ECOLE NATIONALE DE LA STATISTIQUE ET DE L'ADMINISTRATION ECONOMIOUE

ECONOMICS AND CORPORATE LAW

COURS DE DROIT COMMERCIAL ET DE DROIT DES SOCIETES

PLAN DU COURS

INTRODUCTION 7

CHAPITRE 1. LES SOURCES DU DROIT 7

1§ ‑ LES SOURCES INCONTESTÉES 7

A ‑ LA LOI ET LE RÈGLEMENT 7

a) La Loi 7

b) Le règlement 7

B ‑ REGIME DES LOIS ET RÈGLEMENTS 7

a) Force des Lois et Règlements : 7

b) Non rétroactivité des lois 8

C ‑ INTERPRÉTATION DES LOIS ET DECRETS 9

a) la méthode exégétique 9

b) l'interprétation téléologique. 9

c) la méthode analogique. 9

2§. LES SOURCES CONTESTEES DU DROIT 9

A ‑ LES USAGES 9

B ‑ LA JURISPRUDENCE 10

C ‑ LA DOCTRINE 10

CHAPITRE III. LES BRANCHES DU DROIT 10

A ‑ LA LOI ET LE RÈGLEMENT 11

B ‑ DISCIPLINES RELEVANT DU DROIT PRIVE 11

C ‑ LE PARTICULARISME DU DROIT COMMERCIAL 11

CHAPITRE IV. L'ORGANISATION JUDICIAIRE 12

1§. ‑ LES JURIDICTION DE L'ORDRE JUDICIAIRE 13

A ‑ LES JURIDICTIONS CIVILES 13

a) Les juridictions de droit commun 13

b) Les juridictions d'exceptions 14

B ‑ LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES 19

a) Composition et rôle des juridictions : 19

b) Le Ministère Public: 20

C ‑ LA COUR DE CASSATION 20

2§. ‑ LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES 22

A ‑ LE CONSEIL D'ÉTAT 22

B – LES COURS ADMINISTRATIVES D’APPEL 22

C - LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS 22

3§. LE TRIBUNAL DES CONFLITS 23

PREMIERE PARTIE. LE DROIT COMMERCIAL GENERAL EN France. 23

CHAPITRE I. LES ACTES DE COMMERCE 23

1§. ‑ INTERET DE LA DISTINCTION ENTRE LES ACTES DE COMMERCE ET LES ACTES CIVILS 23

2§.‑ CLASSIFICATION DES ACTES DE COMMERCE 24

A ‑ ENUMERATION 24

B ‑ CLASSIFICATION 24

a) Les actes de commerce par nature 24

b) Les actes de commerce en la forme 26

CHAPITRE II. LE FONDS DE COMMERCE 27

1§. ‑ ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE 27

A ‑ LES ÉLÉMENTS INCORPORELS DU FONDS DE COMMERCE 27

a) Clientèle et achalandage : 27

b) Le nom commercial: 27

c) L'enseigne : 28

d) Le droit au bail 28

e) Les droits de propriété industrielle 28

B ‑ LES ELEMENTS CORPORELS DU FONDS DE COMMERCE 31

CHAPITRE III. OPERATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE 31

1§. ‑ LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE 31

A ‑ CONDITIONS DE FOND 32

a) Capacité et consentement 32

b) Objet 32

B ‑ CONDITIONS DE FORME 32

a) Enonciations; prévues par la loi 32

b) Sanctions 32

c) Conditions relatives aux prix 33

C – PUBLICITE (Article L. 141-12 du Code de commerce) 33

D ‑ EFFETS DE LA VENTE 33

a) Obligation du vendeur 33

b) Obligations de l'acheteur 34

c) Garanties accordées aux vendeurs de fonds de commerce 34

2§. APPORT DE FONDS DE COMMERCE EN SOCIETE 34

3§. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE 34

A ‑ NOTION DE NANTISSEMENT 34

B ‑ ASSIETTE DU NANTISSEMENT 35

C ‑ EFFETS DU NANTISSEMENT 35

4§. LE BAIL COMMERCIAL 36

A ‑ FORMATION DU BAIL 36

a) Forme 36

b) Champ d'application 36

c) Prix 36

d) Durée 37

e) Objet 37

B ‑ EXPIRATION DU BAIL 37

C ‑ DROIT AU RENOUVELLEMENT 37

a) Principe du renouvellement ‑ 37

b) Exceptions : 38

5§. LA GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE 38

A ‑ CONDITIONS DE FOND 39

B ‑ CONDITIONS DE FORME 39

C ‑ EFFETS DU CONTRAT 39

SECONDE PARTIE. LES SOCIETES COMMERCIALES (F) ou BUSINESS ORGANIZATIONS (USA) 40

CHAPITRE PREMIER. LES SOCIETES COMMERCIALES DE DROIT FRANÇAIS 40

1§. Distinction entre les sociétés commerciales 41

A.‑ SOCIETE COMMERCIALE ET SOCIETE CIVILE 41

a) Les sociétés commerciales 41

b) Les sociétés civiles 41

B.‑ SOCIÉTÉ ET ASSOCIATION 41

C.‑ SOCIETE ET FONDATION 42

D.‑ SOCIETE ET ENTREPRISE 42

2§. LA PERSONNALITE MORALE ET SES ATTRIBUTS 42

A. LA PERSONNALITE MORALE : NOTION 42

B‑ LES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ MORALE 42

a) ‑ LA CAPACITÉ PATRIMONIALE 42

b) ‑ CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE 42

c) ‑ UNE IDENTITÉ 43

3§. CLASSIFICATION DES SOCIETES COMMERCIALES 43

A ‑ LES SOCIETES DE CAPITAUX ET SOCIETES DE PERSONNES 44

a) ‑ LES SOCIETES DE PERSONNES 44

b) ‑ LES SOCIETES DE CAPITAUX 44

c) ‑ INSUFFISANCE DE CETTE CLASSIFICATION 44

B ‑ SOCIETE UNIPERSONNELLE ET SOCIETE PLURIPERSONNELLE 44

C ‑ LES SOCIETES DE DROIT ET LES SOCIETES DE FAIT 45

4§. LE CONTRAT DE SOCIETE 45

A ‑ CONDITIONS DE FOND 45

a) ‑ CONDITIONS TENANT A LA PERSONNE DES CONTRACTANTS 45

b) ‑ LE CONSENTEMENT 46

C ‑ CONDITIONS DE FORME 47

a) ‑ LA REDACTION DES STATUTS 47

b)‑ LES FORMALITÉS DE PUBLICITE 47

c) ‑ IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE 47

E. APPORTS ET CAPITAL SOCIAL 48

a‑ LA NOTION DE CAPITAL SOCIAL 48

b ‑ LES APPORTS 48

c) ÉVALUATION DES APPORTS 48

F.‑ LES VARIATIONS DU CAPITAL SOCIAL 49

a) ‑ AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL 49

b) ‑ RÉDUCTION DU CAPITAL SOCIAL 49

G. SANCTION DES RÈGLES DE CONSTITUTION DES SOCIETES COMMERCIALES 50

a) LES IRREGULARITES COMPRISES DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS 50

8§. DISSOLUTION DES SOCIETES COMMERCIALES 51

A. ENUMERATION DES CAUSES DE DISSOLUTION 51

a) CAUSES PREVUES PAR LE CODE CIVIL 51

b) CAUSES PREVUES PAR LE CODE DE COMMERCE 51

B ‑ ANALYSE DES CAUSES DE DISSOLUTION 52

a) ‑ DISSOLUTION DE PLEIN DROIT 52

b) ‑ DISSOLUTION VOLONTAIRE 52

c) ‑ DISSOLUTION JUDICIAIRE 52

C ‑ EFFETS DE LA DISSOLUTION 53

9§. FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES 53

A. LES ORGANES DE DIRECTION DES SOCIETES COMMERCIALES 53

a) DESIGNATION 53

b) POUVOIRS DES ORGANES DE DIRECTION 54

B.‑ CONTROLE DES ORGANES DE DIRECTION 55

a) ‑ DANS L'INTERET DES SALARIES 55

b) DANS L'INTERET DES ASSOCIÉS 57

c)‑ DANS L'INTERET DES CRÉANCIERS 58

HORS PROGRAMME (A TITRE DE COMPLEMENT)

CHAPITRE I. LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF

1§. ‑ CARACTERISTIQUES

A. SOCIETE FERMEE

B. SOCIETE A RESPONSABELITE ILLIMITEE

2§. ‑ CONSTITUTION

A. LES ASSOCIES

B. LE CAPITAL SOCIAL

C. LES STATUTS

3§.‑ GESTION

A. LES ORGANES DE GESTION

B. DROITS DES ASSOCIES

4§. ‑ DISSOLUTION

CHAPITRE II. LA SOCIETE ANONYME

1§. ‑ CARACTERISTIQUES COMMUNES

A. SOCIÉTÉ OUVERTE

B. RESPONSABILITÉ LIMITÉE

2§. ‑ DIFFÉRENTES FORMES DE SOCIETES ANONYMES

A. SOCIETES FERMÉES ET SOCIETES ANONYMES FAISANT APPEL A L'ÉPARGNE

B. SOCIETES ANONYMES DE TYPE CLASSIQUE ET A DIRECTOIRE

CHAPITRE III. CONSTITUTION DES SOCIETES ANONYMES

1§. ‑ SOCIETES ANONYMES NE FAISANT PAS APPEL A L'ÉPARGNE

A. ASSOCEES

B. CAPITAL SOCIAL

C. DEPOTS DES FONDS

D. DÉCLARATION NOTARIEE DES VERSEMENTS

E. REDACTION DES STATUTS

F. PUBLICITE LÉGALE

G. IMMATRICULATION

2§. ‑ SOCIETES ANONYMES FAISANT APPEL A L'ÉPARGNE

A. FORMALITES ANTERIEURES A LA SOUSCRIPTION

B. SOUSCRIPTION

C. ASSEMBLEE CONSTITUTIVE

CHAPITRE IV. FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS ANONYMES

1§. ‑ LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. COMPOSITION

B. ROLE

2§. ‑ LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A. LE STATUT

B. POUVOIRS

3§. ‑ LE DIRECTEUR GÉNÉRAL

4§. ‑ DROITS DES ACTIONNAIRES

A. PARTICIPATION AUX ASSEMBLEES

a) Droit d'information

b) Droit de vote

B. TYPES D'ASSEMBLÉES

a) Assemblées générales ordinaires

b) Assemblées générales extraordinaires

CHAPITRE V. LA SOCIETE A RESPONSABILITÉ LIMITEE

Notions sommaires

# INTRODUCTION

## CHAPITRE 1. LES SOURCES DU DROIT

### 1§ ‑ LES SOURCES INCONTESTÉES

#### A ‑ LA LOI ET LE RÈGLEMENT

##### a) La Loi

La loi est stricto sensu la règle de droit votée par le Parlement. Sous l'empire des constitutions antérieures à celles de 1958 le rôle du Parlement était illimité. Les sénateurs et députés légiféraient en toutes matières. Il en est résulté des retards importants dans l'élaboration des textes à tel point que le Parlement débordé par l'importance de ses tâches et pressé par les événements déléguait ses compétences au pouvoir exécutif. Cet état de chose a incité les rédacteurs de la constitution de 1958 à opérer un partage des compétences entre le Parlement et le Gouvernement.

Ils ont assigné au législateur un domaine d'intervention dans de matières limitativement énumérées par l'article 34 de la Constitution tandis qu'en vertu de l'article 37 les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi avaient un caractère réglementaire.

Certes l'article 34 de la Constitution donne aux élus de la nation la mission de légiférer dans les matières les plus importantes : l'exercice des libertés publiques, l'organisation judiciaire, la capacité des personnes, etc... mais il n'en demeure pas moins que le pouvoir exécutif a aujourd'hui un domaine d'intervention qui lui permet de légiférer par décrets dans toutes les matières non prévues à l'article 34. Il peut par exemple, et il le fait fréquemment, adopter sans consultation du Parlement des textes répressifs en matière de contraventions de police puisque seuls les crimes et délits sont visés par l'article 34.

##### b) Le règlement

Une lecture plus attentive des dispositions de l'article 34 nous montre que certaines matières telles que les libertés publiques ou la détermination de crimes et délits sont intégralement remis au législateur tandis que ce dernier ne fixe que les principes fondamentaux en ce qui concerne par exemple le régime de la propriété, les obligations civiles et commerciales. Les sociétés commerciales étaient régies par la loi du 24 juillet 1966 complétée par un décret du 23 mars 1967, modifiées par la loi du ler mars 1984 et le décret du ler mars 1985. Ces textes ont été intégrés dans le « nouveau » code de commerce paru le 18 septembre 2000.

Enfin, en vertu de l'article 38 de la Constitution ce Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnance pendant un délai limité les mesures qui sont normalement du domaine de la Loi. Tant qu'elles ne sont pas ratifiées par le Parlement ces ordonnances conservent la nature d'actes administratifs.

#### B ‑ REGIME DES LOIS ET RÈGLEMENTS

##### a) Force des Lois et Règlements :

Le législateur, Parlement ou Pouvoir Exécutif, ne peut légiférer que dans le cadre des lois constitutionnelles ou de principes généraux qui s'imposent à lui.

1 ‑La Loi :

La Loi une fois promulguée est parfaite et aucune institution ne peut remettre en cause ce qui a été décidé par le législateur. Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation refusent de procéder à un contrôle de la constitutionnalité des lois.

La Constitution de 1958 a aménagé à cet égard une procédure tendant à soumettre avant promulgation les lois au Conseil Constitutionnel qui seul a le pouvoir de les déclarer contraires à la Constitution. Seuls, le Président de la République, le Premier Ministre, les Présidents des Assemblées et depuis 1974, 60 Députés ou 60 Sénateurs peuvent saisir le Conseil Constitutionnel. Depuis 2008, le contrôle peut résulter d’une Question Prioritaire de Constitutionnalité (la QPC).

2 ‑ Les actes réglementaires :

Le Conseil d'Etat annule les actes réglementaires contraires aux dispositions de la Constitution ou aux principes généraux du droit (Droits de la défense, égalité de tous les citoyens devant les services publics, etc.. .).

En cas d'empiétement du pouvoir législatif sur le domaine du pouvoir exécutif et vice-versa, les procédures destinées à sanctionner la méconnaissance des dispositions des articles 34 et 37 de la Constitution sont les suivantes. Le Conseil constitutionnel est compétent pour annuler une loi prise hors du domaine de l'article 34 à condition qu'elle lui soit déférée avant sa promulgation tandis qu'il appartient au Conseil d'Etat de sanctionner les atteintes portées par l'Exécutif à la compétence du Parlement en annulant les décrets argués d'inconstitutionnalité.

##### b) Non rétroactivité des lois

Les lois et décrets ne disposent en principe que pour l'avenir. Il s'agit d'un principe fondamental énoncé par l'article 2 du Code Civil : « La Loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». Cette règle est considérée par le Conseil d'Etat comme un principe qui s'impose également au pouvoir exécutif.

Il en résulte que le point de départ des effets d'une loi ou d'un décret est la date à laquelle le texte a été porté à la connaissance des intéressés. Dans les deux cas le point de départ des effets sera d'un jour franc après celui de sa publication au Journal Officiel électronique.

L'article 2 du Code Civil laisse entier le problème des conflits de lois dans le temps. Il nous donne tout au plus une directive générale à ne pas perdre de vue. Quelques exemples pour comprendre l'ampleur du problème : une loi de 1816 a supprimé le divorce. Quelle a été l'incidence de cette loi sur les époux mariés avant 1816 et qui à l'époque avaient la possibilité de divorcer ? Supposons par ailleurs que le législateur intervienne aujourd'hui pour dire que le taux d'intérêt à ne pas dépasser sous peine de poursuites pénales est désormais en matière de prêts d'argent de 5 %. Quel effet aura cette loi sur les contrats en cours ?

D'une manière générale il faut distinguer entre les modes d'acquisition des droits et l'effet des situations juridiques ainsi créées.

En principe la loi nouvelle contraire à la loi ancienne ne revient pas sur l'acte ou le fait juridique qui a donné naissance à la situation actuelle. La conclusion d'un contrat, la célébration d'un mariage sous l'empire de la loi ancienne sont définitivement acquis et il n'est pas question d'annuler ce qui a été légalement fait. Il en est de même des effets qui ont été réalisés avant la loi nouvelle : un divorce, les dettes échues, etc...

La question est plus délicate de savoir si la loi nouvelle n'atteint pas les effets en cours ou plus précisément les effets postérieurs à sa création. Par exemple l'individu devenu propriétaire antérieurement à une loi interdisant de construire des immeubles dépassant une certaine hauteur peut-il invoquer la loi ancienne pour entreprendre des constructions désormais interdites ?

Les époux qui avaient la possibilité de divorcer antérieurement à la loi de 1816 peuvent-ils le faire après cette date ?

La jurisprudence distingue entre les contrats et les matières extracontractuelles : en principe les effets de la loi nouvelle se font sentir immédiatement : il serait en effet difficile d'admettre deux catégories d'époux et deux types de propriétaires. Un minimum d'harmonie dans l'application des textes commande cette solution.

En matière contractuelle on peut admettre que la solution soit différente. Les contrats en effet n'intéressent que les parties contractantes et pas nécessairement un très grand nombre de personnes. De plus elles ont contracté souvent en prévision d'une situation qui allait se prolonger et dont ils ont aménagé le déroulement. Par exemple, le bailleur a consenti un bail de longue durée en fonction d'un loyer d'un certain montant ; le prêteur stipulé à l'avant etc... Pour assurer la confiance, et la stabilité des contrats la jurisprudence ne fait produire aucun effet de la loi nouvelle sur le déroulement des contrats en cours.

Une seule exception à cela: lorsque le texte nouveau à un caractère d'ordre public il s'applique bien entendu immédiatement même aux effets postérieurs des contrats ; il peut s'agir de dispositions intéressant le droit de travail par exemple qui, présumées plus favorables aux salariés, s'intègrent immédiatement aux contrats en cours.

Il arrive que le législateur déclare une loi expressément rétroactive. C'est une chose rare. Il l'a fait notamment après la seconde Guerre Mondiale pour atteindre des faits de collaboration. Il est fréquent que le législateur mécontent de l'interprétation donnée à son texte par les tribunaux précise son point de vue par une loi postérieure. Ce nouveau texte faisant corps avec la loi ancienne rétroagit au jour ou la loi ancienne est entrée en vigueur.

Les tribunaux interprètent les lois interprétatives avec beaucoup de prudence. Ils ont tendance à faire prévaloir les dispositions de l'article 2 du Code Civil sur le caractère interprétatif de la loi nouvelle. Ils recherchent notamment si la loi ancienne nécessitait vraiment des éclaircissements supplémentaires ou si elle pouvait au contraire être appliquée en l'état.

#### C ‑ INTERPRÉTATION DES LOIS ET DECRETS

Le juge ne peut refuser d'appliquer un texte sous prétexte d'obscurité ou d'ambiguïté. Il doit donc l'interpréter. iL aura recours pour ce fait à plusieurs méthodes :

##### a) la méthode exégétique

Elle consiste à s'attacher aux termes employés par le législateur pour essayer de donner au texte un sens. C'est une méthode qui était et qui est encore aujourd'hui largement employée. Elle ne me paraît pourtant pas très fidèle aujourd'hui. Les textes sont trop souvent élaborés avec précipitation dans le ministère intéressé et ensuite fréquemment amendés à la hâte par le parlement de sorte que l'expression littérale ne reflète pas toujours la volonté du législateur.

##### b) l'interprétation téléologique.

C'est celle qui consiste à rechercher ce qu'a voulu le législateur. On peut y parvenir notamment en prenant connaissance des travaux préparatoires et en particulier des discussions parlementaires sur le texte telles qu'elles sont publiées au Journal Officiel des Débats de l'Assemblée Nationale ou du Sénat. Cette recherche n'est toutefois possible qu'en matière législative, les travaux préparatoires des actes réglementaires n'étant pas publiés ;

##### c) la méthode analogique.

Il s'agit d'une méthode comparative. On compare le texte à une autre disposition située dans un contexte comparable. Possible en droit civil ou en droit commercial, elle est prohibée en droit pénal parce qu'elle reviendrait à créer des délits sans textes.

### 2§. LES SOURCES CONTESTEES DU DROIT

#### A ‑ LES USAGES

Les usages constituent certainement et surtout un droit commercial, une source de droit importante. L'usage, à condition bien sûr de ne pas être en contradiction avec une règle de droit formelle, doit être pris en considération.

Le législateur lui‑même fait parfois référence aux usages. L'article 1587 du Code Civil dispose par exemple « à l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtés et agréés » et la Cour de Cassation interprétant ce texte déclare (Req. 29 mai 1905, D.P. 1905 1416) que pour apprécier quelle chose rentre dans la règle de cet article il convient de se référer aux usages du commerce local et les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation.

Il appartient à celui qui invoque l'existence d'un usage de le prouver. Il pourra le faire en déposant des attestations de témoins ou tout autre moyen.

L'usage ne puise pas en lui sa force obligatoire mais il le deviendra aux termes d'une jurisprudence bien établie en la matière.

#### B ‑ LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence est constituée par l'ensemble des décisions rendues par les juridictions. En réalité, seuls les arrêts de la Cour de Cassation donnent aux lois une interprétation qui s'impose véritablement.

C'est ainsi par exemple que la Cour de Cassation a décidé au milieu du XIXème siècle que les rémunérations versées aux mandataires et agents d'affaires pouvaient être réduites et ce à l'encontre du principe selon lequel les termes d'un contrat s'imposent au juge dès lors qu'ils sont dépourvus d'ambiguïté.

Ces arrêts constituent une source de droit dans la mesure où en matière de mandat, le mandant pourra demander au juge de réduire les honoraires de son mandataire. Les arrêts de la Cour Suprême s'imposent en effet à toutes les juridictions du fond qui ne peuvent que s'incliner devant l'interprétation donnée à une règle de droit par la Cour de Cassation.

On soutient parfois que la jurisprudence n'est pas source de droit dans la mesure où d'une part les juges ne peuvent aux termes de l'article 5 du Code Civil se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises mais aussi parce que la Cour de Cassation est toujours susceptible de revenir sur l'interprétation d'un texte et d'opérer ce que l'on appelle un revirement de jurisprudence.

Cela est vrai mais on peut en dire autant de la loi. Dans certaines matières et en particulier en matière sociale les interventions du législateur sont très nombreuses et bouleversent parfois des données que les juristes tenaient pour acquises. Les revirements de jurisprudence ne sont pas très fréquents.

Il arrive même, et c'est un argument de plus pour classer la jurisprudence parmi les sources de droit que celle-ci joue véritablement oeuvre créatrice dans certains domaines où le législateur s'est montré particulièrement obscur.

#### C ‑ LA DOCTRINE

On peut considérer la doctrine comme une source de droit indirecte. Le professeur de droit, les magistrats, les avocats émettent des opinions dans des revues spécialisées sous forme de commentaires d'arrêts, d'articles et contribuent aussi à faire évoluer les choses dans tel ou tel sens. Les articles de doctrine émanent le plus souvent d'auteurs très spécialisés et qui font autorité dans tel ou tel domaine. Il arrive fréquemment qu'une opinion soit évoquée, discutée voire contestée à la Cour de Cassation ou au contraire prise en considération.

## CHAPITRE III. LES BRANCHES DU DROIT

#### A ‑ LA LOI ET LE RÈGLEMENT

Il s'agit probablement de la summa divisio. Le droit public règle les rapports entre l'Etat, la Collectivité et l'Individu tandis que le droit privé attrait aux relations individuelles. Par exemple, un passant blessé au cours d'une opération de police demandera à l'Etat de le dédommager parce que c'est un problème de droit public. Si ses blessures ont été occasionnées par l'explosion d'une bouteille de gaz lors d'une livraison effectuée par un commerçant on aura à faire à un litige de pur droit privé.

#### B ‑ DISCIPLINES RELEVANT DU DROIT PRIVE

Le droit privé comprend plusieurs branches : le droit civil dont on peut dire qu'il est le droit commun du droit privé. Le droit civil régit la capacité et l'état des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions, les obligations et les biens. Les règles s'appliquent à toutes les autres branches du droit. C'est ainsi que le contrat de travail qui relève du droit social emprunte ses caractères principaux au droit civil de même que la vente commerciale est entièrement réglementée par les articles 1582 à 1701 du Code Civil. D'une façon plus générale on peut dire que sauf disposition particulière, les règles du droit civil régissent les contrats commerciaux.

A côté du droit commercial on trouve également le droit du travail et de la sécurité sociale parmi les branches du droit privé encore que le principe applicable en matière de sécurité sociale soient des principes de droit public notamment à propos de la responsabilité des caisses de sécurité sociale qui se trouve engagée dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un service public.

La frontière entre droit public et droit privé n'est pas toujours aussi nette qu'on le souhaiterait. Le droit pénal réprime les atteintes à la sécurité de l'Etat et plus généralement un certain nombre de crimes et délits contre la chose publique. Même lorsque la victime est un particulier l'Etat par l'intermédiaire du Ministère public est partie prenante au procès qui s'engage et peut même poursuivre la répression de l'infraction en dépit du désistement de la victime. Pour toutes ces raisons, il est difficile de classer le droit pénal qui constitue une discipline à mi-chemin entre le droit public et le droit privé.

#### C ‑ LE PARTICULARISME DU DROIT COMMERCIAL

Le droit commercial se sépare du droit civil pour trois raisons

‑ la nécessaire rapidité des transactions commerciales,

‑ le besoin de crédit des commerçants,

‑ la recherche de plus grandes garanties.

Le monde des affaires s'accommoderait mal d'un droit formaliste ou il serait par exemple nécessaire de rédiger un écrit à l'occasion de chaque opération.

Le droit civil exige que les parties fassent la preuve des obligations dont elles se prétendent créancières par la juridiction d'un écrit dès lorsque la valeur de la créance invoquée est supérieure à 1.500 euros. Ainsi si j'assigne mon adversaire en remboursement d'un prêt d'argent dont le montant est supérieur à cette somme il me faudra produire un contrat, une reconnaissance de dette émanant de mon emprunteur pour pouvoir le faire condamner. Les industriels, les marchands doivent parfois mener rapidement leurs opérations ne serait‑ce qu'en raison de la mobilité des cours, ainsi le droit commercial comporte des règles répondant à ce souci de célérité. La preuve est libre en droit commercial. Une obligation, un contrat, quel qu'un soient le montant peuvent se prouver par tous les moyens.

La jurisprudence elle-même a répondu au vœu du monde des affaires en assouplissant certaines règles en matière contractuelles. C'est ainsi qu'alors qu'en droit civil le silence ne vaut pas acceptation et que celle-ci ne peut découler que d'une volonté librement exprimée la Cour de Cassation décide que dans les relations d'affaires régulières le silence gardé par l'une des parties peut valoir acceptation. C'est par exemple le cas du détaillant qui reçoit régulièrement de la marchandise expédiée par un grossiste ou un fabricant et qui n'aura pas besoin pour assurer son approvisionnement d'exprimer formellement le désir de recevoir de la marchandise et l'engagement d'en payer le prix. La Cour de Cassation décide également que le fait de recevoir d'un commerçant une facture sans émettre de protestation peut valoir reconnaissance de dette de la part du débiteur.

Les commerçants ont besoin de crédit et la pratique a depuis fort longtemps imaginé les moyens de leur en trouver en créant des institutions originales telles que lettres de change et billets à ordre. La lettre de change est l'ordre donné par un tireur au tiré de payer une certaine somme à l'ordre du bénéficiaire. Créée à l'origine pour éviter les transports d'argent, la lettre de change est devenue un moyen de crédit puisqu'elle donne un certain délai au tiré pour s'acquitter de sa dette. Les crédits et avances en compte courant ont le même objet, procurer des liquidités aux négociants.

Le droit commercial, par son absence de formalisme et la rapidité de ses transactions repose plus que le droit civil sur la confiance. Cette confiance à une contrepartie : la nécessaire protection des créanciers face à des débiteurs défaillants. Cette protection se manifeste par quelques institutions originales et propres au droit commercial.

Il s'agit tout d'abord de la solidarité présumée entre les débiteurs d'une même dette. La solidarité passive entre les débiteurs permet aux créanciers en cas de défaillance de l'un d'eux de s'adresser à l'un d'entre eux, le plus solvable généralement, pour obtenir le paiement intégral de sa créance, sans avoir à exercer plusieurs actions parallèles. Celui qui a payé exercera un recours contre les autres débiteurs pour les obliger à contribuer à la dette.

La solidarité, considérée comme dangereuse, doit être expressément stipulée aux termes de l'article 1309 du Code civil. En droit commercial il n'est pas nécessaire de la prévoir. Elle est présumée dans tous les contrats.

Le droit commercial est très sévère pour les débiteurs défaillants. Il a créé des procédures collectives destinées à mettre en vente tous les biens des commerçants incapables de faire face aux dettes qui leur incombent. On dit alors qu'ils sont en état de cessation des paiements.. Dans ce cas et sur assignation d'un créancier ou d'office, le tribunal de commerce peut prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens du commerçant. Ses biens sont alors vendus et le produit de cette vente est distribué aux créanciers au prorata du montant de leurs créances.

## CHAPITRE IV. L'ORGANISATION JUDICIAIRE

Notre organisation judiciaire compte deux ordres de juridiction : les tribunaux administratifs et les tribunaux civils.

La séparation des autorités administratives et judiciaires date de la loi des 16‑25 août 1790 dont l'article 13 dispose : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives ; les juges ne pourront sous peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs à raison de leurs fonctions ».

Les constituants qui se souvenaient de la résistance opposée par les parlements à l'autorité royale adoptèrent cette disposition pour éviter qu'à l'avenir les juges ne puissent empiéter sur les prérogatives du pouvoir exécutif.

Ils ne tirèrent pas pour autant toutes les conséquences de ce principe affirmé, pourtant solennellement et il fallut attendre l'AN VIII pour voir apparaître les juridictions chargées des affaires contentieuses intéressant l'exécutif : ce fut le conseil d'ETAT qui était en même temps le Conseil de l'Exécutif et les conseils de préfecture.

Le conseil d'Etat était la juridiction administrative de droit commun tandis que les conseils de préfectures appelés depuis 1953 tribunaux administratifs avaient une compétence d'attribution d'abord limitée mais qui finit par s'élargir au fil des années par suite de l'encombrement des rôles au Conseil d'Etat.

### 1§. ‑ LES JURIDICTION DE L'ORDRE JUDICIAIRE

Parmi les juridictions de l'ordre judiciaire il convient de faire la distinction entre les juridictions civiles et les juridictions répressives.

Les juridictions civiles sont de deux sortes : des juridictions de droit commun et des juridictions d'exception.

#### A ‑ LES JURIDICTIONS CIVILES

A côté des juridictions de droit conunun que sont le Tribunal de Grande Instance et la Cour d'Appel notre organisation judiciaire compte un grand nombre de juridictions d'exception : Tribunal d'Instance, Tribunal de Commerce, Conseil des Prud'hommes etc...

Les juridictions de droit commun à la différence des juridictions d'exceptions ont la plénitude de juridiction c'est‑à‑dire sont appelés à connaître tous les litiges tandis que les juridictions d'exceptions ne peuvent être saisies que des litiges qui leur sont expressément confiés par un texte.

Autres différence : tandis que les juridictions d'exceptions sont pour la majorité d'entre‑elles composées de magistrats non professionnels, les juridictions de droit commun ne comporte que des magistrats professionnels. Cette dualité de juridictions donne lieu à des controverses, de nombreux juristes étant partisans de la suppression des juridictions d'exceptions.

L'existence de ces juridictions complique notre système juridictionnel et entraîne des conflits de compétence qui constituent une source supplémentaire de retard dans le déroulement des procès. De plus, force est de reconnaître que la justice rendue par des magistrats non professionnels et parfois sans connaissances juridiques approfondies n'est pas toujours d'excellente qualité.

Leur maintien s'explique néanmoins par les économies que réalisent ainsi les pouvoirs publics, les magistrats de ces juridictions n'étant pas rémunérés.

##### a) Les juridictions de droit commun

1 ‑ Le Tribunal de Grande Instance

Le Tribunal de Grande Instance connaît toutes les affaires dont la compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction à condition que le montant de la demande ne soit pas inférieure à 10.000 €.

Cette juridiction a de plus une compétence exclusive sur certaines matières

‑ questions d'état de personnes : mariage, divorce, filiation,

‑ exécution des jugements même s'il s'agit de l'exécution d'un jugement rendu pour une juridiction d'exception. C'est ainsi que l'article 553 du CPC donne compétence au TGI pour statuer sur les contestations relatives à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

‑ problèmes de vérification d'écriture et d'inscriptions de faux,

‑ brevet d'invention, marques de fabrique

‑ responsabilité d'un officier public ou ministériel.

Il y a en en principe un tribunal de grande instance par département mais l'importance du département peut justifier l'existence de deux tribunaux de grande instance.

Le tribunal de grande instance est composé d'un président et de deux juges assesseurs.

2 ‑ La Cour d'appel

Composée de trois magistrats professionnels, la Cour d'Appel est la juridiction du second degré. Elle est compétente pour statuer sur les appels interjetés contre les jugements rendus par le tribunal de grande instance mais aussi par les juridictions d'exception.

Ne sont susceptibles d'appel que les jugements rendus en premier ressort c'est-à-dire ceux dont le montant du litige dépasse une certaine somme. C'est ainsi que le Tribunal d'Instance statue en dernier ressort (pas d'appel) jusqu'à 4.000 € et au-delà à charge appel.

La cour d'appel réexamine le litige dans la limite de ce qui lui est demandé : réévaluation des dommages intérêts accordés que les premiers juges, réexamen des responsabilités encourues, meilleure application d'un texte civil ou commercial etc...

Elle rend des arrêts qui peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation lorsque le demandeur au pourvoi estime que la loi a été mal appliquée.

##### b) Les juridictions d'exceptions

1 ‑ Le tribunal d'instance

Le tribunal d'instance, juridiction à juge unique est compétent pour connaître les litiges inférieurs à la somme de 10.000 €. Ainsi suivant la valeur du litige, la procédure sera engagée devant le tribunal d'instance ou le tribunal de grande instance, et jugée, tantôt par un collège de trois magistrats, tantôt par un juge unique. Le tribunal d'instance a également une compétence exclusive en matière d'actions possessoires, élections professionnelles, actions en bornage etc...

Il y a un tribunal d'instance par arrondissement. C'est une juridiction que le législateur a toujours conçu comme une juridiction de conciliation plus que de jugement. Il fallait pour ce faire qu'elle fut proche du justiciable et facilement accessible. Héritier de l'ancien juge de paix, le juge d'instance par l'abondance et la diversité des tâches qui lui ont été confiées s'est peu à peu éloigné de cet objectif. Ainsi le Ministère de la Justice a-t-il de créé des médiateurs locaux rattachés au juge d'instance et qui ont pour mission de concilier, d'apaiser les conflits, bref, d'éviter le recours à la justice.

2 ‑ Le conseil de Prud'hommes

. Origine

Les premiers conseils de Prud'hommes furent créés à Lyon sous l'Ancien Régime et supprimés par la Révolution. Napoléon les rétablit puis les étendit à tout le Territoire. Composés exclusivement de patrons, diverses réformes sont intervenues pour assurer au patronat et aux salariés une représentation équitable.

. Organisation des conseils de Prud'hommes:

La loi du 18 janvier 1979 a généralisé les conseils des prud'hommes, de permettre leur création là où il n'y en avait pas encore et d'élargir les attributions de cette juridiction.

Il existe donc un conseil de prud'hommes dans le ressort de chaque tribunal de Grande Instance. Les conseillers prud'hommes sont désignés.

Les conseils de prud'hommes sont divisés en cinq sections autonomes : ‑ section de l'encadrement ‑ section de l'industrie, ‑ section des services commerciaux, ‑ section de l'agriculture, ‑ section des activités diverses.

Cette division en sections a pour objectif de spécialiser les conseillers prud'homaux dans telle ou telle branche d'activité et d'éviter ainsi de trop grande discordances dans la jurisprudence.

. Compétence :

Les conseil de Prud'hommes sont compétents pour régler les différents individuels qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail entre employeurs et salariés.

Les conflits collectifs de travail relèvent des procédures qui leur sont propres.

Le conseil territorialement compétent est soit celui du lieu de l'établissement soit celui du domicile du salarié lorsque le travail est effectué en dehors de tout établissement, soit enfin celui où l'engagement a été contracté ou encore celui du lieu où l'employeur est établi.

Le conseil des prud'hommes statue en dernier ressort jusqu'à 10.000 €.

. Procédure :

La loi a institué une procédure de conciliation obligatoire suivie le cas échéant d'une procédure de jugement.

Une tentative de conciliation a lieu devant le bureau de conciliation composé d'un conseiller prud'homme salarié et d'un conseiller prud'homme employeur. Les parties sont tenues de comparaître devant le bureau de conciliation mais peuvent en cas de motif légitime se faire représenter ou se faire assister - par un salarié ou un employeur appartenant à la même branche d'activité, ‑ par un délégué syndical, ‑ leur conjoint, ‑ un avocat.

Le bureau de conciliation entend les parties et leurs explications et dresse un procès verbal à l'issue de leur audition constatant la conciliation des parties ou la persistance de leur désaccord.

En cas d'échec le bureau de conciliation peut avant tout jugement prendre un certain nombre de mesures :

‑ ordonner la délivrance sous astreinte de tout document que l'employeur est tenu de remettre au salarié : bulletin de paye, certificats de travail etc...

‑ versement d'une provision sur salaire [dans la limite des six derniers mois] et d'une provision [à concurrence de la même limite] sur le montant de l'indemnité de préavis si la créance n'est pas sérieusement contestable,

‑ il peut ordonner une mesure d'instruction.

Le bureau de jugement est composé de quatre conseilleurs prud'hommes, deux représentant les employeurs et les deux autres les salariés. Il s'agit par conséquent d'une juridiction paritaire, aussi est‑il prévu qu'en cas de partage des voix, les débats doivent être repris sous la présidence du juge d'instance.

On pourrait craindre que cette parité entre employeurs et salariés ne bloque le système. En réalité, et la pratique le montre, le conseilleur prud'homme investi de la mission de juger sait oublier qu'il appartient à telle ou telle catégorie et rend dans l'ensemble des jugements tout à fait convenables.

Voies de recours : les jugements prud'homaux peuvent être frappés d'appel ou d'un pourvoi en cassation selon qu'ils sont rendus en premier ou dernier ressort.

3 ‑ Le Tribunal des Affaires Sociales

Les problèmes de sécurité sociale sont tantôt d'ordre judiciaire lorsqu'il s'agit de savoir si des prestations familiales sont dues ou si tel assuré peut prétendre à une pension de vieillesse, tantôt d'ordre technique lorsqu'il faut apprécier l'état physique d'un salarié, son degré d'invalidité, ou encore s'il est ou non atteint d'une maladie de longue durée entraînant l'exonération du ticket modérateur.

Aussi à deux sortes de litiges correspondent deux types de juridiction:

\* Le TASS est présidé par un juge professionnel assisté de deux juges assesseurs représentant les salariés et les employeurs. Le système de l'échevinage qui regroupe magistrats professionnels et non professionnels, a de nombreux partisans qui soulignent les avantages de ce type de juridiction où les juristes se trouvent confrontés aux préoccupations du monde du travail. Cette commission est compétente pour appliquer la législation de la sécurité sociale.

\* Le contentieux technique est confié à des Commissions Régionales dont les décisions peuvent être déferrées à la Commission Nationale Technique; Les juridictions sont composées de médecins, de représentants des employeurs et des salariés mais aussi de magistrats de l'ordre administratif ou judiciaire pour la commission nationale technique.

Depuis la loi Justice XXIème siécle, les TASS sont intégrés au TGI depuis le 1er janvier 2017.

4 ‑ Le tribunal paritaire des baux ruraux

Composé d'un président magistrat professionnel, de deux assesseurs représentant les preneurs et de deux conseillers, cette juridiction statue sur les difficultés relatives au montant des fermages, renouvellement des baux etc...

5 ‑ Le tribunal de commerce

Le premier tribunal de commerce fut créé à Paris en 1563 par un Edit de Charles IX. L'institution fut assez rapidement généralisée. Ces tribunaux ont pour origine les juridictions des consuls dans les villes italiennes qui avaient une mission analogue, trancher les litiges entre négociants, et c'est ce qui explique que les juges commerciaux soient ainsi appelés juges consulaires.

. Organisation des tribunaux de commerce

Leur nombre et leur siège sont fixés par décret pris en conseil d'Etat. Il existe à l'heure actuelle environ 80 tribunaux de commerce.

Les juges consulaires sont des commerçants élus pour deux ans par leurs pairs. Ils peuvent être réélus deux fois mais doivent abandonner leurs fonctions juridictionnelles pendant un an pour pouvoir prétendre à un nouveau mandat.

Leur élection a lieu en scrutin de liste à deux degrés ; élection de délégués consulaires qui élisent eux-mêmes les magistrats qui composeront le tribunal de commerce.

. Composition et fonctionnement du tribunal de commerce

Un tribunal de commerce siège en formation collégiale comme le tribunal de grande instance. Chaque chambre (il y en a plusieurs dans les tribunaux de commerce importants) est composée d'un président et de deux juges.

Les magistrats de tribunaux de commerce sont assistés par un certain nombre d'auxiliaires : les greffiers et les huissiers audienciers. Ceux‑ci, et en particulier les greffiers, jouent un rôle particulièrement important dans ces juridictions. Ce sont les greffiers qui souvent aident les magistrats consulaires à rédiger les jugements qu'ils rendent. Eléments permanents du tribunal de commerce, ces auxiliaires de justice concourent également au maintien et au respect de la jurisprudence.

. Compétence du tribunal de commerce

**Compétence d'attribution**

Le tribunal de commerce est une juridiction d'exception dont la compétence est strictement définie par les textes en vigueur. Il résulte de ces dispositions que le tribunal de commerce est compétent pour connaître

\* des litiges nés à l'occasion des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants

\* des litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes personnes quelle que soit leur qualité. Il s'agit des actes de commerce par nature que nous examinerons plus loin.

Toutefois, lorsque l'acte est commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre, la compétence du tribunal de comme va dépendre de la qualité du défendeur au procès. Un fabricant d'automobiles en vendant un véhicule à un de ses clients fait un acte de commerce mais l'achat n'a aucun caractère commercial pour le client non commerçant. C'est un acte mixte.

La compétence du tribunal de commerce va alors dépendre de la qualité du défendeur. Si le défendeur n'est pas commerçant le tribunal de commerce est incompétent pour statuer sur ce différend, mais lorsque le défendeur est commerçant le demandeur à une option entre le tribunal de commerce et le tribunal civil.

\* Le tribunal de commerce est compétent pour examiner les contestations entre associés d'une société commerciale.

\* Il l'est également pour juger les délits et quasi-délits commis par les commerçants dans l'exercice de leur commerce sauf s'il est saisi d'une action en réparation d'un dommage causé par un véhicule quelconque.

**Compétence territoriale:**

Le tribunal compétent est soit la juridiction du lieu où demeure le défendeur, soit la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service (article 46 du Code de procédure civile).

Tous les litiges commerciaux ne sont pas soumis à leur juge naturel et les parties préfèrent parfois confier le soin de juger leur différend à des arbitres.

6 ‑ Les juridictions arbitrales

Plutôt que de s'adresser à leurs juges naturels, les parties préfèrent quelquefois avoir recours à des personnes privées qu'elles investissent d'un commun accord de la mission de trancher leur litige.

Elles y voient de nombreux avantages : d'abord la possibilité de choisir des juges particulièrement compétents et au fait des pratiques et des usages d'une profession, elles espèrent plus de rapidité dans l'administration de la justice, une certaine discrétion dans le déroulement des débats.

L'arbitrage ne présente pourtant pas que des avantages. La justice arbitrale n'est pas toujours aussi rapide que les parties le souhaiteraient, les honoraires des arbitres sont parfois exorbitants et leur qualification, qui repose quelque fois sur un titre ou une fonction est parfois décevante. Néanmoins l'arbitrage connaît un succès grandissant surtout en matière commerciale.

. La convention d'arbitrage

Le recours aux arbitres résulte d'une convention, d'un contrat. Il faut que les parties soient d'accord pour soumettre leur différend à des arbitres. Cette décision peut être prise soit à l'occasion d'un compromis d'arbitrage soit par l'adoption d'une clause compromissoire. Le compromis est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes décident de porter leur différend devant des arbitres tandis que la clause compromissoire est la clause par laquelle les parties décident de soumettre leur litige éventuel à un tribunal arbitral. Aussi, le compromis a trait à un litige déjà né, tandis que la clause compromissoire est adoptée en fonction de difficultés à naître.

. Le compromis d'arbitrage

Sa validité est soumise à des conditions de fond et de forme. Les conditions de fond sont celles de tous les contrats : consentement valable, capacité des parties. Cependant son domaine est limité. Certaines matières ne peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage : ce sont celles tendant à l'état des personnes, au divorce, à la séparation de corps, etc...

Il doit être constaté par écrit. Il pourra être fait par un procès-verbal devant les arbitres choisis ou par acte devant notaire ou sous signature privée.

Le compromis a pour effet de dessaisir la juridiction étatique au profit des arbitres.

. La clause compromissoire

Sa validité est consacrée par l'article l. 721-3 du code du commerce rédigé ainsi : « les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées (opérations commerciales, contestations entre associés, celles relatives aux actes de commerce par nature) lorsqu'elles viendront à se produire.

Ce texte est interprété strictement par la jurisprudence qui en déduit que

a) la clause compromissoire n'est valable qu'entre commerçants et doit être déclarée nulle en matière civile quel que soit son objet ;

b) une convention présentant un caractère mixte n'entre pas dans les prévisions de ce texte et ne peut faire l'objet d'une clause compromissoire ;

c) les litiges en matières de liquidation des biens ne peuvent pour la même raison être soumis à des arbitres.

La clause compromissoire est le plus souvent rédigée mais juridiquement elle peut être prouvée par tous les moyens.

L'effet normal de la clause est de contraindre les parties à rédiger un compromis lors de la naissance du différend en vue duquel elles ont adopté la clause compromissoire. Il se peut que le moment venu l'une des parties refus d'exécuter son engagement. On considère dans ce cas que le tribunal de commerce pourra condamner sous astreinte (c'est-à-dire à payer telle somme par jour de retard) à rédiger le compromis ou même désigner elle-même l'arbitre.

. L'instance arbitrale

S'agissant d'un contrat c'est-à-dire d'une matière laissée à la discrétion des parties on considère que celles-ci peuvent choisir qui bon leur semble pour remplir la mission qu'elles désirent leur confier. Ils peuvent désigner un ou plusieurs arbitres.

Leur choix peut se porter sur un français ou un étranger mais elles s'adresseront le plus souvent aux chambres arbitrales instituées par les chambres de commerce.

Les arbitres disposent certes de pouvoirs juridictionnels mais dans la limite du compromis. Ils ne pourront par exemple accorder des intérêts de retard si le compromis ne l'a pas prévu.

En principe, les arbitres doivent statuer en droit et non en équité mais l'article 12 du code de procédure civile permet aux parties de lui demander de statuer comme amiable compositeur. Dans ce cas l'arbitre est dispensé d'observer les règles de droit et en particulier les règles de forme et de procédure sous réserve du respect obligatoire de certains principes fondamentaux tels que le principe du contradictoire et les règles qui s'imposent à toutes juridictions en particulier sur l'exposé obligatoire des prétentions des parties et l'énoncé des motifs ayant déterminé sa décision (Paris 10 novembre 1964 : JCP 1966 II 14625 note Boulbes).

Comme toute juridiction, le tribunal arbitral peut apprécier la régularité de sa saisine. Il peut notamment examiner la validité du compromis soit d'office soit à la demande de l'une des parties.

. La sentence arbitrale

En matière d'arbitrage, on emploie le terme de sentence et non de jugement mais en dépit d'une terminologie différente il s'agit d'un véritable jugement. Elle est en effet rédigée comme un jugement et comprend un exposé des motifs suivi d'un dispositif.

S'il n'y a que deux arbitres, elle est prise à l'unanimité et à la majorité des voix si les parties ont désigné plus de deux arbitres. Lorsque les arbitres ont été désignés en nombre pair et ne parviennent pas à adopter une position majoritaire ils peuvent désigner un tiers arbitre chargé seulement de les départager après en avoir conféré avec eux et non de rejuger l'affaire.

La sentence arbitrale n'est pas de plein droit exécutoire comme un jugement. Elle ne l'est qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur demandée au Président du tribunal de grande instance.

. Voies de recours

La sentence arbitrale peut faire l'objet de deux voies de recours. L'une contre l'ordonnance d'exequatur et l'autre contre la sentence arbitrale elle-même.

‑ L'opposition à l'ordonnance d'exequatur

La sentence arbitrale, rappelons-le est dépourvue d'efficacité si elle n'a pas été revêtue de l'exequatur dont il vient d'être question. Cette opposition entraînera la nullité du jugement arbitral dans les cas suivants:

1°) si le jugement a été rendu sans compromis nul ou hors des termes du compromis (voir article 1007 du Code de Commerce) ;

2°) s'il l'a été sur compromis nul ou expiré ;

3°) s'il n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres ;

4°) s'il l'a été par un tiers sans en avoir conféré avec les arbitres partagés ;

4°) s'il a été prononcé sur une chose non demandée.

‑ L'appel

Si les parties au compromis n'ont pas renoncé par avance à l'appel la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un réexamen devant la cour d'appel et même d'un pourvoi en cassation.

#### B ‑ LES JURIDICTIONS RÉPRESSIVES

##### a) Composition et rôle des juridictions :

Les infractions en droit pénal français sont classées en trois groupes suivant leur gravité : les contraventions, les délits et les crimes. Chacune d'elle relève d'une juridiction spécialisée.

1 ‑ Le tribunal de Police

Les contraventions sont de la compétence du tribunal de police. C'est un tribunal à juge unique, présidé par le juge d'instance statuant en matière répressive. Les contraventions sont punissables d'une peine d'amende pouvant atteindre 3.000 euros (art. 131-12 et 131-13 du Code Pénal).

2 ‑ Le tribunal correctionnel

Les auteurs de délits sont justiciables de tribunal correctionnel qui est une formation spécialisée du tribunal de grande instance et composé d'un Président et de deux assesseurs. Excepté en matière de stupéfiants les délits ne sont punissables que d'un emprisonnement ne pouvant dépasser 5 ans.

Le jugement rendu par ces deux juridictions sont susceptibles d'appel devant la chambre des appels correctionnels de la cour d'appel.

3 ‑ La Cour d'Assises

Les crimes sont de la compétence de la Cour d'Assises composée de 3 magistrats professionnels et de 9 jurés délibérant ensemble sur la peine à infliger à l'accusé. Les arrêts de la Cour d'Assises, contrairement aux autres jugements ne sont pas motivés. Depuis le 1er janvier 2000, le condamné a la possibilité de faire appel devant une autre cour d’assises désignée par la Chambre criminele de la Cour de cassation et composée de 12 jurés et 3 magistrats.

##### b) Le Ministère Public:

Toutes les juridictions dont nous venons d'exposer la composition sont composées de magistrats du siège dont la fonction est de juger et qui jouissent de garanties qui leur sont accordées dans l'intérêt de justiciable et dont la plus importante est l'inamovibilité. Le magistrat risquerait de rendre une mauvaise justice s'il devait craindre qu'en raison des actes de sa fonction il puisse être déplacé, ou contraint d'accepter une nouvelle affectation. La règle de l'inamovibilité le met ainsi à l'abri des caprices du pouvoir.

Cette garantie ne joue pas pour les magistrats du Parquet. Il s'agit ici d'un corps de magistrats hiérarchisé sous l'autorité du Garde des Sceaux et dont le rôle est de requérir tant devant la juridiction civile que devant les juridictions répressives telle ou telle application de la loi. En matière civile, le Parquet donne son point de vue sur le sens qu'il convient de donner à un texte. Il le fait également en matière pénale, tout en requérant une peine contre le prévenu.

Le Parquet est obligatoirement présent devant chaque juridiction répressive.

Au niveau du Tribunal de Grande Instance, le Parquet se compose d'un Procureur de la République, d'un ou de plusieurs Procureurs adjoints et de Substituts. Ce sont eux qui prennent la parole devant le tribunal correctionnelcmais aussi aux audiences du tribunal de police pour les contraventions les plus graves.

Le Parquet de la Cour d'appel est dirigé par un procureur Général assisté de plusieurs avocats généraux et substituts généraux qui requièrent devant la Chambre des Appels Correctionnels et la Cour d'Assises.

Alors que les magistrats du siège sont nommés par le Président de la République sur avis ou proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature, les magistrats du Parquet sont nommés par décret en proposition du Garde des Sceaux.

Le Ministère public est également présent à la Cour de Cassation. Nous en dirons quelques mots avec l'étude de cette juridiction.

#### C ‑ LA COUR DE CASSATION

La Cour de cassation est composée de 5 chambres civiles et une chambre criminelle.

Les chambres civiles sont spécialisées : la première traite des problèmes d'état des personnes, régimes matrimoniaux, succession et responsabilité contractuelle. La deuxième est spécialisée dans les problèmes de responsabilité civile. La troisième a pour compétence le droit immobilier. La quatrième est la chambre commerciale. Il y a enfin la chambre sociale chargée des pouvoirs en matière de droit du travail et de Sécurité Sociale.

Chaque chambre comprend environ 15 conseillers et deux ou trois conseillers référendaires mais statue valablement lorsqu'elle se réunit à 5 conseillers, voire trois en formation restreinte pour les affaires simples.

La cour de cassation juge les arrêts et les jugements rendus en dernier ressort par les juridictions. Son rôle est d'unifier la jurisprudence et de faire en sorte que le même texte ne fasse pas l'objet d'interprétation différente dans plusieurs cours d'appel. C'est la raison pour laquelle on l'appelle la cour régulatrice.

La cour suprême est juge du droit par opposition aux cours d'appel et tribunaux qui sont juges du fait. Cela signifie que l'on ne peut discuter devant la cour de cassation des éléments de fait qui sont appréciés souverainement par le juge du fond. Par exemple l'évaluation d'un préjudice est une question de fait. La victime ne peut venir devant la cour de cassation se plaindre de ce que la cour d'appel ne lui a pas alloué suffisamment de dommages et intérêts. De même, les circonstances matérielles d'un accident quel qu'il soit, accident de la route ou accident du travail relèvent de l'appréciation des juges de fait.

C'est du moins la théorie. En réalité, les choses ne sont pas aussi simples que cela.

La distinction du fait et du droit est chose délicate (G. Marty, la distinction du fait et du droit, thèse Toulouse 1929). Il est par exemple fréquemment jugé que les éléments de preuve sur lesquels les juges du fond fondent leur décision sont des éléments de pur fait qui ne peuvent être discutés devant la cour de cassation mais que par contre les seules affirmations du demandeur ne sauraient constituer une preuve valable. De même, si les juristes peuvent invoquer pour la première fois devant la cour de cassation l'existence d'une loi pour soutenir leur prétention encore faut-il qu'il s'agisse d'une loi française, les lois étrangères et les usages étant considérés comme des éléments de pur fait. La loi Justice du XXIème siécle permet à la Cour de cassation de s’intéresser aux faits.

C'est seulement par le biais du contrôle que la cour de cassation redresse certaines décisions. Elle contrôle que la cour de cassation redresse certaines décisions. Elle contrôle la notion de faute et l'interprétation d'un contrat par les juges de fond (Cass. com. 10 décembre 1969,J.C.P. 70, IV 626).

On comprendra mieux son rôle à travers deux exemples.

‑ Le 27 février 1951, la cour de cassation rendit un arrêt intéressant à propos de l'interprétation des articles 1240 et 1241 du code civil. Ces articles qui constituent le siège de la responsabilité civile délictueuse sont ainsi rédigés: l'art. 1240 : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » tandis que l'art. 1241 dispose « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou son imprudence.

L'espèce était la suivante : un professeur, le professeur Turpain publia en 1939 un important article intitulé « historique de la T.S.F. » où il disposait les travaux de Hertz et d'un certain nombre de vivants à l'exception d'Edouard Branly dont il ne mentionnait pas les travaux. Les héritiers assignèrent le professeur Turpain devant les tribunaux en raison de préjudice moral qu'ils estimaient avoir subi du fait de cette omission. La cour d'appel estimant que l'attitude de Turpain n'avait pas été dictée par la malice ou l'intention de nuire, qu'il avait simplement exprimé ainsi une opinion qui paraissait sincère, débouta les héritiers de leur action. Ceux-ci se pourvurent en cassation en invoquant une mauvaise interprétation des articles 1240 et 1241 du code civil. Autrement dit, la responsabilité délictueuse implique-t-elle nécessairement un élément intentionnel ?

La cour de cassation ne l'a pas pensé aussi a-t-elle cassé cet arrêt et renvoyé le dossier devant une autre cour d'appel en demandant au juge de renvoi de rechercher si Turpain en écrivant l'article invoqué s'était comporté comme un historien prudent avisé et conscient des devoirs. d'objectivité qui lui incombaient, affirmant par la même qu'une simple négligence suffit pour engager la responsabilité de son auteur dès lors que celle-ci cause un préjudice à autrui.

La portée de cet arrêt indépendamment de la question juridique posée n'a pas besoin d'être soulignée. Il limite la liberté de l'historien qui peut voir sa responsabilité engagée pour avoir volontairement ou involontairement omis de citer les travaux ou le rôle joué par tel ou tel personnage dans un domaine particulier.

‑ Courant juillet 1980, la chambre commerciale eut à connaître d'une difficulté qui n'avait pas encore été soumise à l'appréciation de la cour suprême. Il s'agissait de savoir si les textes relatifs à la responsabilité du locataire en cas d'incendie soient applicables au locataire gérant d'un fonds de commerce. L'article 1733 du code civil présume la responsabilité du locataire d'immeuble en cas d'incendie et celui-ci ne peut se dégager qu'en prouvant que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure ou par vice de construction. Il était donc important de savoir si le locataire-gérant d'un fonds de commerce était soumis à cette législation ou au contraire à la législation de droit commun qui obligeait son adversaire à faire la preuve de sa faute dans la naissance de l'incendie.

La Cour d'appel avait répondu que l'article 1733 ne concernait que le locataire d'immeuble et que le fonds de commerce (qu'il ne faut pas confondre avec le local dans lequel il est installé) n'étant pas un immeuble mais un meuble. On ne pouvait assimiler le locataire d'immeuble et le locataire gérant du fonds de commerce eu égard du régime de responsabilité en matière d'incendie.

La Cour de cassation a approuvé cette interprétation du texte et a rejeté le pourvoi.

Lorsque la cour de cassation rejette le pourvoi, le procès est terminé. Par contre, dans l'hypothèse d'une cassation il n'en est pas de même.

En effet, après cassation, le dossier est renvoyé devant une cour d'appel. Ou bien celle-ci s'incline devant la jurisprudence de la Cour de cassation et les choses s'arrêteront là, ou bien, ne partageant pas l'opinion de la cour suprême, elle résiste en adoptant une interprétation contraire à celle de la Cour de cassation.

Dans ce cas il est probable qu'un pourvoi saisira de nouveau la cour de cassation du litige. Celle-ci se réunira alors en Assemblée Plénière, formation composée de magistrats issus de chacune de ses chambres et l'opinion qu'elle exprimera ainsi s'imposera à la cour d'appel qui sera chargée de rejuger l'affaire.

### 2§. ‑ LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

#### A ‑ LE CONSEIL D'ÉTAT

Le conseil d'Etat a des attributions administratives et contentieuses. En matière administrative le conseil d'Etat est amené à formuler des avis en particulier sur les projets de lois gouvernementaux. Ces avis sont tantôt facultatifs tantôt obligatoires comme en matière et règlements d'administration publique mais le Gouvernement n'est pas obligé de suivre les termes de cet avis.

En matière contentieuse, le conseil d'Etat agit quelque fois comme juridiction statuant en premier et dernier ressort et le plus souvent comme juge d'appel et de cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs.

Il juge en effet en premier et dernier ressort les affaires d'une importance particulière (recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décrets du Premier Ministre ou du Président de la République et contre les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution, contre les actes relatifs à la situation des fonctionnaires nommés par décret et est juge d'appel ou de cassation des décisions rendues par les autres juridictions administratives (Tribunaux administratifs mais aussi juge de cassation des décisions rendues par la Cour des Comptes et la Cour Budgétaire).

#### B – LES COURS ADMINISTRATIVES D’APPEL

Depuis le 1er janvier 1989, ont été créées les Cours administratives d’appel pour désengorger le Conseil d’Etat. Il en y en a huit.

Organisation :

La présidence est assurée par un conseiller d’Etat. Les autres membres appartiennent au même corps que celui des personnels du Tribunal administratif.

Compétence :

a) administrative : Elles donnent leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets de région.

b) contentieuse : Elles entendent les appels formés contre les jugements et ordonnances des tribunaux administratifs, rendus en matière de plein contentieux (responsabilité, fiscal, contractuel), de contravention de première classe et, depuis la loi du 8 février 1995, sur l’ensemble des recours pour excès de pouvoir.

#### C - LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Le tribunal administratif est depuis la loi du 11 juillet 1953 le juge de droit commun en matière administrative. Sa compétence est très étendue : responsabilité de l'administration, contentieux, fiscal etc...

### 3§. LE TRIBUNAL DES CONFLITS

En cas de conflit de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif, le tribunal des conflits composé de conseillers d'Etat et de conseillers à la Cour de cassation désigne la juridiction compétente.

Le tribunal des conflits comporte neuf membres titulaires et deux membres suppléants. Il est présidé par le Garde des Sceaux. Il comprend trois conseillers d'Etat désignés par la cour de cassation et le conseil d'Etat. Ces conseillers en élisent deux autres et ce qui porte neuf l'effectif du tribunal des conflits.

## PREMIERE PARTIE. LE DROIT COMMERCIAL GENERAL EN France.

## CHAPITRE I. LES ACTES DE COMMERCE

### 1§. ‑ INTERET DE LA DISTINCTION ENTRE LES ACTES DE COMMERCE ET LES ACTES CIVILS

La qualité de commerçant dépend de la nature des actes par lui accomplis.

Des règles particulières régissent les actes de commerce.

a) La preuve d'un acte de commerce peut se faire par tous les moyens alors qu'en matière civile le demandeur doit produire un écrit au-delà d'une certaine somme (1.500 €). En matière commerciale le juge peut fonder sa conviction sur des témoignages, des factures, les biens de commerce et même des présomptions.

b) Les règles du « bon pour » et du double sont inapplicables en matière commerciale.

c) La mise en demeure du débiteur peut se faire par tous les moyens en droit commercial.

d) Lorsque plusieurs débiteurs se sont engagés à régler une dette on dit qu'ils sont solidairement responsables du paiement. En matière civile la solidarité ne se présume pas. C'est un acte trop grave pour cela. Elle doit être expresse c'est‑à‑dire que chacun des codébiteurs doit avoir pris l'engagement de payer la dette contractée. Il en résultante que le créancier peut alors s'adresser à l'un d'entre eux, généralement de plus solvable, et le contraindre à le désintéresser en totalité.

Il appartiendra bien sûr à celui qui aura payé pour les autres de demander ensuite aux codébiteurs de lui restituer partie de cette somme d'argent. L'engagement solidaire est un engagement grave dans la mesure où celui qui a payé risque de se retrouver en face de débiteurs insolvables. Pourtant en droit commercial la solidarité s'explique par la rapidité des transactions commerciales et par la nécessité ici plus qu'ailleurs qu'elles soient conclues de bonne foi.

e) Le commerçant qui ne paie pas ses dettes risque d'être mis en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, procédures d'exécution collective de tous les biens du débiteur (procédures particulières au droit commercial).

f) Enfin le législateur a créé des délits spéciaux susceptibles d'atteindre les commerçants malhonnêtes tels que le délit en matière de société (abus de biens sociaux, escroqueries, banqueroute) et un certain nombre de délits divers destinés à protéger le consommateur telle que l'interdiction des ventes à la boule de neige ou des ventes avec primes. Enfin la procédure commerciale diffère de la procédure civile par la composition des juridictions commerciales, une procédure simplifiée plus rapide en matière d'effets de commerce par exemple.

### 2§.‑ CLASSIFICATION DES ACTES DE COMMERCE

#### A ‑ ENUMERATION

On distingue quatre catégories d'actes de commerce.

a) Les actes de commerce par nature définis par l'article L. 110-1 du Code de Commerce.

b) Les actes de commerce par la forme : ces actes sont toujours commerciaux même lorsqu'ils sont accomplis par une personne non commerçante, il s'agit de la lettre de change et du contrat de société.

c) Les actes de commerce par accessoire. Ce sont les actes fait par le commerçant pour les besoins de son commerce. Un acte civil par nature devient commercial parce qu'il est accompli par un commerçant.

d) Les actes mixtes sont des actes commerciaux pour l'une des parties et civiles pour l'autre partie. Lorsque vous achetez une voiture automobile la vente est commerciale pour votre vendeur et civile pour l'acheteur. La nature de cet acte aura des incidences sur la compétence du tribunal (tribunal de grande instance ou tribunal de commerce) et sur les modes de preuve admis en pareil cas.

#### B ‑ CLASSIFICATION

##### a) Les actes de commerce par nature

Ils sont énumérés par les articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de Commerce.

1. L'article L. 110-1 classe parmi les actes de commerce « tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en oeuvre » et « tout achat de biens immeubles pour les revendre à moins que l'acquéreur n'ait agi en vue d'édifier un ou plusieurs bâtiments et de les revendre en bloc ou par locaux ».

Le législateur n'a pas donné une définition exhaustive de l'acte de commerce mais ces textes permettent d'en dégager les critères essentiels. Les mots essentiels sont « achat » et « revente ».

\* L'acte de commerce est d'abord un acte spéculatif commerçant recherche un bénéfice et l'idée de spéculation est inhérente à sa démarche. L'idée de profit doit exister au moment de l'achat. C'est la recherche d'un profit ultérieur qui caractérise l'acte de commerce. Certes on a fait valoir que la recherche du profit n'était pas requise par l'article 632 pour qualifier l'acte de commerce. Elle est cependant sous-entendue.

\* L'acte de commerce est aussi un acte d'entremise dans la circulation des richesses. Ce critère généralement retenu permet d'exclure du droit commercial un certain nombre d'opérations à caractère productif. Ainsi l'agriculteur, l'exploitant forestier ne sont pas des commerçants parce qu'ils n'achètent pas pour revendre. Ils vendent les produits de leur terre. De même l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique qui vend le produit de son talent n'accomplit aucun acte de commerce. C'est aussi parce que le commerçant est essentiellement un intermédiaire que la jurisprudence considère que les sociétés d'assurance à primes fixes ont un caractère commercial parce qu'elles s'interposent entre les capitalistes et l'assuré tandis que les mutuelles sont en principe des sociétés civiles dans la mesure où les mutualistes s'assurent eux-mêmes.

Ces critères ont été rejetés en bloc par certains juristes (ESCARRA) en raison de leur caractère essentiellement économique. Cet auteur préfère rattacher l'acte de commerce à la notion d'entreprise que l'on pourrait définir comme étant la mise en service de moyens de production plus importants ou une installation permanente permettant de réaliser des opérations répétées. La notion d'entreprise est encore bien vague pour que l'on puisse se satisfaire de ce critère.

L'impossibilité de définir l'acte de commerce a conduit le législateur à énumérer un certain nombre d'activités auxquelles il confère un caractère commercial en raison de la nature de leurs activités et de la nécessité de protéger leurs créanciers.

Les entreprises mentionnées à l'article L. 110-2 n'impliquant pas un achat en vue d'une vente, le critère dégagé plus haut ne suffit pas à leur donner un caractère commercial. Il s'agit

2. Des entreprises de location de meubles.

Il n'est pas nécessaire que la location soit précédée d'un achat. Ce peut être le cas pour le loueur d'automobiles qui acquiert des véhicules en vue de leur location. Mais l'éleveur de chevaux qui les donne en location fait aussi un acte de commerce. Les actes visés par le texte sont des actes accomplis par un professionnel en entreprise.

Il convient de noter que le texte ne vise pas les immeubles et que la location d'immeubles demeure en principe une activité civile. L'épargnant qui place ses capitaux dans la construction d'immeubles qu'il donne en location ne fait pas un acte de commerce. Par contre, comme on le verra plus tard si la location d'immeuble est le fait d'un commerçant ou d'une société commerciale cette activité devient commerciale par accessoire.

3. Entreprise de fourniture.

La fourniture peut porter sur des biens ou des services : fournitures de gaz, d'électricité, de pompes funèbres. La fourniture peut être précédée d'un achat, mais elle n'est commerciale que si elle est faite en entreprise.

4. Entreprise de manufacture.

Les entreprises de manufacture transforment des matières premières qu'elles achètent ou qui leur sont confiées par la clientèle. Dans le premier cas l'acte est commercial par nature et dans le second il l'est par la volonté du législateur exprimée à l'article 632 alinéa 6 du code de commerce.

5. Les entreprises de transport.

Il faut regrouper sous ce vocable les entreprises de transport par mer, terre, air qu'il s'agisse de transport de voyageurs ou de marchandises mais ne sont pas considérées comme commerciales les auto-écoles qui dispensent un enseignement.

6. Les entreprises de commission, d'agences d'affaires, de bureaux d'affaires sont commerciales. Quelques explications sont nécessaires.

Dans le contrat de commission, une personne (le commettant donne l'ordre à une autre personne (le commissionnaire) de conclure un acte juridique pour le compte du commettant mais au nom du commissionnaire.

Aussi à la différence du mandant le contrat de commission se caractérise par l'absence de représentation. Le commissionnaire de transport l'agent de change sont des commerçants dès lors qu'ils agissent à titre professionnel.

L'agent d'affaire gère les affaires d'autrui le plus souvent en vertu d'un mandat. Les bureaux d'affaire sont multiples : agences de publicités, agences de spectacles, de voyage, cabinets de contentieux, agences matrimoniales etc...

7. Les entreprises de spectacles et de ventes à l'encan (ventes aux enchères) sont commerciales par déterminations de la loi.

8. Les opérations portant sur les monnaies telles que les opérations de banque et de change mais aussi les opérations de courtage sont commerciales dès lors qu'elles sont faites à titre professionnel.

9. Les opérations de courtage le sont également aux termes de l'article L. 110-1 alinéa 8. Le courtier a pour rôle de mettre en relation deux personnes qui veulent conclure un contrat. L'objet du courtage peut être la vente d'un immeuble, la conclusion d'un contrat d'assurance ou la vente de denrées alimentaires.

##### b) Les actes de commerce en la forme

Il s'agit essentiellement de la lettre de change et du contrat de société.

1. La lettre de change :

La lettre de change (ou traite) est l'ordre donné par le tireur au tiré de payer une certaine somme à une tierce personne appelée bénéficiaire. Par exemple le vendeur d'un véhicule automobile vendu à crédit tire plusieurs lettres de change sur l'acheteur qu'il remettra en paiement à un organisme de crédit qui pourra les escompter auprès d'une banque.

La lettre de change est commerciale pour toute personne y apposant sa signature : tireur, tiré, avaliste etc... Quelle que soit la qualité de ces signataires les litiges nés à propos de cet effet de commerce sont du ressort du tribunal de commerce.

2. Les sociétés commerciales en raison de leur forme :

Les sociétés en nom collectif, en commandité simple, les sociétés par action et les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales quel que soit leur objet. Il en résulte par exemple qu'elles sont soumises à la loi sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens. Aussi une société agricole constituée sous forme de SARL est commerciale.

c) Les actes de commerce par accessoire

La jurisprudence généralisant la portée des articles 63 1‑1° et 638 alinéa 1 relatifs à la compétence des tribunaux de commerce présume que tous les actes faits par un commerçant sont sensés l'être pour le besoin de son commerce et partant sont commerciaux sauf preuve contraire.

Cette présomption s'applique aux contrats conclus par le commerçant et à ses engagements extracontractuels.

1) Les contrats

Tous les contrats conclus par un commerçant sont faits pour les besoins de son commerce. Les achats de matériel, vente de fourniture, contrats d'assurances etc... Toutefois les contrats à titre gratuit comme les donations, dépôt ne sont pas commerciaux. Il en est de même de certaines opérations totalement étrangères aux besoins de son commerce tels que les achats de bijoux de meubles meublant qui échappent à la présomption. Ces contrats sont civils par nature. Le but poursuivi par le commerçant est pris en considération.

2) Les délits et quasi-délits :

La théorie de l'accessoire trouve également son application en matière extracontractuelle. Les délits et quasi-délits commis par un commerçant sont de la compétence des tribunaux de commerce. Les uns sont spécifiquement commerciaux tels que le délit de concurrence déloyale, les autres quoique étrangers à l'exercice d'une activité commerciale ont un caractère commercial sauf en matière d'accidents causés par un véhicule automobile qui relèvent depuis la loi du 31 décembre 1958 des tribunaux de grande instance quel qu'en soit l'auteur et même s'il s'agit d'une administration publique.

d) Les actes mixtes :

Les actes mixtes sont ceux conclus entre un commerçant et un non commerçant. Le vendeur d'un véhicule automobile fait un acte de commerce parce que pour lui il y a achat suivi d'une vente dans un but spéculatif. Pour l'acheteur au contraire l'acte est civil. La question qui se pose est de savoir quel régime juridique appliquer à un tel acte. Quel est ce tribunal compétent ? Quels sont les modes de preuve admissibles en la matière ?

1) Compétence du tribunal

Dans l'hypothèse envisagée, la compétente du tribunal dépend de la qualité du défendeur à l'action.

Lorsque le défendeur est commerçant, le demandeur à une option entre le tribunal de commerce et le tribunal civil, mais lorsque le défendeur est non‑commerçant ce dernier ne peut ne peut être assigné que devant le tribunal civil.

2) La preuve

Dans un premier temps la jurisprudence considérait que les modes de preuves dépendaient du tribunal saisi. Aussi lorsque le tribunal de commerce était appelé à statuer sur le litige les obligations pouvaient être prouvées par tous les moyens tandis que devant le tribunal civil la preuve par écrit était obligatoire au dessus d'une somme de 50 F à l'époque et depuis le ler juillet 1980 à 800 €, et aujourd’hui 1500 €. La Cour de cassation considère désormais que la preuve dépend de la qualité de la personne contre laquelle la preuve est faite. Aussi le demandeur civil pourra prouver par tous les moyens l'existence d'une obligation à la charge du défendeur commerçant alors que dans la situation inverse un écrit sera nécessaire.

## CHAPITRE II. LE FONDS DE COMMERCE

### 1§. ‑ ELEMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce comporte un certain nombre d'éléments corporels et incorporels mais forme une entité juridique distincte de ses composantes. Il ne doit pas être confondu avec l'entreprise qui est plus un groupement de personnes que de biens.

#### A ‑ LES ÉLÉMENTS INCORPORELS DU FONDS DE COMMERCE

##### a) Clientèle et achalandage :

Notre droit ne conçoit pas le fonds de commerce sans clientèle. Celle‑ci constitue l'élément essentiel du fonds de commerce. Aussi la location d'un « magasin » sans clientèle est un bail mais certainement pas un fonds de commerce. La clientèle, c'est l'aptitude d'un commerçant à grouper un certain nombre de clients mais la jurisprudence ne se contente pas d'une clientèle pour constater l'existence d'un fonds de commerce. Il faut que celle‑ci soit réelle.

##### b) Le nom commercial:

Le nom commercial est le nom sous lequel un commerçant exerce le commerce. S'agissant de société on parle de raison sociale.

Le nom peut être le nom patronymique du commerçant. Exemples : champagnes Roger, chocolats Meunier, apéritifs Pernod, etc...

Le nom commercial a une grande importance car il constitue le point de ralliement de la clientèle et la tentation est parfois grande pour les concurrents de créer une confusion avec un fonds de commerce florissant pour tenter d'en détourner la clientèle.

Un commerçant peut utiliser son propre nom à condition de ne pas créer une confusion préjudiciable à un concurrent. Pour se faire, il doit faire précéder son nom de son prénom ou de tout autre signe distinctif.

##### c) L'enseigne :

L'enseigne sert à individualiser le fonds de commerce. Ce peut être le nom patronymique du commerçant ou une appellation de fantaisie: « Au bon marché », « Café du commerce », etc...

Le droit à l'enseigne s'acquiert non par la création de la dénomination mais par son premier usage. Ce droit ne peut être protégé qu'à la condition qu'il présente une certaine originalité et que cette utilisation présente un caractère continu, la non utilisation de l'enseigne ayant pour effet de restituer l'enseigne au domaine public.

Il faut en principe que l'utilisation contestée d'une enseigne soit susceptible de détourner la clientèle du demandeur pour servir de fondement à une action en concurrence déloyale. Le risque est inexistant par exemple entre un fabricant d'automobiles et un institut de beauté. Pourtant dans une affaire célèbre Aff. maxim's (Com. 2 novembre 1966 : GAZ PAL. 1967.1.45) la chambre commerciale a accueilli l'action en concurrence déloyale de la Société Maxim's Ldt de Londres contre un cabaret niçois qui utilisait la même enseigne que celle du célèbre restaurant de la rue Royal à Paris, du motif que l'inscription ou celle appellation était susceptible de porter atteinte à la réputation du restaurant parisien même s'agissant d'une branche de commerce différente et éloignée.

##### d) Le droit au bail

Il présente une grande importance pratique. La plupart des commerçants n'étant pas propriétaires des murs dans lesquels ils exploitent leur fonds, sont protégés contre le non-renouvellement des baux qui leur ont été consentis. A défaut de renouvellement, ils peuvent dans certaines conditions obtenir une indemnité substantielle.

##### e) Les droits de propriété industrielle

Font également partie du fonds de commerce, les brevets d'invention, les marques de fabrique et les dessins et modèles appelés Droits de propriété industrielle. Ces éléments ont été protégés par des textes spécifiques : la loi du 5 juillet 1884 pour les brevets d'invention, la loi du 14 juillet 1909 pour les dessins et modèles et enfin la loi du 31 décembre 1964 sur les marques de fabriques.

**Les brevets d'invention**

Alors que sous l'emprise de la loi du 5 juillet 1884 les brevets étaient délivrés par l'autorité publique sans vérification préalable du caractère nouveau de l'invention et sans garantie du Gouvernement (SGDG) la loi du 2 janvier 1968 a introduit dans notre législation un contrôle sur les conditions de brevetabilité des « inventions » qui a contribué à accréditer la valeur des brevets français dans le monde.

Nous étudierons successivement les conditions de brevetabilité d'une invention, la délivrance du brevet, les droits et la protection de son titulaire.

1 ‑ Les conditions de brevetabilité

La loi du 2 janvier 1968 (modifiée par la loi du 2 janvier 1978 et le décret du 5 octobre 1993) suppose à cet égard trois conditions ; l'invention doit présenter un caractère industriel, être nouvelle et procéder d'une activité inventive.

‑ Est considérée comme industrielle toute invention concourant dans son objet son application et son résultat, tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques. Ce sont les termes mêmes de la loi du 2 janvier 1978 qui se trouvent éclairés par ce qui suit.

Ne constituant pas, en particulier, des inventions industrielles :

‑ les principes, découvertes et conception théoriques ou purement scientifiques

‑ les créations de caractère exclusivement ornemental ;

‑ les méthodes financières ou comptables, les règles de jeux et tous autres systèmes de caractère abstrait et notamment les programmes ou séries d'instructions pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice;

Il a été ainsi jugé qu'était manifestement dépourvue de caractère industriel la demande de brevet pour une invention consistant en une publication qui offre simultanément au public des renseignements tant sur des emplois de travail temporaire offerts que sur les candidatures à de tels emplois dès lors que les revendications de brevet énonçaient seulement des données générales, des idées à caractère intellectuel permettant d'obtenir des renseignements devant figurer dans la publication (Com. 13 février 1973 J.C.P. 74 Il éd. G. 17686).

Cependant un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 15 juin 1981 a consacré le principe retenu par la loi du 13 juillet 1978 selon lequel l'invention qui couvre un procédé industriel même mis en oeuvre par un programme d'ordinateur est brevetable. Toute autre solution aboutirait à exclure de la brevetabilité la plupart des inventions importantes qui nécessitent l'intervention d'un programme d'ordinateur.

‑ L'invention doit être nouvelle.

L'invention ne doit pas découler de manière évidente de l'état de la technique. Une recherche d'antériorité s'impose pour savoir si l'invention présente ce caractère. L'invention peut avoir été décrite dans un brevet antérieur délivré par l'Institut National de la Propriété Industriel à Paris. Il se peut également qu'elle ait déjà fait l'objet d'une divulgation dans le public. En ce cas la demande de brevet ne peut être que rejetée.

‑ Elle doit impliquer une activité inventive.

Lorsqu'il y a litige entre l'I.N.P.I. et l'inventeur le juge doit se demander si au moment ou l'invention a été conçue, il était évident pour un praticien de l'industrie, parfaitement au courant de la technique antérieure, l'élément nouveau ou les éléments nouveau qui ont fait l'objet de l'invention.

2 ‑ La demande de brevet et sa délivrance :

L'inventeur peut choisir entre deux titres de propriété : le brevet d'invention et le certificat d'utilité.

Le brevet d'invention n'est délivré qu'après un contrôle de l'administration qui donne lieu à l'établissement d'un avis documentaire et qui n'a pas lieu lorsque le requérant sollicite un simple certificat d'utilité. Alors que le premier protège l'invention pendant 20 ans le second ne produit effet que pendant 6 ans.

Sans entrer dans les détails de cette procédure, il faut savoir simplement que le Directeur de l’I.N.P.I. examinera d'abord si l'invention répond aux critères que nous venons d'énumérer. Si la demande est conforme, il établit alors un avis documentaire sur l'invention sur lequel toutes personnes y compris l'intéressé pourront pendant un certain délai présenter des observations sur la valeur de l'invention.

Après accomplissement de cette procédure le brevet est délivré avec avis au bulletin Officiel.

3 ‑ Droits et obligations attachés au brevet :

Le brevet confère un véritable droit de propriété à l'inventeur sur l'invention brevetée. Il en résulte que les tiers ne peuvent exploiter l'invention, fabriquer ou vendre les produits brevetés. La méconnaissance du droit de brevet par un tiers constitue un acte de contrefaçon susceptible d'engager la seule responsabilité civile de son auteur. La loi de 1978 avait eu pour effet de dépénaliser la contrefaçon de brevet ; seule subsiste l'action civile en contrefaçon. La loi de 2009 a rétabli des sanctions pénales : « Quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet est puni d'une amende de 7 500 euros » (CPI, art. L. 615-12).

Il ne faudrait pas en déduire que le titulaire d'un brevet a un droit de propriété absolu sur l'invention brevetée. une invention peut présenter un intérêt certain pour le pays, aussi le législateur a-t-il prévu un certain nombre de mesures permettant l'exploitation d'un brevet malgré la carence de son titulaire.

Toute personne peut demander au Tribunal de grande instance une licence obligatoire en justifiant que le titulaire du brevet n'a pas exploité son invention pendant une durée de trois ans et qu'il est lui‑même en mesure de le faire. La licence est alors accordée à des conditions déterminées notamment quant à sa durée, son champ d'application et le montant des redevances auxquelles elles donnent lieu. Enfin en matière de médicaments les textes prévoient la délivrance de licences d'office dans l'intérêt du public. De même en matière de défense nationale de l'Etat peut exproprier un brevet moyennant paiement d'une indemnité.

Le recours au brevet est parfois évité au profit du droit au secret. L’avantage en est que la protection n’est pas limitée à la durée maximum de 20 ans et que l’inventeur n’a pas l’obligation de révéler la technique à l’origine de l’invention. C’est ainsi que la société Coca Cola protège la fabrication de son soda en conservant secret les ingrédients du breuvage : seules trois personnes connaissent le secret et elles ne voyagent jamais ensemble… Pour pouvoir choisir la protection par le secret, encore faut-il que l’invention ne puisse être découverte facilement – c’est ce qu’on appelle le « reverse engineering ».

**Les dessins et modèles**

La loi du 14 juillet 1909 s'appliquait à tout dessin nouveau, à toute forme plastique nouvelle, à tout objet industriel qui se différencie de ses similaires soit par un ou plusieurs effets extérieurs lui donnant une physionomie propre et nouvelle. Cependant lorsque l'élément de nouveauté constitue une invention brevetable inséparable de l'élément d'invention seule la protection du brevet est confiée par la loi.

Le dessin ou modèle doit pour bénéficier des dispositions de la loi du 14 juillet 1909 doit être portée qu'en matière de brevet d'invention. Alors que la délivrance d'un brevet d'invention est constitutive d'un droit, le dépôt d'un dessin ou d'un modèle ne fait que présumer le droit de propriété. L'article 3 de la loi du 14 juillet 1909 précisait en effet à cet égard que « la propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayant droits ; mais le premier déposant dudit dessin ou modèle est présumé jusqu'à preuve contraire, en être le créateur ».

Les dessins ou modèle régulièrement déposés à l'INPI sont protégés pendant une période de 25 ans renouvelables. L'objet peut alors porter la mention « modèle déposé ». Le délit de contrefaçon de dessins et modèles est passible d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Lorsque le délit a été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne ou lorsque les faits portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende.

(art. L. 521-10 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Une loi du 12 mars 1952 protège les modèles créés par l'industrie de l'habillement dès lors que ceux­ ci présentent une originalité artistique.

**Les marques de fabrique**

La marque est un signe distinctif de la marchandise; Son importance commerciale n'a pas besoin d'être soulignée. La publicité accentue cette importance.

La marque peut être un nom patronymique, un nom géographique, un nom de fantaisie, une empreinte, bref tout signe susceptible d'identifier et de distinguer la marchandise. Pour être valable et susceptible de protection, la marque doit présenter une certaine originalité. Le simple usage ne fait acquérir aucun droit sur la marque sauf si celle-ci n'est notoirement connue. Le droit à la marque ne s'acquiert que par son dépôt à l'INPI. Le délai de protection est de 10 ans indéfiniment renouvelable.

La contrefaçon et l'imitation frauduleuse de marque constitue un délit punissable d'une peine de quatre ans d’emprisonnement et d'une amende pouvant atteindre 400.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement en vertu de l'article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle.

La Chambre commerciale a par arrêt du 5 janvier 1966 estimé que l'emploi par un fabriquant de fromage de la marque Vache Sérieuse constituait la contrefaçon de la marque Vache qui Rit. En effet, c’est une question intéressante de savoir si la parodie d’une marque constitue une contrefaçon. l’exception de parodie n’existe pas en droit des marques.

Seuls les usages polémiques se situant totalement en dehors de la vie des affaires, et donc hors de portée du droit des marques, sont autorisés, et cela dans des conditions strictes : défendre un but légitime d’intérêt général, but qui doit être conforme à l’objet social du groupement (association/syndicat) à l’origine de la parodie tout en utilisant des moyens proportionnés au but poursuivi, autrement dit, l’auteur de la parodie devra adapter l’intensité de son atteinte à l’intérêt majeur qu’il défend, et pas davantage.

#### B ‑ LES ELEMENTS CORPORELS DU FONDS DE COMMERCE

Parmi les éléments incorporels se trouve d'abord le matériel et l'outillage mais aussi les marchandises qui constituent le stock.

## CHAPITRE III. OPERATIONS PORTANT SUR LE FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce représente la plupart du temps une valeur patrimoniale importante qui peut faire l'objet de diverses opérations.

Les plus fréquentes sont :

‑ la vente du fonds de commerce,

‑ l'apport en société du fonds de commerce,

‑ le nantissement du fonds de commerce.

### 1§. ‑ LA VENTE DU FONDS DE COMMERCE

Le législateur a, en la matière, dérogé aux règles du droit civil sur trois points.

Il a voulu d'abord protéger l'acheteur contre le vendeur. Les textes tendent à faire en sorte que le prix de vente du fonds de commerce soit le plus près possible de sa valeur réelle, qu'il en soit le juste prix.

Il s'est attaché ensuite à protéger le vendeur contre l'insolvabilité de l'acheteur. Les fonds de commerce état rarement payés comptant la loi a conféré au vendeur ce que les juristes appellent un privilège qui lui permet en cas de pluralité de créanciers d'être payé avant eux sur le prix de vente du fonds.

Enfin, il s'est préoccupé du sort des créanciers du vendeur du fonds. Le fonds de commerce du vendeur représente le plus souvent leur seul gage, leur seule garantie, aussi a‑t‑il paru nécessaire de soumettre la vente du fonds de commerce à la publicité afin de leur permettre de faire opposition sur le prix de vente.

#### A ‑ CONDITIONS DE FOND

Comme toute vente, la vente d'un fonds de commerce est soumise à un certain nombre de conditions de fond.

##### a) Capacité et consentement

Le vendeur doit être majeur et avoir le plein exercice de ses droits. Il doit de plus ne pas avoir été victime d'un vol, d'une erreur ou d'un acte de violence ayant pu vicier son consentement.

##### b) Objet

Il s'agit ici de savoir sur quoi doit se porter la cession du fonds de commerce. Nous avons vu plus haut que le fonds de commerce comprenait des éléments corporels et des éléments incorporels. Peut‑on dire par exemple qu'il y a vente de fonds de commerce dès lors que le vendeur aura aliéné une partie de son outillage ? Certainement pas. La loi est muette sur ce problème mais la doctrine et la jurisprudence considèrent que la vente doit porter principalement sur les éléments susceptibles de retenir la clientèle : nom commercial, droit au bail etc...

#### B ‑ CONDITIONS DE FORME

Nous sommes en matière commerciale. En principe, l'écrit n'est pas obligatoire et la vente d'un fonds de commerce étant un acte commercial doit pouvoir se prouver par tous les moyens, mais le législateur obligeant les parties à insérer dans leur contrat un certain nombre de mentions obligatoires a pratiquement rendu l'écrit indispensable. Il peut s'agir d'un acte authentique ou sous seing privé.

##### a) Enonciations; prévues par la loi

L'article L. 141-1 du Code de commerce (Art. 12 de la loi du 29 juin 1935) disposait que, dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sans condition et sous la forme d'un autre contrat ou d'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :

1) le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel

2) l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;

3) le chiffre d'affaires qu'il a réalisé au cours de chacune des trois dernières années d'exploitation, ou depuis son acquisition s'il ne l'a pas exploité depuis plus de trois ans ;

4) les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps;

5) le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur ou du cédant s'il y a lieu.

##### b) Sanctions

Ces énonciations ont pour but de protéger l'acheteur contre une surestimation malhonnête de la part du vendeur. Il convient de noter que la vente du fonds de commerce est à cet égard originale et que rares sont les textes qui permettent d'atteindre autant de sincérité en matière de vente.

Leur inobservation doit être sanctionnée. Le texte prévoit effectivement que l'omission de ces énonciations entraîne la nullité de la vente si l'acquéreur le demande dans l'année qui suit l'acte de vente (Art. L. 141-1 du Code de commerce).

Aussi en ce cas, la vente est nulle mais seulement d'une nullité relative. En effet, la violation des mentions n'intéresse pas l'ordre public mais seulement celui pour lequel elles ont été instituées, c'est-à-dire l'acheteur. Il en résulte que leur omission ne doit pas entraîner ipso facto la nullité de l'acte (ce serait dans ce cas une nullité absolue) mais seulement si le bénéficiaire de ce texte le demande.

Enfin, il ne faut pas non plus que l'acheteur puisse laisser planer trop longtemps une incertitude sur ses intentions. Aussi la loi lui impose-t-elle de prendre parti rapidement. La demande devra être formée dès l'année qui suit la vente. la nullité est facultative pour le juge qui peut apprécier si l'omission des énonciations a pu vicier le consentement de l'acquéreur.

En cas, non plus d'omission, mais d'inexactitude de ces mentions, par exemple surévaluation des bénéfices commerciaux, l'acheteur a dans le même délai le choix entre une action en résolution de la vente et une action en réduction du prix de vente.

##### c) Conditions relatives aux prix

Le prix intéresse d'abord l'acheteur, nous l'avons vu, mais il intéresse également le fisc et les créanciers du vendeur.

L'administration fiscale a toujours la possibilité de réévaluer le prix de vente du fonds pour calculer le montant de droits de mutation afférent à la transaction intervenue. Les textes lui donnent même la possibilité d'exercer son droit de préemption et de se substituer aussi à l'acheteur mais elle use rarement de cette possibilité.

Parmi les créanciers il faut distinguer entre les créanciers du vendeur qui font opposition sur le prix de vente à concurrence du montant de leur créance et les créanciers inscrits qui disposent d'une sûreté sur le fonds de commerce. Les premiers peuvent se rendre acquéreurs en faisant une surenchère du sixième tandis que les seconds peuvent acquérir le fonds moyennant une surenchère du dixième.

Ce sont là des armes qui peuvent dissuader les parties de dissimuler une partie du prix de vente mais en réalité de telles dissimulations sont fréquentes, et c'est précisément pour permettre aux créanciers du vendeur de faire opposition sur le prix de vente que le législateur a organisé un système de publicité propre à ce type d'opération.

#### C – PUBLICITE (Article L. 141-12 du Code de commerce)

Il y a d'abord une publicité sur le plan local faite dans un journal d'annonces légales ou JAL, dans les quinze jours de la vente. Elle doit énoncer la date de l'acte, les noms et prénoms et domiciles de l'ancien et du nouveau propriétaire, la nature et le siège du fonds, le prix stipulé, et une élection de domicile où se font les oppositions.

Enfin, une publication doit être faite au plan national, au Bulletin officiel des annonces commerciales (B.O.D.A.C.).

Les oppositions ont pour effet de bloquer le montant du prix entre les mains de l'acquéreur ou du dépositaire de ce fonds. Toutefois, si l'opposition n'est pas justifiée, le vendeur peut en demander la mainlevée au Président du Tribunal de Grande Instance statuant en référé.

Le non-respect des formalités de publicité fait courir de graves dangers à l'acheteur; A l'égard des créanciers du vendeur, l'acheteur est censé ne pas payé et s'expose à payer deux fois le prix de vente.

#### D ‑ EFFETS DE LA VENTE

##### a) Obligation du vendeur

1) Obligation de délivrance:

Notre droit est consensuel. Cela signifie que le consentement de parties a des effets importants. En matière de vente, civile ou commerciale, le consentement de l'acheteur et du vendeur suffisent à transférer la propriété. On dit qu'il y a transfert solo consensus. Pour que ce transfert soit matériellement efficace, le vendeur remettra le fonds de commerce à la disposition de l'acheteur, C'est là, sa première obligation.

2) Obligation de garantie :

C'est une obligation fondamentale en matière de vente de meubles ou d'immeubles. Le vendeur s'engage en transférant un droit quelconque de propriété à une double garantie : la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés.

En matière de vente de fonds de commerce, le vendeur s'engage à ne pas évincer l'acheteur. C'est-à-dire en ne le privant pas des droits qui lui ont été conférés par le contrat. Il s'engage en particulier à ne pas détourner à son profit son ancienne clientèle et il est souvent prévu dans les contrats de ce type une obligation de non-rétablissement limitée dans le temps et dans l'espace à la charge du vendeur.

Les vices cachés sont en droit, les défauts que présentent un objet et qui ne se révèlent pas au premier examen. Par exemple, le vendeur d'un véhicule automobile est responsable du mauvais état de la direction, du moteur dès lors que ces vices sont restés inaperçus lors de la vente.

##### b) Obligations de l'acheteur

Essentiellement payer le prix convenu, continuer les contrats e travail du personnel employé, et faire publier la vente.

##### c) Garanties accordées aux vendeurs de fonds de commerce

Pour pallier une éventuelle défaillance de l'acheteur dans l'exécution de ses obligations de vendeur, on trouve une double garantie : un privilège qui lui permet d'être payé avant les autres créanciers de l'acheteur et une action résolutoire qui aura pour effet d'annuler le contrat de vente intervenu et de restituer le fonds de commerce au vendeur. C’est ce qu’on appelle le « privilège du vendeur de fonds ».

Pour être efficace, ce privilège doit être inscrit au registre des inscriptions du tribunal de commerce. Le défaut d'inscription du privilège dans les quinze jours de la vente entraîne non seulement l'extinction du privilège mais aussi celle de l'action en résolution.

### 2§. APPORT DE FONDS DE COMMERCE EN SOCIETE

L'apport d'un fonds de commerce en société est une chose assez fréquente. Il peut avoir lieu au moment de la constitution de la société ou lorsque cette société existe déjà.

L'apport diffère de la vente, en ce sens que les apporteurs du fonds ne recevront pas une somme d'argent mais des parts sociales ou des actions suivant le cas. Il en résulte que les créanciers de l'apporteur ne pourront pas faire opposition sur le prix. C'est pourquoi le législateur a pris un certain nombre de mesures en leur faveur.

Tout d'abord, l'apport d'un fonds de commerce en société est soumis à une publicité identique à celle de la vente du fonds de commerce (Art. L. 141-12 du Code de commerce).

Ensuite, les créanciers du vendeur pourront dans une certain délai déclarer au greffe du tribunal de commerce le montant de leurs créances. La société sera alors tenue solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif dont il aura été ainsi justifié.

### 3§. LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

#### A ‑ NOTION DE NANTISSEMENT

Le mot nantissement est synonyme de gage. C'est encore une sûreté donnée au créancier qui vous prête de l'argent. Le créancier impayé, à l'échéance pourra saisir le bien, le faire vendre et se payer sur le prix. En droit commun, le gage suppose le dessaisissement du débiteur. Ce dernier remet alors au créancier l'objet qui sert de sûreté et n'en reprend possession que lors du paiement de la dette.

La dépossession est cependant inconcevable avec certaines opérations et le législateur a dû créer des gages sans dépossession. Aussi dans la vente d'automobile à crédit, l'acheteur engage le véhicule acheté tout en conservant l'utilisation de son bien. Il en est de même en matière de fonds de commerce. La loi du 17 mars 1909 a créé un gage sans dépossession qui permet ainsi au commerçant d'obtenir du crédit soit pour l'achat du fonds soit pour investir et développer ses activités ce d'autant plus facilement qu'il pourra rassurer ses créanciers en les faisant bénéficier d'une sûreté voisine de l'hypothèse : le nantissement du fonds de commerce. Il est aujourd’hui réglé par les articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce.

#### B ‑ ASSIETTE DU NANTISSEMENT

On pourrait admettre que le gage porte indifféremment sur tel ou tel élément du fonds de commerce ou au contraire obligatoirement sur l'ensemble de ses éléments.

Dans la première hypothèse le gage ne porterait pas véritablement sur le fonds de commerce et la législation spéciale en la matière serait inapplicable; Dans la seconde hypothèse le gage portant alors obligatoirement sur tous les éléments corporels et en particulier sur les marchandises paralyserait l'activité du commerçant puisque celles-ci seraient rendues indisponibles par l'effet du nantissement.

En premier lieu, « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement (…) comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés » (Art. L. 142-2 du Code de commerce).

Le législateur a donc décidé « à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage» (Art. L. 142-2 du Code de commerce). Il s'agit on le constate, des éléments essentiels du fonds de commerce mais rien n'empêche les parties d'ajouter à ceux‑ci d'autres éléments tels que les brevets, l'outillage et même les marchandises.

Le nantissement se constate obligatoirement par un acte écrit, notarié, ou sous seing privé et enregistré et inscrit sur un registre spécial au tribunal de commerce aux fins de publicité.

#### C ‑ EFFETS DU NANTISSEMENT

Le contrat de nantissement produit des effets tant à l'égard du commerçant que des créanciers.

En ce qui concerne le propriétaire du fonds de commerce il est tenu à certaines obligations : exercer normalement sa profession et s'abstenir de faire des actes qui pourraient diminuer la valeur du gage de ses créanciers. Il s'exposerait en ce cas à une saisie anticipé du fonds par les créanciers qui auraient alors le droit de se faire payer avant terme. Dans le même ordre d'idée, le législateur a permis au commerçant de déplacer son fonds (le fonds de commerce est indépendant du local où le commerçant exerce son activité) mais à condition qu'il n'en résulte aucun dépréciation pour les créanciers dont la créance deviendrait alors exigible.

Les créanciers nantis ont sur le fonds un droit de préférence et un droit de suite.

‑ Si le débiteur ne paie pas sa dette à l'échéance les créanciers peuvent demander au tribunal de faire vendre le fonds aux enchères. Dans ce cas, ils sont préférés aux autres créanciers et seront désintéressés les premiers C'est le droit de préférence.

‑ Le droit de suite est un droit commun, le droit pour un créancier de saisir et de faire vendre le bien en quelles mains qu'il trouve. C'est un droit très important qui protège son titulaire contre les aliénations consenties par son débiteur. Tous les créanciers ne jouissent pas de cette prérogatives. Il faut un texte particulier pour en bénéficier, c'est le cas du créancier hypothécaire qui peut saisir l'immeuble hypothéqué entre les mains du tiers acquéreur, c'est aussi celui de tous les créanciers gagistes pari lesquels se trouvent les créanciers nantis sur un fonds de commerce. Le droit de suite supposant une aliénation, les textes donnent la possibilité à l'acquéreur qui peut conserver le fonds de désintéresser lui‑même les créanciers poursuivants. Il le fera normalement surtout lorsque le prix n'aura pas encore été versé à l'acquéreur.

Signalons pour terminer que, depuis une loi du 18 janvier 1951, il est permis au commerçant désireux de s'équiper, de donner en gage sans en perdre l'usage, l'outillage et le matériel d'équipement du fonds dans des conditions similaires à celles que nous venons d'étudier.

### 4§. LE BAIL COMMERCIAL

Le bail commercial est soumis à une réglementation qui déroge aux principes du droit civil.

En droit civil, le bail ou louage de chose est un contrat par lequel une personne, le bailleur met temporairement une chose à la disposition d'une autre, le preneur, contre une rémunération appelée loyer.

Le bail est donc un contrat soumis comme tous les contrats à la volonté des parties et qui en principe prend fin à l'arrivée du terme prévu si les parties refusent de le renouveler.

La stricte application des principes traditionnels mettrait le commerçant dans la dépendance du propriétaire du local dans lequel il exerce son activité, aussi le législateur est‑il intervenu pour protéger le commerçant et lui offrir un certain nombre de garanties. Depuis une loi du 30 juin 1926 et plus encore depuis le décret du 30 septembre 1953 intégré au code de commerce (articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce), de nombreuses fois modifié, le commerçant n'est plus à la merci sauf cas exceptionnel, d'un non-renouvellement de son bail qui le contraindrait à devoir chercher une autre installation et créerait de ce fait sa ruine par la perte d'une clientèle qu'il a mis parfois longtemps à créer. Le bail commercial est aujourd’hui traité aux articles

#### A ‑ FORMATION DU BAIL

##### a) Forme

Le bail commercial peut être écrit ou verbal. Seul le bénéficiaire d'un bail écrit peut obtenir son renouvellement tandis que le bail verbal prend fin par congé donné 6 mois à l'avance par le bailleur (Art. L. 145-10 du Code de commerce).

##### b) Champ d'application

Le statut protecteur créé s'applique aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité, que ce fonds appartienne, soit à un commerçant ou à un industriel immatriculé au registre du commerce, soit à un chef d'une entreprise immatriculée au répertoire des métiers. Aussi les locaux doivent être affectés à un usage commercial, industriel ou artisanal.

##### c) Prix

Le montant du loyer est en principe librement fixé par les parties, l'article L. 145-33 du Code de commerce indiquant au juge les éléments à prendre en considération pour évaluer le montant du loyer en cas de silence des parties sur ce point.

Les contractants peuvent insérer dans leur contrat des clauses d'échelles mobiles pour pallier la dépréciation monétaire mais ces clauses doivent être en rapport avec l'objet du contrat de l'activité des parties. Toutefois le loyer peut, à la demande de l'une des parties, être révisé tous les 3 ans.

##### d) Durée

La durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans mais les parties peuvent lors de l'entrée dans les lieux du preneur déroger à cette durée à condition de conclure un bail d'une durée inférieure à trois ans étant entendu que si le premier reste dans les lieux à l'expiration de ce bail le bailleur devra lui consentir un bail de neuf ans au minimum.

##### e) Objet

L'objet du bail ce bien sûr de laisser au commerçant la disposition du local pour qu'il puisse y exerce son activité commerciale.

Lors de la conclusion du contrat le preneur indiquera au bailleur le type d'activité qu'il se propose d'exercer pour que celui-ci calcule le montant du loyer en fonction des prix pratiqués dans la région pour ce type de location mais aussi en fonction des obligations que l'activité commerciale du preneur va créer à la charge des parties.

Si l'on appliquait les règles du droit civil et notamment celles relatives aux baux d'habitation on interdirait au commerçant de modifier la destination des lieux en exerçant une ou plusieurs activités non initialement prévues.

Le droit commercial a dû une fois de plus affirmer son autonomie. La loi du 16 juillet 1971 qui traite de la déspécialisation du fonds de commerce permet dans une certaine mesure au commerçant de modifier ses activités pour tenir compte de l'évolution économique.

Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires. Il devra dans certaines conditions et délais faire connaître son intention au bailleur. En cas de désaccord le tribunal de grande instance se prononcera en fonction notamment de l'évolution des usages commerciaux et il pourra être tenu compte lors de la révision triennale du loyer de ces activités commerciales adjointes.

Le locataire peut aussi souhaiter exercer des activités non prévues au bail. De telles modifications doivent être acceptées par le bailleur. S'il y a contestation le tribunal tranchera la fonction « des intérêts des consommateurs et de l'organisation de distribution ».

#### B ‑ EXPIRATION DU BAIL

Le bail n'expire pas avec l'arrivée du terme. Il ne poursuit par tacite reconduction à défaut de congé donné dans les délais légaux.

Aussi au bout de 9 ans un nouveau bail de 9 ans sera reconduit automatiquement aux conditions fixées dans l'ancien contrat.

Le bail peut aussi prendre fin si le locataire ne respecte pas ses obligations. Si celui-ci ne paye pas ses loyers le bailleur pourra demander au tribunal de résilier le contrat c'est-à-dire d'y mettre fin.

#### C ‑ DROIT AU RENOUVELLEMENT

C'est l'intérêt essentiel du bail commercial.

##### a) Principe du renouvellement ‑

1) Le renouvellement ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds et non par le locataire gérant ou le gérant salarié.

2) Le propriétaire doit avoir exploité le fonds pendant trois ans au moins. Aussi le bail arrivant à l'expiration se renouvelle de lui‑même mais le preneur peut aussi 6 mois avant son terme demander le renouvellement du bail.

##### b) Exceptions :

Le bailleur qui désire reprendre la disposition des lieux peut le faire tantôt en versant au preneur une indemnité tantôt sans avoir à payer cette indemnité.

Si le bailleur ne justifie pas d'un motif légitime lui permettant de mettre fin au contrat il est tenu de verser une indemnité d'éviction au preneur.

Cette indemnité est égale au préjudice causé au preneur par le défaut de renouvellement. Elle comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce déterminée suivant les usages de la profession augmentée éventuellement des frais normaux de déménagement et de réinstallation ainsi que des frais de droit de mutation à payer pour un fonds de même valeur. Il s'agit donc d'une indemnité d'un montant élevé.

Dans certains cas le bailleur pourra refuser le renouvellement sans avoir à verser d'indemnité, et ce dans certaines circonstances énumérés par la loi

1. Motif grave et légitime

Ce sera le cas si le bailleur prouve que le locataire ne payait pas régulièrement ses loyers ou a changé la destination des lieux sans y avoir été autorisé;

2. S'il est établi que l'immeuble doit être totalement ou partiellement démoli comme étant en état d'insalubrité reconnue par l'autorité administrative ou s'il est établi qu'il ne peut être occupé sans danger en raison de son état.

3. Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail pour construire ou reconstruire l'immeuble existant à charge de verser une indemnité d'éviction sauf s'il est en mesure d'offrir au locataire un local équivalent.

4. Enfin le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sur la partie des locaux servant à l'habitation pour y habiter lui‑même ou les faire habiter par son conjoint, ses ascendants ou descendants.

### 5§. LA GÉRANCE DU FONDS DE COMMERCE

En général le fonds de commerce est exploité par son propriétaire mais il arrive que par suite d'événements fortuits tels que maladie, décès, la gestion du fonds de commerce soit confiée à un tiers.

La gérance du fonds de commerce peut revêtir trois formes :

1) La gérance salariée. Le gérant perçoit une rémunération en qualité de salarié. Lié au propriétaire du fonds par un contrat de travail il n'a pas la qualité de commerçant.

2) Le gérant mandataire ou succursaliste n'est pas non plus un commerçant. Il agit pour le compte du propriétaire en vertu d'un mandat qui lui donne de larges pouvoirs qui lui permettent notamment d'embaucher du personnel et de procéder lui‑même à l'approvisionnement du fonds.

3) Enfin le locataire-gérant est un gérant qui exploite le fonds à ses risques et périls en qualité de commerçant et doit être immatriculé au registre de commerce.

Le droit commercial ne s'intéresse qu'à la location gérance dont nous traiterons uniquement.

La location gérance a été réglementée par la loi du 20 mars 1956 intégrée au nouveau code de commerce (Article L. 144-1 du Code de commerce). Elle est soumise à certaines conditions du fond et de forme.

#### A ‑ CONDITIONS DE FOND

C'est un contrat par conséquent soumis aux règles bien connues portant sur la capacité des parties, l'objet licite du contrat etc...

Pour éviter la spéculation la loi exige que le bailleur c'est-à-dire le propriétaire du fonds de commerce ait été commerçant pendant sept ans et ait exploité le fonds objet de contrat pendant deux ans au moins. Outre que le législateur a prévu de nombreuses dérogations à cette condition de délai (art. L. 144-3), il a prévu (art. L. 144-4) que le Président du tribunal pourrait par ordonnance supprimer ou réduire ce délai lorsque le propriétaire du fonds était dans l'impossibilité d'exploiter lui‑même le fonds.

#### B ‑ CONDITIONS DE FORME

La location gérance doit être publiée pour protéger le tiers. Elle a lieu non seulement au registre du commerce mais aussi au Bulletin Officiel des annonces commerciales (B.O.D.A.C.). Il faut donc qu'elle soit constatée par écrit.

#### C ‑ EFFETS DU CONTRAT

a) A l'égard des parties : le propriétaire du fonds perd la qualité de commerçant puisqu'il n'accomplit plus d'actes de commerce. Il doit cependant conserver son inscription au registre du commerce avec la mention expresse de la mise en location gérance. Le locataire gérant a la qualité de commerçant et doit se faire immatriculer au registre du commerce.

b) A l'égard des tiers : ce qu'il faut retenir essentiellement ce sont les dispositions de l'article L. 144-7 du Code de commerce qui dispose que « jusqu'à la publication du contrat de location gérance, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds ». Il va de soi qu'à défaut de publicité, le loueur resterait indéfiniment et solidairement responsable des dettes ainsi contractées.

# SECONDE PARTIE.

# LES SOCIETES COMMERCIALES (F) ou BUSINESS ORGANIZATIONS (USA)

## CHAPITRE PREMIER. LES SOCIETES COMMERCIALES DE DROIT FRANÇAIS

**Généralités**

La nécessité de trouver les capitaux, le désir de limiter sa responsabilité poussent les épargnants à constituer des sociétés commerciales plutôt que de créer des entreprises individuelles.

Il convient de noter que les citoyens français ont de plus en plus recours à la technique des sociétés :

* afin de limiter l’engagement de son patrimoine privé et de faire ainsi échec au principe d’unité du patrimoine ; et ce, d’autant plus, que la société peut être unipersonnelle, composée d’une seule personne ;
* afin d’optimiser fiscalement l’exercice d’une activité.

Les personnes qui exercent une activité sous forme d’entrepreneur individuel représentent 16% du total des intervenants économiques (contre 33% aux USA).

En France, la répartition est la suivante :

* 16% sont des travailleurs indépendants ;
* 84 % exercent sous forme de société.

Aux USA, la répartition est la suivante :

* 33% sont des travailleurs indépendants ;
* 33 % exercent sous forme de société ;
* 33% sont sous la forme d’un « partnership » ou « partenariat » (structure inconnue en France).

La législation commerciale française offre une grande variété de types de société (sociétés de personnes, de capitaux) susceptibles de s'adapter aux besoins de ceux qui veulent se lancer dans l'aventure des affaires.

Les textes qui nous intéressent sont nombreux et il convient de délimiter le domaine d'explication de chacun d'eux.

La législation de base est la loi n°78‑9 du 4 janvier 1978 complétée par le décret du 3 juillet 1978 sur la société civile et que vous trouverez dans le Code Civil. En effet, la société est un contrat comme les autres ; elle fait partie des contrats spéciaux. Cette loi du 4 janvier 1978 pose dans son chapitre premier un certain nombre de règles applicables à toutes les sociétés qu'elles soient commerciales ou civiles dans la mesure où les dispositions de cette loi ne sont pas contredites par un texte particulier et notamment par la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 précitée.

C'est ainsi qu'à propos des principes généraux sur les sociétés nous ferons essentiellement allusions aux articles 1832 et suivant du Code Civil plutôt qu'à la loi de 1966 dont les dispositions visent plus particulièrement les règles de constitution et du fonctionnement de chaque type de société.

### 1§. Distinction entre les sociétés commerciales

Aux termes de l'article 1832 du Code Civil : « 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.

Pour mieux saisir le sens de ce texte il nous faut distinguer la société commerciale d'une part et la société civile et surtout d'autres structures qui peuvent à première vue sembler comparables.

#### A.‑ SOCIETE COMMERCIALE ET SOCIETE CIVILE

Si la recherche d'un bénéfice, le profit tiré d'une économie résultant de la mise en commun d'un certain nombre de biens sont l'essence de la société, comment distinguer la société commerciale et la société civile ? Ne tendent elles pas toutes les deux vers le même objectif ?

On comprendra mieux la différence entre société civile et société commerciale en s'attachant à définir cette dernière.

##### a) Les sociétés commerciales

L'article premier de la loi du 24 juillet 1966 nous indique ceci : « le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet » les deux critères de la commercialité doivent être examinés.

- Les sociétés commerciales par la forme

La loi de 1966 déclare commerciales quel que soit leur objet les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. Il en résulte que tous les actes accomplis par une société ayant l'une des formes que l'on vient d'énumérer ont un caractère commercial par accessoire.

Le texte ne laisse en dehors de son champ d'application que les sociétés de fait et les sociétés en participation qui peuvent avoir un caractère civil ou commercial.

- Les sociétés commerciales par leur objet :

Le législateur nous indique que le caractère commercial d'une société peut aussi être déterminé par son objet sans plus de précision. Il faut dès lors nous reporter à ce qui a été exposé à propos des actes de commerce pour savoir si l'objet d'une société est commerciale (et en particulier aux dispositions des articles 632 et 633 du Code de Commerce).

##### b) Les sociétés civiles

Les sociétés civiles échappent à ces critères. Elles relèvent des dispositions générales de la loi du 4 janvier 1978 ou des conditions particulières telles que celles que régissent les sociétés civiles immobilières, les sociétés civiles professionnelles ou encore les sociétés civiles de consommation. Il convient de noter toutefois que malgré leur caractère civil les sociétés peuvent être mises en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

#### B.‑ SOCIÉTÉ ET ASSOCIATION

Les associations sont régies par la loi du ler juillet 1901 et l'article ler de ce texte définit l'association comme étant une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager les bénéfices. Aussi l'association n'a aucun caractère spéculatif contrairement à la société.

#### C.‑ SOCIETE ET FONDATION

La fondation proche de l'association ne poursuit aucun but lucratif. Elle gère une niasse de biens qui lui est versée à perpétuité pour servir une oeuvre d'intérêt général.

#### D.‑ SOCIETE ET ENTREPRISE

L'entreprise n'est pas une notion juridique bien que le terme soit parfois employé par le législateur. Pourtant il s'agit là d'une notion qui intéresse de plus en plus les juristes parce qu'elle correspond à une donnée sociologique nouvelle.

L'entreprise, lieu de réunion du capital et du travail tend en effet à jouir peu à peu d'une certaine autonomie par rapport aux détenteurs de capitaux mais aussi par rapport aux individus qui la composent. Elle est pourvue d'un certain nombre d'institutions de structure, comité d'entreprise, comité d'hygiène et de sécurité qui lui donne une certaine identité. Malgré cela l'entreprise reste un mythe probablement parce qu'elle manque d'unité dans ses composantes, elle n'est pas reconnue à l'égal de la société dotée d'une personnalité morale génératrice d'attributs que nous allons maintenant étudier.

### 2§. LA PERSONNALITE MORALE ET SES ATTRIBUTS

#### A. LA PERSONNALITE MORALE : NOTION

La notion de personnalité morale est difficile à saisir. C'est une fiction juridique qui permet à un groupement d'acquérir une personnalité, une identité distincte des membres qui le composent. Le législateur a voulu conférer à une société, une personnalité juridique assimilable à la personnalité juridique des personnes physiques. La société n'acquière la personnalité morale qu'à partir du moment où elle est immatriculée au registre du commerce et elle la conserve jusqu'à sa dissolution, mais la personnalité morale de la société (dissoute) subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci.

#### B‑ LES ATTRIBUTS DE LA PERSONNALITÉ MORALE

La personnalité morale confère à la société: ‑ la capacité patrimoniale, ‑ le droit d'ester en justice, ‑ une identité.

##### a) ‑ LA CAPACITÉ PATRIMONIALE

Tant que la société n'est pas immatriculée au registre du commerce, elle n'a pas de patrimoine mais à partir de cet instant elle acquiert la capacité de contracter, de devenir débitrice et créancière sans transiter par le patrimoine de ses membres. Certes, les engagements qu'elle contracte le sont par l'intermédiaire de ses représentants légaux, mais il n'en demeure pas moins que c'est elle qui se trouve engagée directement vis‑à‑vis des tiers, et c'est elle qui sera actionnée és qualités si elle ne respecte pas ses engagements.

##### b) ‑ CAPACITÉ D'ESTER EN JUSTICE

La société peut ester en justice c'est-à-dire plaider comme demanderesse ou comme défenderesse. Aussi peut‑elle faire reconnaître des droits dont elle est titulaire ou demander réparation d'un préjudice qu'elle a subi.

La Chambre criminelle a déclaré dans un arrêt (Crim 12 octobre 1976) qu'une société anonyme pouvait demander réparation pour les atteintes qu'elle aurait subi par suite d'imputations diffamatoires dont elle avait été l'objet.

L'assimilation entre les personnes morales et les personnes physiques a pourtant des limites. Une personne morale ne peut engager sa responsabilité pénale à l'instar des personnes physiques. En dépit de l'utilité certaine qui présenterait sur ce plan une complète assimilation la jurisprudence ne l'a jamais admis Une partie de la doctrine y est au contraire favorable et s'efforce de créer un droit pénal adapté aux groupements, mais l'effort reste jusqu'ici théorique.

##### c) ‑ UNE IDENTITÉ

Comme les personnes physiques les sociétés ont une identité.

1 ‑ Elles ont d'abord un nom, nom commercial qui sert à les distinguer. Les sociétés de capitaux ont une dénomination sociale (LCL Crédit lyonnais, Peugeot, Fnac-Darty) constituée d'un nom composé ou d'un nom patronymique.

Les sociétés de personnes (sociétés en nom collectif, société en commandite simple) ont une raison sociale faisant apparaître obligatoirement le nom des associés personnellement responsables des dettes sociales. Les sociétés peuvent également choisir une enseigne qui est un nom de fantaisie (café de la poste, chez Roger, etc ... ).

La dénomination sociale et l'enseigne sont les points de ralliement de la clientèle et c'est la raison pour laquelle ils sont protégés contre toute forme d'usurpation pouvant créer une confusion entre deux entreprises. Mais tout est question d'espèce. Il appartient aux juges du fonds d'apprécier les risques d'interférence et les possibilités de confusion (Com. 19 février 1969).

2 ‑ Comme les personnes physiques les sociétés ont un domicile ou un siège social. Le siège de la société est révélé par les statuts mais il arrive que le siège réel ne corresponde pas au siège statutaire et dans ce cas la jurisprudence donne la préférence au siège réel. Le siège de la société détermine le tribunal compétent.

3 ‑ La nationalité de la société.

C'est le siège social qui détermine en principe la nationalité des sociétés, mais ce n'est pas l'unique élément à prendre en considération pour dire si une société est française ou étrangère. L'origine des capitaux qui y sont investis, la nationalité de ses dirigeants concourent également à la détermination de la nationalité d'une société.

La Cour de Cassation a eu a rappeler ces principes à l'occasion de l'indépendance de l'Algérie et à propos bien entendu des sociétés dirigées par des français et qui avaient leur siège en Algérie. Dans un arrêt du 30 mars 1971 (Civ. 30 mars 1971). La Cour de cassation s'exprime ainsi « si le principe, la nationalité d'une société se détermine par la situation de son siège social, pareil critère cesse d'avoir application lorsque le territoire sur lequel est établi ce siège social étant passé sous une souveraineté étrangère, les personnes qui ont le contrôle de la société et les organismes sociaux investis conformément au pacte social ont décidé de transférer dans le pays auquel elle se rattache le siège de la société afin qu'elle conserve sa nationalité et continu d'être soumise à la loi qui la régissait ». Dans un autre arrêt du 17 mai 1967, la Cour d'appel de Paris estime qu'une société dont le siège était situé à Alger a conservé la nationalité française lors de l'accession de l'indépendance de l'Algérie, restant en effet contrôlée par des français. Le siège social est donc un élément prépondérant pour déterminer la nationalité d'une société. Il s'ensuit qu'en transférant le siège social à l'étranger, les actionnaires peuvent changer la nationalité de la société mais il faut que cette décision soit prise à l'unanimité.

### 3§. CLASSIFICATION DES SOCIETES COMMERCIALES

On peut distinguer parmi les sociétés commerciales :

A ‑ Les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes.

B ‑ Les sociétés unipersonnelles et les sociétés pluripersonnelles.

C‑ Les sociétés de droit et les sociétés de fait.

#### A ‑ LES SOCIETES DE CAPITAUX ET SOCIETES DE PERSONNES

C'est le summa divisio. Les sociétés de personnes se caractérisent par la personnalité des membres qui le composent, tandis que les sociétés de capitaux se préoccupent davantage de trouver les fonds sans se soucier de la personnalité des associés.

##### a) ‑ LES SOCIETES DE PERSONNES

La doctrine est dans l'ensemble d'accord pour estimer que la société en nom collectif et la société en commandite simple sont des sociétés de personnes dont les caractéristiques sont les suivantes :

1 ‑ Ce sont des sociétés fermées. Les associés peuvent s'opposer à l'entrée de nouveaux associés, les parts sociales ne pouvant être cédées qu'avec le consentement de tous les associés.

2 ‑ Tous les associés en nom et les commandités répondent indéfiniment et solidairement des dettes.

##### b) ‑ LES SOCIETES DE CAPITAUX

La société anonyme dont les titres sont généralement librement négociables est le type même de la société de capitaux largement ouverte aux capitalistes et épargnants, la société anonyme permet plus que les autres d'attirer les capitaux. La responsabilité financière des associés est limitée au montant des actions qu'ils détiennent.

##### c) ‑ INSUFFISANCE DE CETTE CLASSIFICATION

Certaines sociétés telles que la société à responsabilité limitée, la société en commandité par actions échappent à cette classification en raison de leur caractère hybride.

#### B ‑ SOCIETE UNIPERSONNELLE ET SOCIETE PLURIPERSONNELLE

La création d'une société unipersonnelle paraît contraire à la nature même des sociétés

Jusqu'à la promulgation de la loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, notre droit ne reconnaissait qu'un seul cas créateur d'une société unipersonnelle mais il s'agissait d'une création purement accidentelle.

Il peut en effet arriver qu'un associé réunisse seul entre ses mains, l'ensemble des parts sociales ou des actions d'une société initialement créée entre plusieurs associés. La mort ou la disparition des partenaires sociaux est en effet génératrice d'une telle situation.

Le législateur faisant preuve de réalisme et soucieux de ne pas mettre à néant une structure dont la survie est de l'intérêt de tous a décidé dans l'article 9 de la loi du 24 juillet 1966 que la société n'était pas, dans cette hypothèse, dissoute de plein droit mais que tout intéressé pouvait demander la dissolution de la société si la situation n'avait pas été régularisée dans le délai d'un an. Il faut supposer que quelqu'un, généralement un créancier ait intérêt à demander la nullité de la société mais encore faut-il que cet intérêt soit non pas éventuel mais réel. La loi du 11 juillet 1985 en créant l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est allée plus loin dans cette voie puisqu'il est désormais loisible à un commerçant de créer sa société à associé unique. Nous étudierons le mécanisme de cette nouvelle forme de société à responsabilité limitée dans le cadre du chapitre consacré aux sociétés. Bornons-nous à indiquer pour l'instant que la création de sociétés unipersonnelle était envisagée depuis longtemps par le législateur mais que le projet dormait depuis de nombreuses années dans les tiroirs du Ministère de la Justice.

Ce texte n'est pas véritablement une innovation. La loi allemande du 4 juillet 1980 relative à la société à responsabilité limitée (GNOEH) dispose qu'une GMBH peut être constituée par une ou plusieurs personnes. L'avantage apparent de ce type de société est de limiter la responsabilité du commerçant à hauteur du patrimoine affecté à ladite société. Ainsi les créanciers peuvent le cas échéant saisir les actifs sociaux à l'exclusion des biens personnels du commerçant. Intéressante dans son principe, la loi du 11 juillet 1985 est cependant dépourvue de portée pratique. Le commerce a besoin de crédit : qu'il soit à la tête d'un simple fonds de commerce ou d'une SARL unipersonnelle, les banques n'accorderont de crédit que moyennant la caution personnelle du commerçant et pourront de ce fait se payer sur l'ensemble du patrimoine. Quand on sait que les établissements financiers sont généralement les créanciers les plus importants des commerçants, on mesure le peu d'intérêt que présente ce nouveau texte.

#### C ‑ LES SOCIETES DE DROIT ET LES SOCIETES DE FAIT

Il y a société de fait lorsque deux ou plusieurs personnes s'associent pour réaliser des opérations commerciales et en partager les bénéfices sans avoir respecté les formalités légales de constitution des sociétés ou lorsque le contrat social, qui les lie, est entaché de nullité.

Aussi deux situations peuvent se présenter : ou bien la société est créée sans aucun recours aux formalités légales, sans rédaction des statuts, ni inscription au registre du commerce et l'on dit qu'il s'agit d'une société créée de fait ou bien, la société a existé, il y a eu une inscription au registre du commerce mais le contrat social étant entaché de nullité, les parties n'en continuent pas moins à se comporter comme des associés et l'on dit alors qu'il s'agit d'une société de fait.

La différence entre société de fait et société créée de fait n'est pas seulement théorique.

La société créée de fait est entièrement assimilée à une société en participation Cette société est dépourvue de la personnalité morale, les associés assurent la même responsabilité que les associés en nom collectif, et chacun d'eux peut à tout moment provoquer la dissolution de la société.

La société de fait, au contraire, a été immatriculée au registre du commerce et a acquis une personnalité morale et sera dissoute conformément à ses statuts et aux dispositions sur la liquidation des sociétés. Point commun avec la société créée de fait, ses associés sont tenus indéfiniment et solidairement du passif social, la jurisprudence assimilant à cet égard la société de fait à la société en nom collectif.

### 4§. LE CONTRAT DE SOCIETE

La société est un contrat soumis à un certain nombre de conditions de fond et de forme.

#### A ‑ CONDITIONS DE FOND

##### a) ‑ CONDITIONS TENANT A LA PERSONNE DES CONTRACTANTS

Les mineurs

Pour faire partie d'une société en nom collectif ou en commandite simple, il faut avoir la qualité de commerçant et seule une personne majeure peut en faire partie. Le mineur même émancipé ne pourrait avoir la qualité d'associé de ce type de société. La capacité civile suffit pour acquérir les actions d'une société anonyme et l'on admet même que le mineur puisse être actionnaire d'une société en commandite par action ou associé d'une SARL.

La différence du régime tient au fait que dans les sociétés en nom ou en commandite simple, les associés sont solidairement ou indéfiniment responsables du passif social.

Les époux

Deux époux peuvent seuls ou avec d'autres personnes être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la question sociale. Toutefois, cette faculté ne leur était autrefois ouverte que si les époux n'étaient pas l'un et l'autre indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales.

La loi de 1966 a mis fin à une prohibition fondée sur l'immutabilité des régimes matrimoniaux. On craignait en effet qu'en s'associant les époux ne bouleversent le régime juridique des masses composant leur régime matrimonial et tel qu'il était fixé par le contrat de mariage ou la loi.

La femme mariée agissant seule peut acquérir la qualité d'associé commerçant sans que le mari ne puisse s'y opposer. Elle pourra, si elle est mariée sous un régime séparatiste, engager ses biens propres, par contre s'il s'agit de biens tels que immeubles, fonds de commerce, navires de plaisance, seul le mari peut en disposer avec l'accord de sa femme.

##### b) ‑ LE CONSENTEMENT

Expression du consentement

Le contrat de société ne déroge pas aux principes destinés à protéger le consentement des parties telles qu'ils résultent des dispositions du code civil.

En règle générale, une personne ne s'engage valablement en matière contractuelle que si son consentement n'est pas atteint d'un vice. Il peut s'agir d'une erreur, d'un dol ou d'un consentement exprimé sous l'empire de la violence.

L'erreur prise en considération n'est pas n'importe quelle erreur. Il faut selon la jurisprudence que l'erreur invoquée par la victime soit substantielle, c'est-à-dire qu'elle revête une certaine gravité, qu'elle ait porté sur un élément essentiel de contrat. Aussi la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 23 janvier 1974, a approuvé une Cour d'appel qui avait annulé, à la demande d'un associé, un contrat de société portant sur la vente et l'exploitation d'un domaine, alors que ce domaine avait été apporté à la société, grevé d'hypothèques dissimulées aux autres associés. L'erreur provoquée par cette dissimulation justifiait en effet la résolution du contrat de société.

Spécificité du consentement

Les parties expriment non seulement leur volonté d'adhérer à la société, d'en devenir actionnaire ou porteur de fait, mais aussi le désir de s'unir pour réaliser l'objectif social. C'est ce que l'on désigne sous le vocable latin d'affectio societatis. L'affectio societatis implique de la part de l'associé volonté de participer aux bénéfices et aux pertes sociales tout en contribuant à la gestion sociale. Cette volonté doit se manifester aussi bien lors de la constitution de la société que postérieurement.

1) L'affectio societatis doit se manifester dès la constitution de la société.

Le législateur et la jurisprudence exigent un minimum de sincérité de la part des souscripteurs. Il faut éviter la constitution de sociétés fictives où les souscripteurs ne sont là que pour faire nombre sans la moindre intention de s'associer. Ceux‑ci seront le plus souvent dépourvus de moyens de paiement ou agissant pour le compte d'autrui, à l'aide d'emprunts simulés. Les manœuvres sont sanctionnées par les tribunaux et il est intéressant à cet égard de lire un extrait d'un arrêt rendu par la Cour de Paris le 15 mai 1935. La cour s'exprimait ainsi :

« Considérant qu'en prescrivant pour la constitution d'une société commerciale par action, la souscription de la totalité du capital, sérieux et sincère ; qu'elle a exclu les souscriptions fictives, c'est-à-dire les souscriptions de ceux qui n'ont ni la volonté, ni les moyens de réaliser leurs engagements et aussi celles, qui tout en étant autre chose qu'une simple apparence, seraient faites pour autrui par prête-nom ; que la loi en imposant qu'une liste des souscripteurs soit annexée à la déclaration notariée, a voulu que les tiers puissent être renseignés d'une manière exacte sur la provenance des capitaux et sur la personnalité des souscripteurs ».

2) L'affectio societatis doit durer tant que dure la société.

L'affectio societatis se manifeste notamment :

‑ La participation de l'associé aux bénéfices et aux pertes.

Les articles 344 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 précisent la notion de bénéfice en distinguant la notion de bénéfice net des bénéfices distribuables.

Constituent des bénéfices nets, les produits nets de l'exercice déduction faite des frais généraux et autres charges de la société, y compris les amortissements et provisions (art. 344), tandis que les bénéfices distribuables s'obtiennent en déduisant des bénéfices nets des pertes antérieures et le prélèvement au titre de la réserve légale (art. 346) prévue pour toutes les sociétés à responsabilité limitée et pour toutes les sociétés par actions.

La loi du 4 janvier 1978 fixe la part de chaque associé dans les bénéfices et la contribution aux pertes en proportion de la part dans le capital social. Elle interdit l'attribution de la totalité du profit à un associé ou l'exclusion d'un associé du profit réalisé par la société. De même prohibe-t-elle la stipulation exonérant un associé de la totalité des pertes ou celle qui met au contraire la totalité des pertes à la charge d'un associé.

‑ La participation de l'associé à la gestion sociale.

Faire partie d'une société, ce n'est pas seulement percevoir des bénéfices, c'est aussi participer à la gestion de la société soit comme administrateur, soit plus généralement comme actionnaire ou porteur de part en participant aux assemblées générales. Nous étudierons cet aspect de la gestion en abordant le fonctionnement des sociétés.

#### C ‑ CONDITIONS DE FORME

Les conditions de forme à respecter sont de deux ordres : celles touchant à la rédaction même du contrat de société et celles qui ont pour objet de donner aux tiers un certain nombre de renseignements et qui sont des formalités de publicité.

##### a) ‑ LA REDACTION DES STATUTS

L'article 1835 du Code Civil dispose : « les statuts doivent être rédigés par écrit ». Ce peut être un acte authentique ou sous seing privé. Les statuts doivent être rédigés conformément aux dispositions légales en vigueur et ne pas être contraire aux dispositions figurant dans les lois des 24 juillet 1966 et 4 janvier 1978. Mais d'ores et déjà et quelle que soit la forme sociale adoptée, les statuts doivent obligatoirement contenir les mentions suivantes 1 ‑ La forme de la société, 2 ‑ La durée qui ne peut exercer 99 ans, 3 ‑ La raison ou la dénomination sociale, 4 ‑ Le siège social, 5 ‑ L'objet social, 6 ‑ Le montant du capital social.

Les statuts de toutes sociétés par actions devront comporter l'indication de l'identité de toutes personnes physiques ou morales qui ont signé les statuts.

##### b)‑ LES FORMALITÉS DE PUBLICITE

Pour pouvoir solliciter utilement l'immatriculation de la société au registre du commerce, les fondateurs doivent d'abord procéder à la mesure de publicité. Il s'agit d'un avis inséré dans un journal d'annonces légales du département du siège social. Cet avis contient un certain nombre de mentions relatives au siège, à la documentation sociale, à la forme de la société, à l'objet social, au montant du capital social etc...

##### c) ‑ IMMATRICULATION AU REGISTRE DU COMMERCE

La demande d'immatriculation doit être accompagnée d'un certain nombre de documents (statuts, déclaration notariée de souscription... ) et, depuis la loi de 1966, d'une déclaration de conformité signée des fondateurs de la société qui attestent ainsi que la constitution de la société a eu lieu selon les formalités légales. Le greffier doit, dans les huit jours de l'immatriculation faire publier un avis au B.O.D.A.C.

#### E. APPORTS ET CAPITAL SOCIAL

##### a‑ LA NOTION DE CAPITAL SOCIAL

Le capital social est formé par l'ensemble des apports effectués par les associés ou les actionnaires. Il constitue donc une dette de la société envers eux et à ce titre il est inscrit au passif du bilan.

Le capital social doit être distingué de l'actif social qui est la somme de tous les éléments d'actif de la société. L'actif social varie constamment tandis que le capital social est fixe si l'on fait abstraction de ces argumentations ou de réduction du capital.

##### b ‑ LES APPORTS

Il existe trois sortes d'apports 1 ‑ Les apports en numéraire, 2 ‑ Les apports en nature, 3 ‑ les apports en industrie.

L'apport en numéraire

L'apport en numéraire peut porter sur des sommes d'argent ou de la monnaie scripturale comme un chèque par exemple. Les lettres de change et les billets à ordre semblent prohiber dans la mesure où la société naissante a besoin de liquidités pour démarrer et que sa constitution ne pourrait dépendre des aléas d'un effet de commerce.

L'apport en nature

L'apport en nature peut porter sur un meuble ou un immeuble, un fonds de commerce, un terrain, un brevet d'invention etc... l'article 1843‑3 du Code Civil dispose que « les apports en nature sont réalisés par le transfert des droits correspondants et par la mise à la disposition effective des biens » et la loi distingue ensuite toujours à propos des apports en nature, l'apport en propriété et l'apport en jouissance.

L'apport en propriété est en tous points assimilable à une vente. Il se caractérise en effet par un transfert de droit en contrepartie de parts ou d'actions qui en représentent le prix. C'est la raison pour laquelle tirant les conséquences de cette assimilation le texte déclare que l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur.

L'apport en jouissance peut porter sur un brevet d'invention, l'utilisation d'un local commercial etc...

L'apport en industrie

L'apport en industrie est représenté par l'activité déployée par un associé au service de la société. Ce peut être une prestation unique mais ce sera le plus souvent des activités successives. L'apport en industrie est difficile à évaluer et l'on peut toujours craindre une surévaluation préjudiciable à la société mais aussi à ses créanciers. C'est la raison pour laquelle la loi ne permet ce type d'apport qu'aux sociétés où les associés sont solidairement et indéfiniment responsables du passif social, comme les sociétés en nom collectif et en commandite simple ou par action. L'apport en industrie est évalué par les parties elles-mêmes. L'article 1844 du Code Civil assimile, à défaut d'accord entre les parties, pour la répartition des bénéfices l'apporteur en industrie à celui des associés qui à le moins apporté.

##### c) ÉVALUATION DES APPORTS

On saisit l'importance de l'évaluation des apports face aux intérêts des créanciers de la société et de la société elle-même. La surévaluation des apports est plus dangereuse pour les créanciers lorsque les associés ont une responsabilité limité que lorsqu'ils répondent des dettes sociales sur leurs propres biens. Aussi la loi a-t-elle réglementé l'évaluation des apports dans les sociétés ou précisément la responsabilité des associés se limite au montant de leur participation financière au capital social : les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée.

La loi a confié l'évaluation des apports en nature (il n'y a pas d'apports en industrie dans ce type de société) à des commissaires aux apports.

Les commissaires aux apports sont choisis parmi les commissaires aux comptes et leur mode de désignation varie suivant qu'il s'agit d'une SARL ou d'une société par actions. Lors de la constitution d'une SARL il appartient aux futurs associés de désigner un commissaire aux apports à l'unanimité ou à défaut de le faire désigner par décision de justice à la demande du futur associé le plus diligent. Cette procédure est applicable également en cas d'augmentation de capital mais dans cette hypothèse à défaut d'unanimité entre les associés il appartient au gérant de faire procéder à cette désignation.

Ils ont pour rôle d'évaluer les apports en nature et peuvent se faire assister d'experts aux frais de la société.

Le commissaire aux apports établit son rapport sous sa propre responsabilité (Article L. 225-8 du Code de commerce). Il engagera sa responsabilité civile en cas de surestimation fautive des apports. Il pourra même faire l'objet de poursuites pénales lorsqu'il aura frauduleusement attribué à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle.

#### F.‑ LES VARIATIONS DU CAPITAL SOCIAL

##### a) ‑ AUGMENTATION DU CAPITAL SOCIAL

Le montant du capital social peut être augmenté de trois manières

1 ‑ Incorporation des réserves:

Il existe trois sortes de réserve : la réserve légale qui oblige les dirigeants à retenir chaque année 5 % des bénéfices à concurrence de 1/10 du capital souscrit ; la réserve statutaire dont le montant annuel est fixé dans les statuts ; la réserve conventionnelle que les actionnaires décident chaque année de constituer en puisant dans les bénéfices. L’augmentation du capital peut se faire par incorporation de ces deux derniers types de réserves.

Cette augmentation nécessairement décidée par une assemblée général extraordinaire va entraîner soit une élévation de la valeur nominale des actions soit une distribution d'actions gratuites.

2 ‑ Augmentation du capital en numéraire:

Il faut supposer que le capital initial a été entièrement libéré. Il s'agit alors de faire appel à l'épargne et d'émettre de nouvelles actions. Ces actions seront émises à un prix supérieur à leur valeur nominale. La différence est constituée par la prime d'émission qui se justifie par la part acquise par les nouveaux souscripteurs dans les réserves de la société.

##### b) ‑ RÉDUCTION DU CAPITAL SOCIAL

1 ‑ Réduction consécutive à la perte du Capital social:

Dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée lorsque l'actif net comptable inférieur à la moitié du capital social, la dissolution de la société s'impose.

Les actionnaires peuvent alors soit à défaut de dissolution avant la clôture du deuxième exercice suivant le constat des pertes soit reconstituer le capital soit le réduire.

Cette réduction va se matérialiser soit par une diminution de la valeur nominale des titres soit par un échange de plusieurs actions contre un moindre nombre d'actions nouvelles.

2 ‑ Réduction d'un capital trop important :

Plus rare la réduction du capital pourra intervenir lorsqu'une clause d'agrément permet à la société de refuser un cessionnaire. Afin que le cédant ne demeure pas prisonnier de ses parts de respecter, la loi offre à la société la possibilité de racheter les titres.

#### G. SANCTION DES RÈGLES DE CONSTITUTION DES SOCIETES COMMERCIALES

Les règles de constitution des sociétés commerciales doivent être respectées. Toutefois, le législateur s'est efforcé de limiter au maximum les cas de nullité dont la plupart peuvent être régularisés. Il a de plus donné à tout intéressé une action en responsabilité contre les associés qui sont à l'origine d'irrégularité ayant entraîné la nullité de la société. Nous examinerons ces deux aspects de la question successivement.

##### a) LES IRREGULARITES COMPRISES DANS LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS

Les irrégularités sont de deux sortes. Les unes procèdent d'une méconnaissance des dispositions de la toi du 24 juillet 1966, les autres violent une disposition relative aux règles qui président à la formation des contrats. Elles n'ont ni la même importance, ni la même portée.

IRREGULARITES TIREE DE LA MÉCONNAISSANCE DES DISPOSITIONS DE LA LOI

Il s'agit par exemple de l'omission dans les statuts d'une mention obligatoire ou d'une omission de la publicité prescrite par les dispositions que nous avons déjà exposées. Le code de commerce dispose à leur égard : « si les statuts ne contiennent pas toutes les énonciations exigées par la loi et les règlements ou si une formalité prescrite par ceux‑ci pour la constitution de la société a été omise ou irrégulièrement accomplie, tout intéressé est recevable à demander en justice que soit ordonnée sous astreinte la régularisation de la constitution. Le ministère public est habile à agir aux mêmes fins ».

IRREGULARITE TENANT A LA VALIDITE DES CONTRATS

L'irrégularité est dans ce cas plus grave. Les fondateurs ont alors méconnu des règles impératives que doivent respecter tous les contractants et qui portent sur la capacité des parties, leur consentement, l'objet du contrat. D'autre part, nous l'avons déjà vu, le contrat de société comporte des règles fondamentales telles que la nécessité de l'affectio societatis, l'interdiction faite à deux époux de s'engager indéfiniment et solidairement dans une société.

L'article 1844‑10 du Code Civil dispose « la nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832‑7 alinéa 1er et 1833 ou de l'une des cours de nullité des contrats en général ». Il s'agit précisément de cas que nous venons d'évoquer. Même dans cette hypothèse, le législateur a permis aux associés de régulariser le vice dont le contrat de société est entaché.

Le code de commerce dispose : « En cas de nullité d'une société ou d'actes et délibérations postérieures, fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé et lorsque la régularisation peut intervenir toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion ». Cette disposition a pour effet d'éviter que l'incapable ou celui qui prétend que son consentement a été vicié, ne laisse la société trop longtemps dans l'incertitude et qu'il puisse à tout instant la menacer d'une action en nullité.

Il se peut que le tribunal soit dans le délai de 6 mois saisi d'une action en nullité. Le législateur a prévu un certain nombre de dispositions destinées à éviter le prononcé de cette nullité.

b) ‑ EFFET DE LA NULLITE

La nullité n'a aucun effet rétroactif Elle ne joue que pour l'avenir, ce qui laisse intactes les opérations accomplies par la société antérieurement au jugement.

RESPONSABILITES DES FONDATEURS

Aux termes de du code, les fondateurs de la société ainsi que les premiers membres des organes de gestion, d'administration, de direction et de surveillance sont solidairement responsables du préjudice causé par le défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, ainsi que par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite par la loi et les règlements pour la constitution de la société.

### 8§. DISSOLUTION DES SOCIETES COMMERCIALES

Les causes de dissolution des sociétés commerciales sont énumérées par l'article 1844‑7 du Code Civil et par le Code de commerce.

Celles énumérées par le premier de ces textes sont communes à toutes les sociétés, les autres varient en fonction du type de société envisagé.

Il convient d'énumérer ces causes puis de les analyser en s'efforçant de les regrouper par affinités.

#### A. ENUMERATION DES CAUSES DE DISSOLUTION

##### a) CAUSES PREVUES PAR LE CODE CIVIL

L'article 1844‑7 du Code civil dispose :

« La société prend fin

1 ‑ par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation décidée par les associés,

2 ‑ par la réalisation ou l'extinction de son objet,

3 ‑ par l'annulation du contrat de société,

4 ‑ par la dissolution anticipée décidée par les associés,

5 ‑ par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société,

6 ‑ par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas où toutes les parts sont réunies dans les mains d'un seul,

7 ‑ par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société,

8 ‑ pour toutes autres causes prévues par les statuts ».

##### b) CAUSES PREVUES PAR LE CODE DE COMMERCE

L'étude de ces causes sera faite avec l'examen de la législation relative à chaque type de société, mais on peut d'ores et déjà citer à titre d'exemples :

‑ le décès d'un associé dans les sociétés en nom collectif,

‑ lorsque le capital social est inférieur au montant fixé par le législateur pour chaque type de société,

- nombre d'actionnaires insuffisants etc...

#### B ‑ ANALYSE DES CAUSES DE DISSOLUTION

Les causes de dissolution peuvent être regroupées en trois catégories

‑ les unes opèrent de plein droit et automatiquement,

‑ les autres relèvent de la volonté des associés,

‑ et les dernières sont des causes de dissolution, qui nécessitent l'intervention du tribunal.

##### a) ‑ DISSOLUTION DE PLEIN DROIT

La société est automatiquement dissoute.

1 ‑ Par expiration du temps pour lequel elle a été constituée:

La société est un contrat et les associés sont libres de fixer un terme à leur engagement. Toutefois, les statuts ne peuvent prévoir une durée supérieure à 99 ans. L'arrivée du terme entraîne la dissolution automatique de la société.

2 ‑ Par réalisation ou extinction de son obi

C'est encore une cause de dissolution automatique. Une société qui a réalisé son objet social et doit être dissoute. Cet objet a pu être réalisé plus ou moins rapidement. Nombreuses sont les sociétés civiles dont l'objet et la construction d'un ensemble immobilier et dont la dissolution s'impose dès que l'objet est atteint.

La perte de l'objet social est plus rare. La société pour une cause quelconque ne peut plus continuer comme par le passé. La perte de l'objet social avait été invoquée dans une affaire célèbre opposant des créanciers à la Compagnie Universelle du canal maritime de Suez à la suite de la nationalisation par le Gouvernement NASSER du canal de Suez dont la société était concessionnaire.

##### b) ‑ DISSOLUTION VOLONTAIRE

Les associés peuvent mettre fin à tout moment au pacte social. C'est ce qui est prévu par l'alinéa 4 de l'article 1844‑7 du Code Civil.

Il résultait de l'interprétation par les tribunaux d'une ancienne disposition du Code Civil que l'un des associés pouvait mettre fin à la société par une simple notification de sa volonté faite aux autres associés lorsque la société était à durée illimitée. Il s'agissait là de l'application traditionnelle du principe selon lequel on ne peut s'engager contractuellement à vie et que les parties peuvent toujours mettre fin à un contrat à durée illimitée ou indéterminée.

Cette disposition n'a pas été reprise par la loi de 1978 pour assurer la stabilité des sociétés commerciales. Par avance, les associés peuvent prévoir dans les statuts une cause de dissolution comme par exemple un exercice déficitaire.

##### c) ‑ DISSOLUTION JUDICIAIRE

Toujours en respectant l'ordre de l'article 1844‑7 on relève que le tribunal peut d'abord annuler le contrat de société. Il suffit de rappeler à cet égard que le législateur a limité autant qu'il était possible les cas de nullité, qu'il s'est efforcé de faire en sorte que les parties puissent régulariser le vice de faire en sorte que les parties puissent régulariser le vice atteignant la société et qu'enfin la nullité avait des effets limités en ce sens qu'elle ne rétroagissait pas.

Le tribunal peut à la demande d'un associé prononcer la dissolution anticipée de la société pour juste motif et notamment en cas d'inexécution des obligations pour un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société.

Tout est question d'espèce, mais pour que la dissolution soit prononcée il faut que la mésentente entrave le fonctionnement normal de la société. Conformément à cette jurisprudence, la Cour de Poitiers a jugé le 20 décembre 1978 à propos d'une SARL que la mésentente avait été créée par le demandeur et n'avait pas rendu impossible la poursuite des affaires sociales.

Le tribunal prononce également la dissolution d'une société dont les parts sociales se trouvent réunies entre les mains d'un seul associé à condition qu'il soit saisi d'une demande en ce sens, cette hypothèse n'entraînant pas la dissolution de plein droit de la société. Dans ce cas il ne peut que prononcer la dissolution de ces sociétés. Cette cause de dissolution pourrait ainsi figurer parmi les causes de dissolution de plein droit.

##### C ‑ EFFETS DE LA DISSOLUTION

Toute société dissoute doit être liquidée. Bien que la liquidation fasse l'objet d'une réglementation détaillée dans le Code de commerce, nous n'en évoquerons que les éléments essentiels.

La liquidation peut être prévue dans les statuts et à défaut de modalités statutaires, ce sont les règles de liquidation légale qui doivent s'appliquer.

Celles-ci sont les suivantes :

- La personnalité morale de la société subsiste pendant les opérations de liquidation. La société conserve sa raison ou sa dénomination sociale de la mention « société en liquidation ».

- Il est procédé à la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs pris parmi les actionnaires ou les dirigeants de la société en liquidation, voire à l'extérieur de la société. Lorsque la dissolution résulte des statuts ou si elle est décidée par les associés le liquidateur est choisi par les associés selon des modalités propres à chaque type de société. Lorsqu'au contraire la dissolution est prononcée par décision de justice, cette décision désigne un ou plusieurs liquidateurs.

- Pendant les opérations de liquidation les associés ou actionnaires ont un droit de contrôle sur les opérations en cours. C'est ainsi que le liquidateur doit convoquer les actionnaires et associés dans les six mois qui suivent sa nomination pour leur faire-part des perspectives dans lesquelles se déroulera la liquidation. Us doivent être convoqués chaque année pour être informés du résultat des opérations en cours. En fin de liquidation ils sont réunis en assemblée de clôture pour constater la clôture de la liquidation, statuer sur le compte définitif et donner quitus au liquidateur de sa gestion. Il s'agit là d'un contrôle des actionnaires et associés ne pouvant en aucun cas s'immiscer dans les opérations de liquidation.

### 9§. FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Il est possible avant même d'aborder l'étude des principaux types de sociétés comnerciales de dégager un certain nombre de règles communes à la plupart d'entre elles à propos de leur fonctionnement. Nous étudierons successivement les organes de direction a) et les organes de contrôle.

#### A. LES ORGANES DE DIRECTION DES SOCIETES COMMERCIALES

##### a) DESIGNATION

A chaque type de société correspond un organe de gestion. C'est ainsi que les sociétés de personnes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions sont administrées par les gérants. En revanche, les sociétés anonymes de types classiques sont administrées par un conseil d'administration présidé par un président du conseil d'administration et assisté par un des deux directeurs généraux. A côté des sociétés anonymes de type classique existent depuis 1966 des sociétés anonymes dirigées par un directoire contrôlé par un conseil de surveillance.

Les dirigeants des sociétés qui n'appartiennent pas à certaines entreprises comme les entreprises bancaires ou celles se livrant au commerce des armes peuvent être choisis parmi des personnalités étrangères. Une loi de 1970 a fixé une limite d'âge pour les dirigeants des sociétés anonymes qui est de 65 ou 70 ans suivant la nature des fonctions exercées.

Il convient de noter un certain nombre d'incompatibilités qui tiennent à l'exercice de fonctions ministérielles ou parlementaires. L'article 23 de la constitution interdit à un ministre d'exercer par ailleurs toute activité professionnelle et par conséquent toute participation à la direction d'une société. S'agissant des parlementaires, la loi n° 72‑64 du 24 janvier 1972 déclare l'exercice d'un mandat parlementaire incompatible avec les fonctions de Président Directeur Général, directeur général, membre du directoire, de président du conseil de surveillance, de gérant dans des sociétés subventionnées par l'Etat, ayant un objet financier et faisant appel à l'épargne, ou dont l'objet est la promotion immobilière. Le texte, notons le, ne vise pas la qualité d'administrateur.

##### b) POUVOIRS DES ORGANES DE DIRECTION

Il faut distinguer entre les pouvoirs internes et l'exercice des fonctions à l'intérieur de la société.

Pouvoirs internes

Il appartient bien entendu aux organes de direction de définir la politique sociale sur le plan financier, et ce en accord avec les sociétés ou les actionnaires. Mais il arrive souvent que les dissensions se manifestent entre les principaux partenaires de la société et mettent celle-ci en péril. Les intéressés peuvent demander au juge de désigner un administrateur provisoire. Ils s'adresseront soit au tribunal de commerce soit et ce sera le cas le plus fréquent au président du tribunal de commerce statuant en référé.

La jurisprudence nous offre de nombreuses décisions rendues en ce sens pour des motifs divers. Il arrive que la mésentente entre les associés paralyse la gestion de la société. Il se peut aussi que la majorité des associés projettent de prendre des résolutions abusives et nuisant gravement aux intérêts de la société et il arrive qu'en présence de divergences importantes entre les associés, il refuse d'ordonner la mesure sollicité parce qu'il constate que ces divergences n'affectent pas la vie sociale. Tout est question d'espèce.

L'ordonnance portant la nomination d'un administrateur provisoire doit définir précisément sa mission et la durée de son mandat. Le plus souvent, il s'efforcera de rechercher avec les associés une solution et mettra fin à sa mission dès que celle-ci aura abouti. Il demandera alors quitus de sa gestion aux associés ou au tribunal en cas de refus de leur part.

La gestion externe

Nous abordons ici les rapports entre les dirigeants sociaux et les tiers : sociétés, personnes physiques généralement créanciers de la société. Le législateur et la jurisprudence se sont efforcés de les protéger contre les abus que pourraient commettre les dirigeants sociaux, en particulier en engageant la société au-delà de l'objet social.

Supposons que les dirigeants d'une société de transport au lieu de s'en tenir à l'objet social se lancent dans des spéculations tout à fait étrangères à celui-ci, dans quelle mesure engagent‑ils la société ? Si l'opération est négative, ce seront les associés qui en feront les frais, mais ce peut être aussi les créanciers, les fournisseurs de la société qui ont pu croire que ceux qui traitaient avec eux agissaient dans la limite des pouvoirs qu'ils détenaient dans la société. On le voit, les intérêts s'opposent. Il faut choisir entre les associés et les tiers. On part de l'idée suivante : les associés ont choisi des représentants qui les ont trahi, tandis que les tiers ont été trompés par des dirigeants qu'ils n'ont pas désignés. Les uns ont peut-être commis une imprudence dans un choix, ce n'est pas certain, mais les tiers eux, n'ont rien à se reprocher et méritent donc une protection particulière. Cette protection va consister à engager à leur profit le patrimoine social bien que les dirigeants sociaux aient traité dans des conditions irrégulières.

La loi décide que les gérants de SARL et des commandités par action engagent la société envers les tiers pour les actes n'entrant pas dans l'objet de cette société.

Faute d'un texte identique s'appliquant aux sociétés anonymes, la jurisprudence a recours à la notion de mandat apparent. La société se trouve engagée dès lorsque les tiers ont cru de bonne foi que les dirigeants agissaient conformément aux statuts sociaux.

Responsabilité civile et pénale

1 ‑ Responsabilité civile :

L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 qui faisait peser en cas d'insuffisance d'actif une présomption de responsabilité sur les dirigeants sociaux de fait ou de droit a été modifié. Le Tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité par les dirigeants de la société.

La réforme est d'importance surtout sur le plan théorique. Elle fait disparaître une présomption de responsabilité mais il n'est pas certain que ce texte change beaucoup la situation des dirigeants de société faisant l'objet d'une mesure de redressement judiciaire. En effet, avant l'adoption de ce texte, les tribunaux ne manquaient pas de relever une ou plusieurs fautes de gestion à la charge des dirigeants de société . prise de participation onéreuse, investissements sans rapport avec les possibilités de l'entreprise, etc...

Le problème réside en fait moins dans le régime juridique de la responsabilité des dirigeants que dans l'appréciation que se font les juges de la bonne ou mauvaise gestion. Il est un peu trop tôt pour mesurer le changement intervenu.

S'ils ne s'acquittent pas des dettes ainsi mise à leur charge, le tribunal peut étendre la liquidation des biens de la société à leurs biens personnels. Ce sont toutes des actions qui doivent inciter les dirigeants sociaux à une grande prudence dans la gestion des affaires sociales. Les décisions prononçant de telles condamnations sont en pratique assez nombreuses.

2 ‑ Responsabilité pénale

Lorsque les dirigeants sociaux commettent des actes répréhensibles au regard de la loi pénale, ils encourent des sanctions pénales. La loi a prévu en plus des infractions de droit commun dont peuvent se rendre coupable les dirigeants sociaux (vol, abus de confiance, escroquerie) un certain nombre de délits tels l'abus de biens sociaux, délit d'émission d'actions etc... Dans notre droit la loi pénale ne peut atteindre que les personnes physiques qui la représentent. On conçoit encore assez mal un droit pénal des personnes morales. Cette conception, défendue par certains, se heurte essentiellement à des problèmes liés à la procédure pénale et au droit pénal proprement dit. De quelle peine frapper une personne morale ? Si notre arsenal répressif s'adresse plutôt à des personnes physiques (emprisonnement) on pourrait envisager des peines adaptées aux personnes morales telles que : la dissolution, l'interdiction d'exercer certaines activités, l'amende etc...

Depuis 1986, la loi a introduit dans notre droit pénal la possibilité de retenir la responsabilité pénale des personnes morales.

#### B.‑ CONTROLE DES ORGANES DE DIRECTION

La santé d'une société intéresse non seulement les associés mais aussi les salariés, les créanciers sociaux. Tous méritent d'être protégés. La législation organise à cet égard un certain nombre de contrôles.

##### a) ‑ DANS L'INTERET DES SALARIES

L'actualité, la période de chômage que nous traversons permet de saisir l'importance que revêt pour les salariés la bonne marche de l'entreprise à laquelle ils appartiennent, aussi le législateur leur a-t-il donné les moyens de s'informer sur le fonctionnement de l'entreprise et de proposer les solutions qui leur paraissent convenables. Ils le font à travers leurs institutions : les délégués du personnel dans les petites et moyennes entreprises et le comité d'entreprise dans les plus importantes.

Les délégués du personnel :

‑ Désignation des délégués

Les entreprises de plus de 10 salariés doivent organiser des élections tendant à la désignation des délégués du personnel. Les entreprises de 11 à 25 salariés comptent un délégué titulaire et un délégué suppléant et le nombre des délégués augmente avec l'importance de l'entreprise.

L'élection a lieu au scrutin de liste aux représentations proportionnelles sur des candidatures présentées par les syndicats les plus représentatifs dans l'entreprise.

‑ Mission des délégués:

Les délégués du personnel ont pour mission de présenter aux employeurs toutes les réclamations individuelles ou collectives relativement à l'application du taux des salaires, des classifications professionnelles et plus généralement aux dispositions des lois et règlement régissant l'hygiène, la sécurité et la prévoyance sociale. Leur rôle est plus important dans les entreprises dépourvues de comité d'entreprise. Toutefois même dans cette hypothèse les délégués du personnel n'ont aucun pouvoir de décision. Ils ne peuvent que formuler des avis ou des suggestions. C'est ainsi qu'ils doivent être consultés sur le contenu du règlement intérieur de leur entreprise ou sur l'aménagement du repos compensateur, sur les projets de licenciement pour cause économique, la fixation des périodes des congés payés, etc... L'avis qu'ils sont conduits à émettre sur toutes ces gestions ne lie pas l'employeur qui est libre de n'en tenir aucun compte.

Les délégués du personnel disposent pour accomplir leur mission, d’un volume horaire dit de délégation. Ce sont des heures rémunérées et prises sur le temps de travail.

Les délégués du personnel bénéficient de dispositions légales qui les protègent contre tout licenciement abusif et en particulier grâce à l'intervention de l'inspecteur du travail qui doit autoriser les licenciements.

Le comité d'entreprise

‑ Entreprises concernées

Toutes les entreprises employant au moins 50 salariés.

‑ Composition :

Le comité d'entreprise comprend le chef d'entreprise qui le préside et les représentants du personnel élus pour deux ans à l'issue d'un scrutin par collèges électoraux permettant une représentation des principales catégories de salariés.

‑ Attributions :

Le comité d'entreprise a des attributions d'ordre professionnel, économique et financier.

Sur le plan professionnel, le comité d'entreprise émet des avis sur les projets de licenciements collectifs pour cause économique et sur les conditions de travail dans l'entreprise (conditions de travail, règlement intérieur etc ... ). Il a un rôle également consultatif en matière économique. Il émet des vœux sur les projets de fusion, de restructuration, sur la gestion touchant à la productivité de l'entreprise.

En matière financière il reçoit une information équivalente à celle des actionnaires par la communication des principaux documents comptables : compte des profits et pertes, bilan annuel etc... Là aussi il ne peut que formuler des propositions.

Enfin le comité d'entreprise participe à la gestion de certaines oeuvres sociales tandis qu'il gère directement celles qui n'ont pas personnalité civile.

La loi du ler janvier 1984 dont le but était de prévenir les difficultés des entreprises avant qu'il ne soit trop a institué ce que l'on a appelé des « clignotants ». Il s'agit essentiellement de procédures destinées à alerter les dirigeants des entreprises que les choses sont en train de se détériorer et que la bonne tenue de la société est menacée. C'est dans cet esprit que la loi du 1er mars 1984 a accru le rôle des représentants du personnel dans les entreprises. Le Code du Travail prévoit : « ... lorsque le Comité d'entreprise (les délégués du personnel dans les entreprises n'ayant pas de Comité) a connaissance de faits de nature à affecter de façon préoccupante la situation économique de l'entreprise il peut demander à l'employeur de fournir des explications... ».

Le comité d'entreprise peut donc en cas de difficultés de trésorerie, de restructurations, de disparition d'un ou plusieurs établissements provoque les explications de l'employeur. Les termes de l'article précité sont larges et réserveraient au comité d'entreprise, un vaste domaine d'intervention.

L'employeur doit en principe fournir la ou les réponses attendues à la prochaine séance du comité d'entreprise. En cas de réponse insuffisante ou si la réponse confirme le caractère préoccupant de la situation, le comité d'entreprise, mais seulement des les entreprises occupant au moins 1000 salariés, établit un rapport. Ce rapport est transmis aux commissaires aux comptes et à l'employeur. Le rapport du comité de l'entreprise conclut en émettant un avis sur l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organisme charge de l'administration ou de la surveillance dans les sociétés de personnes morales qui en sont dotées ou d'en informer les associés dans les autres formes de sociétés.

Il va de soi que, si le comité d'entreprise s'est fait assister d'un expert comptable, son avis doit être joint au rapport.

Enfin, dans les sociétés à conseil d'administration ou à conseil de surveillance, la question doit être inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. La réponse doit être motivée.

Dans les autres formes de société lorsque le comité d'entreprise a décidé d'informer les associés, le gérant ou les administrateurs sont tenus de communiquer à ceux‑ci le rapport du comité d'entreprise.

‑ Fonctionnement :

Le comité d'entreprise se réunit au moins deux fois par mois sur convocation du chef d'entreprise. Les séances de comité se tiennent pendant les heures de travail. Les membres titulaires du comité d'entreprise disposent chacun de vingt heures par mois pour exercer leur mandat. Les ressources du comité d'entreprise sont constituées pour l'essentiel par une contribution patronale obligatoire.

##### b) DANS L'INTERET DES ASSOCIÉS

Dans les sociétés par actions et dans les sociétés à responsabilité limitée, les apports en nature sont évalué par des commissaires aux apports désignés par les associés. L'importance de leur intervention n'a pas besoin d'être soulignée. Nous y avons déjà fait allusion.

La loi du ler mars 1984 a considérablement renforcé le rôle des Commissaires aux Comptes dans la société.

Il est désormais fait obligation aux sociétés dépassant certains seuils de désigner un commissaire aux comptes. Ces seuils ont été fixés par le décret du 1er mars 1985.

Cette obligation concerne désormais les sociétés qui atteignent deux des trois seuils suivants : 1 ‑ Cinquante pour le nombre des salariés ; 2 ‑ Vingt millions pour le montant hors taxe du chiffre d'affaires 3 ‑ Dix millions de francs pour le total du bilan.

Les commissaires aux comptes, outre leur rôle traditionnel qui consiste à certifier les comptes établis par les dirigeants sociaux ont à l'instar des représentants du personnel un droit d'alerte lorsque la continuité de l'exploitation est menacée. Il convient de noter que l'exercice du droit d'alerte par les commissaires aux comptes est moins large que celui des représentants du personnel.

Les modalités d'exercice de ce droit d'alerte sont les suivantes

‑ lorsqu'il relève à l'occasion de l'exercice de sa mission 'tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation « le commissaire aux comptes demande des explications aux dirigeants ;

‑ à défaut de réponse satisfaisante, le commissaire invite le président ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou de surveillance ;

‑ si l'invitation est déclinée ou si malgré la décision prise, le danger demeure, le commissaire établit un rapport spécial présenté à la prochaine assemblée, voire au cas d'urgence convoque une assemblée pour lui remettre ses conclusions ;

‑ le comité d'entreprise est tenu informé et reçoit le rapport spécial établi par le commissaire aux comptes.

Dans les sociétés autres qu'anonymes, la procédure est la même, sans possibilité toutefois de réunir le collège des associés.

Dans les sociétés anonymes, l'article 225-230 du code de commerce dispose « qu'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion », c'est ce que l'on appelle l'expertise de minorité. Aussi dès lors qu'un groupe d'actionnaires a des motifs sérieux de craindre les conséquences d'une opération ou de plusieurs opérations de gestion, il peut demander au tribunal d'ordonner la mesure sollicitée. Il est de jurisprudence constante que cette expertise n'est pas de droit. Elle n'est pas systématiquement ordonnée dès lors que les demandeurs représentent le dixième du capital social. Les tribunaux n'y voient qu'une condition de recevabilité de l'action qui laisse le juge libre de prendre une décision et de refuser par exemple cette expertise, lorsqu'il estime qu'elle n'a pour but que de jeter le discrédit que sur dirigeants sociaux.

L'expertise de minorité a été étendue par la loi du ler mars 1984 aux SARL.

De plus, ce droit est désormais reconnu au Ministère public et Comité d'entreprise.

Enfin la loi a créé dans chaque type de société un droit pour les associés d'être informé périodiquement sur la situation financière de la société, en prenant connaissance d'un certain nombre de documents, tels que l'inventaire, le compte d'exploitation générale, le compte des pertes et profits ou le bilan. A cette occasion, les associés peuvent exercer un contrôle réel sur la gestion qui leur est présentée.

##### c)‑ DANS L'INTERET DES CRÉANCIERS

Les créanciers sont des tiers par rapport à la société et la loi ne leur a pas donné un droit de contrôle direct sur la gestion de la société. Il est en effet, en règle générale, interdit aux tiers de s'immiscer dans l'exécution d'un contrat auquel ils ne sont pas partis. Il est néanmoins évident que les règles que nous venons d'exposer leurs profitent dans la mesure où elles concourent à préserver leur gage, c'est-à-dire l'actif social. Cependant les tiers ne seront pas complètement désarmés et trouveront dans les règles de droit commun les moyens de garantir leur créance. Ils pourront non seulement se faire consentir des sûretés, gages, hypothèques mais aussi exercer les actions réservées aux créanciers des débiteurs négligents ou malhonnêtes, telles que l'action oblique et l'action paulienne. La première permet au créancier d'agir à la place du débiteur qui néglige de s'enrichir en faisant valoir des droits (droit de créance, prescription d'une dette) tandis que la seconde leur donne la possibilité de s'opposer aux actes frauduleux du créancier qui organise en quelque sorte son insolvabilité en faisant sortir un bien de son patrimoine, pour le faire échapper à la saisie de ses créanciers.

PARTIE DONNEE A TITRE D’INFORMATION

DROIT SPECIAL DES SOCIETES

CHAPITRE I. LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF

La société en nom collectif est avec la société en commandite simple ce qu'il est convenu d'appeler une société de personnes, c'est-à-dire une société où la personnalité des associés importe plus que les capitaux. C'est la raison pour laquelle la société en nom collectif est une société fermée mais aussi une société dans laquelle les associés s'engagent davantage que dans une société de capitaux dans la mesure où ils répondent sur leur fortune personnelle des dettes sociales.

Ce sont ces deux caractères que nous allons envisager maintenant.

I ‑ CARACTERES DE LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF

A ‑ UNE SOCIÉTÉ FERMÉE

Afin d'éviter l'intrusion de tiers dans la société le législateur a interdit la négociation des parts sociales. Celles‑ci ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés. Ce principe est absolu et les statuts ne sauraient y déroger.

L'Intuitus personae apparaît également à la lecture de l'article 21 de la loi du 24 juillet 1966. Ce texte codifié dispose à propos de la société en nom collectif que celle-ci prend fin par le décès de l'un des associés et prévoit une possibilité de survie avec les héritiers de l'associé décédé à condition que cela ait été stipulé entre les associés et que l'héritier soit éventuellement agréé par la société.

Ces restrictions s'expliquent par le fait que les associés en nom collectif sont le plus souvent des entreprises familiales désireuses de se perpétuer telles quelles.

B ‑ UNE SOCIETE A RESPONSABILITE ILLIMITEE

Aux termes de la loi, les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Il en résulte qu'en cas de liquidation des biens de la société, les associés restent tenus sur leurs biens propres des dettes sociales subsistantes après réalisation de tous les biens de la société et quel qu'en soit le montant. De plus, en vertu du principe de la solidarité, les créanciers sociaux ne sont pas tenus de diviser leurs poursuites entre les associés et peuvent actionner l'un quelconque d'entre eux pour le faire condamner à payer la totalité de leur créance. Ce dernier aura un recours contre ses associés en paiement de leur quote-part.

II ‑ CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF

A ‑ LES ASSOCIES

Il suffit de deux associés pour fonder une société en non collectif. Ceux‑ci doivent avoir la capacité d'exercer le commerce. Un mineur émancipé ne peut être associé à un nom collectif.

En général, les sociétés en nom collectif sont formées entre personnes physiques mais rien n'interdit à des personnes morales, c'est-à-dire à d'autres sociétés, de constituer entre elles une société en nom collectif ce qui a pour effet de faire perte à ce type de société son caractère de société de personnes.

B ‑ LE CAPITAL SOCIAL

Le capital social peut être formé d'apports en numéraire, en nature et même en industrie. La loi n'a pas fixé un montant minimum du capital social. En effet, dans ce type de société le gage des associés est moins le capital social que la fortune personnelle des associés en nom collectif.

C ‑ LES STATUTS

Les mentions statutaires sont laissées à l'initiative des fondateurs sous réserve de respecter le droit d'information des associés tel qu'il est prévu par la loi et de ne pas représenter les parts sociales sous forme de titres négociables.

Les statuts doivent être signés par tous les associés ainsi que la déclaration de conformité. Ils mentionnent la raison sociale composée du nom de tous les associés ou du nom de l'un où plusieurs d'entre eux suivis des mots « et Compagnie ».

Enfin, l'immatriculation au Registre du Commerce implique le dépôt d'un certain nombre de documents que nous avons évoqués plus haut.

III ‑ GESTION DE LA SOCIETE EN NOM COLLECTIF A ‑ LES ORGANES DE DIRECTION

a) Le gérant: nomination

Tous les associés sont gérants de la société à moins que les statuts n'aient désigné un ou plusieurs gérants ou n'aient prévu leur désignation par un acte ultérieur. Il s'agira alors d'une décision des associés prise généralement à la majorité des voix. Le ou les gérants peuvent être choisi parmi les associés ou en dehors d'eux.

b) Pouvoirs du gérants :

Dans les rapports entre associés et en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants la loi a prévu que chacun d'entre eux détenait le droit de s'opposer à toute opération avant qu'elle ne soit conclue.

Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social et à cet égard le législateur a prévu une double protection des tiers qui est la suivante : d'abord en cas de pluralité de gérants le droit d'opposition que nous venons d'évoquer est sans effet à l'égard des tiers sauf s'il est établi qu'ils en ont eu connaissance, ensuite les clauses limitant les pouvoirs des gérants sont imposables aux tiers.

c) Révocation du gérant:

La loi de 1966 envisage trois cas de révocation en opérant une distinction entre les gérants statutaires, non satisfaits, associés ou non associés.

1 ‑ Lorsque tous les associés sont gérants ou si la société est administrée par un ou plusieurs gérants choisis parmi les associés et désignés dans les statuts (gérant associé statutaire), la révocation du ou des gérants ainsi choisis ne peut être décidée qu'à l'unanimité des autres associés. La société doit alors être dissoute sauf si les statuts ont prévu sa continuation ou si les associés le décident à 1'unanimité. Le gérant révoqué peut décider de se retirer de la société en demandant le remboursement de ses droits sociaux.

2 ‑ Les gérants associés non statutaires, c'est-à-dire désignés postérieurement au dépôt des statuts, ne peuvent être révoqués qu'à l'unanimité des associés. Dans ce cas il n'y a pas dissolution de la société.

3 ‑ Lorsqu'il s'agit d'une gérant non associé son mode de désignation importe peu. iL peut être révoqué soit dans les conditions prévus dans les statuts et à défaut par une décision des associés prise à la majorité.

B ‑ DROITS DES ASSOCIES

Ils ont un pouvoir de décision et un pouvoir de contrôle.

a) Pouvoir de décisions:

Aux termes de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1966 « les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés. Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions soient prises à une majorité qu'ils fixent ».

b) Contrôle:

Il faut toujours avoir présent à l'esprit cette responsabilité illimitée qui pèse sur les associés. Ils peuvent craindre une mauvaise gestion dont les conséquences leur seraient préjudiciables. Dans les six mois de la clôture de chaque exercice, le gérant doit soumettre à l'approbation des associés réunis en assemblée générale un rapport sur les opérations de l'exercice, l'inventaire, le compte des pertes et profits et le bilan. De plus les associés non gérants ont le droit deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il doit être également répondu par écrit.

IV ‑ DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

Nous avons déjà examiné les causes de dissolution des sociétés commerciales et nous nous penchons ici sur le cas particulier du décès d'un associé en nom collectif

C’est une cause de dissolution en raison du caractère très intime de ce type de société mais il ne faut pas non plus qu'une menace constante pèse ainsi sur la société aussi la loi permet‑elle aux associés de prolonger l'existence de la société dans certaines conditions.

Les associés peuvent stipuler que la société continuera avec les associés suivants : dans ce cas, pas de difficulté, l'héritier n'a droit qu'à la valeur des droits sociaux de son auteur.

Ils peuvent prévoir aussi que la société se poursuivra avec le conjoint survivant ou les héritiers de l'associé décédé ou seulement certains d'entre eux avec l'éventualité d'une procédure d'agrément par la société.

CHAPITRE II. LA SOCIETE ANONYME

GÉNÉRALITÉS

La société anonyme est née avec la première révolution industrielle du XIXEME siècle. Destinée à drainer l'épargne la société anonyme peut être de dimension modeste mais compte parfois des milliers d'actionnaires. Le législateur s'est penché avec minutie sur l'organisation et le fonctionnement des sociétés anonymes. La loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mai 1967 ne consacrent pas moins de cinq cents articles à ce type de société dont il convient de dégager les caractéristiques générales avant d'aborder la constitution et le fonctionnement des sociétés anonymes.

1 ‑ CARACTÉRISTIQUES COMMUNES A TOUTES LES SOCIETES ANONYMES

A ‑ SOCIÉTÉ OUVERTE

Contrairement aux sociétés de personnes dont les parts sociales ne sont pas librement comparables, les sociétés anonymes émettent des titres, le plus souvent au porteur, librement cessibles sauf clause d'agrément par la société inscrite dans les statuts : cette absence totale de considération pour la personne de l'épargnant permet aux sociétés anonymes de se donner les moyens de réaliser des profits importants (creusement du Canal de Suez), de Panama, etc ... ) au besoin en faisant directement appel à l'épargne.

B ‑ SOCIETE A RESPONSABELM LIMITEE

L'article 73 de la loi du 24 juillet 1966 définit la société anonyme de la façon suivante : « la société anonyme cg la société dont le capital est divisé en actions et qui est constitué entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports... ». Cela signifie que si après la liquidation de la société des créanciers ne sont pas désintéressés, ceux‑ci ne pourront poursuivre les actionnaires et leur demander des dommages‑intérêts sur les biens personnels.

II ‑ DIFFERENTES FORMES DE SOCIETES ANONYMES

A ‑ SOCIETES ANONYMES FERMEES ET SOCIETES ANONYMES FAISANT APPEL A L'ÉPARGNE

Une société anonyme peut être constituée entre un nombre restreint de fondateurs ou faire appel a l'épargne dès sa constitution en plaçant ses titres dans le grand public. Afin de protéger les épargnants la loi soumet les sociétés anonymes qui font appel à l'épargne à des règles de constitution plus strictes que pour les sociétés anonymes ordinaires. Nous reviendrons sur la constitution de ces sociétés anonymes faisant appel à l'épargne sont soumises lors des formalités constitutives à des règles destinées à informer davantage que pour les autres, les épargnants sur l'anatomie de la société à laquelle ils ont confié leurs économies. De plus pour ces sociétés intervient la Commission des opérations de bourse dont le contrôle protège l'épargnant.

Il convient de noter toutefois qu'une société anonyme peut faire appel à l'épargne lors de sa constitution mais aussi par la suite. Il arrive fréquemment qu'une société anonyme constituée en cercle fermé entre banquiers ou compagnies d'assurances voit par la suite ses affaires prospérer et se trouve devant la nécessité d'augmenter ses possibilités financières, donc son capital et de lancer des souscriptions dans le public. Dans ce cas la société devra alors procéder à un certain nombre de formalités (augmentation du capital au niveau prévu par la loi pour ce type de société, meilleure information, les actionnaires etc ... ) destinées à donner plus de garanties aux épargnants.

B ‑ SOCIÉTÉS ANONYMES DE TYPE CLASSIQUE ET SOCIETE A DIRECTOIRE

La différence tient ici aux organes de direction. Jusqu'en 1966 notre droit des sociétés ne connaissait que les sociétés anonymes dirigées par un conseil d'administration présidé par un Président du Conseil d'administration autrefois appelé président directeur général. La loi de 1966 s'inspirant de ce qui se faisait en Allemagne a introduit dans notre législation les sociétés anonymes dirigées par un directoire contrôlé par un conseil de surveillance nommé par les actionnaires. Cette dernière forme de société est assez peu répandue en France, les fondateurs préférant jusque là la forme classique des sociétés à conseil d'administration.

CHAPITRE. III. CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS ANONYMES

I ‑ CONSTITUTION DES SOCIETES OUI NE FONT PAS APPEL A L'EPARGNE

Bien que le législateur ait semblé faire de la société anonyme faisant appel à l'épargne la société de droit commun à laquelle il consacre de longs développements tandis qu'il ne traite des autres sociétés que par référence aux textes applicables aux premières nous étudierons d'abord les règles de constitution des sociétés anonymes ne faisant pas appel à l'épargne parce que ce sont de loin les plus nombreuses, les plus courantes.

A ‑ NOMBRE D'ASSOCIES

Le nombre des associés ne peut être inférieur à sept. La capacité requise des associés n'est pas la même que celle exigée des associés en nom. En effet, la responsabilité des associés d'une société anonyme étant limitée à leurs apports une telle société peut comprendre parmi les associés deux époux, des mineurs émancipés et même des mineurs non émancipés pourvue d'une autorisation parentale.

B ‑ LE CAPITAL SOCIAL

a) Ses composantes :

Le capital social peut être formé à partir d'apports en numéraire et même en nature, tandis que les apports en nature représentés par des actions d'apports doivent être intégralement libérés dans leur souscription, les apports en numéraires représentés par des actions de numéraires doivent être libérés au minimum sur 1/4 lors de leur souscription, le solde devant être versé dans un délai fixé par le conseil d'administration ou le directoire et qui est de cinq ans au maximum. Le capital doit être intégralement souscrit avant l'immatriculation du registre du commerce. Il ne faut pas confondre la souscription qui est un engagement de payer quelque chose à la société et la libération qui est le paiement.

b) Montant du capital :

Le capital social doit être de 225.000 € si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 3.700 € au moins dans le cas contraire. Le capital est le gage des créanciers sociaux qui ne pourront pas, nous l'avons déjà souligné, se retourner contre les actionnaires au‑delà de leur apport en cas de défaillance de la société. C'est la raison pour laquelle le législateur a tenu à ce que le capital social ne soit pas dérisoire.

C ‑ DEPOT DES FONDS

Lorsque les souscriptions sont libérées la société n'existe pas encore et l'on peu toujours redouter que le dépositaire de ces fonds ne les dissipe laissant aux déposants une action fondée sur l'escroquerie ou l'abus de confiance aux résultats très aléatoires. Aussi les fonds provenant des souscriptions en numéraire font‑ils l'objet d'un dépôt réglementé par le décret du 23 mars 1967. Les fonds sont déposés pour le compte de la société en formation et par les personnes qui les ont reçus soit à la Caisse des Dépôts et Consignation, soit chez un notaire, soit dans une banque. Ce dépôt doit être fait dans le délai de huit jours à compter de leur réception. Une liste comportant les noms, prénom usuel et domicile des souscripteurs avec l'indication des sommes versées par chacun d'eux accompagne le dépôt des fonds. Le retrait des fonds provenant des souscriptions en numéraires ne peut être effectué avant l'immatriculation de la société au registre du commerce. Toutefois, comme aucun délai n'est imposé aux fondateurs pour procéder à cette immatriculation, lorsque la société n'est pas constituée dans le délai de six mois, tout souscripteur peut demander en justice la restitution des fonds.

D ‑ DÉCLARATION NOTARIÉE DES VERSEMENTS

La souscription et les versements sont constatés par une déclaration des fondateurs dans un acte notarié. Les fondateurs présentent au notaire les bulletins de souscription et le cas échéant un certificat du dépositaire constatant le versement des fonds à l'appui de cette déclaration.

E ‑ RÉDACTION DES STATUTS

a) Forme:

Les statuts sont établis par acte sous seing privé et il est dressé autant d'originaux nécessaires aux formalités constitutives.

b) Contenu:

Les statuts ont un caractère contractuel et leur contenu est en principe laissé à l'appréciation des parties. Toutefois, le législateur a prévu un certain nombre de mentions obligatoires.

Il y a d'abord les mentions obligatoires pour la constitution de toutes les sociétés et que nous avons déjà énoncées : forme de la société, durée, montant du capital social, etc... Il y a ensuite un certain nombre de mentions obligatoires pour les sociétés par actions et qui sont ici communes avec la société en commandite par actions. Ces mentions au nombre de sept sont énoncées par l'article 55 du décret du 23 mars 1967 et ont trait au nombre d'actions émises, à leur forme, à l'identité des apporteurs en nature, etc...

En outre, les statuts des sociétés anonymes doivent contenir un certain nombre des mentions prévues par diverses des dispositions de la loi de 1966 du décret de 1967. Ce sont essentiellement les règles relatives à la convocation et aux délibérations du conseil d'administration (décret de 1967 art. 83), le nombre des actions de garanties dont chaque administrateur doit être propriétaire (loi 1966, art. 95) et enfin une disposition nouvelle relative à l'âge des administrateurs. La loi du 31 décembre 1970 dispose que les statuts doivent prévoir pour l'exercice des fonctions d'administrateurs une limite d'âge s'appliquant soit à l'ensemble des administrateurs, soit à un pourcentage déterminé d'entre eux, et le texte poursuit qu'à défaut de disposition expresse dans les statuts, le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante dix ans ne pourra être supérieur au tiers des administrateurs en fonction. Il convient de noter d'abord que ce texte est remarquable d'indécision et qu'il semble de plus permettre aux fondateurs de prévoir dans les statuts une limite d'âge supérieure à soixante dix ans pour être en conformité avec le vœu de la loi.

F ‑ PUBLICITE LÉGALE

Lorsque les formalités de constitution de la société ont été accomplies, un avis est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. Cet avis doit contenir un certain nombre de mentions sur la forme de la société, le montant du capital social, le montant des apports en numéraire etc...

G ‑ LA DEMANDE D'IMMATRICULATION

Cette demande se fait au greffe du tribunal de commerce. Les fondateurs doivent déposer un certain nombre de pièces à l'appui de cette demande. L'immatriculation confère à la société la personnalité morale.

II ‑ CONSTITUTION DES SOCIETES ANONYMES FAISANT APPEL A L'ÉPARGNE

La constitution des sociétés anonymes faisant appel à l'épargne est soumise à certaines règles particulières.

A ‑ FORMALITES ANTERIEURES A LA SOUSCR[PTION

Aucune souscription ne peut être reçue si les formalités suivantes n'ont pas été observées.

a) Le projet des statuts établi et signé par un ou plusieurs fondamentaux doit avoir été déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social.

b) Les fondateurs doivent avoir publié au BALO une notice mentionnant les caractéristiques de la société.

c) Enfin, ils doivent avoir établi une note d'information visée par la COB qui en remet un exemplaire à toute personnes intéressée.

B ‑ SOUSCRIPTION

L'appel public à l'épargne est réalisé lorsque les titres sont placés par l'intermédiaire des banques, agents de change, établissements financiers ou par des moyen publicitaires quelconques. Les prospectus et circulaires informant le public de l'émission d'actions doivent obligatoirement reproduire les mentions publiées au B.A.L.O.

La souscription et les versements sont constatés comme il a été dit plus haut dans une déclaration notariée.

C ‑ L'ASSEMBLÉE CONSTITUTIVE

L'assemblée générale constitutive n'est tenue que lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne.

1 ‑ quorum et majorité

Cette assemblée qui réunit les souscripteurs est assimilée à une assemblée générale extraordinaire en ce sens qu'elle ne peut valablement délibérer que si elle réunit au moins lors de la première convocation la moitié du capital social ou le quart si une deuxième convocation est nécessaire et dans tous les cas elle ne peut statuer qu'à la majorité des deux tiers des voix exprimées.

2 ‑ Pouvoirs :

Elle constate que le capital social est entièrement souscrit et que les actions sont libérées du montant exigible. Elle se prononce sur l'adoption des statuts qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité des souscripteurs. Elle nomme les premiers administrateurs et les commissaires aux comptes. Enfin, c'est cette assemblée qui reprend à son compte les engagements souscrits par les fondateurs pendant la période constitutive.

D ‑ PUBLICITE ET IMMATRICULATION

Ces points ont été étudiés précédemment.

CHAPITRE IV. FONCTIONNEMENT DES SOCIETES ANONYMES

I ‑ LE CONSEIL D'ADMINISTRATION

A ‑ COMPOSITION

1 ‑ Nombre d'administrateurs:

Les sociétés anonymes de type classique sont administrées par un conseil d'administration composé de trois à douze administrateurs.

Leur nombre est d'ailleurs fixé dans les statuts dans cette limite légale.

Cependant en cas de fusion ce nombre de douze peut être dépassé jusqu'à concurrence du nombre total des administrateurs en fonction depuis plus de six mois dans les sociétés fusionnées sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre.

2 ‑ Nomination ‑ Durée du mandat:

Dans les sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale constitutive tandis qu'ils sont désignés dans les statuts des sociétés anonymes ne faisant pas publiquement appel à l'épargne.

Lorsque la société est constituée les administrateurs sont nommés par l'assemblée générale ordinaire.

Lorsque les administrateurs sont nommés dans les statuts, la durée de leur mandat ne peut excéder trois ans et six ans en cas de nomination par les assemblées générales. Ils sont rééligibles et peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire.

3 ‑ Choix des administrateurs :

Le choix des administrateurs des sociétés anonymes est limité par certaines dispositions légales imposant une limite d’âge ou fixant certaines incompatibilités.

Nous avons déjà signalé que la loi du 31 décembre 1970 avait introduit dans la loi du 24 juillet 1966 une disposition tendant à rajeunir les organes de directions des sociétés anonymes. C'est ainsi qu'à défaut d'une limite d'âge retenue par les statuts le nombre des administrateurs ayant dépassé l'âge de soixante‑dix ans ne pourra être supérieur au tiers des administrateurs en fonction.

Certaines fonctions sont incompatibles avec celles d'administrateur. C'est ainsi que les membres du gouvernement, les parlementaires dans une certaine mesure déjà signalée, les fonctionnaires, les experts comptables et notaires ne peuvent exercer les fonctions d'administrateur de société anonyme. Il en est de même des commissaires aux comptes mais seulement pendant les cinq ans qui suivent la cessation de leurs fonctions dans une société qu'ils se proposent d'administrer.

Le législateur a limité à cinq le nombre de sièges d'administrateurs ou de membres du conseil de surveillance qui peuvent être occupés par une même personne physique. En visant les personnes physiques la loi n'interdit nullement à une personne morale d'administrer des sociétés et de désigner pour la représenter une personne physique dans plus de huit conseils d'administration.

La loi sans interdire le cumul entre un contrat de travail et un mandat d'administrateur ne le permet que dans certaines conditions. En raison de la précarité de ses fonctions, l'administrateur peut être tenté de se faire consentir parallèlement un emploi de salarié. Afin d'éviter les abus qui pourraient naître de cette situation, l'article 93 de la loi du 24 juillet 1966 interdisait qu'un salarié de la société puisse être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination et correspondant à un emploi effectif sans perdre le bénéfice de son contrat de travail. Le délai a été supprimé par la loi du 25 juillet 1994.

Le problème du cumul entre le mandat d'administrateur et les fonctions salariales vont également se poser dans une hypothèse inverse. Il peut s'agir cette fois d'un administrateur en fonction qui se fait embaucher par la société qu'il contrôle. Bien que la solution ne découle pas directement des textes cités la chambre sociale de la Cour de Cassation a jugé par un arrêt du 21 novembre 1974 (Bull. Civ. no 560 P. : 525) qu'un tel cumul était interdit et que le contrat de travail conclu dans de telles conditions était nul. Cette solution a été confirmée par la loi.

4 ‑ Statut de l'administrateur

La situation de l'administrateur est précaire. Il peut être révoqué à tout instant par l'assemblée générale des actionnaires mais la révocation abusive est sanctionnée et donne lieu à paiement de dommages intérêts au profit de l'administrateur abusivement révoqué. Il convient de noter toutefois que le juge ne peut pas contrôler le motif de révocation, que seule l'assemblée générale peut apprécier, mais il sanctionne les révocations intempestives ou vexatoires qui portent préjudice à l'intéressé.

La rémunération des administrateurs est fixée par l'assemblée générale qui rémunère leur activité sous forme de jetons de présence. En fait, il s'agit d'une somme globale votée annuellement par l'assemblée générale et répartie par le conseil d'administration entre ses membres. A cela peut s'ajouter une rémunération exceptionnelle pour frais de mission ou mandat confié à un administrateur.

Les administrateurs ne représentent pas individuellement la société mais la jurisprudence protège les tiers en appliquant aux conventions passées entre les administrateurs et ces dernières la théorie du mandat apparent. Dès lors que le tiers a cru que l'administrateur agissait au nom de la société en vertu d'un mandat régulier, la société se trouve engagé et doit exécuter les obligations prévues au contrat.

B ‑ FONCTIONNEMENT DU CONSEIL D’ADMINISTRATION

La gestion de la société anonyme est confiée au conseil d'administration : cela ressort nettement des dispositions de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 qui dispose : « Le conseil d'administration est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société... ».

a) Convocation du conseil d'administration et quorum :

C'est en principe le Président du conseil d'administration qui le convoque mais c'est une question qui relève des statuts, qui déterminent les règles relatives à la convocation du conseil d'administration. Le décret du 23 mars 1967 prévoit toutefois (art. 83 alinéa 2) que lorsque le conseil ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois les administrateurs constituant au moins le tiers des membres du conseil d'administration ont le pouvoir de convoquer le conseil d'administration.

Le conseil d'administration ne délibère valablement que si la moitié au moins de ses membres sont présents nonobstant toute clause contraire. Ces décisions sont prises, sauf majorité plus forte prévue dans les statuts, à la majorité des membres présents ou représentés. En effet, les administrateurs peuvent se faire représenter aux séances du conseil d'administration, mais chaque administrateur ne peut recevoir qu'une procuration.

b) Pouvoirs du conseil d'administration

1 ‑Pouvoirs de décision:

Il dispose des pouvoirs les plus étendus. C'est le conseil d'administration qui élit le Président et le Directeur Général éventuellement et fixe leur rémunération. Il a les pouvoirs les plus étendus sous réserve des attributions confiées par les statuts ou la loi aux actionnaires. Enfin, ces pouvoirs doivent s'exercer dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers la loi prévoit une disposition identique à celle que nous venons d'évoquer à propos des administrateurs traitant individuellement avec les tiers et fondée sur la notion de mandat apparent en disposant que « dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration 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 ».

2 ‑ Autorisation de l'article L. 225-38 :

L’ancien article 101 de la loi du 24 juillet 1966, devenu l’article L. 225-38 du code de commerce, soumettait à l'autorisation préalable du conseil d'administration toute convention intervenant entre la société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux et il en était de même des conventions auxquelles un administrateur ou directeur général était indirectement intéressé et dans lesquelles il traitait avec la société par personne interposée.

Le texte soumet à autorisation préalable les conventions intervenant entre une société et une entreprise si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise.

La loi du 15 mai 2001 a étendu ce mécanisme à tout actionnaire disposant d’un droit de vote supérieur à 5%.

Le but de cette législation est claire : éviter que les administrateurs ne se servent des pouvoirs qu'ils détiennent dans une société pour conclure des conventions dont ils pourraient tirer profit au détriment de la société qu'ils administrent.

Toutefois, l’article L. 225-39 ne soumettait pas à autorisation préalable toutes les conventions conclues entre la société et un ou plusieurs administrateurs puisqu'elle dispose par ailleurs que les dispositions de l'article 101 ne sont pas applicables aux conventions normales.

Il n'est pas toujours facile de dire si tel ou tel type de contrat est soumis ou n'est pas soumis à autorisation. On peut toutefois estimer que d'une façon générale dès lors qu'une convention entre dans l'objet social et est de même nature que celles qui sont conclues ordinairement par la société, celle-ci échappe aux dispositions de l'article précité.

Les conventions visées par le texte doivent être soumises à l'approbation du conseil d'administration et approuvées par l'assemblée générale des actionnaires suivant une procédure décrite par les articles L. 225-40 et suivants du code des sociétés.

L'administrateur intéressé ou le directeur général sollicite l'autorisation du conseil d'administration qui se prononce par un vote auquel l'intéressé ne peut prendre part.

Si la convention est autorisée le Président du conseil d'administration doit en informer les commissaires aux comptes qui établissent un rapport à l'intention de l'assemblée générale des actionnaires.

L'assemblée générale statue au vu de ce rapport. Elle approuve ou désapprouve la convention.

La nullité de la convention non autorisée par l'assemblée générale n'est pas automatique.

Les conventions approuvées par l'assemblée, comme celles qu'elle désapprouve, produisent leurs effets à l'égard des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées dans le cas de fraude. Même en l'absence de fraude, les conséquences préjudiciables à la société des conventions désapprouvées peuvent être mises à la charge de l'administrateur intéressé et éventuellement, des autres membres du conseil d'administration.

Enfin la loi interdit purement et simplement aux administrateurs de contracter auprès de la société qu'ils administraient des emprunts, de se faire consentir pour elle des découverts ou de lui faire cautionner leurs engagements personnels envers les tiers.

II ‑ LE PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION

A‑STATUT

Le Président du conseil d'administration est élu par le conseil d'administration et choisi parmi ses membres. Il est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

A défaut d'une disposition expresse des statuts fixant une limite d'âge, il est en vertu de la loi démissionnaire d'office lorsqu'il atteint l'âge e 65 ans.

Le Président du conseil d'administration peut être révoqué à tout moment pour juste motif par le conseil d'administration, mais en cas de révocation fautive le Président peut obtenir des dommages intérêts. Si le juge n'a pas le pouvoir de substituer son approbation à celle du conseil d'administration, il peut néanmoins sanctionner une révocation précipitée que rien ne justifie.

Sa rémunération est fixée par le conseil d'administration sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux dispositions de l'article L. 225-38 précité.

Ils sont considérés comme salariés et affiliés au régime général de la Sécurité Sociale en vertu de l'article L. 242 9 du Code de la Sécurité Sociale.

Si la société refuse en totalité ou en partie la communication des documents qui doivent être tenus à la disposition de l'actionnaire, ce dernier peut saisir le Président du Tribunal de Commerce statuant en référé qui pourra condamner la société à communiquer ces documents sous astreinte.

b) Accès aux assemblées et droit de vote :

Le droit de vote est attaché à l'action. Chaque actionnaire peut donc quel que soit le nombre des actions détenues par lui, participer aux assemblées générales ou extraordinaires, mais les statuts (art. 165) peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Notons que les statuts ne peuvent restreindre que la seule participation aux assemblées générales ordinaires à l'exclusion des assemblées générales extraordinaires auxquelles tout actionnaire peut participer quel que soit l'importance de sa participation au capital social.

Tout actionnaire peut recevoir les pouvoirs émis par d'autres actionnaires sans autre limite que celles résultant des statuts ou des dispositions légales fixant le nombre maximal de voix dont peut disposer un actionnaire.

La loi assimile les pouvoirs en blanc adressés à la société à des votes favorables à l'adoption des projets de résolutions présentés ou agréés par le conseil d'administration.

B ‑ TYPES D'ASSEMBLÉES

Il faut distinguer entre les assemblées générales ordinaires et les assemblées générales extraordinaires dont les résolutions n'ont pas la même portée.

a) Les assemblées générales ordinaires:

1 ‑ Fréquence ‑ Quorum ‑ Majorité :

L'assemblée générale ordinaire se réunit au moins une fois par an et dans les six mois de la clôture de l'exercice.

Lors de sa première convocation elle ne délibère valablement que si un quart des actionnaires ayant le droit de vote est réuni soit que les actionnaires soient présents, soit qu'ils soient représentés.

Si ce quorum n'est pas atteint il est procédé à une deuxième convocation pour laquelle la loi n'exige pas de quorum.

Elle statue à la majorité des voix exprimées, abstraction faite des bulletins blancs.

2 ‑ Pouvoirs:

L'assemblée délibère et statue sur toutes les questions relatives aux comptes de l'exercice écoulé/ Elle examine le compte d'exploitation générale, le compte des pertes et profits et le bilan.

D'une façon générale, l'assemblée générale prend toutes les décisions qui ne relèvent pas de la compétence des assemblées extraordinaires. C'est l'assemblée générale ordinaire qui examine les conventions de l'article 101 et qui nomme ou révoque les administrateurs.

En général, l'assemblée délibère sur un ordre du jour arrêté par l'autorité chargée de la convoquer, soit le conseil d'administration ou le directoire, mais le législateur a permis aux actionnaires de se regrouper et de requérir l'inscription à l'ordre du jour de projets et résolutions. C'est ainsi que plusieurs actionnaires ou même l'un d'entre eux peuvent prendre cette initiative s'ils représentent 5 % du capital social.

b) Les assemblées générales extraordinaires :

L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée par la loi pour prendre un certain nombre de résolutions qui dépassent le cadre de la gestion normale de la société.

1 ‑.Convocation ‑ Quorum ‑ Majorité :

L'assemblée générale extraordinaire peut être convoquée à tout moment par les dirigeants sociaux, les commissaires aux comptes ou à défaut par un mandataire désigné en justice.

Le quorum est renforcé : la moitié des actionnaires ayant le droit de vote lors de la première convocation et seulement le quart de ces actionnaires si une seconde convocation est nécessaire.

2 ‑ Pouvoirs:

Parmi les résolutions qui relèvent de sa compétence citons

‑ la modification des statuts,

‑ la dissolution anticipée de la société,

‑ le changement de nationalité de la société,

‑ l'augmentation du capital social,

‑ les projets de fusions etc...

L'actionnaire a droit préalablement à la réunion d'une assemblée générale extraordinaire à la communication de tous les documents utiles pour qu'il puisse délibérer valablement.

CHAPITRE V. LA SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

NOTIONS SOMMAIRES

1 ‑ CONSTITUTION

A ‑ LES ASSOCIES

D'après la loi du 11 juillet 1985 une SARL peut ne comporter qu'un seul associé. La seule restriction apportée par la loi a consisté plus d'une SARL à associé unique. Le nouveau texte mentionne que lorsque la société ne comporte qu'une seule personne celle-ci est dénommée associé unique. Ce dernier exerce les pouvoirs dévolus à l'Assemblée des associés.

Si la loi n'a pas fixé un nombre minimum d'associés, par contre elle limite leur nombre à 50. L'article 36 de la loi du 24 juillet 1966 prévoit en effet que si la société vient à comprendre plus de cinquante associés, elle doit dans le délai de deux ans être transformée en société anonyme. A défaut, elle est dissoute, à moins que pendant ledit délai le nombre des associés soit devenu égal ou inférieur à cinquante.

Les associés d'une SARL n'ayant pas la qualité de commerçant, aucune capacité spéciale n'est exigée pour en faire partie.

B ‑ LE CAPITAL SOCIAL

Le capital social composé d'apports en numéraire et en nature à l'exclusion des apports en industrie doit être de 50.000 F au moins (loi du ler mars 1984). Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées qu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire.

Les fonds apportés à une SARL doivent être déposés par les personnes qui les ont reçus soit à la caisse de dépôts et consignation, soit chez un notaire, soit dans une banque. Ces fonds ne peuvent être retirés avant l'immatriculation de la société au registre du commerce. Toutefois à l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés anonymes, les apporteurs peuvent demander en justice l'autorisation de retirer le montant de leurs apports lorsque la société n'a pas été constituée dans le délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds.

Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature. iL y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux apports désigné à l'unanimité des futurs associés, ou à défaut par une décision de justice à la demande de l'un d'entre eux. Les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.

C ‑ RÉDACTION DES STATUTS

Les statuts doivent contenir outre les mentions générales à toutes les sociétés (dénomination sociale, siège social, objet social, etc ... ), la répartition des parties sociales, la mention de leur libération mais aussi l'évaluation des apports en nature.

Les statuts doivent être signés par tous les associés.

D ‑ DENOMINATION SOCIALE

La SARL est désignée par une dénomination sociale à laquelle peut être incorporé le nom d'un ou plusieurs associés et qui doit être précédée ou suivie immédiatement des mots « société à responsabilité limitée » ou des initiales SARL et de l'énonciation du capital social.

E‑ FONCTIONNEMENT DE LA SARL

‑ GESTION

1 ‑ Statut des gérants

La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques. Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés par les associés dans les statuts ou par acte postérieur. Dans ce dernier cas, la nomination sera soumise à une majorité renforcée par la réunion de plus de la moitié du capital social.

En l'absence de disposition statutaire fixant la durée de leur mandat, les gérants sont en principe nommés pour la durée de la société.

Leur révocation peut intervenir à tout moment par décision des associés représentant plus de la moitié du capital social nonobstant toute clause statutaire contraire.

2 ‑ Pouvoirs des gérants :

Les gérants ont des pouvoirs déterminés par le statut et d'une façon générale le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. Vis à vis des tiers, le gérant agit au nom de la société. toute clause limitant ses pouvoirs est inopposable aux tiers. L'article 49 de la loi du 24 juillet 1966, consacrant la théorie du mandat apparent en la matière, dispose que « la société est engagée même par les actes du gérant 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 ignorer compte tenu des circonstances que le gérant agissait en marge de l'objet social ».

a) Conventions interdites on contrôlées :

Il est interdît aux gérants de contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société ou de se faire consentir par elle un découvert ou encore, de faire cautionner par elle es engagements pris par le gérant envers les tiers. La loi du 11 juillet 1985 a inséré dans le code de commerce un article 50‑1 ainsi conçu : « les dispositions de l'article 50 ne sont pas applicables aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ». Ce texte reprend mot pour mot les termes de l'article 102 déjà examiné.

Cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants du gérant.

Il est fait obligation au gérant ou s'il en existe un, au commissaire aux comptes (obligatoires dans les SARL dont le capital excède 300.000 francs) de présenter aux associés un rapport sur les conventions intervenues. Si la convention n'est pas approuvée, elle n'est pas nulle, mais le gérant doit supporter individuellement les conséquences du contrat préjudiciable à la société. Notons que contrairement à ce qui se passe pour les SA, il n'y a pas ici d'autorisation préalable à solliciter.

b) Responsabilité des gérants

Les gérants sont responsables individuellement ou solidairement suivant le cas envers la société ou envers les tiers des fautes commises dans leur gestion. Enfin, en cas de liquidation des biens, ils peuvent être condamnés à supporter tout ou partie des dettes sociales, s'ils n'apportent pas la preuve qu'ils ont géré la société avec toute la diligence nécessaire.

B ‑ DROITS DES ASSOCIES

a) Droit à l'information:

Tout d'abord, les associés reçoivent à l'issue de chaque exercice communication de l'inventaire, du compte d'exploitation, du compte des pertes et profits sur lesquels ils se prononcent en assemblée générale.

b) Droit de vote :

Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède. S'il ne peut assister personnellement aux réunions des assemblées, il peut se faire représenter par un mandataire.

Les décisions sont prises à la majorité du capital social et à défaut à la majorité des votes émis quelle que soit la portion du capital représenté lors d'une seconde convocation.

Les associés ne peuvent si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutefois, les autres modifications statutaires sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social.

c) Régime des parties sociales:

L'article 45 de la loi du 24 juillet 1966 disposait : « les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social ». Toute clause contraire est réputée non écrite. Le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière notification adressée soit à la société, soit aux associés, le consentement à la cession est réputée acquis

Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés sont tenus dans le délai de trois mois à compter de ce refus d'acquérir ou de faire acquérir les parts à un prix fixé après expertise. Si à l'issue de ce délai, les parts n'ont pas été acquises par les associés ou par la société, l'associé est libre de les céder à un tiers. Si l'associé peut difficilement céder ses parts à des étrangers, l'article 44 lui permet toutefois de les transmettre librement par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté entre époux. Il peut également les céder librement de son vivant à son conjoint, ses ascendants et ses descendants. Toutefois, les statuts peuvent stipuler que le conjoint, un héritier, un ascendant ou un descendant ne peut devenir associé qu'après avoir été agréé dans des conditions qu'ils prévoient.

Les délais accordés à la société pour statuer sur l'agrément ne peuvent dépasser trois mois et la majorité exigée ne peut être plus forte que celle exigée pour autoriser la cession à des tiers (majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social).

En cas de refus d'agrément, il est fait recours à une expertise pour évaluer la valeur des parts qui seront rachetées par la société.

Ces dispositions placent la SARL à mi-chemin entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Moins fermées que la société en nom collectif, les parts sociales ne sont toutefois pas librement transmissibles.