personnes qui agissent comme des associés sans en avoir pleinement conscience.
Régime de la société créée de fait ⇔ Régime de la **société en participation** (**Article 1871 du Code civil**)

Caractéristiques

- - La société créée de fait peut être prouvée par tous moyens
- - C'est une société à durée indéterminée, sa dissolution pourra résulter à tout moment d'une

  notification adressée par un associé aux autres associés

- - Elle est privée de participation morale
- - La loi va renvoyer au régime prévu soit à la société en nom collectif si la société créée de fait est

  commerciale soit à la société civile si elle est civile.
  Article 1871-1 du Code civil : Renvoi à la SNC ou aux sociétés civiles.

  Article 1872-1 : Lorsque les participants agissent en qualité d'associés en vue et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres.

  Société de fait : Société qu'on a voulu constituer mais qui comporte un vide de formation et donc nulle de droit. Si elle a commencé à fonctionner malgré le vice de formation, alors on maintient tout ce que la société a fait jusqu'au jour de son annulation.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Société créée de fait : Qualifiée ultérieurement par un juge et entièrement valable.
Preuve
Jurisprudence : La preuve de l'existence de la société créée de fait est apportée par un associé ou par un tiers.

- - Apportée par un associé de fait : B doit rapporter la preuve de l'existence de chacun des éléments constitutifs de la société (apports, participation aux résultats, affectio)
- - Apportée par un tiers : Le créancier peut se fier à l'apparence d'une société créée de fait

Chapitre 2 : Société – Personne morale

Une société est considérée par le droit comme une personne indépendante des associés et des dirigeants. La **personnalité juridique** correspond à l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations, une personne morale possède de ce fait son propre patrimoine. Cette création juridique permet d'isoler des actifs et des passifs et d'éviter la confusion des patrimoines.

Pour le droit français, la personnalité morale correspond à une qualité attribuée par l'état à certains groupements en vue de la praticité de cette création juridique. Une entité ne peut bénéficier de cette dernière qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Certains auteurs considèrent que la personnalité morale correspond à une réalité économique reconnue par le droit, des personnes groupées autour d'un objet ne se comportant pas de la même manière que des individus isolés, la cour de cassation a reconnu cette réalité économique.

Section I : Naissance

Une société, étant un acte juridique, sa constitution doit remplir un certain nombre de conditions de fond, la naissance d'une personnalité morale est l'aboutissement d'un processus long de plusieurs mois (*acte formaliste*).

1. Négociation

Une société est souvent créée par plusieurs associés, ces derniers doivent s'accorder sur un certain nombre de points (forme sociale, répartition des bénéfices et des pertes, objet, apports, siège social...). Hors dispositions légales contraires (*exemple* : *interdiction des clauses léonines*), les associés sont libres de définir les caractéristiques de la personnalité morale créée.

2. Etablissement et signature des statuts

D'après l'article 1835 du code civil, les statuts doivent faire l'objet d'un écrit et comporter certaines mentions légales : lieu du siège social, apports, modalités de répartitions des bénéfices... La taille des statuts est très variable d'une structure à l'autre, les associés pouvant par exemple souhaiter y ajouter certaines modalités de fonctionnement. Les statuts peuvent être types ou faits sur mesure en fonction des besoins. Ces derniers doivent être signés par tous les associés.

3. Publication

Après signature des statuts, un dossier d'immatriculation doit être déposé au centre de formalités des entreprises, cette institution se charge ensuite de répartir les informations entre les différents organismes administratifs (fisc, sécurité social...) et de les transmettre au greffe du tribunal de commerce afin de procéder à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Avant l'immatriculation de la société, celle-ci n'existe pas juridiquement, l'activité ne peut donc pas commencer, aucun contrat ne peut être signé en son nom. L'article 1842 du code civil dispose que les rapports entre associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicables aux contrats et aux obligations lors de cette période provisoire. Néanmoins, toute clause des statuts concernant le fonctionnement de la personne morale nécessite l'immatriculation de celle-ci. Certains contrats peuvent être conclus par les associés dans cette phase de transition afin de préparer le lancement de l'activité. Un mécanisme de reprise des actes conclus pour le compte de la société en formation existe en droit français. L'article 1843 du code civil dispose que les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis. La société une fois immatriculée peut reprendre les engagements souscrits en son nom pendant cette période. En cas d'acceptation de la reprise, l'associé est libéré, le droit considère alors que l'obligation est l'œuvre de la société. La reprise peut intervenir par une décision collective des associés après immatriculation. Certains mécanismes de reprises automatiques sont prévus lorsque les actes ont été accomplis avant la signature des statuts et ont été annexés à ces derniers avant leur signature ou lorsque les actes ont été accomplis entre la signature des statuts et l'immatriculation de la société en vertu d'un mandat.

4. Sanction de l'irre ularité de formation

Le droit des sociétés diffère du droit commun des contrats au sujet des sanctions de l'irrégularité de formation d'une personne morale. La nullité d'une société est évitée autant que possible en raison de la complexité de la mise en place de cette sanction. L'article 1844-10 du code civil limite les causes de nullité à la violation de l'article 1832(définition de la notion de société), 1832-1 (sociétés entre époux), 1833 (intérêt commun) ou de l'une des causes de nullité des contrats (incapacité, cause illicite, vise de consentement...). En dehors de ces cas, une simple contrainte de régularisation est ordonnée. Certains textes limitent néanmoins les possibilités de recours à la nullité dans les cas évoqués par l'article 1844-1. *Exemple : Article 1844-14 – Prescription de 3 ans. Article 1844-11-13 – Mécanismes de régularisation*. De plus, l'annulation, lorsqu'elle est prononcée, n'a pas d'effet rétroactif (article 1844-15). Tout acte exercé par la société mal formée reste valide, la société est alors une **société de faits**.

Section II : Attributs de la société personne morale

Une fois immatriculée au RCS, une société devient un sujet de droits et d'obligations pouvant conclure des contrats, interagir avec d'autres acteurs du monde économique... En droit français, hors texte contraire, une personne morale est assimilée à une personne physique (*anthropomorphisme*).

1. La société - Sujet de droits et d'obligations

Une société dispose de droits et d'obligations patrimoniaux et extrapatrimoniaux ainsi que de caractères propres et distinctifs, tout comme les personnes physiques.

• Identité

L'identité d'une société consiste en l'ensemble des éléments permettant de l'individualiser et de la différencier : dénomination sociale (librement choisie), siège social (centre de la vie juridique), nationalité... Le siège social est une mention statutaire obligatoire, néanmoins, une discordance peut exister entre cette dernière et le siège réel, notamment en cas d'évolution de la structure. L'article 1837 du code civil prévoit une mesure de protection des tiers, ces derniers peuvent se prévaloir du siège statutaire ou du siège réel selon leur intérêt. Un simple changement de statuts permet un transfert du siège social au sein d'un état. Les démarches sont plus complexes en cas de changement de nationalité, ces dernières cherchent à être simplifiées grâce à l'harmonisation du droit des sociétés à l'échelle européenne. En cas d'action judiciaire contre une société, le tribunal du lieu du siège social est compétent. Lorsqu'une discordance existe entre le siège statutaire et le siège réel, le demandeur peut également assigner la société devant le tribunal du lieu du siège réel. Les tiers concernés par le fonctionnement d'une succursale peuvent assigner la société devant la juridiction du lieu de cette dernière (théorie des gares principales).

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

• Nationalité

La nationalité d'une société permet l'application d'une loi nationale. Chaque état définit un critère de rattachement. En France, pour les personnes physiques, il s'agit du droit du sol (né en France d'un parent né en France) et du droit du sang (parent français). Les règles sont différentes en ce qui concerne les personnes morales, l'article 1837 du code civil dispose : toute société dont le siège social est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française. En cas de discordance entre le siège statutaire et le siège réel, les tribunaux français considèrent le siège réel, tout comme les tribunaux allemands. Certains états considèrent le lieu de constitution de la société, ce qui engendre des problèmes en cas de transferts internationaux du siège. Une fois la nationalité d'une société reconnue, l'état doit la traiter comme tout autre ressortissant, sans considérer la nationalité de ses associés. Ce rattachement très souple est limité par la loi pendant certaines périodes (*exemple : période de guerre*) ou dans certains secteurs (*exemple : la presse*). En droit français, le changement de nationalité d'une société nécessite un accord unanime de l'ensemble des associés, cette opération est de ce fait extre ement compliquée pour une grande structure. L'article 225-97 du code de commerce permet à une assemblée générale extraordinaire de modifier la nationalité de la société à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale autorisant cette opération. Or, la France n'a conclu aucune convention spéciale et cette opération reste extrêmement complexe et lourde sur le plan fiscal.

• Capacité

Aucune disposition particulière du droit des sociétés ne concerne la capacité des entités, les principes généraux sont de ce fait appliqués. Deux types de capacités existent : la capacité de jouissance (aptitude à et re titulaire de droits) et la capacité d'exercice (aptitude à exercer ces droits). Les sociétés bénéficient d'une pleine capacité de jouissance, hors disposition légale particulière (*exemple : droit de la consommation*) et à condition de respecter le principe de spécialité.

L'article 1832 du code civil dispose : une société est constituée dans le but de partager des bénéfices ou de profiter d'économies, une société n'est ainsi pas capable au sens juridique d'avoir comme activité

principale la bienfaisance. L'objet d'une société est prévu par ses statuts et définit les limites des agissements de celle-ci. La responsabilité d'une société à risque limité est engagée en cas d'activité contraire à son objet social. Le gérant peut néanmoins être assigné en responsabilité par les associés en cas de dommage subi par la société suite à une telle faute de gestion. Les associés des sociétés à risque illimité sont protégés et leur responsabilité ne peut être engagée par un tel acte.

Les sociétés souffrent d'une incapacité générale d'exercice, elles sont de ce fait représentées par des personnes physiques : les **représentants sociaux**. Ces derniers doivent être identifiables par les tiers, la loi indique leur identité : dans une SARL il s'agit du gérant, dans une SA du directeur général (conseil d'administration) ou du président du directoire. Les représentants sociaux peuvent de plus déléguer leur pouvoir de représentation. Les passations de responsabilité doivent faire l'objet d'une publicité, cette dernière à une force probante, personne ne peut se prévaloir d'une irrégularité de nomination (article 842-6). Le pouvoir des représentants légaux peut être limité par les statuts (*exemple : interdiction pour un gérant de conclure un contrat supérieur à tel montant*), en cas d'une violation d'une telle obligation, la société est tout de même responsable. Certaines dispositions légales limitent également cette responsabilité, notamment en interdisant aux représentants légaux d'empiéter sur les droits de la société (*exemple : la vente d'un fonds de commerce de la société est un acte nécessitant la modification des statuts et ne peut donc pas être décidée à l'unique initiative du gérant*).

• **Responsabilité**

Les personnes morales sont aujourd'hui responsables civilement et pénalement. Sur le plan civil, les dirigeants représentent la société, en cas de faute, un tiers peut engager, d'après la théorie de l'organe, la responsabilité de la personne morale, mais également celle de son représentant. La théorie de la faute détachable évite le cumul des responsabilités, le dirigeant ne peut être assigné qu'en cas de faute extérieure à ses fonctions. Cette théorie ne s'applique pas lorsque le demandeur est l'un des associés de la société. La jurisprudence a longtemps considéré qu'une société ne peut être sanctionnée pénalement. La responsabilité pénale des

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.