engageait cette société.

Donc, l'**immixtion** révèle la société aux tiers mais uniquement pour l'associé qui s'est immiscé dans la gestion de la société

Mais, encore la société est révélée lorsqu'il est prouvé que l'engagement passé par le gérant a profité à l'ensemble des associés. Dans cette hypothèse, la société est considérée comme ostensible.

Pour les associés : Ils se réunissent en assemblée s'ils le souhaitent, ils participent aux décisions stratégiques. Ils engagent leur responsabilité indéfinie et solidaire lorsque la société a un objet

commercial, indéfini et conjoint lorsque la société a un objet civil. Lorsque la société est occulte, seul le gérant engage sa responsabilité à l'égard des tiers mais il peut se retourner contre les associés sans limiter le recours aux apports. Lorsque la société est ostensible, chacun des associés est tenu à l'égard des tiers.

Section 3 : La dissolution de la SEP

L'article 1871-1 prévoit que la SEP est soumise aux mêmes règles de dissolution que SNC du moins lorsque son objet commercial (une société ayant une personnalité morale du moins lorsque son objet est commercial)

A contrario, si l'objet est civil, ce sont les clauses de dissolution propres aux sociétés civiles qui s'appliquent. Il n'y a pas de liquidation mais en revanche, un partage des biens indivis contractuels en cas d'accord avec les associés et judiciaire en cas de litige.

⇒ **Quant au fonctionnement de la société.**

- **Les rapports entre associés :** Ils sont régis par le contrat de société, ils relèvent de la liberté contractuelle. Si rien n'a été prévu, ce sont les dispositions relatives à la SNC qui vont être appliquées (article 1871-1) ; Les statuts définissent de manière précise les pouvoirs du gérant. Le gérant peut faire tous les actes de gestion conforme à l'intérêt de la société. Les associés bénéficient des prérogatives de droit commun des associés. Ils ne peuvent céder leurs parts sociales qu'avec l'accord unanime des autres associés. Les statuts peuvent déroger à cette règle.
- **Les apports avec les tiers :** Comme la société n'a pas de personnalité juridique, les rapports entre la société et les tiers sont compliqués. L'associé ou gérant désigné par les associés agira en son nom personnel et sera le seul engagé à l'égard des tiers (article 1872-1, al.1). Lorsqu'un acte a été passé par le gérant, les tiers ne peuvent réclamer le remboursement à d'autres associés.
- **Société créée de fait :**

La société créée de fait est une société qui a fonctionné sans formalités ni volonté affirmée des associés. Elle se distingue de société de fait qui a été voulue mais dont la constitution a été entachée de vice qui a entraîné l'annulation. Exemple de société créée de fait : société créée entre concubins qui exploitent ensemble un fonds de commerce dont l'un des concubins est propriétaire.

La société créée de fait comme la société en participation n'est finalement qu'un simple contrat de société. Ce sont les mêmes règles que celles régissant les sociétés en participation qui vont s'appliquer.

La preuve de l'existence de ces sociétés peut être rapportée par tout moyen. En la matière, on déroge à l'exigence d'un écrit de l'article 1341 du code civil.

Elle est également dénuée de personne morale, mais à la différence de la SEP, ce n'est pas le fruit d'un acte volontaire du refus de l'immatriculation mais le fruit d'une situation de fait. La société créée de fait est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées comme en fait comme des associés mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société.

La **société créée de fait** est différente de **société de fait**. La société de fait, est également, dénuée de personne morale. C'est une société qui a existé, qui a été immatriculée mais qui est entachée d'un vice de constitution entraînant la nullité de la société (pour l'avenir).

Pour le passé elle est de fait. Depuis la loi du 04/01/1978 les articles du code civil relatifs à la SEP sont également applicables à la société créée de fait. Autrement dit, le régime juridique de SCF est identique à celui des SEP.

Elle est généralement constatée pour les besoins de la liquidation (le concubinage)

A l'égard des tiers, pour reconnaître l'existence d'une société créée de fait, les magistrats recherchent si les éléments du contrat de société ont été réunis.- Apports des associés.

- Participation aux bénéfices et aux pertes.
- Affectio societatis.

La preuve de ces différents éléments peut être faite par tout moyen et l'apparence est un critère essentiel (com., 03/11/1988 ; revue société 1990, page 242 où la cour de cassation indique que « *si l'existence d'une société créée de fait exige la réunion des éléments constitutifs de toute société, l'apparence d'une telle société s'apprécie globalement indépendamment de la révélation de ces divers éléments* »).

§4 : Sociétés faisant ou non publiquement appel à l'épargne.

Le développement des activités de la société peut la conduire à se faire financer par l'émission des titres. La société faisant appel à l'épargne est soumise à une réglementation stricte dans le but de protéger les épargnants. Ces sociétés sont soumises au contrôle d'AMF (Agence de contrôle de marché financier). L'article L 411 -1 du code monétaire et financier a posé deux critères.

Une société fait appel public à l'épargne soit :

- S'il émet des instruments financiers cotés et admis par le règlement financier.
- S'il émet ou cède des instruments financiers en ayant recours à la publicité, au démarchage, à des établissements de crédits ou à des prestataires de financement d'investissement.

L'article 1841 du code de commerce dispose par ailleurs : *qu'une société ne peut faire publiquement à l'épargne s'elle n'y est pas autorisée par la loi.*

A cet égard, le législateur s'est fondé sur la forme sociale pour définir si une société peut ou non faire appel à l'épargne. Ainsi, seules les SA et SCA peuvent faire appel public à l'épargne.

CHAPITRE 2 : LES SOCIETES COMMERCIALES A RISQUE LIMITE - **L'EXEMPLE DE LA SARL**

On estime que deux tiers (2/3) des sociétés immatriculées sont des SARL.

- La SARL permet de limiter la responsabilité des associés.
- Elle permet d'éviter l'intuition grâce aux règles encadrant la cession des parts.

Elle est constituée entre les associés qui n'ont pas la qualité de commerçant et ils ne sont pas responsables que dans la limite de leurs apports.

C'est une société de nature hybride dans la mesure où elle est tout autant une société de personne qu'une société de capitaux.

Section 1 : Droit commun de SARL

§1 : Les règles spécifiques à l'existence de SARL

A. La constitution de SARL

Certaines activités ne peuvent être exercées sous la forme de SARL. L'article L 2233-1 du code de commerce dispose que des sociétés d'assurances, de capitaux, d'épargne ne peuvent adopter la forme d'une société SARL. En dehors de ces cas, la SARL peut être constituée.

1. Conditions de fonds.

- *Les conditions de fonds relatives aux associés :*

- ⇒ La SARL peut ne comporter qu'un seul associé. A la différence des autres sociétés commerciales, on a fixé un nombre maximum des associés qui est fixé à 100 personnes et un nombre minimum des associés fixé à 2 personnes. L'article L 223 -3 du code de commerce.
- ⇒ Les associés doivent transformer la SARL en EURL si le nombre tombe à un associé et en SA si les associés dépassent le nombre de 100.
- ⇒ Les associés de SARL ne deviennent pas commerçants de sorte que la SARL est ouverte à tous sans conditions particulières tenant à la capacité. Donc un mineur peut être associé.

- *Les conditions de fonds relatives au capital :*

- ⇒ Quand au capital, il était au départ fixé à 3050 euros, il est passé à 7500 euros par la suite et depuis la loi du 01/08/2003, le capital minimum est de 1 euro
- ⇒ Le capital est divisé en parts sociales dont la valeur minimale est fixée par les statuts.
- ⇒ La libération d'apports en numéraire se fait à raison d'un 1/5 immédiatement et les 4/5 restant doivent être libérés dans les 5 années qui suivent.
- ⇒ Le Capital peut être composé d'apports en nature dont l'évaluation doit être soumise à un commissaire aux comptes étant entendu que les associés sont solidairement responsables pendant 5 ans à l'égard des tiers de la valeur qu'ils attribuent aux apports en nature. Les apports en nature doivent être intégralement et immédiatement libérés.
- ⇒ Depuis la loi du 15/05/2001, le capital peut être composé d'apports en industrie

2. Les conditions de forme.

Autres les mentions habituelles exigées lors de la constitution de toute société, les statuts de SARL doivent comporter l'indication de la répartition des parts sociales entre associés (L'article L223-7).

De plus, deux formalités supplémentaires doivent être opérées dans la SARL

- Obligation de dépôt de fonds
- Intervention de commissaires aux apports.

i) ***Obligation de dépôt de fonds***

Lorsque les associés font apport en numéraire, ces sommes doivent être déposées, dans les huit jours, à la caisse de consignation, chez le notaire ou à la banque pour le compte de la société en formation.

Il s'agit d'une mesure de défiance en l'endroit des fondateurs car ils ne peuvent conserver les fonds versés par les associés car ils sont indisponibles. Ces fonds ne peuvent être retirés que par le mandataire de la société après immatriculation.

Si la société n'a pas été immatriculée dans le 6 mois suivant le dépôt des fonds, l'apporteur pourra demander les fonds versés.

ii) ***Intervention de commissaires aux apports***

Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature, l'évaluation opérée par le commissaire aux apports qui fera un rapport annexé aux statuts.

Ce commissaire est choisi parmi les commissaires aux comptes ou les commissaires attachés au tribunal de commerce et il est désigné à l'unanimité des futurs associés.

A défaut d'accord des associés, il sera désigné par l'ordonnance du tribunal de commerce à la requête de l'associé.

Par exception, le commissaire aux apports n'a pas à intervenir si aucun apport en nature n'est évalué à plus de 7.500 euros et que la valeur des apports en nature n'excède pas $\frac{1}{2}$ du capital (L223-9 cc)

B. La dissolution de la SARL

La SARL n'est pas une société des personnes. Par conséquent, le sort de la société est indépendant des événements pouvant affecter la personne des associés. Ainsi, la SARL n'est pas dissoute par l'incapacité, par la liquidation, faillite d'un associé ou son interdiction à conduire des affaires.

De plus, la SARL n'est pas dissoute par le décès d'un associé à moins que les statuts ne prévoient le contraire ;

La dissolution est encourue quand le nombre des associés dépassent 100. La situation doit être réglée dans un délais d'un an en transformant en SA. Si on ne régularise pas la société, la société sera dissoute de plein droit (L 223-3).

La société est menacée de dissolution en cas de perte de plus de $\frac{1}{2}$ du capital (L 243-1). Si du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres sont devenus inférieurs à $\frac{1}{2}$ du capital social. Les associés décident dans les 4 mois suivant l'approbation des comptes qui ont fait apparaître des pertes s'il y a lieu de dissoudre la société. Si les associés n'ont pas voté la dissolution, la situation doit être régularisée dans deux ans. A défaut, tout intéressé pourra demander la dissolution de la société.

§2 : Le fonctionnement de la SARL.

A. Les associés de la SARL.

Les associés de la SARL n'ont aucune obligation envers les tiers. Les associés ont tout au plus des obligations envers la société si leurs apports n'ont pas été libérés intégralement.

La qualité d'associé confère les droits de nature pécuniaire et politique.

1. Les droits pécuniaires des associés.

Comme tous les associés, les associés de SARL ont vocation de profiter des bénéfices à recevoir en dividende. Les associés sont titulaires de parts sociales représentant la valeur patrimoniale. Les conditions de cession et de transmission doivent être précises.

a). La cession.

La cession des parts entre vifs peut être subordonnée à un agrément dont le principe et la modalité varient selon la personne cessionnaire.

- *Lorsque les parts sont cédées à un tiers étranger.*

Article L 223-14 du code de commerce impose que les associés consentent à la cession des parts sociales. Ce consentement doit être donné par la majorité des associés représentant au moins $\frac{1}{2}$ des associés ; C'est donc une double majorité exigée (par tête et par capital).

Le cédant va participer au projet de cession. Les statuts peuvent prévoir une majorité plus forte.

- *Lorsque les parts sont cédées au conjoint, à un ascendant ou à un descendant.*

Les parts sont librement cessibles (L 223-13). Cette règle n'est pas toute fois d'ordre public. Les statuts peuvent imposer une procédure d'agrément dans cette hypothèse dans les m[^]mes conditions que lorsque les parts sont cédées à un tiers.

- *Lorsque les parts sont cédées à un coassocié.*

Les parts sont librement cessibles (L 223-16). Les statuts peuvent déroger à cette règle en prévoyant une procédure d'agrément dans les mêmes conditions que pour cession à un tiers.

Lorsque un agrément est exigé, l'associé cédant doit procéder à la notification du projet de cession à la société ainsi que à chaque associé par acte huissier ou lettre recommandée. La décision sur l'agrément doit intervenir dans un délai de 3 mois à compter de dernière notification. Ce délai peut toute fois être abrégé lorsque la procédure est imposée par les statuts.

A l'expiration de ce délai, si la société n'a pas fait connaître sa décision, l'agrément est réputé acquise. Si la société refuse l'agrément, l'associé n'est pas prisonnier de la société. Il bénéficie d'un droit au rachat de ses parts sociales à condition qu'il détienne ses parts pendant deux ans. Ce délai est cependant écarté lorsque la cession consiste en une donation à un conjoint ; à un descendant ; soit à ascendant.

La société doit faire procéder au rachat des parts de l'associé dans un délai de 3 mois à compter du refus d'agrément. A défaut de rachat dans ce délai, l'associé peut procéder à la cession projetée en dépit de refus.

⇒ **Modalités de rachat**

- un associé ou un tiers agréé par les associés peut réaliser l'acquisition des parts sociales.
- A défaut, la société elle-même procédera au rachat des parts en déduisant son capital social. Le prix de rachat des parts sera déterminé par un expert (article 1843 du cc).
- Si l'agrément est accordé, la cession des parts est réalisée, un écrit devra être dressé et la cession devra être signifié à la société pour lui être opposable. Pour rendre la cession opposable à la société, la signification supposant un acte d'huissier peut être remplacé par le dépôt d'un acte original de l'acte au siège social.
- La cession des parts devra être publié au RCS pour être opposable aux tiers.

b) **La transmission des parts sociales.**

Les parts de la SARL sont en principe librement transmissibles par voie de succession ; article L223-12. En cas de décès d'un associé, la société n'est pas dissoute, elle continuera avec les héritiers.

Cependant, les statuts de sociétés peuvent écarter les règles qui ne sont pas d'ordre publiques. Les statuts peuvent signifier que le décès d'un associé emportera la dissolution de la société ; ils peuvent également subordonner l'entrée d'héritier dans la société par un procédé d'agrément.

2. **Les droits politiques des associés.**

a) **Droit de vote (adoption des décisions collectives).**

Les décisions arrêtées par la collectivité des associés sont prises en principe lors de la réunion de l'assemblée générale. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que les décisions ou certaines entre elles

seront prises sur une simple consultation écrite. Seule une assemblée générale annuelle sera obligatoire. Elle est appelée à approuver les comptes annuels.

Chaque associé dispose d'un nombre des voix égales au nombre des ses parts. Le déroulement de l'assemblée obéit à certains formalismes. Un procès verbal de délibération devra être obligatoirement établis et signé par le gérant de la société.

- **Les règles applicables.**

⇒ *Les règles concernant les décisions ordinaires.*

Les décisions qui n'affectent pas la modification des statuts doivent être adoptées sur une convocation à la majorité absolue des parts. Aucun quorum n'est imposé. Si la majorité absolue n'est pas obtenue, il peut être procédé à la 2^{ème} convocation et la décision sera prise à la majorité relative.

Il suffira que la décision obtienne la majorité des associés qui se sont exprimés. Les statuts peuvent prévoir des règles plus contraignantes.

⇒ *Les règles concernant les décisions extraordinaires.*

Les décisions extraordinaires conduisant à la modification des statuts sont prises en principe à la majorité de $\frac{3}{4}$ du capital social sans exigence de quorum. L'exemple des décisions concernées :

- La dissolution anticipée de la société ;
- La transformation de la société ;
- L'augmentation du capital ;

Toutefois, il y a des exceptions :

- Le changement de nationalité et l'augmentation des engagements de l'associé supposeront en toute cause un vote unanime.
- L'augmentation du capital lorsqu'elle résulte de l'incorporation des réserves peut être décidée par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales.
- La loi de 02/08/2005 en faveur de PME a introduit une 3^{ème} exception à l'article 223-30 : Pour les SARL constituée après la publication de cette loi (du 04/08/2005), un nouveau régime sera appliqué pour voter la modification ; d'une part, la loi impose un quorum, l'assemblée générale ne délibère valablement que si les associés présents représentent $\frac{1}{4}$ des parts sociales sur 1^{ère} convocation et $\frac{1}{5}$ des parts sociales à la 1^{ème} convocation ; d'autre part, la loi a modifié la majorité exigée qui n'est plus que $\frac{2}{3}$ des parts détenues par les associés présents ou représentés.

Ce dispositif peut régir les SARL créées avant cette loi, mais il faudra l'accord unanime des associés.

b) *Droit à l'information.*

Une information périodique est due aux associés à l'occasion de la convocation de l'assemblée générale annuelle des associés. Certains documents devront leur être transmis.

- Les comptes annuels
- Les rapports de gestions
- Les textes et résolution proposée.

Par ailleurs, les associés de leur propre initiative peuvent prendre connaissance de l'inventaire et poser des questions écrites au gérant. Le gérant doit y répondre à l'assemblée générale.

A tout moment, l'associé peut se faire délivrer la copie des statuts et prendre connaissance des documents sociaux dans une limite de 3 derniers exercices.

L'associé peut deux fois par exercice poser des questions au gérant sur tous faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le gérant doit répondre dans un délai d'un mois.

B. Le gérant de la SARL.

a) Le statut du gérant.

Au sein d'une SARL, le gérant ne peut être qu'une personne physique. Les associés peuvent décider un ou plusieurs gérants parmi les associés ou en dehors de ceux-ci.

Le gérant ne doit pas nécessairement avoir la capacité commerciale mais il ne doit pas également être frappé d'une interdiction de gérer la société commerciale. Le gérant est nommé par les statuts (gérant statutaire) ou par une décision prise ultérieurement ou décision ordinaire.

Il est nommé pour durée de la société sauf clause contraire dans les statuts. Sa révocation peut être invoquée pour juste motif par une décision ordinaire des associés. Sa révocation peut être également décidée par le juge à la demande de tout associé qui invoque une cause légitime.

La rémunération du gérant est facultative. La détermination de cette rémunération résulte des statuts ou décision ultérieure. Le gérant bénéficie de statut du régime des traitements et salaires. Mais le régime social qui lui sera appliqué dépend de sa situation.

Le gérant associé majoritaire sera considéré comme travailleur indépendant.

b) Les pouvoirs des gérants.

Comme tout dirigeant, le gérant dispose du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers et du pouvoir de direction des affaires sociales au sein du groupement. Il sera investi les pouvoirs les plus étendus pour agir dans toutes les circonstances au nom de la société ; article L 223-18 du code de commerce. Ces règles générales comportent de restriction au sein de SARL. Certaines conventions conclues par les dirigeants sont réglementées et autres conventions leur sont interdites.

• Conventions réglementées.

L'article L 223-19 régit deux types de conventions qui relèvent de cet article.

- Convention que la SARL conclut avec son associé ou gérant ou société ou une personne interposée.
- Conventions que la SARL conclut avec une autre société dont l'un des dirigeants ou associés indéfiniment responsable se trouve simultanément être gérant ou associé de la SARL.

Pour ces conventions, des procédures spécifiques s'appliquent à moins que ça soit mis en cause une opération courante entrant dans les activités habituelles ou dans des conditions usuelles consenties avec les tiers. Si ce n'est pas une opération courante (article 223-19 du code de commerce).

Ces nouvelles réglementations doivent être soumises au contrôle de l'assemblée générale. En principe, les associés ne doivent donner qu'une approbation à posteriori. Pour ce faire, les associés devront voter mais les parts du gérant ou associé concerné ne sera pas compté pour le calcul de la majorité.

Par exception, l'autorisation préalable par la société est exigée quand la convention est conclue par un gérant non associé et que la société ne comporte pas des commissaires aux comptes. Si cette procédure n'a pas été suivie ou si la convention n'a pas été approuvée par les associés, la responsabilité civile du gérant ou de l'associé contractant pourra être engagée pour indemniser les associés sur les conséquences préjudiciables résultant de la convention.

- **Conventions qui sont interdites au gérant par l'article L 223-21.**

Certaines conventions ne peuvent être conclues par le gérant. Le champ d'application pour cet article doit être précis quant aux personnes et quant aux conventions.

Les conventions visées sont de 2 types :

- Convention de prêts quelconques soit leurs formes.
- Contrat de cautionnement, contrat assimilé à l'aval.

Par exception, cette interdiction est écartée lorsqu'une société exploite un établissement financier et que l'opération est couramment conclue à des conditions normales.

Quant aux personnes.

L'interdiction vise les conventions conclues par les SARL au profit de ses gérants ou de ses associés, personnes physiques ou représentant des associés (personnes morales) ainsi qu'aux conjoints, aux ascendants et descendants de toutes ces personnes.

La sanction encourue est la nullité de la convention. Cette nullité est d'ordre public et peut être évoquée par tout intéressé et la société ne pourra pas y renoncer. L'annulation pourra être accompagnée des dommages et intérêts. Les sanctions pénales peuvent être aussi encourues si la convention révèle l'abus de biens sociaux.

Section 2 : Les règles propres à l'EURL.

Cette forme de société a été créée par la loi du 11/07/1985 pour permettre les entrepreneurs individuels de limiter les risques de leurs activités et favoriser ainsi la création des entreprises. L'EURL n'est rien d'autre qu'une SARL à un seul associé. Ce n'est pas la seule forme de société avec un seul associé, il y a aussi des SAS.

a) Constitution de la société EURL.

L'EURL fonctionne sur les mêmes modalités que la SARL avec quelques adaptations spécifiques.

Dès l'origine, elle peut être constituée par un associé unique ; elle peut résulter de la réunion de toutes les parts dans les mains d'un seul associé.

A tout moment, l'EURL peut devenir SARL par la seule cession des parts à un nouvel associé. Toute personne physique ou morale peut constituer une EURL. Par exception, une EURL ne peut être associée d'une autre EURL.

Pour la constitution, les mêmes formalités que celles de SARL vont s'appliquer.

b) Le fonctionnement de l'EURL.

Comme la SARL, il y a lieu de distinguer les pouvoirs du gérant et l'associé unique. L'associé unique n'est pas toujours le gérant de la société. Cet associé unique exercera des attributions normalement conférées à la collectivité des associés.

Comme pour les décisions de l'assemblée générale, les décisions de l'associé unique doivent être répertoriées à cet effet dans un registre.

L'associé unique doit approuver les comptes annuels, les conventions conclues avec l'EURL, avec un gérant ou avec lui-même. Dans ce cas, la procédure de l'approbation de la convention se résoudra à une simple mention de convention passée dans un registre.

CHAPITRE III : LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES À RISQUE ILLIMITÉ - EXEMPLE DE SNC.

C'est le type même de société de personne « *l'intuitu personae y est particulièrement présent et confère un rôle essentiel à chacun des associés et un rôle dérisoire au capital* »

Elle a un caractère très ferme dans la mesure où même la cession des parts entre associés nécessite le consentement unanime des associés.

Elle est commerciale par la forme et chacun des associés bénéficie de la qualité de commerçant.

Les associés contrôlent l'arrivée de nouveaux associés. Le fonctionnement permet la discrétion puisque la SNC échappe à l'obligation de publier annuellement les comptes.

Section 1 : La constitution de la SNC.

Les règles de droits communs relatives à la création de la société commerciale se trouvent appliquées. Par exception, les associés doivent avoir la capacité commerciale. La société doit compter deux associés et aucun capital minimum n'est exigé. Les associés peuvent faire des apports en nature, en numéraire ou en industrie.

Section 2 : les associés de la SNC.

§1 : Les droits des associés de la SNC.

A. Les droits pécuniaires.

Les associés ont vocation à profiter des bénéfices de la société. Le régime de leurs parts sociales présente quelques spécificités. Selon l'article L 221-13, les parts sociales ne peuvent pas être cédées qu'avec l'accord de tous les associés.

Il s'agit d'une règle d'ordre public qui ne peut pas être écartée par les statuts.

L'exigence d'un agrément unanime s'applique quelque soit le statut du preneur. A l'absence d'un agrément, l'associé ne peut imposer le rachat de ses droits par les coassociés ou par la société. L'associé est donc prisonnier de la société.

Si l'agrément est obtenu, la cession supposera certaines formalités qui sont les mêmes comme dans l'acquisition dans une SARL.

En cas de décès d'un associé, la société est dissoute. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que la société continuera avec les héritiers.

B. Les droits politiques.

Les associés de SNC prennent part aux décisions collectives qui doivent être prises à l'unanimité des associés. Peu importe que la décision soit pour modifier les statuts ou autre chose, les règles s'appliquent à toutes les décisions.

Toutefois, cette règle de l'unanimité n'est pas absolue car la loi peut l'écarter. Quant à la révocation du gérant non associé, cette révocation pourra être décidée par la majorité par tête.

Les statuts peuvent écarter cette règle d'unanimité pour certaines décisions en prévoyant la majorité par tête ou par capital.

Les associés bénéficient d'un droit à l'information individuelle, à l'information obligatoire à l'assemblée générale convoquée pour approuver les comptes annuels. Ils ont droit à prendre copie de tous les documents établis par la société ou reçus par la société. Ils peuvent poser des questions écrites au gérant et le gérant doit y répondre dans un mois.

S2 : Les obligations des associés.

L'article 221-1 du code de commerce prévoit que les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes de la société. Le créancier peut réclamer le remboursement de sa dette à l'ensemble des associés. L'obligation de la dette pesant sur les associés porte sur l'ensemble du passif peu importe que l'associé soit entré dans la société postérieurement à la dette.

L'associé quittant la société est tenu de toutes les dettes antérieures mais il est déchargé des dettes ultérieures à son départ ;

Les créanciers de la société ne peuvent exercer la poursuite contre les associés qu'à 8 jours après avoir mis en demeure la société.

Lorsque un associé a réglé les dettes de la société, il peut exercer un recours contre les autres associés et chaque associé devra contribuer à la dette dans la proportion définie par les statuts.

L'associé qui entre est tenu non seulement pour l'avenir mais également pour le passé. Cependant, **il y a des clauses de non garantie de passif** : Cessionnaire qui ne veut être tenu que pour l'avenir.

Section 3 : Les gérants de la SNC.

Les gérants de la SNC n'engagent la société que par les actes entrant de l'objet social. Le gérant est désigné par le statut ou par les décisions ultérieures selon les règles définies par les statuts.

Le gérant peut être choisi parmi les associés ou en dehors d'eux. Il peut être une personne physique ou morale contrairement à la SARL. Le gérant est nommé par la décision de la société mais sa révocation peut être décidée par les associés.

- s'il s'agit d'un gérant statutaire associé, il faut une décision unanime des autres associés.
- S'il s'agit d'un gérant non statutaire associé, il peut être révoqué par une décision unanime des autres associés ou à la majorité fixée par les statuts.
- S'il s'agit d'un gérant non associé, il peut être révoqué à la majorité sauf disposition contraire des statuts :
 - La révocation judiciaire pour cause légitime bien que ne soit pas prévu explicitement par la SNC est admise.
 - Si sa révocation est décidée sans juste motif, le gérant pourra obtenir les dommages et intérêts.
 - Lorsque la révocation concerne le gérant statutaire associé, cette révocation pourra conduire à la dissolution de la société. Cette dissolution ne sera écartée que si la continuité de la société est prévue dans cette hypothèse ou si elle est décidée par les autres associés à l'unanimité.
 - Si à la suite de la révocation, la société n'est pas dissoute, le gérant évincé pourra demander de se retirer dans la société et donc imposer le rachat de ses parts.

Section 4 : La vie de la SNC.

Elle se compose essentiellement de deux événements:

1° Les résultats financiers.

Le rapport de gestion et les comptes annuels sont soumis à l'approbation de l'assemblée, dans 6 mois, qui se prononce à l'unanimité, s'il y a des résultats, l'assemblée décide de l'affectation des ces bénéfices. Pas de réserve légale.

En cas de perte elle doit procéder à un apurement en réalisant un actif (vendre l'actif)

2° Le changement d'associé.

Soit la cession a eu lieu entre vif soit elle a eu lieu après transmission après le décès.

a) - Cession entre vifs :

La cession entre vif nécessite l'unanimité ; L 221-13 : « Les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres négociables. Elles ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Toute clause contraire est réputée non écrite. »

On interdit les rachats.

En revanche, la pratique a fait naître une convention, un pacte du nom de **convention de croupier** : « **C'est une convention entre un associé de la SNC qui veut céder ses parts et à qui on refuse ce droit et qui décide de s'entendre avec un tiers en lui offrant ses parts sociales et en lui demandant de partager les bénéfices et les pertes résultant de la détention de ces parts sociales** ».

Le croupier et le cédant s'entende pour partager les droits patrimoniaux attachés aux parts sociales, les droits extrapatrimoniaux ne pouvant pas faire l'objet d'un acte de disposition.

b) - Transmission par décès :

L'art. L 221-15 pose le principe que la SNC prend fin par le décès de l'un des associés.

Toutefois, les statuts peuvent prévoir la continuation de la société en prévoyant le rachat des parts de la personne décédée avec les héritiers eux-mêmes, en cas de clause de continuation avec un bénéficiaire déterminé.

Dans l'hypothèse où l'associé est victime de déchéance, d'incapacité..., la société est dissoute.

Section 5 : La dissolution.

La SNC peut être dissoute dans certaines circonstances :

- Le décès d'un associé entraîne de plein droit la dissolution de SNC. Cette règle n'est pas d'ordre publique, les statuts peuvent prévoir une clause de la continuité de la société à la suite du décès de l'associé.
- La SNC est dissoute lorsque l'un de ses associés est frappé d'une inaptitude constatée ou prononcée d'une décision de justice. La continuité de la société peut être prévue par les statuts et de plus les autres associés peuvent décider à l'unanimité d'écarter la dissolution.
- Si la dissolution n'est pas adoptée, l'associé inapte sera exclu moyennant le paiement de ses parts évaluées par l'expertise.

CHAPITRE IV : LA SOCIETE ANONYME

Section1 : la constitution de la SA

1) : Les conditions de fond.

Le nombre minimum : 7 associés. Il n'y a pas de nombre maximum.

Si on passe en dessous du seuil de 7, il faut transformer la SA en SARL ou en SAS.

Si la société fait appel public à l'épargne, le capital minimum est de 225 000 euros, dans le cas contraire, il est de 37 000 euros.

2) : Les procédures de constitution.

La procédure varie selon que la société fait APE ou non.

a)- La constitution d'une société qui se fait sans appel public à l'épargne.

La rédaction d'un projet de statut.

La souscription au capital minimum (37 000 euros)

La libération des apports qui peut être faite par moitié au moment de la constitution et l'autre moitié dans les 5 années qui suivent. L'opération se fait par versement en compte en banque par une certification du dépositaire. Et puis suivent les inscriptions au greffe, BODACC.

L'immatriculation au greffe du tribunal.

Les apports en industrie ici est possible mais ne peut être représentés par des actions.

b)- La constitution d'une société qui fait appel public à l'épargne.

APE : appel fait par la société au public ou par des intermédiaires qualifiés (les banques)

L 411-1 du code monétaire et financier définit l'APE par « l'admission d'un instrument financier aux négociations sur un marché réglementé ou par l'émission ou la cession d'instrument financier dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit au démarchage, soit à des établissements de crédit »

Instrument financier : action, obligation, valeurs mobilières.....

La rédaction d'un projet de statut.

La préparation d'une annonce qui est publiée au bulletin d'annonces légales

La souscription du capital de 225 000 euros

L'établissement du certificat du dépositaire

L'assemblée générale est convoquée pour constater la souscription du capital, pour adopter les statuts, nommer les administrateurs, désigner les commissaires aux comptes, approuver les actes accomplis le tout aux conditions de majorité de quorum.

Section 2 : les valeurs mobilières de placement (VMP).

C'est un titre coté ou non, issu d'un émetteur et conférant à son détenteur des droits patrimoniaux et éventuellement des droits extrapatrimoniaux. Aujourd'hui on parle d'instrument financier.

Les VMP se composent d'une part d'actions et d'autres part d'obligations. On peut également rencontrer des certificats d'inventaire, des obligations composées, des titres subordonnés.

C'est un titre négociable, sa cession n'obéit à aucun formalisme. C'est un titre mobilier. Donc l'article 2279 du code civil fonctionne. C'est un titre fongible. Jusqu'à la loi du 30/12/81 sur la loi de dématérialisation, ces titres étaient matérialisés par un document et cédaient un titre. Depuis cette loi, les VMP sont représentées par des inscriptions en compte de SICOVAM.

Les VMP se composent en actions et obligations. En action lorsqu'elles représentent une partie du capital. Cette action peut être scindée en un droit patrimonial ou extrapatrimonial. On peut pour une même action supprimer le droit de vote, on peut doubler les dividendes.

On peut pour une même action conférer des droits de vote, pour une même action supprimer le droit de vote, doubler les dividendes. On peut même scinder l'action en deux certificats : certificat d'inventaire (qui pourra être négocié en bourse) et certificat de vote

Les obligations sont des dettes que la société a envers le prêteur. Depuis la loi de 1985 il est possible de rembourser l'obligation en action ORA ou convertir les obligations en actions.

Les obligations émises par la société pourraient être convertibles ou remboursées en action. On pourrait entrer dans le capital. L'objet de la société est moyen de défense anti-OPA.

Les droits aux actions et droits aux obligations = bons de souscription d'action ou d'obligations ; c'est le droit d'achat des actions : les « call » et les « puts » = pouvoir d'achat et de vendre.

Les obligataires sont réunis en masse mais ils n'ont pas de droits.
.Le droit aux actions ou bon de souscription des actions c'est le droit d'acheter les actions.

Section 3 : les organes de gestion de la SA.

Il existe deux types :

La société classique (le conseil d'administration + le président)

La société moins classique (droit allemand) = le conseil de surveillance + le directoire

a)- Le conseil d'administration.

1° La composition du conseil d'administration.

A. Le recrutement des administrateurs

Le CDA se compose d'au moins 3 membres et d'au maximum 18 membres.

Ces membres doivent être au minimum actionnaires.

Ils peuvent être des personnes physiques ou morales auquel cas le représentant légal de la personne morale siège au CDA.

L'âge maximum ne doit pas dépasser 70 ans

Un même administrateur ne peut pas exercer simultanément plus de 5 mandats de sociétés ayant leurs sièges sur le sol français. Un fonctionnaire ne peut être administrateur, officier de justice, une personne déchue d'exercer une activité commerciale.

Un parlementaire ou un membre du gouvernement ne peut pas être administrateur.

B. Nomination -La cessation des fonctions

• Nomination :

Les 1ers administrateurs sont nommés dans les statuts avec une durée maximale de 3 ans et par la suite les actionnaires nomment les administrateurs en assemblée générale pour une durée de vie maximale de 10 ans à défaut de quoi la nomination sera nulle.

Si le nombre d'administrateur devient inférieur au minimum légal, le conseil d'administration est tenu de nommer à titre provisoire des administrateurs en attendant la ratification par l'assemblée générale la plus proche. La convocation de l'assemblée doit être faite immédiatement. Si on ne s'entend pas sur le choix, un administrateur provisoire nommé par une décision de justice tranchera la difficulté.

• Cessation des fonctions :

La cessation peut se faire par des causes naturelles (décès, démission, dépassement de l'âge de 70 ans) mais aussi par révocation.

La révocation se fait ad nutum (au signe de tête) c'est-à-dire sur simple décision des actionnaires sans ordre du jour préalable et sans qu'un motif ne soit nécessaire.. Il s'agit ici d'un principe d'ordre public qui ne souffre d'aucune exception. La raison ad nutum (jurisprudence) est un droit absolu qui ne peut pas être constitutif d'un abus.

La question a été de savoir si cette révocation peut faire l'objet d'un abus. La cour de cassation accepte de dédommager un administrateur lorsque la révocation s'est accompagnée de circonstances vexatoires, injurieuses ou encore lorsqu'elle n'a pas donné lieu à un légitime droit de défense de l'administrateur.

C. Le statut des administrateurs.

C'est un organe de la société. Il doit donc rendre compte de l'accomplissement de ses fonctions et cet accomplissement doit se faire avec diligence, bonne foi et loyauté. (Affaire Cointreau 24/04/1990 chambre commerciale revue des sociétés 91 page 347 qui a consacré au bénéfice des actionnaires un droit individuel à l'information délivrée par le CA, contrôlé par le président du CA.

L'administrateur n'est ni le salarié ni le mandataire contractuel de la société

Il peut comme le gérant cumuler sa qualité d'administrateur avec un contrat de travail à condition que le contrat soit effectif, qu'il corresponde à des fonctions distinctes et qu'il y ait un lien de subordination possible entre l'administrateur et la société.

L'administrateur bénéficie d'une rémunération sous forme de jetons de présence lesquels peuvent être complétés par des rémunérations exceptionnelles pour des missions spéciales confiées à certains d'entre eux.

2° Le fonctionnement du CDA.

Les administrateurs n'agissent pas individuellement mais collectivement en se réunissant en conseil d'administration

A. Condition de réunion du CDA.

Ce sont les statuts qui décident des conditions formelles de réunion étant entendu que c'est généralement à l'initiative du président qui fixe l'ordre du jour que le CDA est convoqué.

La réunion peut se faire au siège social, par vision conférence, voire au téléphone si les statuts le prévoient.

Un quorum doit être réuni pour que le CA puisse délibérer et étant entendu les décisions sont prises à la **majorité des membres présents ou représentés** sauf statuts contraire prévoient une majorité plus forte.

La sanction d'un CDA qui ne répond pas aux règles de convocation de quorum ou de majorité est la nullité de la délibération.

B. Les pouvoirs du CDA.

Ils sont fixés par l'article L225-35 qui dispose que « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre ».

Le CDA n'engage pas la société, il s'exprime collectivement à travers des débats.

Il a également des pouvoirs spéciaux :

- i) il nomme et révoque le président
- ii) il fixe sa rémunération
- iii) il nomme et révoque le directeur général
- iv) il peut nommer les directeurs généraux en fixant leurs pouvoirs sur proposition du directeur général
- v) il prend les mesures nécessaires au bon fonctionnement des assemblées d'actionnaires
- vi) il intervient pour autoriser les cautions avals et garanties données par la sociétés à des tiers. Il donne ce pouvoir en fixant le montant maximum. Si le président dépasse le montant donné, le délai ou ne prend pas l'autorisation l'engagement de la caution est alors inopposable à la société.

- vii) Il joue un rôle dans les conventions réglementées (les conventions interdites conclues par la société et un dirigeant ou un actionnaire détenant au moins 10% directement ou indirectement est nulle si elle porte sur un emprunt..., L225-45). L'article L 225-39 prévoit la procédure : l'intéressé doit informer le CDA, le CDA doit donner son autorisation, l'intéressé ne doit pas participer au vote) ; sinon c'est une nullité relative qui peut être couverte par un vote de l'assemblée générale. Le président avise alors le commissaire aux comptes qui prépare un rapport spécial et qui soumet la convention à l'assemblée. La convention est supportée par le bénéficiaire.

3° Les responsabilités du CDA.

L'article L2256251 prévoit la responsabilité des administrateurs tant envers la société qu'envers les tiers en cas « **d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires qu'en cas de violation des statuts ou enfin en cas de faute commise dans la gestion** » depuis la NRE : « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.* »

4° Le président du CDA.

Il a été un moment donné le PDG et aujourd'hui depuis la loi NRE ; il y a séparation de la fonction de président de celle de Directeur général. Le PCA peut également être PDG s'il cumule de la qualité du PCA et du PDG

a- Le statut du président du CDA.

Il est élu par le CDA parmi ses membres et il doit être une personne physique à peine de nullité
Il est révocable par le CDA ad nutum. Il peut cumuler son mandat avec un travail et il peut être rémunéré par les jetons de présence.

1. **Les pouvoirs du président du CDA.**

L'article L225-51 fixe ses pouvoirs. « Le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale. Il veille au bon fonctionnement des organes de la société et s'assure, en particulier, que les administrateurs sont en mesure de remplir leur mission ». Ce pouvoir permet aux actionnaires de se retourner contre lui.

5* Les organes supplémentaires.

Les censeurs ou les comités d'études ou de direction sont constitués par le conseil d'administration avec des attributions exclusivement consultatives, composés d'administrateurs ou non et qui ont pour but d'aider le conseil d'administration dans sa fonction.

b) - La direction générale de la société.

Selon la loi NRE, la direction générale est distincte de la présidence du CDA et l'article L225-51-1 :
« *La direction générale de la société est assumée, sous sa responsabilité, soit par le président du conseil d'administration, soit par une autre personne physique nommée par le conseil d'administration et portant le titre de directeur général* »

Le conseil doit donc choisir par les conditions fixées par les statuts le mode d'exercice du pouvoir, soit une personne exerce l'activité, soit une personne exerce deux fonctions.

Il appartient au CDA d'exercice du pouvoir.

1° Le statut du directeur général et des directeurs généraux délégués.

A. Le directeur général.

* **Nomination :**

Il est nommé par le CDA il doit être obligatoirement une personne physique.

L'âge limite : 65 ans

On ne peut pas exercer plusieurs fonctions de direction générale sauf exception. Un autre mandat lorsqu'on est dans un groupe de sociétés et pour deux sociétés non cotées.

* **Cessation :**

Cessation par causes classiques et il également est révoqué ad nutum (dans la mesure où on peut révoquer sans juste motif) et en même temps n'est pas ad nutum dans la mesure où la loi dit que

(L225-55 Code de commerce) s'il n'y a pas de juste motif, il y a lieu des dommages et intérêts.

Lorsque le directeur général est en même temps le président du conseil d'administration, on peut le révoquer de deux fonctions sans juste motif et sans dommages et intérêts.

Par ailleurs, le directeur général a une rémunération assimilée à un salaire, il peut donc cumuler sa qualité de directeur avec un contrat étant entendu que l'un relève du droit social et l'autre de sa direction générale.

B. Les directeurs généraux délégués.

Le CDA peut nommer sur proposition du PDG ou DG une ou plusieurs personnes chargées de l'assister. Cette personne doit porter le titre de directeur général délégués ;

article L225-53 : Sur proposition du directeur général, le conseil d'administration peut nommer une ou plusieurs personnes physiques chargées d'assister le directeur général, avec le titre de directeur général délégué.

Les statuts fixent le nombre maximum des directeurs généraux délégués, qui ne peut dépasser cinq.

Le conseil d'administration détermine la rémunération du directeur général et des directeurs généraux délégués.

La limite d'âge est fixée à 65 ans

Le nombre ne doit pas dépasser 5

A l'égard des tiers, il a des pouvoirs identiques à ceux du directeur général (L'article L225-56).

« Ils sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ». L'objet social n'est pas une limitation à l'égard des tiers et les clauses limitatives de pouvoirs ne sont pas opposables à des tiers

Ils sont révocables ad nutum et sans juste motif sur proposition du directeur général.

Les responsabilités sont identiques à celles du directeur général (L225-52 à L225-54)

La loi fixe de manière impérative les attributions de chacun une des organes des sociétés anonymes, car elle est de nature institutionnelle.

Section 4 : les assemblées générales d'actionnaires.

L'assemblée générale d'actionnaires est là pour réunir les actionnaires et pour leur permettre de participer au contrôle plus qu'à la direction de la société.

L'assemblée peut être ordinaire ou extraordinaire, mixte.

a) - L'assemblée générale ordinaire.

Elle doit être obligatoirement réunie au moins une fois par an dans les 6 mois de la clôture de l'exercice sous réserve d'une prolongation judiciaire du délai.

1° Les compétences de l'assemblée générale ordinaire.

- Elle a compétence pour toutes les décisions qui n'entraînent pas une modification des statuts.
- Elle statue sur des questions relatives aux comptes annuels.
- Elle nomme et remplace les administrateurs.
- Elle fixe les jetons de présence alloués aux administrateurs.
- Elle se prononce sur l'émission d'emprunts obligataires.
- Elle approuve les conventions réglementées.
- Elle se prononce sur l'évaluation des biens cédés par un actionnaire à la société et représentant au moins 1/10ème du capital social.

2° Le fonctionnement de l'assemblée générale ordinaire.

A. Les règles de convocation et d'admission.

En principe, la convocation est lancée par le **conseil d'administration** mais elle peut émaner du **commissaire aux comptes** ou d'un **mandataire de justice** mais elle ne peut jamais émaner du président seul ou d'un conseil irrégulièrement composé.

Les formalités de convocation :

L'avis de convocation doit mentionner l'ordre du jour et les résolutions qui doivent être votées. Il n'est pas possible de déroger à l'ordre du jour fixé par la convocation.

La date entre le délais de convocation et l'assemblée doit être d'au minimum de 15 jours.

Toutes les violations des règles fixant l'ordre du jour sont sanctionnées par la nullité de l'assemblée et sont laissées à l'appréciation du tribunal (article L225-104).

Pour l'admission à l'assemblée, tout actionnaire en capital ou en jouissance, en indivision peut participer à l'assemblée sous réserve qu'il justifie de sa qualité d'actionnaire.

Outre les actionnaires, sont présents des membres du CDA et éventuellement des huissiers de justice à la demande des actionnaires mais uniquement **sous l'autorisation du tribunal qui l'accorde en cas de motif grave.**

Les actionnaires qui participent à l'assemblée peuvent voter le jour de l'assemblée ou adresser une procuration pour se faire représenter au conseil et ce n'est possible que pour un autre actionnaire. Depuis la loi NRE, le vote et la participation peuvent se faire par vision conférence.

B. Informations des actionnaires.

C'est un élément crucial. Il faut que l'actionnaire puisse avoir une information précise, exacte et sincère. L'Internet est aujourd'hui le moyen le plus efficace pour les sociétés cotées. La loi offre aux actionnaires des droits précis pour cette information :

- viii) Soit spontanément par accès à tous les documents sociaux dans lesquels vont figurer la liste des actionnaires, l'inventaire, les rémunérations les plus élevées.

- ix) Soit à la demande des actionnaires dans les 5 jours qui précèdent la réunion de tout document utile à la tenue de l'assemblée.
- x) A travers des questions écrites posées aux dirigeants à la veille de l'assemblée (l'actionnaire doit présenter au moins 5%)

Si ces droits sont entravés parce que l'information n'est pas délivrée, non seulement l'assemblée qui suit l'entrave est annulée mais aussi les dirigeants peuvent subir des amendes pénales transformées par la loi NRE en injonction de faire à peine d'astreinte.

C. La tenue de l'assemblée générale ordinaire.

Pour chaque assemblée, une feuille de présence est émargée par les actionnaires présents et les mandataires, laquelle feuille de présence est certifiée conforme par le bureau de l'assemblée composé d'un président et de deux scrutateurs. Le bureau vérifie :

Le quorum qui est égal à $\frac{1}{4}$ des actions ayant le droit de vote ; à défaut de réunir le quorum, une nouvelle assemblée doit être convoquée dans les 6 jours sans qu'aucun quorum ne soit nécessaire.

Les documents et les rapports soumis aux actionnaires doivent être déposés sur le bureau
Les décisions sont prises à la majorité des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

A l'issue de l'assemblée, une fois l'ordre du jour épuisé, un procès verbal est signé par les membres du bureau contenant un résumé fidèle et objectif des débats.

La violation des dispositions portant sur la compétence, le quorum, la majorité entraîne la nullité de l'assemblée générale.

Sur la feuille de présence, s'il n'y a pas de rapport du CA, l'AG est nulle (L235-1 al 2 Code de commerce consacre une nullité obligatoire).

b) - L'assemblée générale extraordinaire.

1° Les compétences de l'assemblée générale extraordinaire.

Elles sont déterminées par l'article L 225-96. « L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions, toutes clauses contraires étant réputées non écrites ». C'est à dire, modification du capital social, de l'objet social, du siège social. Tous ces éléments relèvent de la compétence de l'AG ; avec 3 limites :

- L'AGE ne peut pas modifier les engagements des actionnaires
- L'AGE ne peut pas réduire ou porter atteinte aux droits individuels de actionnaires. Par exemple :
On ne peut exclure un actionnaire de la société, lui réduire ses droits de vote, lui interdire de céder ses actions.....
- L'AGE ne peut pas porter atteinte à l'organisation légale des pouvoirs de la SA

2° Le fonctionnement de l'assemblée générale extraordinaire.

Les règles de convocation sont identiques à celles de l'AGO, également pour l'admission. Seul le changement concerne le quorum qui est d'un $\frac{1}{3}$ des actionnaires présents et représentés ; à défaut si l'assemblée ne représente pas un $\frac{1}{4}$ des actionnaires représentés, il ne peut pas y avoir d'AGO.

La majorité : $\frac{2}{3}$ des voix. Les nullités qui valent pour les AGO valent aussi pour les AGE.

c) - L'assemblée mixte.

C'est une invention de la pratique qui n'est réglementée par aucun texte.

Elle permet de convoquer en une seule fois l'AGE et l'AGO ; résolution par résolution, on fait voter selon le quorum et la majorité de l'un ou de l'autre de l'assemblée, selon que la compétence relève de l'AGO ou de l'AGE.

d) - L'assemblée spéciale.

Elle réunit les titulaires d'actions d'une catégorie déterminée, lesquels associés se réunissent chaque fois qu'une décision de l'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire des actionnaires modifie les droits.

Le quorum est la majorité sont celles de l'AGE.

Cette possibilité est prévue par l'article L 225-99 alinéa 2 du code de commerce

e) - Les incidents de fonctionnement.

Il s'agit des événements de la vie sociale qui peuvent entraîner un blocage au sein de la société que seule l'intervention d'un tiers pourrait résoudre.

1° L'administrateur provisoire.

En cas de crise grave empêchant le fonctionnement normal de la société et selon la jurisprudence « **compromettant les intérêts sociaux** » et par ailleurs qu'il y ait possibilité des redressements de la situation, un administrateur provisoire peut être désigné provisoirement judiciairement à l'initiative d'un dirigeant ou d'un actionnaire mais jamais d'un créancier.

Sa mission va être identique à celle du dirigeant qu'il va remplacer ou alors il aurait des pouvoirs limités et c'est au tribunal de décider l'étendu de ces pouvoirs.

Toutes fois, cet administrateur est toujours provisoire, jamais définitif. Il est là pour trancher la difficulté.

Lorsque les conditions de nomination ne sont pas réunies (conditions tenant au titulaire de l'action comme celles tenant au dysfonctionnement de la société), **on peut faire appel à un contrôleur ou à un observateur de gestion.** C'est une invention prétorienne qui date du 10/01/1972(chambre commerciale) et qui n'est là que pour observer ce qui se passe et non pour résoudre ce qui se passe.

2° Les abus de majorité et de minorité.

L'abus de minorité et l'abus de majorité sont deux concepts prétoriens (d'origine jurisprudentiel) **qui visent à sanctionner un vote minoritaire ou majoritaire considéré comme abusif.**

« *Ce serait abusif, la décision prise contrairement à l'intérêt général et dans l'unique dessin de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité dans l'hypothèse d'un abus de la majorité et inversement dans l'unique dessin de favoriser les membres de la minorité au détriment des membres de la majorité dans l'hypothèse d'un abus de la minorité* ». Ex : Refus de distribuer les dividendes.

La sanction de l'abus de majorité :

Chambre commerciale au 06/06/1990 : arrêt qui sanctionne un abus de majorité par la nullité de la décision ou par dommages et intérêts payés par les actionnaires majoritaires.

Le titulaire de l'action, c'est l'actionnaire minoritaire ou la société.

La sanction de l'abus de minorité :

Arrêt « Vitama » Le 14/01/1992. La décision de la justice va valoir décision de l'assemblée générale. Cet arrêt a donné lieu au revirement de jurisprudence, le 9/03/1993 où la cour de cassation a considéré qu'on pouvait tout au plus désigner un mandataire en cas d'abus de minorité afin de représenter les associés minoritaires à la prochaine assemblée, mandataire qui voterait à la place des actionnaires minoritaires.

Section 5 : Les organes de contrôle.

Au 1^{er} regard de ces organes se situe le commissaire aux comptes.

a) - Le commissaire aux comptes.

La loi NRE a unifié les statuts et les missions dont le régime est inséré au livre 8 du code de commerce. Quand au statut du commissaire aux comptes, nul ne peut être commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste dressée dans le ressort de chaque cour d'appel.

Les commissaires aux comptes sont regroupés au sein de la compagnie nationale des commissaires aux comptes qui regroupent des compagnies régionales présentes dans chaque ressort de la cour d'appel. Toutes les SA doivent avoir au moins un commissaire aux comptes désigné dans les statuts ou en cours de vie par l'assemblée générale et 2 commissaires aux comptes lorsque la société est tenue de constituer des comptes consolidés.

Un ensemble d'incompatibilités générales et spéciales garantissent l'indépendance du commissaire aux comptes dans l'exercice de ses fonctions lesquelles ont une durée de 6 exercices.

Sauf cas de démission, de relever de fonctions pour faute ou empêchement (relevé prononcé par l'autorité judiciaire) et enfin pour récusation pour juste motif, il ne peut être mis fin au mandat du commissaire aux comptes.

Il a une mission générale de contrôle des comptes (régularité, sincérité, fidélité)

Il a une mission générale d'informer les dirigeants sociaux et les actionnaires d'une part, le ministère public et le CE en particulier des faits susceptibles d'être délictueux.

Il a une mission spéciale d'alerte qu'il a l'obligation de déclancher « lorsqu'il découvre des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (article L225-231) »

b) - L'expert de gestion.

L'article L 225-231 offre aux actionnaires minoritaires le droit de demander en justice la désignation d'un expert de gestion chargé de présenter un rapport sur un ou plusieurs opérations de gestion.

La condition d'une telle nomination est de franchir le seuil de 5% du capital social mais le CE et le parquet peuvent demander également une telle expertise.

Sa nomination est le prélude d'une action en responsabilité.

Section 6 : La vie de la Société anonyme :

* L'augmentation de capital.

Le capital social peut faire l'objet de modification qu'il s'agisse d'augmentation ou de réduction.

Cette modification est soumise à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. On augmente le capital pour donner les moyens financiers à la société, d'inventaire, fusionner

Cette augmentation peut se faire par apport en numéraire, par apport en nature, par incorporation des réserves.

1° apports en numéraire.

L'augmentation par apports en numéraire suppose que le capital soit entièrement libéré et ce à peine de nullité de l'augmentation du capital.

Elle se fait par l'émission des VMP (les actions, ORA, OCA, OBSA). Numéraire = argent + compensation en obligation.

Le pouvoir d'émettre ces valeurs mobilières appartient à l'AGE qui cependant peut déléguer ce pouvoir au CDA qui pourra à tout moment convertir les obligations en action.

Toute clause qui conférerait au CDA le pouvoir de décider seul de l'augmentation du capital serait réputée non écrite.

En revanche, l'AGE peut déléguer au CDA les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser une augmentation de capital.

Dans les SA cotées, le CDA peut déléguer au président les pouvoirs nécessaires à la réalisation de l'augmentation du capital

Les actions émises en échange de l'apport en numéraire sont majorées de primes d'émission. La prime d'émission a pour finalité essentielle d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux en compensant l'avantage consenti aux nouveaux actionnaires qui acquièrent des droits sur les réserves déjà constituées ou sur les plus values de l'actif apparent.

Les anciens actionnaires bénéficient d'un droit préférentiel de souscription qui leur permet de sauvegarder la part qu'ils détiennent dans le capital de la société. C'est un droit de souscrire par préférence aux actions nouvelles.

C'est un droit d'ordre public. Il est irréductible. Il a une valeur marchande ; on peut le céder. Seul l'actionnaire lui-même peut renoncer à ce droit à titre individuel.

Lors de l'augmentation de capital, l'AGE qui délibère sur la suppression du droit de souscription n'autorise à prendre part au vote que les actionnaires ne bénéficiant pas de l'augmentation de ce capital. Il arrive que l'augmentation se fasse par incorporation de réserves ; **c'est un virement du compte réserve au compte capital.**

Quand on veut faire entrer dans le capital un actionnaire préférentiel qui a beaucoup des sous, on parle **d'une augmentation de capital réservé**. Dans ce cas, il est demandé aux actionnaires de renoncer à leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible ; Seule l'AGE peut supprimer ce droit et elle le fait après rapport du CA et du commissaire aux comptes et à ce peine de nullité de la délibération.

Valeur mobilière composée : Par exemple Obligation convertible en action. L'exercice de cette faculté de conversion entraîne une augmentation de capital, du montant de l'obligation. Le paiement de l'obligation se fait par une compensation d'action.(augmentation de capital réservé.)

Augmentation de capital avec bon de souscription d'action : C'est une augmentation du capital réservé ; Lorsque le bénéficiaire de l'augmentation du capital réservé est un actionnaire, il ne prend pas part aux votes. L'assemblée qui délibère sur la suppression du DPS n'autorise à prendre part au vote que les autres actionnaires.

* La réduction de capital.

Elle ne doit pas être confondu par l'amortissement des actions qui est le remboursement par anticipation de la valeur nominal des actions sans modification du capital. Cette pratique elle est autorisée sous certaines conditions.

S'agissant de la réduction du capital, la seule obligation est de ne pas aller en dessous du capital minimum légal. On ne peut empêcher une réduction du capital sous prétexte qu'il y a le gage pour les créanciers. Seuls les actionnaires sont maîtres du capital et le seul gage des créanciers (gage obligatoire) **est le capital minimum**.

*Il arrive que le capital soit réduit avec pour ambition de l'augmentation du capital pour permettre à un nouvel actionnaire d'entrer dans la société et si l'augmentation suit la réduction cette réduction peut aller jusqu'en dessous du minimum légal. On parle alors du « **coup d'accordéon** ».*

Ex : J'ai une somme de 100.000 euros à mettre dans une société pour avoir 95 %. La société a déjà un capital de 50.000 euros. Il faut réduire le capital pour que les 100.000 euros corresponde à 95 % du capital.

CHAPITRE V: LA SOCIETE PAR ACTION SIMPLIFIEE

Elle a été introduite par la loi du 03/01/1994.

La grande nouveauté est de donner l'absolue priorité à la liberté contractuelle des associés qui s'expriment dans les statuts de la société.

La loi ne s'applique qu'à titre supplétif (L227-1 alinéa 3 du code de commerce)

Par excellence, la SAS a un caractère contractuel. La caractéristique majeure reste sa souplesse et on peut l'organiser comme on l'entend. L'intuitu personae y est extrêmement présent.

L'intérêt essentiel est de dissocier le contrôle du capital de l'organisation du pouvoir. A l'origine elle était exclusivement réservée aux personnes morales.

Le législateur a décidé le 12/07/1999 d'étendre la SAS aux personnes physiques voire à une personne physique pour la SASU.

Le régime se trouve aux articles L 227-1 à L 227- 19 du code de commerce.

Le régime juridique applicable est celui de la SA

Section 1 : La création de la SAS.

On peut la créer soit : **Ab initio** ou **soit par transformation**

Ab initio : par le fait de plusieurs personnes morales ou de personnes physique voire une personne physique avec un capital minimum de 37 000 euros avec une interdiction : **celle de ne pas faire appel à l'épargne public**.

Par la transformation : elle peut être le fruit du passage d'une SA à une SAS ou le fait d'une SNC à une SAS. (Dans les deux hypothèses il faut l'unanimité des actionnaires pour la transformation).

Dans l'hypothèse de la SNC les engagements passés jusqu'au jour de la transformation restent à la charge des associés de la SNC.

La transformation de la société n'emporte jamais création d'une nouvelle personne morale ; c'est la même personne morale qui continue en changeant de forme.

Section 2 : L'organisation de la SAS.

La seule obligation est qu'il y ait un président ; le seul organe obligatoire. Il peut être une personne morale ou une personne physique, un associé ou non associé.

Il est responsable à l'égard des tiers et représente la société à l'égard des tiers. Il a les pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société (comme pour les SA).

Il est nommé comme on veut.

* La loi prévoit que certaines décisions sont automatiquement soumises aux actionnaires (**les décisions collectives**). Ces décisions doivent être prévues dans les statuts (l'augmentation du capital, la fusion, la scission, la dissolution, les questions relatives aux comptes annuels et à la distribution des bénéfices)

* Tout ce qui touche à la stabilité de l'actionnariat est **soumis à l'unanimité** : la suspension du droit de vote, exclusion de l'actionnaire, l'agrément des droits de souscription.

En dehors de ces situations, on peut fixer le quorum ainsi que la majorité de vote.

Le mode de consultation des actionnaires est libre

On peut créer le type d'actionnaire que l'on veut

Il est possible de prévoir trois types de clauses :

- xi) **Les clauses d'inaliénabilités** : qui obligent les actionnaires à conserver leurs actions pendant une certaine durée. On ne pourra pas céder les actions avant une certaine durée et ce, peine de nullité. La loi prévoit une durée de 10 ans. Ces clauses sont interdites en SA.
- xii) **Les clauses d'agrément** : qui permettent de subordonner la cession d'actions à l'agrément préalable donné par les dirigeants de la société. A peine de nullité.
- xiii) **Les clauses d'exclusion** : qui peuvent contraindre un associé à céder ses actions et à quitter la société pour des raisons qui doivent être dans le **pacte social** (la mésentente ou la faute de gestion)

Ces clauses doivent répondre au droit commun. Quand les SAS est réduite à une personne (SASU), rien ne change, sauf pour les clauses puisque il n'y a qu'une seule personne. La seule spécificité est que la dissolution aura la procédure de liquidation.

Lorsque l'actionnaire unique est une personne morale, la dissolution n'entraîne pas la liquidation de la société. Il y a une TUP (une Transmission Universelle de Patrimoine). Cela signifie que la société va être dissoute et que tout le patrimoine de la fille va aller vers la mère et c'est dans la société mère qu'il va y avoir liquidation.

Tous les créanciers de la fille deviennent alors les créanciers de la mère.

La TUP est une remise en cause de la liberté des actionnaires.