Tous droits réservés

DROIT COMMUN DES SOCIETES

Séance 2 : Les conditions spéciales du contrat de société

I. L'affectio societatis 2

A) Les fonctions de l'affectio societatis 2

1) *La caractérisation de certaines formes sociales* 2

2) *La délimitation entre le contrat de société et des contrats voisins* 3

B) La définition de l'affectio societatis 3

C) La sanction du défaut d'affectio societatis 4

II. Les apports 5

A) Les fonctions de l'apport 5

1) *La fonction de l'apport vis-à-vis des associés* 5

2) *La fonction de l'apport vis-à-vis de la société* 5

3) *La fonction de l'apport vis-à-vis des tiers* 6

B) Les types d'apports 6

1) *Les apports en numéraire* 6

2) *Les apports en nature* 7

3) *L'apport en industrie* 7

III. La participation aux résultats 8

A) Le partage des bénéfices 8

B) La contribution aux pertes 9

C) La répartition inégalitaire 9

Outre les conditions générales du droit des contrats, le contrat de société doit répondre à des exigences spéciales, propres à la matière sociale.

I. L'*affectio societatis*

A) Les fonctions de l'*affectio societatis*

Définition : L'*affectio societatis* se définit traditionnellement comme « l'intention de s'associer ». Pour qu'il y ait contrat de société, les associés doivent pouvoir démontrer la volonté d'être unis dans un lien social.

La détermination de l'affectio societatis présente deux intérêts majeurs.

1) La caractérisation de certaines formes sociales

L'affectio societatis servait, dans un premier temps, à déterminer l'existence même d'une société. En effet, lorsqu'il était impossible de créer une société à associé unique, certains n'hésitaient pas à donner leur consentement au contrat de société dans le but d'aider un ami. Il n'y avait alors pas de société en raison de l'absence d'affectio societatis de l'associé. Cette problématique a disparu depuis l'instauration des sociétés à associé unique.

L'affectio societatis permet d'abord de caractériser l'existence de certains types de sociétés :

- Les sociétés fictives : elles se caractérisent par l'absence d'affectio societatis.
- Les sociétés en participation (**Séance 5**) : il s'agit de sociétés non immatriculées. Pour les déterminer, il faut donc prouver la volonté de s'associer des participants.
- Les sociétés créées de fait (**Séance 5**) : il s'agit de sociétés non immatriculées où les participants n'ont même pas eu conscience de s'associer. Les juges les caractériseront s'il est possible de prouver la volonté de participer ensemble à la marche commune d'une entreprise économique.

2) *La délimitation entre le contrat de société et des contrats voisins*

L'affectio societatis permet également de tracer la frontière entre le contrat de société et des notions voisines.

Trois situations ont pu se poser dans la jurisprudence :

- La distinction du contrat de société et du contrat de prêt : la question s'est posée dans le cadre du contrat de prêt où le préteur est rémunéré par un intérêt variable en fonction du bénéfice. En effet, outre les conditions générales du droit des contrats, on retrouve bien la condition d'apport (apport d'argent = apport en numéraire) et la condition de participation aux résultats (la rémunération du prêteur varie en fonction des résultats de la société). Cependant, à défaut d'affectio societatis de la part du prêteur, on ne peut caractériser un contrat de société. V. en ce sens **Cass. Com., 24 sept. 2003, n° 99-20.291**.

- La distinction du contrat de société et du contrat de travail : une question similaire s'est posée dans le cadre d'un contrat de travail avec participation aux résultats. On retrouve l'idée d'un apport (travail = apport en industrie) et d'une participation aux résultats. Mais, en raison de l'absence d'affectio societatis chez l'employé, il ne peut y avoir contrat de société.

- La distinction du contrat de société et d'une donation : pour échapper à la réglementation fiscale, il a pu être tentant de créer une société pour masquer une donation (**Cass. Com., 15 mai 2007, n° 06-14.262**).

L'affectio societatis est donc nécessaire pour déterminer l'existence d'une société réelle. Cependant, sa caractérisation est complexe en raison d'une définition floue.

B) La définition de l'affectio societatis

L'**article 1832 du Code civil** ne définit pas la notion d'*affectio societatis*. C'est donc à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de l'élaborer.

Cette notion fut, dans un premier temps, définie comme « l'intention de s'associer ». Cependant, une telle définition n'était pas satisfaisante en raison de son caractère redondant avec l'exigence d'un consentement réel et non vicié.

Dans un second temps, la jurisprudence a défini l'affectio societatis comme « une collaboration effective, dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité ».

Cependant, cette définition trop rigide ne permet pas d'épouser toutes les situations contentieuses qui se présentent.

La jurisprudence a donc opté pour une approche fonctionnelle de la notion où la caractérisation se fait au cas par cas. Par exemple, l'*affectio societatis* a pu être défini comme « la volonté d'union et d'acceptation d'aléas communs » (**Cass. Com., 19 fév. 1991, n° 89-16.590**). Néanmoins, ressort toujours l'idée d'une action de concert dans le but de réalisation de l'objet social et le tout sans lien de subordination.

C) La sanction du défaut d'affectio societatis

Lorsque l'affectio societatis fait défaut dès la constitution de la société, il n'a pas pu y avoir de structure sociale, de sorte qu'il s'agit d'une cause de nullité (**Séance 4**).

Question : Quid de l'hypothèse où l'affectio societatis a existé à l'origine, mais a, par la suite, disparu ?

La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une hypothèse de dissolution à la condition que la perte d'affectio societatis entraine également une paralysie de la société (**Cass. Civ. 3ème, 16 mars 2011, n° 10-15.459**).

Attention : Il convient donc, pour obtenir la dissolution, de prouver la perte de l'affectio societatis ainsi que la paralysie de la société. Le second élément ne peut se déduire du premier.

II. Les apports

L'exigence d'apport se retrouve à l'**article 1832 du Code civil**.

Il s'agit de la mise en commun des associés lors de la constitution de la société. Les apports concourent à la formation du capital social (sauf l'apport en industrie) et permettent d'octroyer la qualité d'associé.

A) Les fonctions de l'apport

1) La fonction de l'apport vis-à-vis des associés

Définition : L'article 1843-3 du Code civil dispose que « Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie ».

Il incombe donc à chaque associé, pris individuellement, de réaliser un apport. L'apport permet de conférer la qualité d'associé.

2) La fonction de l'apport vis-à-vis de la société

L'apport effectué par l'associé détermine l'étendue de son obligation vis-à-vis de la société c.-à-d. l'associé ne sera débiteur qu'à hauteur de l'apport réalisé.

Un tel principe se retrouve à l'**article 1836 du Code civil** qui dispose que « *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* ».

Les apports faits permettent de réaliser l'objet social de la société. Voir en ce sens **Cass. Com., 12 mai 2015, n° 14-10.370** : En cas d'apports insuffisants pour assurer le bon fonctionnement de la société, les associés sont susceptibles d'engager leur responsabilité pour sous-dotation de la société.

3) *La fonction de l'apport vis-à-vis des tiers*

Les apports réalisés permettent la constitution du capital social, qui est le gage des créanciers. Les créanciers vont contracter avec une société en raison de son capital social.

> **À retenir : Dans les sociétés à risque limité : les associés ne sont pas tenus de l'obligation à la dette. Ils sont donc tenus à hauteur des apports réalisés et les créanciers ont pour seul gage, le capital social.**
>
> **Dans les sociétés à risque illimité : les associés sont tenus de l'obligation à la dette. Les créanciers peuvent donc directement saisir le patrimoine personnel des associés.**

B) Les types d'apports

Quelle que soit la nature de l'apport, ce dernier doit toujours être licite (**Cass. Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037**).

1) *Les apports en numéraire*

Il s'agit d'un apport en argent. Les apports en numéraire sont très utiles, car ils vont permettre de couvrir les premières dépenses lors du début de l'activité.

Concrètement, la souscription va constituer en une promesse d'apport et la libération en la mise à disposition effective des fonds à la société. Les parts sociales doivent être intégralement souscrites lors de la constitution de la société. Cependant, leur libération peut être décalée dans le temps.

> **Attention : Il ne faut pas confondre apport et prêt. Cette remarque est particulièrement vraie en matière d'apport en compte courant d'associé. Il ne s'agit pas en réalité d'un apport, mais plutôt d'un prêt. Ce qui signifie que l'associé peut en obtenir le remboursement à tout moment contrairement à l'apport.**

2) *Les apports en nature*

Un apport en nature porte sur un bien autre qu'une somme d'argent. Il peut s'agir d'un bien mobilier, immobilier, corporel ou incorporel (par exemple un brevet, une marque, un fonds de commerce, un logiciel…).

Définition : L'apport est pur et simple lorsqu'il a pour conséquence l'attribution de droits sociaux. L'apport est dit « à titre onéreux », lorsque la société va rémunérer l'apporteur soit par une somme d'argent, soit par la prise en charge du passif lié au bien apporté.

L'apport peut être fait en propriété : Il s'agit d'une transmission de bien et la société devient propriétaire.

L'apport peut être en jouissance : L'apporteur conserve la propriété du bien et la société va pouvoir avoir la jouissance du bien pendant un certain temps. A la dissolution de la société, le bien ne rentre pas dans le partage.

L'apport peut être fait en usufruit : Le droit transmis à la société est un droit réel, mais l'usufruitier ne peut avoir que la jouissance du bien. L'apporteur en conserve la nue-propriété.

Le problème récurrent pour ce type d'apport est la question de son évaluation. Un commissaire aux apports va rédiger un rapport portant sur l'évaluation des apports qui doit ensuite être approuvé par les associés. La signature des statuts vaut approbation de la valeur.

Il y a cependant des cas de dispense du recours au commissaire aux apports. Il y a une double condition qui introduit des seuils, il faut d'une part qu'aucun apport en nature ne soit supérieur à 30 000 € et d'autre part que la totalité des apports en nature n'excède pas la moitié du capital social.

3) *L'apport en industrie*

L'apport en industrie correspond à la mise à disposition de la force de travail. Il peut s'agir d'un savoir-faire technique, de connaissances précises…

L'apport en industrie est interdit dans les sociétés anonymes. En revanche, il est permis dans les sociétés de personne, les SARL et SAS à la condition que les statuts le prévoient.

Attention : L'apport en industrie ne participe pas à la formation du capital social, mais les apporteurs ont la qualité d'associé (Cass. Civ. 1re, 30 mars 2004, n° 01-15.575).

III. La participation aux résultats

Aux termes de l'**article 1382 du Code civil**, l'associé a vocation à partager les bénéfices ou contribuer aux pertes.

A) Le partage des bénéfices

La première question qui convient de se poser porte sur la définition de bénéfice.

Définition : L'article L.232-11 du Code de commerce dispose que « le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice, diminué des pertes antérieures, ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et augmenté du report bénéficiaire ».

Le bénéfice est également défini par l'article 38,2 du Code général des impôts comme « la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminué des suppléments d'apport et augmentée des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés. L'actif net s'entend de l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiées ».

De manière plus précise, la Cour de cassation a défini le bénéfice comme « tout gain pécuniaire ou tout gain matériel qui ajouterait à la fortune des intéressés » (Cass., Req., 11 mars 1914).

La seconde question porte sur le mode de répartition des bénéfices. En général, la répartition se fait proportionnellement à la participation de chacun dans le capital social. Cependant, les statuts peuvent prévoir un régime de répartition différent sans toutefois attribuer l'intégralité du bénéfice à un associé ou priver l'un d'eux de ses droits sur le bénéfice.

B) La contribution aux pertes

À retenir : **Distinction entre la contribution aux pertes et l'obligation à la dette**.

L'**obligation à la dette** s'effectue au cours de la vie sociale tandis que la **contribution aux pertes** n'apparait qu'au moment de la liquidation de la société. Autrement dit, l'obligation de contribution aux pertes n'est mise en œuvre que lorsque l'actif disponible n'est plus suffisant pour couvrir les pertes de la société.

Pour mettre en œuvre la contribution aux pertes, il convient de regarder la forme sociale :

- Dans les sociétés à risque limité : l'obligation de contribuer aux pertes ne peut excéder le montant des apports.
- Dans les sociétés à risque illimité : L'obligation de contribution aux pertes n'a pas de limite de sorte que les créanciers sociaux peuvent poursuivre leurs créances sur les patrimoines personnels des associés.

La contribution aux pertes se fait proportionnellement à la part de capital détenue dans la société.

C) La répartition inégalitaire

Les principes de partage des bénéfices et de contribution aux pertes sont qu'ils se font à hauteur de la participation des associés dans le capital social. Cette exigence est rappelée à l'**article 1844-1 al. 1 du Code civil** qui dispose que « la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion

de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ».

Cependant, il est possible de prévoir un autre mode de répartition. Une limite est toutefois posée : les clauses léonines sont prohibées. L'**article 1844-1 al. 2 du Code civil** dispose que « la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputée non écrites ».

Trois catégories de clauses sont visées :

- Celles qui attribuent la totalité du bénéfice à un associé.
- Celles qui privent un associé de sa part du bénéfice.
- Celles qui mettent à la charge d'un associé la totalité des pertes.

La sanction de la clause léonine est le réputé non écrit. Autrement dit, il s'agit de mettre de côté la clause et d'appliquer la répartition en fonction de la participation dans le capital social.

Application concrète : La question de la prohibition des clauses léonines s'est notamment posée en matière de cession massive de droits sociaux.

L'opération est la suivante : un actionnaire majoritaire d'une société souhaite céder ses parts à un tiers ou à un autre associé qui a l'intention de prendre le contrôle de la société. L'opération se réalise en deux temps :

- Une première cession qui permet au cessionnaire de prendre le contrôle de la société. Reste alors un reliquat d'actions qui fait courir un risque au cédant : le cessionnaire qui a atteint son but (prise de contrôle) pourrait ne pas acquérir les actions restantes. Il va donc y avoir conclusion d'une promesse d'achat avec un prix plancher déterminé pour les actions subsistantes de sorte que si la valeur des actions venait à diminuer, le cédant serait garanti de les vendre au prix plancher.

- La seconde cession intervient lorsque le cédant lève l'option et elle transfert le reliquat d'actions subsistantes.

La jurisprudence a fait évoluer sa position sur ce point :

- **1re étape** : Rejet des promesses d'achat à prix plancher (**Cass. Com., 10 fev. 1981, n° 79-13.376**).

- **2nde étape** : Validation par la chambre commerciale des promesses d'achat à prix plancher lorsqu'elles ont pour objet un transfert pur et simple des droits sociaux (**Cass. Com., 20 mai 1986, n° 85-16.716, Bowater**).
- **3ème étape :** Résistance de la première chambre civile qui persiste à affirmer la prohibition des promesses d'achat à prix plancher : (**Cass. Civ. 1re, 7 avr. 1987, n° 85-11.774, Levêque-Houist**).

- **4ème étape :** Extension de la validation des promesses d'achat à prix plancher hors du champ de la cession des droits sociaux (**Cass. Com., 24 mai 1994, n° 92-14.380**) : Il s'agit d'une hypothèse de convention de portage. La convention de portage consiste pour un bailleur de fonds à acquérir les titres d'une société, ce qui permet d'injecter de l'argent dans la société (apport en numéraire). En contrepartie, le bailleur de fonds obtient le rachat de ces titres par les autres actionnaires à un prix plancher.