Tous droits réservés

DROIT COMMUN DES SOCIETES

Séance 5 : Les sociétés sans personnalité morale

I. La société en participation 3

A) Éléments de définitions 3

1) *Définition et caractéristiques* 3

2) *Les intérêts pratiques de la société en participation* 5

a) Une société contractuelle 5

b) Une société occulte 5

c) La responsabilité illimitée 6

B) La constitution de la société en participation 6

1) *Le respect des conditions de l'article 1832 du Code civil* 6

a) L'apport 6

b) L'intention de participer aux résultats et l'affectio societatis 7

c) La pluralité d'associés 7

2) *Les conditions auxquelles la société en participation n'est pas soumise* 8

3) *La preuve de la société en participation* 8

C) Le fonctionnement de la société en participation 8

D) La dissolution de la société en participation 9

II. La société créée de fait 10

A) Définition et utilité de la société créée de fait 10

1) *Définition de la société créée de fait* 10

2) *Utilité de la société créée de fait* 11

B) La caractérisation de la société créée de fait 12

1) *Les conditions de reconnaissance de la société créée de fait* 12

2) *La preuve de la société créée de fait* 12

C) Le fonctionnement de la société créée de fait 13

1) Les relations entre associés 13

2) Les relations avec les tiers 13

La société va juridiquement naître lorsqu'elle va acquérir la **personnalité morale** par le biais de l'immatriculation.

Cependant, pour certains groupements, l'existence d'une personnalité morale fait défaut. Il s'agit des sociétés de fait qui regroupent trois situations différentes :

- L'hypothèse où les associés n'ont pas souhaité immatriculer la société et ainsi lui conférer la personnalité morale. Il s'agit alors d'une **société en participation**.

- L'hypothèse où les associés n'ont pas eu conscience de se comporter comme tels ou qu'ils ont refusé de qualifier leur relation de société. La société est alors **dite créée de fait**.

- La dernière hypothèse reste anecdotique et s'appliquait lorsque la législation ne limitait pas les hypothèses de nullité. Pour éviter les désastres économiques liés à l'effacement rétroactif, la doctrine considérait que la société nulle n'avait pas d'existence de droit, mais elle avait eu une existence de fait. La société était alors qualifiée de **société de fait**.

Dans un premier temps, la doctrine considérait que les groupes qui n'avaient pas la personnalité morale étaient sans existence juridique. Mais ce point de vue a évolué et le défaut de personnalité morale ne fait plus cantonner le groupement dans le domaine du seul fait. Un cadre juridique a été établi pour ces hypothèses.

I. La société en participation

A) Éléments de définitions

1) Définition et caractéristiques

La société en participation est constituée par des associés qui ont conscience et volonté de s'engager dans un contrat de société. Il s'agit donc d'une société au sens de l'**article 1832 du Code civil**. Cependant, ils n'ont pas voulu procéder aux formalités d'immatriculation de la société.

Définition : L'article 1871 al. 1er du Code civil dispose que « la société en participation n'est pas une personne morale ».

L'absence de personnalité morale est donc la caractéristique essentielle de la société en participation. Cette absence de personnalité morale entraine un certain nombre de conséquences pratiques :

- La société en participation ne peut établir d'actes juridiques en son nom. Les actes accomplis au nom d'une société en participation sont donc considérés comme nuls (nullité absolue).

- La société en participation ne peut ester en justice. Le défaut de personnalité constitue un défaut de capacité d'ester en justice en vertu de l'**article 117 du Code de procédure civile** (**Cass. Civ. 2ème, 26 mars 1997, n° 94-15.528, Bull. Civ. II, n°96**).

- La société en participation est dépourvue de raison, de dénomination sociale, de siège social et de nationalité.

- La société en participation n'a pas de limite quant à sa durée de vie (99 ans pour les autres sociétés).

La société en participation présente la caractéristique de voir sa nature civile ou commerciale déterminée en fonction de l'activité qu'elle exerce. La société en participation est donc en mesure d'exercer tout type d'activité. C'est l'objet de la société en participation qu'il convient de prendre en considération pour déterminer sa nature et la réglementation qui lui est applicable (**Cass. Com., 24 sept. 2002, n° 99-10.921**).

2) *Les intérêts pratiques de la société en participation*

a) Une société contractuelle

Définition : L'article 1871 al. 2 du Code civil dispose que les participants « conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions » de la société en participation.

Le principe est donc celui de la **liberté contractuelle**. Ce principe est complété par l'application supplétive, dans les rapports entre associés des dispositions applicables aux sociétés civiles ou aux sociétés en nom collectif selon l'objet civil ou commercial de la société.

Exceptions : L'**article 1871 al.2 du Code civil** pose tout de même une liste de dispositions qui doivent être respectées par les participants (notamment sur le contrat de société).

b) Une société occulte

La société en participation ne procède pas aux formalités d'immatriculation. Elle peut donc être tenue secrète à l'égard des tiers. C'est aux participants que revient le choix de révéler l'existence de la société au tiers ou de lui conserver son caractère occulte. Une exception existe : la loi fait obligation aux participants de révéler la société lorsqu'il s'agit d'une profession libérale.

Ce caractère occulte de la société se manifeste essentiellement quant à ses financements ou quant à la coopération entre les différents membres.

Exemple : la question des **conventions de croupier**. L'associé d'une société, dit le cavalier va « prendre sous sa croupe », une autre personne, dit le croupier. Ils vont ensemble partager les bénéfices et les pertes résultant de la détention des parts sociales. Cependant, seul le cavalier reste titulaire des droits sociaux (il ne les cède pas au croupier). Par ailleurs, le croupier va s'engager à exécuter une prestation, généralement le paiement d'une somme d'argent. Cette convention présente un intérêt lorsque le cavalier

> ne peut pas céder ses titres (par exemple, s'il ne peut obtenir l'agrément de ses coassociés). La convention de croupier a été analysée par la jurisprudence en une société en participation (**Cass. Com., 15 déc. 1998, n° 97-15.897, Bull. civ. IV, n° 299**).

c) La responsabilité illimitée

Les dettes nées dans le cadre de l'activité sociale prennent naissance dans le patrimoine des participants de sorte que ces derniers sont tenus solidairement et indéfiniment des dettes contractées pour l'exploitation de l'activité.

B) La constitution de la société en participation

1) Le respect des conditions de l'article 1832 du Code civil

Outre les éléments propres au droit contractuel visés à l'**article 1128 du Code civil** (capacité, consentement, contenu licite et certain), la société en participation, comme toute société, doit respecter les exigences de l'**article 1832 du Code civil**.

a) L'apport

L'**article 1871 al. 2 du Code civil** opère un renvoi à l'**article 1832 du Code civil** et impose l'exigence d'un apport. La société en participation pour laquelle la condition d'apport fait défaut est nulle (**Cass. Com., 7 juill. 1953, n° 91-12.368, Bull. civ. III, n°254**).

Cependant, en l'absence de personnalité morale, se pose la question du statut du bien apporté. L'**article 1872 du Code civil** envisage 3 possibilités :

- L'apporteur conserve la propriété du bien apporté : l'apporteur demeure alors, à l'égard des tiers le seul propriétaire du bien.

Attention : L'apport réalisé n'est pas nécessairement un apport en jouissance. On pourrait le déduire du fait que l'apporteur reste propriétaire, mais cette règle ne vaut qu'à l'égard des tiers de sorte que dans les relations entre participants, il peut être admis que l'un apporte en propriété un bien.

À retenir : Un apport assez récurrent en matière de société en participation est « l'apport en crédit ». Il consiste pour l'apporteur à régler les dettes de la société en participation directement aux créanciers.

- Apport par mise en indivision : il s'agit d'une mise en indivision entre les associés. On applique le régime de droit commun de l'indivision.

- Apport par transfert des biens apportés dans le patrimoine d'un autre associé : ce type d'apport est utilisé lorsqu'il s'agit de biens fongibles ou consomptibles qui sont utilisés par un participant autre que l'apporteur. On appliquera les règles relatives à la cession du bien.

b) L'intention de participer aux résultats et l'affectio societatis

Ce sont les deux autres conditions spéciales nécessaires à la reconnaissance d'un contrat de société. Ces dernières doivent également être démontrées dans le cadre d'une société en participation, mais ne font pas l'objet de difficultés majeures.

c) La pluralité d'associés

L'**article 1832 al. 2 du Code civil** impose la pluralité d'associés lors de la création d'une société. Il poursuit en posant un certain nombre d'exceptions légales. Or, la société en participation ne fait pas partie de ces exceptions et comme elle résulte d'un contrat, la condition de pluralité d'associés doit s'appliquer.

Aucune exigence particulière n'est posée quant à la qualité des associés. Il peut s'agir de personnes physiques, morales, mineures, majeures…

2) Les conditions auxquelles la société en participation n'est pas soumise

La société en participation n'est d'abord pas soumise à une limite quant à sa durée de vie.

Ensuite, l'**article 1835 du Code civil** qui impose la rédaction de statuts n'est pas applicable au cas des sociétés en participation. La société en participation bien que reposant sur un contrat peut être constituée et caractérisée par un simple accord des volontés.

3) La preuve de la société en participation

Définition : L'article 1871 al. 1 du Code civil dispose que la société en participation « peut être prouvée par tous moyens ».

Il appartient à celui qui invoque l'existence d'une société en participation de rapporter la preuve des éléments constitutifs (**Cass. Com., 15 juill. 1969, n° 86-12.272, Bull. civ. IV, n° 271**).

Les juges du fond ont compétence pour apprécier souverainement l'existence des éléments constitutifs de la société en participation (**Cass. Com., 11 juill. 1966, Bull. civ. III, n°353**).

C) Le fonctionnement de la société en participation

Les participants d'une société en participant disposent dans leurs rapports ainsi que dans les rapports à l'égard du gérant de tous les droits reconnus aux associés des sociétés immatriculées : droit de participer aux décisions collectives, droit de vote, droit à l'information, droit à la répartition des bénéfices, droit de contrôle et de gestion de la société, droit de sortir de la société (possibilité de prévoir dans les statuts un droit de retrait), droit de cession des droits sociaux (**Cass. Com., 15 mai 2012, n° 11-30.192**).

En cas de défaut d'exécution, les associés peuvent agir et demander l'exécution de leur contrat de société en participation.

Quelques particularités de la société en participation :

- Pour la participation aux décisions collectives, les règles de quorum et de majorité sont fixées dans les statuts de la société par application du principe de liberté contractuelle.

- En matière de cession de droits sociaux, la société en participation présente une certaine particularité : les droits cédés ne sont pas ceux sur une personne morale, mais ceux détenus contre les différents associés de la société en participation. La cession des droits sociaux est généralement réglementée par les statuts de la société. À défaut d'indications particulières sont appliquées les règles des sociétés civiles et des sociétés en nom collectif à titre supplétif. Il est possible de prévoir une condition d'agrément, mais cette procédure n'est pas obligatoire dans ce type de sociétés, il s'agit d'une simple option.

- L'organisation de la société en participation est librement convenue dans les statuts tel est le cas notamment dans la détermination des gérants.

- Concernant la responsabilité des associés à l'égard des tiers, l'**article 1872-1 du Code civil** dispose que « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ».

- Concernant l'évolution de la société en participation : cette société peut être amenée à se doter d'une personnalité morale et à devenir une SARL ou une SAS comme c'est souvent le cas. Cependant, cette transformation implique dans un premier temps la dissolution de la société en participation puis la création d'une nouvelle société.

D) La dissolution de la société en participation

L'**article 1872-2 du Code civil** traite de la dissolution de la société en participation. Outre cette disposition, ce sont les statuts de la société qui règlent cette question.

Les causes de dissolution de la société en participation sont celles du droit général des sociétés. Cependant, l'**article 1872-2 du Code civil** pose un cas supplémentaire de dissolution : la dissolution de la société en participation à durée indéterminée peut résulter à tout moment de la notification adressée par un associé à tous les autres, à condition que cette demande soit de bonne foi et ne soit pas faite à contretemps.

II. La société créée de fait

Dans le cadre d'une société créée de fait, les participants se comportent comme des associés, mais nient cette qualité ou la refusent.

Les difficultés posées par la société créée de fait résultent de son absence de réglementation. L'**article 1873 du Code civil** renvoie aux dispositions applicables aux sociétés en participation, mais ne donne pas de définition ou de règles particulières.

A) Définition et utilité de la société créée de fait

1) Définition de la société créée de fait

Définition : La société créée de fait se définit comme la « société résultant du comportement de personnes qui ont participé ensemble à une œuvre économique commune dont elles ont partagé les profits et supporté les pertes, et se sont en définitive conduites comme des associés sans en avoir pleine conscience et, par conséquent sans avoir entrepris les démarches nécessaires à la constitution d'une société » (Répertoire Dalloz, Société créée de fait).

Tout comme la société en participation, la société créée de fait se caractérise par son absence de personnalité morale.

La société créée de fait doit être distinguée d'autres formes juridiques :

- La société en participation : la société créée de fait se distingue, car les associés n'ont jamais eu l'intention d'être liés par un contrat de société.

- La société en formation : la différence résulte du fait que dans le cadre de la société en formation, des démarches en vue de l'immatriculation ont été effectuées.

- La société en liquidation : lorsqu'une société est en liquidation, la personnalité morale se maintient pour les besoins de la liquidation. Quid d'une société qui va au-delà des activités liées à la liquidation ? Elle sera considérée comme une société de fait (sans personnalité morale), mais elle se distingue de la société créée de fait par le fait que la première a eu la personnalité morale pendant un certain laps de temps.

2) Utilité de la société créée de fait

La société créée de fait intervient régulièrement dans les relations familiales. Par exemple, l'existence d'une société créée de fait entre concubins (**Cass. Civ. 1re, 29 avr. 2005, n° 01-17.226**) ou entre époux.

Question : Quels sont les intérêts de révéler une société créée de fait ?

- Pour un associé : Un associé, généralement un concubin ou un époux marié sous le régime de la séparation de biens, va demander la reconnaissance d'une société créée de fait en raison de son absence de protection par le droit de la famille. La reconnaissance d'une société créée de fait va lui permettre d'obtenir une compensation financière.

- Pour un créancier : Il peut s'agir d'un créancier personnel à un des coassociés qui demande la reconnaissance de la société en participation si son débiteur est insolvable. En effet, si la société créée de fait a un objet commercial, les tiers peuvent actionner en paiement n'importe quel associé.

B) La caractérisation de la société créée de fait

1) Les conditions de reconnaissance de la société créée de fait

Sur la constitution de la société créée de fait, un renvoi est opéré vers les règles de la société en participation, qui elles-mêmes renvoient aux conditions générales du contrat de société.

Plusieurs éléments doivent être prouvés :

- Le respect des règles contractuelles visées à l'**article 1128 du Code civil.**
- L'existence d'un affectio societatis
- La réalisation d'un apport
- L'intention de participer aux résultats
- La pluralité d'associé

À l'inverse, des conditions négatives doivent être démontrées :

- L'absence de personnalité morale
- Le refus ou la négation de la qualité d'associé
- L'absence de causes de nullité

Si ces éléments sont établis, la société créée de fait sera démontrée.

2) La preuve de la société créée de fait

> À retenir : **La simple caractérisation de la société créée de fait ne suffit pas, elle doit être prouvée. Le principe est celui de la liberté de la preuve, mais le degré d'exigences quant aux preuves varie en fonction de la personne qui l'invoque.**

- La demande de reconnaissance par un associé : Il doit prouver que tous les éléments du contrat de société sont établis. Les tribunaux insistent surtout sur l'affectio societatis et la participation aux résultats.

- La demande de reconnaissance par un tiers : Il doit prouver l'existence d'une apparence de société.

C) Le fonctionnement de la société créée de fait

1) Les relations entre associés

> À retenir : **Le principe est celui de la libre organisation (car la société créée de fait est soumise au régime de la société en participation). Les participants à la société créée de fait ont les mêmes droits que les associés d'une société dotée d'une personnalité morale. Chacun peut demander de son coassocié l'exécution de ses obligations.**

Chaque associé a le droit de céder la participation qu'il détient dans la société créée de fait (**Cass. Com., 22 mars 1988, n° 86-17.052**).

2) Les relations avec les tiers

Concernant une dette personnelle à un des associés : Le créancier d'un des participants à la société créée de fait va pouvoir poursuivre tous les associés de cette société.

Concernant une dette sociale : Les associés de fait se retrouvent codébiteurs des engagements sociaux et sont tenus sur l'intégralité de leur patrimoine. Par ailleurs, si la société a un objet commercial, l'engagement des associés de fait est solidaire (**Cass. Com., 11 juill. 1988, n° 86-13.759**).