Tous droits réservés

DROIT COMMUN DES SOCIETES

Séance 1 : La constitution de la société

I. Les conditions de fond de constitution des sociétés 2

A) Le consentement des parties 3

1) *L'existence et la qualité du consentement* 4

2) *Un consentement exempt de vices* 4

a) L'erreur 4

b) Le dol 5

c) La violence 6

B) La capacité 6

1) *Le mineur et les incapables* 6

2) *Les relations familiales* 7

C) Le contenu licite et certain 7

1) *L'existence d'un objet licite* 7

2) *L'existence d'un but à la société* 10

II. Les conditions de forme de la constitution de société 10

A) La rédaction d'un écrit 10

B) La publication d'un avis dans un journal d'annonces légales 12

Cette fiche a pour ambition d'énoncer les principales règles de formation de la société.

Définition : Plusieurs définitions de la société ont pu être données :

L'article 1832 du Code Civil définit la société comme un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

La loi du 11 juillet 1985 dispose que « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

Selon ces définitions, la société est à la fois **un contrat,** mais aussi **une institution**. Par voie de conséquence, lors de la constitution d'une société, il convient de respecter les règles générales du droit des contrats **(I)**. Outre ces conditions de fond, le législateur estime que l'engagement dans une société constitue un acte lourd de conséquences. Il est donc nécessaire de protéger le constituant par le recours à un formalisme rigoureux **(II)**.

I. Les conditions de fond de constitution des sociétés

À retenir : A l'origine, toute société est fondée sur un acte juridique. La forme la plus courante est celle du contrat, mais il est également possible de constituer une société par un acte juridique unilatéral.

Exemple : EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée).

Cependant, la forme contractuelle reste la plus courante lors de la constitution de la société (la possibilité de créer une société à une seule personne étant une situation dérogatoire).

Attention : L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats est venue modifier les conditions de validité des contrats. L'article 1128 du Code civil dispose que

« Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter

3° Le contenu licite et certain. »

A) Le consentement des parties

À retenir : La constitution d'une société est un projet longuement réfléchi qui nécessite plusieurs mois de gestation. En ce sens, avant la constitution finale de la société plusieurs stades peuvent exister :

- **Les pourparlers : il s'agit d'une période d'échanges précontractuels. Aucune obligation de contracter ne peut être relevée à ce stade, pour autant, en cas de rupture brutale et/ou abusive des pourparlers la responsabilité quasi délictuelle de celui qui en est à l'initiative pourra être engagée (Cass. Com., 11 juillet 2000, n° 97-18.275).**

- **La promesse de société : il s'agit là d'un avant-contrat renfermant l'accord des parties sur la forme de la future société, son importance et la nature des apports respectifs des associés (Cass. Com., 28 avril 1987, n° 85-18.062, Bull. civ. IV, n° 104). Cet avant-contrat a force obligatoire.**

- **La société constituée sous conditions suspensives : c'est le cas où la création d'une société est subordonnée à l'octroi d'une autorisation, d'un agrément. En cas de réalisation de la condition, la société est réputée constituée rétroactivement à la date de l'acte (il n'est pas nécessaire de refaire un nouvel acte). En revanche, en cas de défaillance de la condition, les parties sont libérées de leur engagement sans que leurs responsabilités ne puissent être engagées.**

Une fois ces étapes passées, la constitution définitive de la société impose de respecter la condition de consentement. L'existence d'un consentement ne suffit pas, ce dernier doit encore ne pas être vicié.

1) L'existence et la qualité du consentement

- L'existence du consentement de chaque associé est une condition essentielle à la formation du contrat de société. Le consentement doit être donné de **manière non équivoque** par l'associé lui-même ou par son représentant.

Exemple : un mandataire peut exprimer le consentement d'un associé au contrat de société (**art. L. 223-6 C. com.**).

- Le consentement doit être **réel,** car il s'agit d'éviter la constitution de sociétés fictives (voir Séance 2).

Question : Pourquoi certaines personnes ont-elles recours à des sociétés fictives ?

- Il peut s'agir d'utiliser une société de façade pour masquer une activité illégale.
- La société fictive peut correspondre à un procédé de simulation dont le but est de frauder une législation particulière (législation du travail, fiscale ou même le droit des successions).

2) Un consentement exempt de vices

a) L'erreur

Définition : L'article 1132 du Code civil dispose que « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant »

Plusieurs types d'erreurs sont susceptibles d'affecter le contrat de société :

- L'erreur sur la nature du contrat : par exemple la forme de société, l'erreur sur l'étendue des engagements de l'associé…
- L'erreur sur les apports : il peut y avoir erreur sur la réalité et la nature des apports.

Attention : En revanche, la jurisprudence n'admet pas l'erreur sur la valeur des apports.

- L'erreur sur la personne de l'associé peut être invoquée, mais uniquement lorsqu'il s'agit de sociétés de personnes où l'*intuitu personae* est fort (application de **l'article 1134 Code civil**).

b) Le dol

Définition : L'article 1137 du Code civil dispose que « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie »

La reconnaissance d'un dol implique donc des agissements frauduleux, des manœuvres dans le but de tromper le contractant.

Exemple 1 : La jurisprudence a annulé la souscription d'actions en raison des manœuvres dolosives pratiquées par les représentants de la société (**Cass. Com., 3 déc. 1968, Bull. civ. IV, n° 342**).

Exemple 2 : Commet une réticence dolosive le dirigeant qui acquière les actions d'un minoritaire sans informer ce dernier de négociations en cours sur la cession de la totalité des actions de la société (**CA Paris, 17 sept. 2013, n° 12/14712**).

c) La violence

Définition : L'article 1140 du Cod civil dispose que « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

L'hypothèse de violence lors de la constitution de la société ne se rencontre presque jamais.

B) La capacité

La capacité est prévue aux **articles 1145 et suivants du Code civil** ainsi qu'à l'**article 1844-12 du Code civil**.

La capacité se définit comme l'aptitude pour une personne à être titulaire de droits et à les exercer.

1) Le mineur et les incapables

En droit des sociétés, il convient de distinguer les formes sociales qui confèrent la qualité de commerçant des autres formes sociales.

Dans l'hypothèse des sociétés qui confèrent la qualité de commerçant (la SNC ou la société en commandite simple pour les associés commandités), le mineur non émancipé tout comme le majeur incapable ne peuvent pas être partie au contrat de société.

Dans les autres hypothèses, les mineurs (émancipés ou non) ainsi que les majeurs incapables peuvent devenir associés si tant est qu'ils soient assistés.

2) *Les relations familiales*

Le cas des époux :

Définition : L'article 1832-1 al. 1 du Code civil dispose que « deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale ».

Auparavant interdite, la prohibition de la société entre époux a été levée en 1958.

La société entre parents : La société constituée entre parents est licite hors dispositions légales contraires. Cependant, la société ne doit pas avoir pour but d'échapper à une législation particulière (fiscale, droit des successions…) auquel cas elle sera qualifiée de fictive.

C) Le contenu licite et certain

La notion de contenu licite et certain est définie aux **articles 1162 et suivants du Code civil**.

L'**ordonnance du 10 février 2016** a remplacé l'exigence d'un objet certain et d'une cause licite par la notion de contenu licite et certain. Pour autant, cette réforme est davantage terminologique, la portée sur le fond reste mineure de sorte que la constitution d'une société implique encore l'existence d'un objet et d'un but licite.

1) *L'existence d'un objet licite*

À retenir : Le terme « objet » a un double sens. Il peut renvoyer à la prestation à laquelle s'engage un contractant. En ce sens, en droit des sociétés, l'objet de l'obligation des associés à l'égard de la société correspond à l'ensemble des biens et actifs apportés. L'objet doit être licite, ce qui signifie que les biens apportés par les associés doivent être dans le commerce et susceptibles d'aliénation.

Exemple : On ne peut pas apporter en société le bien d'autrui ou encore on ne peut pas apporter une influence commerciale.

Hormis l'objet de la prestation des associés, le droit des sociétés impose l'existence **d'un objet social**.

Définition : L'objet social se définit comme le but en vue duquel la société a été constituée. Il est déterminé par les statuts (art. 1835 C. civ. et art ; L.210-2 C. com.). La modification de l'objet social implique donc une modification des statuts.

Concernant l'existence de l'objet social : Toute la difficulté réside dans le **principe de spécialité de l'objet social**. Les personnes morales ont une capacité juridique limitée, elles ne peuvent participer à la vie juridique que dans la limite de l'objet pour lequel elles ont été constituées. Autrement dit, elles sont limitées par leur objet social. La difficulté réside donc dans la rédaction d'un objet social suffisamment précis, mais permettant d'ouvrir certaines perspectives d'évolution de la société.

L'objet social joue un rôle important dans les rapports entre la société et les tiers :

- Pour les sociétés civiles (**art. 1849 C. civ.**), les sociétés en nom collectif (**art. L. 221-5 c. Com.**) et les sociétés en commandite simple (**art. L. 222-2 C. com.**), il est prévu que « *dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social* ». Ces articles précisent également que « *les clauses limitant les pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers* ».

- Pour les sociétés à responsabilité limitée et pour les sociétés par actions (**art. L. 223-18 al. 5 C. com., art. L. 225-35 al. 2 C. om. et L. 225-64 al. 2 C. com.**), « la société est engagée même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

Concernant la licéité de l'objet social : **L'article 1833 du Code civil** dispose que « Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».

Question : Comment s'apprécie le caractère illicite de l'objet social ?

Toute activité qui serait illicite pour une personne physique l'est également pour une personne morale. Voici quelques exemples tirés de la jurisprudence : est illicite une société ayant pour objet l'exploitation d'une maison de tolérance (**Cass., Req., 16 août 1864**). Est également illicite la société entravant le déroulement légal de la tenue des enchères (**Cass., Crim., 13 mai 1857**). Enfin, est illicite la société finançant les fabrications de guerre de l'ennemi de la nation en temps de guerre (**Cass. Com., 19 juillet 1954**).

De manière générale, la qualification de licéité ou illicéité de l'objet social relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Question : L'appréciation du caractère licite de l'objet social implique-t-il de prendre en compte celui qui est inscrit dans les statuts ou l'activité réelle de la société ?

En matière de sociétés de personnes, la licéité de l'objet social s'apprécie au regard de l'activité réellement exercée.

En revanche, cette solution ne s'applique pas aux sociétés par actions ainsi qu'à la SARL dans lesquelles : « la nullité (...) tenant au caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel que décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts » (**Cass. com, 10 nov. 2015, n° 14-18179**). Cette solution s'inspire du droit européen qui prévoit également que la notion d'objet social doit s'entendre comme celui définit dans les statuts de la société de sorte que l'objet réel de la société ne peut être pris en compte dans l'appréciation de la licéité de l'objet de la société (**CJUE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, Marleasing**).

Il faut donc comprendre que dans ces sociétés, l'appréciation du caractère licite se limite à l'objet social statutaire, peu importe le caractère éventuellement illicite de l'objet social réel.

Question : Quelle est la sanction applicable en cas d'illicéité de l'objet social ?

La licéité de l'objet social tend à protéger l'intérêt général de sorte que le manquement à cette condition est sanctionné par la **nullité absolue de la société**.

2) L'existence d'un but à la société

Rappel : On distingue la cause subjective de la cause objective. La première représente les mobiles lointains qui ont conduit à la conclusion du contrat tandis que la seconde fait référence à la contrepartie pour laquelle une partie s'est engagée.

Le but poursuivi par la société fait référence à l'ancienne cause subjective. Il est prévu que ce but doit être licite.

II. Les conditions de forme de la constitution de société

La phase de constitution de la société est passée d'un modèle contractuel à un modèle plus **institutionnel** engendrant le respect d'un **formalisme**.

Rappel : Le droit contractuel français pose le **principe du consensualisme**. Autrement dit, un contrat se forme par le simple accord de volonté sans nécessiter la rédaction d'un écrit. Cependant, certains actes lourds de conséquences font exception à cette règle et impliquent la rédaction d'un acte. Tel est le cas pour certaines formes sociales où l'écrit est exigé pour la constitution de la société.

Outre l'exigence d'un écrit, la constitution de la société peut impliquer la publication d'un avis dans journal d'annonces légales.

A) La rédaction d'un écrit

L'écrit réalisé lors de la constitution de la société prend le nom de **statuts**. Les stipulations statutaires sont de deux ordres :

- Certaines visent les rapports entre associés, c'est ce que l'on nomme « le pacte social ».

- D'autres ont vocation à énoncer les règles qui gouvernent la personne morale.

Question : Quelles mentions doivent figurer au sein des statuts ?

Définition : L'article L.210-2 du Code de commerce impose plusieurs mentions dans les statuts :

- **La forme de la société.**
- **La durée de la société qui ne peut excéder 99 ans.**
- **La dénomination sociale.**
- **Le siège social.**
- **L'objet social.**
- **Le montant du capital social.**

Outre ces mentions, **l'article 1835 du Code civil** impose également d'énoncer les apports de chaque associé et les modalités de fonctionnement de la société.

Les statuts peuvent faire l'objet d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique, la loi étant muette sur ce point.

Question : Quelles sont les fonctions de l'écrit ?

L'écrit est d'abord un **instrument de preuve**.

Les statuts vont s'appliquer dans les relations entre associés avant l'immatriculation de la société ou en cas de dissolution de cette dernière.

Les statuts jouent également dans les rapports avec les tiers. Les associés ne peuvent opposer aux tiers les clauses ou stipulations qui seraient incompatibles avec les statuts publiés.

L'écrit est également une **condition de validité de la société**. Dans certaines sociétés, l'écrit est une condition de validité. Tel est le cas des sociétés en nom collectif (SNC) ou des sociétés en commandite simple (SCS). Pour ces sociétés, l'absence d'écrit est une cause de nullité. Dans les autres hypothèses, le défaut de statut ne sera qu'une cause de blocage dans le processus de création de la société.

B) La publication d'un avis dans un journal d'annonces légales

Lorsque les formalités constitutives ont été réalisées et avant l'immatriculation de la société au Registre du Commerce et des Sociétés (RCS), les statuts de la société doivent être publiés dans le journal d'annonces légales du département où se situe le siège social de la société constituée.

L'avis doit contenir les mentions suivantes :

- La raison sociale
- La forme de la société
- Le montant du capital social
- L'adresse du siège social
- L'objet social
- La durée pour laquelle la société a été constituée
- Les noms, prénoms et adresses des associés tenus indéfiniment des dettes sociales
- Les noms, prénoms et adresses des dirigeants de la société
- Les noms, prénoms et adresses des personnes ayant le pouvoir d'engager la société envers les tiers
- Le greffe du tribunal où la société sera immatriculée.

Si les statuts ont été rédigés par acte authentique, ce sera au notaire rédacteur qu'incombera la tâche de publication. En revanche, si les statuts ont été rédigés par acte sous seing privé, ce sera à un fondateur ou à un associé de signer l'avis publié.