HAL
open science

L' Utilité du capital social : étude de droit français

Nany Elodie Itsiembou Mabika

To cite this version:

Nany Elodie Itsiembou Mabika. L' Utilité du capital social : étude de droit français. Droit. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand I, 2010. Français. NNT : 2010CLF10337 . tel-00719452

HAL Id: tel-00719452

https://theses.hal.science/tel-00719452

Submitted on 19 Jul 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE CLERMONT I - UNIVERSITE D'AUVERGNE
U.F.R DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
CENTRE MICHEL DE L'HOSPITAL
ED 245

THESE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVE

Présentée et soutenue publiquement par

NANY ELODIE MABIKA ITSIEMBOU
Le jeudi 16 décembre 2010

TITRE :
L'UTILITE DU CAPITAL SOCIAL
(ETUDE DE DROIT FRANÇAIS)

Directeur de recherche:

M. NICOLAS MATHEY
Professeur, Université de Paris Descartes

Membres du Jury

Rapporteurs :

M. DIDIER PORACCHIA
Professeur, Université d'Aix-Marseille III

M. BENOÎT LECOURT
Maître de Conférence, HDR, Université de Cergy-Pontoise

Suffragants :

M. JEAN STOUFFLET
Professeur émérite, Université d'Auvergne Clermont 1

M. DIMITRI HOUTCIEFF
Professeur, Université d'Evry

La faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises;
ces opinions doivent être considérées
comme propres à son auteur.

REMERCIEMENTS

Nous remercions Monsieur le professeur Nicolas Mathey directeur de cette thèse pour avoir su avec beaucoup de subtilité nous conduire vers notre première intention qui était la défense du capital social. Nous vous prions de trouver ici l'expression de notre reconnaissance la plus profonde non seulement pour vos encouragements mais également pour vos précieux conseils.

Qu'il nous soit permis de remercier également tous les membres du jury d'avoir accepter de participer à cette soutenance et d'avoir accepter de consacrer leur temps précieux à lire et juger ce travail.

Nous remercions également toutes les personnes qui ont participé de près et de loin à la réflexion de ces travaux, notamment Serge Anouchian (Expert comptable), Patrick Gautier (expert comptable).

Nous remercions notre compagnon et notre fille pour leur soutien et encouragement durant ces années de recherches. Mais, cette réalisation, nous la devons d'abord et avant tout à notre père et à notre mère. Sans eux, nous ne serions arrivées à ce niveau d'étude. Nous ne pouvons oublier de remercier notre très chère et tendre tante pour tout ce qu'elle a fait pour nous. A toute notre famille, nous voulons leur témoigner notre gratitude en leur disant que cet aboutissement est aussi le leur.

A Mon COMPAGNON
A MA FILLE

A MON PERE
A MA MERE

A MA TANTE MARIANNE

Principales abréviations

Al.	Alinéa
An. Dr. Com.	Annale du droit commercial
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
Art.	Article
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
Bull. CNCC.	Bulletin
Bull. crim.	Bulletin
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. civ.	Code Civil
C. com.	Code de commerce
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
CA	Cour d'appel
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
CE	Conseil d'Etat
CEE	Communauté Economique européenne
CGI	Code général des impôts
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
CSB	Code des sociétés belges

D.	Dalloz
Dr. fis	Revue de droit fiscal
Dict. perm. Dr. Aff.	Dictionnaire permanent du droit des affaires
DP.	Droit et patrimoine
Dr. soc.	Droit des sociétés
Ed.	Edition
Enc.	Encyclopédie
EURL	Entreprise unipersonnel à responsabilité limitée
Fasc.	Fascicule
GEIE	Groupement européen d'intérêt économique
Gaz. Pal	Gazette du Palais
In	Dans
Infra	Ci-dessous
IR	Information rapide
J- Cl.	Juris-classeur
JCP	Juris-classeur périodique édition générale (Semaine juridique)
JCP E	Juris-classeur périodique édition entreprise
JCP N	Juris-classeur périodique édition notariat
JO	Journal officiel, édition lois et décrets
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOAN	Journal officiel, édition débats de l'Assemblée Nationale
JO Déb. Sén.	Journal officiel, édition débats du Sénat
JS.	Journal des sociétés
Jurisp.	Jurisprudence
GIE	Groupement d'intérêt économique
Ibid./Ibidem	Ibidem (au même endroit)
IR	Impôt sur le revenu
IS	Impôt sur les sociétés
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	Numéro
NRE	Nouvelle régulation économique
Obs.	Observation
Ord.	Ordonnance

Op. cit.	*« Opere citato »* c'est-à-dire dans l'ouvrage cité
Pan.	Panorama
P.	Page
PA.	Petites Affiches
PCG	Plan comptable général
Préf.	Préface
Préc.	Précité
PUF	Presse universitaire française
Règl. gén. AMF	Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers
RECMA	Revue internationale de l'économie sociale
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RD. Bancaire	Revue de droit bancaire
RJCom	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence du droit des affaires
Rev. soc.	Revue de droit des sociétés
Rev. sci.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rev. franç. gest.	Revue française de gestion
Rép. Defrénois	Répertoire Defrénois
Rép. Soc.	Répertoire des sociétés
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RTDCiv.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDCom.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rép. Min.	Réponse ministérielle
S.	Recueil Sirey
s.	suivant
SA	Société anonyme
SE	Société européenne
SARL	Société à responsabilité limitée
SCA	Société en commandite par actions
SCI	Société civile immobilière
SAS	Société par actions simplifiées
SCS	Société en commandite simple
Somm.	Sommaire

Spéc.	Spécial
Supra	Ci-dessus
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
T. civ.	Tribunal civil
T. corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

Introduction 1

Partie I. L'utilité du capital social dans la protection des créanciers 28

Titre I. La formation du capital social et son maintien en cours de vie sociale 30

Chapitre 1
La formation du capital en phase de constitution de la société 31
Chapitre 2
Le maintien du capital social en cours de vie sociale 94

Titre II. La renovation du capital social jugée utile 162

Chapitre 1
Le capital social et les autres garanties des créanciers 164
Chapitre 2
La renovation des règles insuffisantes du capital social 233

Partie II. La protection du capital social garantie des créanciers et l'utilité de la notion à l'egard des associés 298

Titre I. La protection du capital social garantie des créanciers 301

Chapitre 1
La protection du capital social des prélèvements de la société 302
Chapitre 2
La protection du capital social par des mesures dissuasives 357

Titre II. L'utilité du capital social au profit des associés 427

Chapitre 1
L'utilité du capital social dans la détermination des droits financiers et obligations des associés 428
Chapitre 2
L'utilité du capital dans la détermination des droits politiques des associés 495

Conclusion générale 572

INTRODUCTION

"Le capital social a été, et demeure, un concept clé du droit français des sociétés, sans lequel on ne saurait le comprendre, ni donc l'enseigner ou le pratiquer"[1].

I. Définition

1. **Terminologie juridique.** L'expression *"capital social"* reste intimement liée à la notion de *"société"*. En effet, cette expression a été créée en 1840[2] de l'adjectif *"social"* apparu en 1723. Or, cet adjectif est en relation avec la société dans le sens où il vient du mot *"société"*. L'étymologie du terme *"capital"* provient du mot latin *"capitalis"* lui-même dérivé de *"caput"* qui signifie *"tête"*. Le sens figuré du terme a permis de désigner ce qui est *"important, essentiel"*. Ce sens a été donné au capital social considéré comme une notion très importante en droit des sociétés. Une société ne peut se constituer sans capital[3] au risque pour elle de ne pas être en mesure de réaliser l'objet pour lequel elle a été créée. A quoi correspond le capital social ?

2. **Difficulté à définir la notion de capital social[4].** Le terme *"notion"* désigne *"une idée qu'on a de quelque chose ; concept"*[5]. C'est également une *"connaissance élémentaire de quelque chose"*[6]. Est-il possible d'avoir une idée précise sur le capital social ? En l'absence de définition proposée par le Code de commerce et la jurisprudence, il est difficile d'avoir une connaissance précise sur le capital social. La doctrine avoue même son impuissance à définir le capital social car elle *"ne voit même pas bien comment le définir"*[7]. A l'absence des textes

[1] Propos introductifs de R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, préf. J. - J. DAIGRE, Litec 2010, n° 1, p. 1.

[2] Dictionnaire historique Le Grand Robert de la langue française, sous la direction de A. REY, 2ème éd. 1995, v. Société.

[3] Art. 1835 C. civ.

[4] F. GORÉ, La notion de capital social, *in* études offertes à R. RODIÈRE, Dalloz, 1981.

[5] Dictionnaire Larousse, v. Notion.

[6] Ibid.

définissant le capital social, il faut adjoindre une autre difficulté : celle résidant dans *"l'obstacle d'une trop grande diversité de textes pour lesquels le capital social est concerné"*[8]. Un recensement de ces textes *"se heurterait, outre son caractère fastidieux, à une multiplicité d'objectifs"*[9].

3. **Multiplicité des définitions proposées**. Il existe plusieurs définitions proposées sur le capital social en fonction de ses composantes. Une partie de la doctrine définit le capital social en fonction des apports. Selon cette définition, le capital social représente le *"montant de la somme des apports à effectuer par les associés ou les actionnaires à la société pour le tout ou une part essentielle au jour de sa constitution"*[10]. Cette définition permet d'établir une connexion entre le montant de l'apport et le capital en ce qu'elle assimile la notion aux différentes valeurs des apports effectués en société par les associés. Aussi, cette définition permet de bien distinguer l'apport de sa valeur parce qu'il s'agit de deux réalités distinctes. Dans ce sens, il a été dit que le capital social représente *"la valeur des apports effectués par les associés, et non les apports eux-mêmes"*[11]. Toutefois, cette définition est contestable dans la mesure où il existe trois catégories d'apports dont les apports en industrie qui n'intègrent pas encore le capital social[12]. Ainsi, le capital social ne peut correspondre à la somme de tous les apports effectués en sociétés par les apporteurs. Prenant en compte cette critique, selon certains auteurs le capital social représente les apports en société qui ont été faits en numéraire ou en nature[13]. Une définition en ce sens avait été proposée par des commissaires lors des travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés[14]. Mais,

[7] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes,** Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 1985, n° 35, p. 52.

[8] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. Rouen, 2003, n° 11, p. 30.

[9] Ibid.

[10] G. CORNU, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, PUF, 8ème éd. 2007, v. Capital social ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations,** T. I, 7ème éd. 1935, n° 89 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**. Droit commercial général et sociétés, T 1, Economica, 12ème éd. 2003, n° 109 ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** T. 3, 1978, n° 392, p. 337 ; F. GORE, La notion de capital social, op. cit., n°4 et suivant.

[11] T. BONNEAU, La diversification des valeurs mobilières et ses implications en droit des sociétés, *RTD com*. 1988, p. 543.

[12] Art. 1843-2 C. civ.

[13] Y. GUYON**, Droit des affaires**, op. cit., n°736.

la Commission adopta à l'issue de la séance des 29 et 13 décembre 1957 et des 17 et 31 janvier 1958 une définition proche de celle évoquée en première position dans nos développements. Le texte indiquait que : *"Le montant des apports effectués par les associés… constitue le capital social"*. Et la loi du 24 juillet 1966 n'a jamais repris cette définition restée sans suite. Toutefois, cette définition est insatisfaisante en ce qu'elle écarte certaines composantes du capital social intégrées en cours de vie sociale. En effet, lors des opérations d'augmentation de capital social, celui-ci pourrait s'enrichir d'autres éléments que des apports provenant des associés[15]. Intégrant uniquement les apports

Ensuite, d'un point de vue comptable, la notion est définie comme étant la somme de la valeur nominale des actions ou des parts sociales[16]. Une partie de la doctrine[17] et la Cour de cassation[18] retiennent cette même définition qui permet d'établir une connexion entre le capital social et la valeur nominale. En effet, une valeur nominale est attachée à chaque action représentative du capital social. Ainsi, cette définition exclut les titres qui sont détachés du capital social parce qu'ils ont perdu leur valeur nominale. Et c'est le cas des actions de jouissance. En comptabilité également, le capital social se définit comme étant "*un poste du passif du bilan, qui figure tout en haut de ce bilan (première ligne), parmi donc le haut de bilan ou capitaux propres"*[19]. Cette définition représente le capital social comme étant le premier poste au passif du bilan. Les apports ayant une valeur patrimoniale figurent à l'actif du bilan alors que la valeur de ces biens figure au passif. Et cette valeur c'est le capital social. En cela, il exprime une dette que la société possède envers ses associés puisque les dettes au bilan sont retracées au passif. Toutefois, cette dette n'est pas exigible en cours de vie sociale. Simplement, la société à l'obligation de rembourser les apports aux associés après sa dissolution.

[14] Travaux de la commission de réforme du Code de commerce et du droit des sociétés, LGDJ, séance du 13 févr. 1948, 2ème vol., p. 121 ; séance du 4 nov. 1949, p. 127 ; séance de la Commission plénière, 7ème vol., p. 397.

[15] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 3, p. 2.

[16] F. GORÉ, Composition et intangibilité du capital social, *in* Le capital social, grandeur ou décadence ? , Coll. Paris II, 1977, n°3.

[17] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Capital social.

[18] Cass. civ. 21 nov. 1907, *J. S.* 1908, p. 345.

[19] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 6, p. 4.

La langue française quant à elle, définit le capital social comme étant *"un ensemble des biens, monétaires ou autres, possédés par une personne ou entreprise, constituant un patrimoine et pouvant rapporter un revenu"*[20]. Cette définition ne nous renseigne pas plus sur ce qu'est le capital social. Elle fait néanmoins ressortir un élément clé de la notion en ce qu'elle représente la notion comme étant un patrimoine de la société. Toutefois, cette approche est réductrice de la notion de patrimoine qui ne saurait se confondre uniquement avec le capital social. Si cette confusion reste possible en cours de formation de la société, il pourrait en être autrement en cours de vie sociale.

Le législateur le capital social en se référant aux actions. D'abord, le texte qui définit la notion apporte une définition de la notion de société. En effet, l'article 73 de la loi du 24 juillet 1966 définit la société anonyme comme étant une société *"dont le capital est divisé en actions"*. Cette définition est reprise au Code de commerce pour l'appréciation plus étendue des sociétés par actions[21]. Cette définition de la société comporte également une définition de la notion de capital social en faisant référence aux actions c'est-à-dire aux titres émis en contrepartie des apports effectués au capital social. Et cette définition avait été précédemment proposée par la Cour de cassation qui indiquait que : *"Le capital social est la somme définitivement inscrite aux statuts… et qu'ainsi le capital social au sens de l'article 1er de la loi du 24 juillet 1867, est le montant des actions souscrites"*[22]. Mais, cette définition n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle ne permet pas de prendre en compte tous les titres représentatifs du capital social[23]. C'est le cas des certificats d'investissement qui représentent une fraction du capital social mais ne constituent pas des actions.

4. **Définition du capital social.** La difficulté à définir le capital social souligne paradoxalement l'importance de la notion en droit des sociétés. Au vrai, le capital social est une notion incontournable qui intervient quasiment à tous les niveaux du droit des sociétés. On retrouve le capital social à la formation de la société, en cours de vie sociale et même à la dissolution de la société. Ce dernier point peut paraître exagéré mais, lorsque la responsabilité des dirigeants est recherchée sur le fondement de l'action en comblement de passif,

[20] Dictionnaire Larousse, v. Capital.

[21] Art. L225-1 C. com.

[22] Cass. civ. 13 nov. 1907, *J. S.* 1908, p. 345.

[23] D. SCHIMDT, Le régime actuel des valeurs mobilières, *Rev. dr. Bancaire*, 1987, p. 42, spéc. p. 43.

l'insuffisance d'actif pourrait résulter du fait que le capital social ait été insuffisamment déterminé. En dehors des procédures collectives, le capital social pourrait exister lorsque par exemple la dissolution de la société découle d'une mésentente des associés. Le capital social est là présent lorsqu'il s'agit de trouver un équilibre au sein de la société entre tous les intervenants. Il est encore là lorsqu'il s'agit d'apporter un minimum de sécurité aux tiers. Le capital social est une notion centrale et élastique. C'est une notion insaisissable et c'est pourquoi il est difficile de l'appréhender. Toutefois, le professeur Mortier a proposé une définition intégrant les principales composantes du capital social. Selon cet auteur : *"Le capital social est le poste du passif du bilan qui, exprimé en euros, parfois d'un montant minimal impératif, égale la somme des apports capitalisés (et, le cas échéant, des valeurs lui ayant été incorporées), forme la dette de dernier rang de la société envers ses associés qui tiennent leur créance des titres de capital, et a pour fonctions de financer la société, de protéger ses créanciers, et d'étalonner entre associés les droits et obligations"*[24]. La définition proposée est intéressante dans la mesure où elle prend en compte outre l'aspect matériel (en visant le caractère comptable de la notion, tous les éléments qui y sont intégrés ainsi que son caractère de dette de dernier rang envers les associés), l'aspect fonctionnel de la notion (en évoquant la protection qu'elle apporte aux créanciers mais également le fait qu'elle soit instituée comme mesure des droits et obligations entre associés).

II. Histoire de la naissance du capital social

5. **Les sociétés sans corpus et les prémisses du capital social.** Il a été dit que : *"Le droit des sociétés est un phénomène de civilisation et le juriste ne peut se désintéresser de l'environnement des règles de droit qu'il enseigne, de la raison de leur apparition"*[25]. Pour cette raison, il est logique de retourner dans le temps afin de rechercher le comment de l'apparition du capital social. Les prémisses du capital social apparaissent au sein des sociétés à risque illimité commerciales. Etant une notion intimement liée aux sociétés, il nous est

[24] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 5, p. 3.

[25] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial**, 2ème vol. les sociétés, 3ème éd., par du E. PONTAVICE et J. DUPICHOT 2ère partie : Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée, éd., Montchrestien 1982, p. 18, note 3.

impossible de faire l'histoire du capital social sans mettre l'accent sur l'apparition des formes sociales qui lui ont donné naissance.

Au départ, le commerce était international et il s'organisait autour de deux personnes à savoir le commerçant sédentaire qui restait dans son pays d'origine et celui qui voyageait avec la marchandise. Cette organisation du commerce s'est amplifiée en prenant en compte l'association de plusieurs membres. C'était là, le début de la création de l'entité de l'époque féodale qui ne s'intéressait qu'aux rapports entre personnes physiques représentées par les propriétaires, les Seigneurs. Cette entité était considérée comme *"un simple contrat créateur d'obligations entre les associés"*[26]. Mais, la constitution de cette entité était conditionnée par l'autorisation royale. C'est cette autorisation qui conférait le corpus qui permettait au groupement organisé de faire le commerce [27]. C'était là les débuts de la personnalité morale de la société puisque le corpus permettait de distinguer l'intérêt commun des associés des intérêts individuels. Cependant, la séparation du corpus et de ses membres affirmée pour les Communes et les Associations d'intérêt général ne reposait pas sur la théorie de la personnalité morale mais sur l'idée de corporation. Celle-ci correspondait à une entité organique et unifiée tendue vers un but abstrait indépendant de la personnalité de ses membres. La personnalité des individus disparaissait entièrement pour faire place à un fonctionnement organique et administratif. Les créanciers de ce corps ne pouvaient donc plus exiger des membres du corpus les dettes du corpus[28].

Mais les trois formes sociales qui s'étaient parallèlement développées n'étaient pas autorisées à recevoir l'autorisation officielle conférant le corpus. D'abord, la *"société générale"* correspondant à la société en nom collectif actuelle était une forme sociale dans laquelle tous les associés étaient responsables solidairement et indéfiniment sur tous les biens. Les associés mettaient en commun tout leur patrimoine et c'était pour cette raison que la société était appelée la société de tous les biens[29]. Ce qui caractérisait cette forme sociale, c'était le fait que tous les associés jouaient un rôle actif. Ensuite, il y avait la *"société de commanda"* l'aïeule de la société en commandite actuelle. Elle était formée entre des associés qui restaient

---

[26] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. Paris 1950, p. 5.

[27] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc. p. 30.

[28] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 30.

[29] H. LEVY - BRUHL, **Histoire juridique des sociétés de commerce en France, aux XVIIe et XVIIIe siècles**, éd. Domat- Montchrestien, 1938, p. 31.

sur place et qui n'étaient jamais connus des créanciers et un associé, le complimentaire qui s'embarquait sur le navire avec la marchandise pour effectuer le commerce maritime[30]. C'était ce dernier qui possédait la double casquette de capitaine et de gérant, et c'était également lui qui s'obligeait sur des plages lointaines. Les tiers lui faisaient crédit sur le seul gage visible à savoir le navire et sa cargaison qui servaient de paiement aux dettes[31]. Enfin, la société anonyme voisine de la société en participation de nos jours puisqu'elle avait un caractère occulte à l'image du terme *"anonyme"*[32]. Elle pouvait être constituée sans nom et chaque associé travaillait sous son nom particulier sans que le public ne soit informé de l'existence de la société.

Pour toute la période antérieure à l'ordonnance de 1673, toutes ces sociétés ne pouvaient recevoir l'autorisation officielle conférant le corpus puisque celui-ci était uniquement réservé aux entités administratives et aux associations d'intérêt général[33].

Le corpus constitue l'origine de la personnalité morale puisqu'il permettait l'effacement de la personnalité des individus pour ne laisser la place qu'à un fonctionnement organique et administratif. Les sociétés ne pouvaient être dotées de ce corpus car il ne cheminait pas avec l'idée de responsabilité illimitée. En effet, dans la *"société générale"* et la *"société de commanda"*, non seulement les individus ne disparaissent pas, mais en plus le gérant associé commerçant faisait le commerce en son nom et pour son compte[34]. Cette idée de personnalité morale découlant du corpus était donc impossible d'autant plus que les associés de la *"société générale"* étaient tenus indéfiniment et solidairement vis-à-vis des tiers sur tous leurs biens. Dans la *"société de commanda"*, certes, le commanditaire était tenu à hauteur de son apport, mais il restait débiteur de l'apport qu'il avait promis ainsi les créanciers pouvaient l'obliger à faire son apport par une action directe. Pourtant même en l'absence de cette reconnaissance juridique, en pratique, les associés constituaient un patrimoine social qu'ils distinguaient de leur patrimoine privé. Ainsi, la séparation du patrimoine sociale de celui des particuliers était affirmée sans recourir à la notion de personnalité morale. Dans ce sens, il a été dit que *"la*

---

[30] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial**, 2ème vol. 10ème éd., par J. DUPICHOT, Montchrestien 1999, n° 337-2.

[31] E. THALLER, **Les sociétés par actions dans l'ancienne France,** Annales de droit commercial, p. 197.

[32] H. LEVY- BRUHL, **Histoire juridique des sociétés de commerce en France**, op. cit., p. 40.

[33] La personnalité morale ne pouvant s'acquérir que par une reconnaissance officielle accompagnée d'une publicité.

[34] R. SALEILLES, **Etude sur l'histoire des sociétés en commandite,** Annales de droit commercial 1897, p. 42.

commandite de l'ancien droit, bien que n'étant pas personne morale, emportait séparation de patrimoine"[35]. L'idée de séparation de patrimoine était effective que lorsque la part affectée au commerce se détachait visiblement du patrimoine personnel pour aller former un fonds social distinct. L'affectation s'analysait en une véritable aliénation. En effet, les associés ne pouvaient plus se partager le patrimoine social parce qu'il constituait le gage exclusif des créanciers[36]. Ce patrimoine devenait indisponible aux mains des associés qui n'étaient pas chargés de la gestion de la société. C'est ainsi qu'apparaissent les prémisses du capital social au sein des sociétés sans corpus. Mais, à cette époque là, le capital social constituait encore un élément accessoire puisqu'il pouvait être totalement dissimulé et gardé secret. Les autorités ne s'intéressant pas encore aux formes sociales, c'était les associés qui imposaient leur loi aux créanciers. Ils pouvaient ainsi décider de dissimuler leur fortune aux tiers.

6. **Les premières dispositions sur le capital social applicables aux sociétés à risque limité.** Ce fut l'Ordonnance de Louis XIV en 1673 sur le commerce de terre qui reconnu l'existence juridique des sociétés. Mais, la reconnaissance était limitée aux sociétés en nom collectif et en commandite. Seules, ces deux formes sociales pouvaient être autorisées à se constituer et conformément à la tradition romaine et de l'ancien droit, cette autorisation leur conférait la personnalité morale. Les personnes constituant ces sociétés avaient pris l'habitude de former en même temps un capital social. Par conséquent, il n'était même pas concevable pour ces sociétés de se former sans patrimoine affecté à l'activité commerciale maritime. En règle générale, toutes les sociétés de personnes qui étaient autorisées à avoir la personnalité morale possédaient un capital social[37]. Ainsi était établi le lien entre la société et le capital social. C'est de là que vient l'idée selon laquelle le capital social est une notion inhérente à l'existence des personnes morales contrairement à la naissance de personnes physiques[38].

7. **La reconnaissance légale de la société anonyme et l'institution des règles sur capital social.** Nous l'avons indiqué, l'ordonnance de 1673 ne s'appliquait pas aux sociétés anonymes. En fait, le législateur de l'époque se méfiait de ces formes sociales en raison des

---

[35] R. SALEILLES, **Etude sur l'histoire des sociétés en commandite,** op. cit., p. 38, n° 60.

[36] R. SALEILLES, **Etude sur l'histoire des sociétés en commandite,** op. cit., p. 41 ; H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 37.

[37] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. préc., p. 23.

[38] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. Paris 1975, p. 5.

abus qu'elle pouvait faire naître du fait de son caractère occulte. Cette méfiance avait tout de même duré 133 ans à partir de l'ordonnance et elle avait pris fin avec le Code de commerce de 1807. Le développement des sociétés par actions commença à partir de cette date. Le principe de responsabilité limitée aux apports y était déjà consacré[39]. Cette absence de responsabilité personnelle des actionnaires constitua la raison profonde de la méfiance, de l'hostilité que suscita la société anonyme pendant une bonne partie du XIXe siècle. En effet, les associés de la société anonyme n'avaient qu'une responsabilité limitée alors même que la responsabilité personnelle des associés était considérée à cette époque comme la plus sûre des garanties offertes aux créanciers. L'Etat responsable de l'ordre public se devait de veiller à la sécurité du commerce et des tiers car la tentation pouvait être trop grande pour certains d'utiliser la société anonyme pour attirer dans *"des pièges tendus à la crédulité publique les honnêtes gens et profitant de l'absence de responsabilité personnelle, de mettre en péril la sécurité du commerce en général"*[40]. Ce sont toutes ces craintes qui ont amené le législateur de l'époque à soumettre la société anonyme à un régime juridique particulièrement contraignant.

Parmi ces exigences[41], il y avait le contrôle administratif sur la création des sociétés anonymes qui fut abandonné par la loi du 17 juillet 1867 C'est cette loi qui institua le capital social obligatoire comme mode de protection des créanciers. Sa formation, son maintien et sa publicité étaient garanties par cette loi. La rigueur de cette loi trouvait son origine dans la pratique. En effet, les premières dispositions visant expressément la notion de capital social sont apparues non pas dans les textes légaux mais dans les statuts des grandes compagnies de commerce aux XVIIème et XVIIIème siècles[42]. Les sociétés ont été obligées à prendre des mesures de sécurité sur le capital social car le bilan n'offrait aucune garantie sérieuse. Des abus étaient toujours relevés notamment au niveau de la répartition des richesses qui ne tenait pas compte du bénéfice distribuable. Pendant les premières années d'exploitation, les associés mettaient

---

[39] A. LEFEBVRE - TEILLARD, **La société anonyme au XIXe siècle**, Puf 1985, p. 21.

[40] A. LEFEBVRE - TEILLARD, **La société anonyme au XIXe siècle**, op. cit., p. 23.

[41] Une procédure de contrôle et d'autorisation de la société anonyme était mise en place. Cette procédure créée par l'article 37 du Code de commerce était considérée comme une mesure de police destinée à contrôler une institution jugée dangereuse. Cette idée a orienté dès le départ la procédure de l'autorisation vers un système d'enquête. En effet, l'instruction ministérielle de 1817 imposait aux individus qui voulaient former une société anonyme d'adresser une pétition au préfet de leur département. Ce dernier menait une enquête pour vérifier la moralité des auteurs du projet et des pétitionnaires. Un avis sur l'utilité de l'affaire leur était donné. La procédure était poursuivie par le gouvernement puis par le Conseil d'Etat.

[42] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 37.

tout en œuvre pour récupérer leur mise en obtenant de gros revenus. C'est ainsi que les premières réactions à cette anarchie sont apparues dans les années 1600 à travers les clauses statutaires interdisant d'entamer le capital social pour effectuer des distributions de dividende. C'est ainsi que pris naissance la notion de capital social fixe et intangible dans les statuts des sociétés anglaises comme *"la compagnie des Indes Orientales"* ou encore *la Banque de Law*[43]. Les statuts de ces sociétés prévoyaient en effet, une limitation de dividende destinée à assurer l'intégrité du capital. Deux siècles après, le législateur français s'en inspire car le capital social est déjà considéré comme la seule garantie que pouvait offrir la société anonyme à ses créanciers. Cependant, dès son élaboration, la règle de la fixité du capital fut jugée insuffisante pour assurer la protection des créanciers. Le ministre de l'intérieur M. LAINE, dans son instruction de 1818, exigea la constitution d'une réserve annuelle pour toutes les sociétés anonymes. La réserve permettait de prévenir d'éventuelles pertes futures afin de ne pas entamer le capital. Cette réserve était imposée à toutes les sociétés anonymes parce que les Compagnies d'assurances maritimes de l'époque pouvaient, suivant les circonstances, faire de très-grands bénéfices ou être exposées à de très-grandes pertes. En leur imposant des prélèvements dans la période des bénéfices, ces fonds pouvaient venir au secours des désastres à venir sans remettre en cause l'intégrité du capital social.

Cette volonté d'assurer aux créanciers une protection dans une forme sociale privée de la responsabilité illimitée, amena les autorités à se préoccuper avant toute chose à la réalité du capital social. L'instruction du 23 décembre 1807 imposa aux parties d'indiquer dans leur pétition *"le montant du capital social que la société"* était censée constituée. L'instruction du 16 janvier 1808 imposa à nouveau aux fondateurs d'indiquer *"la manière dont ils"* entendaient "*former ce capital"* ainsi que *"les délais dans lesquels le capital"*[44] était réalisé. Afin de ne pas trop contraindre les futurs actionnaires à libérer tout de suite le capital social promis et surtout pour garantir l'absence de fuite des capitaux vers l'étranger, le législateur de l'époque admettait déjà le principe de libération échelonnée des apports. Mais les pétitionnaires devaient *"dans ce cas composer au moins le quart de la somme du capital, et s'obliger de payer leur contingent aussitôt après l'autorisation donnée".* Obliger les parties à indiquer clairement le montant du capital ne suffisait pas, il fallait également éliminer les évaluations approximatives ou abusives des apports en nature. Ce principe du capital social réel connu du

[43] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 38.

[44] A. LEFEBVRE - TEILLARD, **La société anonyme au XIXe siècle**, op. cit., p. 119.

public dont la libération rapide était garantie légalement rompait avec les habitudes des sociétés commerciales antérieures. Toutes ces règles sur le capital social étaient soumises au contrôle du préfet à qui la circulaire ministérielle du 11 juillet 1818 imposait de rendre obligatoire dans les statuts la clause de dissolution de la société anonyme en cas de perte du capital social. Après la vérification du préfet, le dossier de constitution de la société anonyme était transmis au ministère. L'examen du dossier se faisait par voie hiérarchique et donc plusieurs autorités contrôlaient le dossier à tour de rôle ce qui fait que la procédure pouvait prendre plus d'un an. Après examen ministériel, le dossier était enfin soumis à l'appréciation du Conseil d'Etat. Ce dernier contrôle était redouté car le Conseil d'Etat avait un pouvoir d'appréciation discrétionnaire[45]. Il était particulièrement vigilant à l'existence du capital pendant la période de formation et n'hésitait pas à exiger de nombreuses modifications aux statuts. Il se montrait également hostile aux apports en nature sous prétexte que leur évaluation ne pouvait correspondre à la réalité. Ainsi, le Conseil d'Etat interdisait de faire figurer dans l'acte le montant du capital social lorsque celui-ci était en partie constitué d'apports en nature[46]. En outre, il tenait essentiellement compte des clauses statutaires concernant la stabilité et la permanence du capital social car la société anonyme était toujours présentée comme dangereuse pour les tiers en cas de pertes subies. La protection des ces derniers devait être garantie contre toute dilapidation du fond social.
De nos jours, le capital social est-il toujours imposé aux sociétés anonymes ? A quelles autres sociétés la législation actuelle impose-t-elle le capital social ?

III. Les lois contemporaines internes instituant le capital social

8. **La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : très peu de textes faisant référence au capital social des sociétés à risque illimité.** Cette loi, intégrée au Code de commerce au Livre II, reconnaît l'existence de la première forme sociale qu'ait connue le droit français à savoir la société en nom collectif (SNC). Aujourd'hui, face à la multitude des formes sociales proposées par les textes, elle reste très peu utilisée en

[45] A. LEFEBVRE - TEILLARD, **La société anonyme au XIXe siècle**, op. cit., p. 32.

[46] A. LEFEBVRE - TEILLARD, **La société anonyme au XIXe siècle**, op. cit., p. 52.

pratique[47]. Cela traduit le refus des entrepreneurs de se soumette à la lourde responsabilité imposée par les textes. En effet, tous les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales sur leur patrimoine personnel[48]. Il en est également de même de la deuxième forme sociale qu'est la société en commandite simple (SCS). C'est également une société très ancienne que la loi du 24 juillet 1966 a maintenu. Pour ces deux formes sociales, la loi ne fait nullement référence au capital social comme mode d'organisation. Ce silence se justifie dans la mesure où à l'exception des associés commanditaires, les autres associés à savoir les commandités et les associés en nom répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Le législateur n'a pas jugé utile de prévoir plusieurs dispositions sur le capital social dans ces formes sociales parce que les associés offrent leur patrimoine personnel en garantie des créances de la société. Par ailleurs, c'est cette responsabilité des associés qui justifie l'appellation de sociétés à risque illimité. Ces sociétés sont également dites sociétés de personnes car les associés contrairement aux sociétés de capitaux, se groupent en considération de la personne. Ce sont des sociétés dans lesquelles l'intuitu personae est très poussé ce qui veut dire que les mouvements sur le capital social sont soumis au contrôle obligatoire des associés. Toutefois, elles ne peuvent se constituer sans capital social. En effet, le chapitre préliminaire de la loi impose à toutes les formes sociales de déterminer statutairement le montant du capital social[49].

9. **La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : des textes faisant référence au capital social des sociétés à responsabilité limité.** La référence au capital social commence à partir du chapitre 3 de la loi du 24 juillet 1966. Après avoir défini la société à responsabilité limitée (SARL), le législateur énonce dès le deuxième article de ce chapitre le montant minimum légal[50]. Les alinéas 2 et 3 du même texte poursuivent dans le même sens en énonçant des règles applicables au capital social. Il en est de même des articles 38 et suivants. Toutes ces règles assurent la formation et le maintien du capital social de la société à responsabilité limitée dans le but d'assurer le financement de la société et de protéger les intérêts des créanciers. Le capital social est également visé pour garantir la répartition des

[47] Elle ne représente que 1,82% des sociétés selon les statistiques de l'Institut National de Propriété Industrielle au 1 janvier 2007.

[48] Art. 10 loi 24 juillet 1966.

[49] Art. 2 loi 24 juillet 1966.

[50] Art. 34 loi 24 juillet 1966.

droits de vote à l'article 58. Le texte institue la règle de la proportionnalité au capital qui voudrait que chaque associé ne détienne pas plus des votes que sa participation au capital social. Le capital social est ici institué comme clé de répartition des droits de vote. Aussi, on constate qu'il est utilisé de manière très variée pour des objectifs différents. Par exemple, il est utilisé comme seuil de déclenchement d'une obligation. On le voit apparaître ainsi notamment à l'article 64 qui astreint les associés de nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes lorsque le capital social excède un certain montant, ou encore à l'article 68 qui impose soit de réduire, de recapitaliser ou dissoudre en cas de perte des trois quarts du capital social.

Il convient de souligner que la société à responsabilité limitée a été introduite en droit français par une loi du 7 mars 1925 en référence à loi allemande de 1893 instituant pour la première fois cette société dénommée GMBH. Elle se décline depuis la loi française du 11 janvier 1985 sous 2 variantes à savoir la société à responsabilité limitée pluripersonnelle et celle unipersonnelle. Dans tous les cas, la société à responsabilité limitée entre dans la catégorie des sociétés à risque limité dans la mesure où la responsabilité des associés reste limitée aux apports. C'est l'irresponsable des associés par rapport aux dettes sociales qui justifiait l'obligation de constituer un capital social minimum légal.

Il convient également de souligner le caractère *"hybride"*[51] de la société à responsabilité limitée dans la mesure où elle emprunte son régime juridique en même temps aux sociétés de personnes et aux sociétés de capitaux[52]. C'est ce caractère hybride qui justifie qu'elle soit la forme sociale la plus utilisée en France[53].

10. **La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales : multiplicité des textes faisant référence au capital social des sociétés par actions.** Après la société à responsabilité limitée, la loi du 24 juillet 1966 consacre à nouveau la société anonyme (SA). Le capital social est très présent dans le régime juridique applicable à cette forme sociale. Pour commencer, l'article 73 définit la *"société anonyme"* en faisant référence au capital social :

---

[51] Sur cette caractérisation v. G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** par M. GERMAIN, T. 1, vol. 2 : **les sociétés commerciales**, LGDJ, 19ème éd. 2009, n° 1166, p. 914 ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** 13ème éd. 2009, n° 174, p. 180.

[52] Son emplacement au sein du Livre II du Code de commerce traduit bien cela. En effet le chapitre 3 régissant cette forme sociale est compris entre les chapitres 1 et 2 applicables aux véritables sociétés de personnes et les chapitres 4 et suivants applicables aux sociétés de capitaux.

[53] Elle vient en première position selon les statistiques de l'INPI au 1er janvier 2007 et représente environ 47% des sociétés françaises.

"La société anonyme est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports". Il en est ainsi des notions de *"filiales"* et *"participations"* définies en fonction de la détention du capital social[54]. Tout comme pour la société à responsabilité limitée, le capital social est institué ici dans le but d'assurer le financement de la société mais également pour garantir une protection aux créanciers. Les textes imposent un capital social minimum légal dès le démarrage des activités[55] et assurent son maintien en cours de vie sociale[56]. Ils donnent également la possibilité aux actionnaires d'ouvrir leur capital social au public afin d'accroître les capitaux propres de la société[57]. Aussi, tout comme pour la société à responsabilité limitée, le capital social est institué comme mesure des droits de vote des associés. En effet, l'article 174 dispose que : *"le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins. Toute clause contraire est réputée non écrite."*

11. **La loi n° 94-1 du 3 janvier 1994.** Dans la famille des sociétés par actions, la société anonyme se détache nettement compte tenu du nombre de texte qui l'encadre. Toutefois, cette forme sociale ne doit pas masquer les deux autres espèces à savoir la société en commandite par actions (SCA) et la société par actions simplifiées (SAS). La première ayant le mérite de l'ancienneté et la seconde celui de la jeunesse. C'est la nouvelle loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 qui a élargi le panel des formes sociales en instituant la société par actions simplifiées[58]. Elle est venue offrir aux entrepreneurs la possibilité de s'extraire du carcan impératif de la loi du 24 juillet 1966 en organisant librement le fonctionnement de la SAS[59]. Toutefois, ces deux formes sociales empruntent encore à la société anonyme quasiment toutes les règles sur le capital social.

---

[54] Art. 355 et 356 loi 24 juillet 1966.

[55] Art. 71 loi 24 juillet 1966.

[56] Art. 347 loi 24 juillet 1966.

[57] Art. 178 et s. loi 24 juillet 1966.

[58] D. RANDOUX, Une forme sociale ordinaire : La société par actions simplifiée (SAS), *JCP E* 1999, p. 1812 ; J-P. BERTREL, La SAS : bilan et perspectives, *D. P.* 1999, n° 74, p. 40 ; J. PAILLUSSEAU, La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés, *D.* 1999, chron. p. 333, spéc., n° 82.

[59] D. PORACCHIA, Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée, *Rev. soc.* 2000, p. 223.

12. **La loi du 4 janvier 1978.** Le chapitre 1 de la loi du 4 janvier 1978 constitue le droit commun spécial des sociétés. Car en plus des formes sociales commerciales, ce chapitre s'applique également aux sociétés civiles en participation régies par le Code civil[60]. Cette loi emprunte énormément à la loi du 24 juillet 1966. En effet, intégrée au Code civil au chapitre 1 du titre IX[61] intitulé *"de la société"*[62], cette loi reprend le contenu de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1966. Elle impose à toutes les formes sociales de constituer un capital social minimum statutaire[63] par les apports[64] en nature et en numéraire effectués par les associés[65]. Outre la formation du capital social, la loi de 1978 institue la règle de la proportionnalité au capital social[66] comme mode de répartition des droits et des obligations des associés.
La reconnaissance de l'aspect protecteur du capital social par le législateur français ne laisse place à aucune ambiguïté. En est-il de même en droit communautaire ?

IV. Les lois contemporaines communautaires instituant le capital social

13. **Le transfert de compétence interne aux instances communautaires en matière de droit des sociétés.** Le droit communautaire dont il est question est celui relatif à l'Union européenne (UE) qui n'est pas une fédération d'Etat à l'instar des États-Unis d'Amérique ou encore une organisation strictement intergouvernementale comme les Nations unies. Elle regroupe 27 pays membres souverains et indépendants qui ont choisi de transférer certaines compétences qu'ils exercent en commun pour acquérir sur la scène mondiale une puissance et une influence qu'aucun d'entre eux ne saurait posséder seul. Ce transfert de compétence

[60] C'est le Code napoléon promulgué le 21 mars 1804 par Napoléon Bonaparte qui institue ces deux formes sociales.

[61] Ce titre est lui-même intégré au Livre III intitulé *"Des différentes manières dont on acquiert la propriété"*.

[62] TH. FAVARIO, Regards civilistes sur le contrat de société *Rev. soc.* 2008, p. 53 ; Y. CHARTIER, La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978, *JCP* 1978, I, 2917 ; J. FOYER, La réforme du Titre IX du Livre III du code civil (de la société : dispositions générales ; de la société civile ; de la société en participation), *Rev. soc.* 1978, 1, spéc. p. 10 ; M. JEANTIN, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, *D.* 1978, 173, n° 10.

[63] Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 ; Art. 1835 C. civ.

[64] Art. 1832 C. civ.

[65] Art. 1843-2 al. 2 C. civ., ce texte exclut les apports en industrie de la composition du capital social.

[66] Art. 1843-2 et 1844-1 C. civ.

s'opère en pratique par une délégation de pouvoir aux institutions communautaires qu'ils ont mis en place. Il s'agit du Parlement européen qui représente les citoyens européens, le Conseil européen qui représente les États membres et la Commission européenne qui a pour mission de défendre les intérêts de l'Union dans son ensemble. Il appartient à la Commission de proposer de nouveaux actes législatifs européens et de les mettre en œuvre alors que le Parlement et le Conseil doivent les adopter. La Commission et les États membres se chargent ensuite de les appliquer.

L'Union européenne a également connu un transfert de compétence en matière de société. En effet, l'importance des sociétés sur le plan européen s'est révélée dans le cadre du Marché Commun comme le moyen le plus sûr de drainer le marché concurrentiel mondial. Initialement, le traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne, s'est montré laconique sur le droit des sociétés[67]. Les principaux textes relatifs aux sociétés prennent place parmi les dispositions consacrées au droit d'établissement. Devant les divergences des législations en présence, deux remèdes ont été envisagés au niveau européen. Le premier consistant en une harmonisation par voie directe des législations en vigueur et le second en la création de sociétés de type européen dont le régime juridique serait uniforme dans les Etats membres. Au moyen de ces deux procédés, des dispositions ont été prises visant à promouvoir la prépondérance du rôle du capital social dans la protection des actionnaires et des tiers. La deuxième fonction du capital social est également affirmée au plan européen. En effet, aux termes de l'article 54, paragraphe 3 g du Traité de Rome, le Conseil des Ministres et la Commission des Communautés européennes ont la tâche de *"coordonner dans la mesure nécessaire et en vue de les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 du traité alinéa 2, du Traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers"*. Cette mesure a pour but *"la suppression des restrictions à la liberté d'établissement qui existent à l'intérieur de la communauté"*[68]. C'est sur le fondement de cet article que la Commission a successivement présenté au Conseil des Ministres des propositions de directives dès 1967.

[67] Deux traités ont été signés à Rome le 25 mars 1957. On les appelle *le traité de Rome* ou *les traités de Rome* : le traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome, le 25 mars 1957, entré en vigueur le 1er janvier 1958 et le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique ou traité Euratom, signé à Rome le 25 mars 1957. Ces deux traités signent l'acte de naissance symbolique de l'Union européenne. Après ratification par les six états signataires (Allemagne (RFA), Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas) les deux traités signés à Rome sont entrés en vigueur le premier janvier 1958.

14. **Les directives européennes instituant le capital social.** Le symbole du *"triomphe"*[69] du capital social en Europe reste la deuxième directive du 13 décembre 1976[70]. Cette directive impose à tous les Etats membres le capital social comme garantie équivalente en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers. Malgré les controverses doctrinales[71], ni le parlement européen, ni le Conseil n'ont renoncé à considérer le capital social comme pilier du droit communautaire. Ainsi, les sociétés anonymes européennes ne peuvent se constituer et fonctionner sans capital social minimum. La garantie offerte par le capital social part d'un montant minimum ainsi que la réalité de ce montant en excluant les apports en industrie de la composition du capital du fait que de tels apports sont difficilement évaluables et insusceptibles de réalisation forcée en raison de leur caractère futur et successif[72]. La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes va également chercher à assurer la réalité du capital social en renforçant l'interdiction faite à une société anonyme de détenir ses propres actions sauf exception limitativement énumérée. Elle fixe également quelques règles applicables au cas de perte grave de capital souscrit, ainsi qu'aux décisions concernant son augmentation ou sa réduction.

Avant cette directive, le législateur communautaire s'était déjà intéressé au capital social des sociétés à risque limité. En effet, la première directive du 9 mars 1968 [73] légiférait déjà sur la publicité du capital social des sociétés à risque limité.

---

[68] R. SINEY, La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français, *Gaz. Pal.* 1971, p. 1.

[69] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 26, p. 19.

[70] Deuxième directive du Conseil, 13 décembre 1976, n° 77/91/CEE ; J. DENECKER, La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, *Rev. Soc*. 1997, p. 661 et s. ; A. CORDOLIANI, Constitution de la société anonyme. Maintien et modifications de son capital dans les Etats membres de la Communauté économique européenne (La deuxième directive S.A. du 13 décembre 1976), *JCP* CI. n° 12649 ; M-J. COFFY, La loi n° 81 - 1162 du 30 décembre 1981 relative à l'harmonisation du droit des sociétés commerciales avec la 2ème directive de la C. E. E. du 13 décembre 1976, *D*. 1982, chron. p. 279 et s. ; Y. GUYON, La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social (L. 30 déc. 1981), *JCP* E 1982, I, 3067 ; A. LE FEVRE, La traduction en droit français des sociétés commerciales de la 2ème directive du Conseil des Communautés économiques européennes : loi n° 81- 1162 du 30 décembre 1981 et le décret n° 82- 460 du 2 juin 1982, *Rev. soc.* 1982, p. 441 et s.

[71] Dans un sens approbatif de la directive : GOLDMAN, **Le rapprochement des législations, Droit des communautés européennes,** Coll. Les Nouvelles, n° 2245. Dans un sens critique : R. RODIÈRE, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre de la C.E.E., *RTD Eur.* 1965, p. 336.

[72] Y. GUYON, **Droit des affaires**, Droit commercial général et sociétés, T 1, Economica, 12ème éd. 2003.

[73] Première directive du Conseil, 9 mars 1968, n° 68/151/CEE.

Après, la deuxième directive, les instances communautaires ont à nouveau montré leur attachement au capital social en l'imposant à la nouvelle forme sociale à savoir la société européenne. C'est le Règlement du Conseil du 8 octobre 2001[74] qui prévoit que la société européenne ne peut se constituer sans capital social minimum. Elle fixe un montant minimum. Ce Règlement a été introduit en droit français par la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie[75].

Le portait encourageant du capital social qui vient d'être brossé est-il réel ? Certes, le capital social reste une notion bien présente mais, il est impossible de faire abstraction non seulement aux entorses légales opérées ici et là sur les règles applicables au capital social mais également aux critiques doctrinales qui date *"de plus de trente années"*[76].

V. Le déclin légal du capital social : les modifications de la loi du 24 juillet 1966

15. **La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.** Cette loi constitue la première du genre à avoir atténué la portée de l'exigence d'un capital social comme garantie des créanciers au sein des sociétés à risque limité. En effet, alors que la loi du 24 juillet 1966 soumettait tous les apports en nature et en numéraire au principe de libération intégrale au sein des sociétés à responsabilité limitée[77], la loi du 15 mai 2001 a supprimé cette exigence en instituant le principe de libération échelonnée uniquement que pour les apports en numéraire[78]. En outre, alors que la loi de 1966 interdisait aux associés des sociétés à responsabilité limitée d'émettre des parts représentatives d'apports en

[74] Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE), JO L294 du 10 nov. 2001, p. 1.

[75] Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

[76] G. J. BOUTE, **La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social**, th., Paris, 2009, n° 1, p. 10 ; Le capital social : grandeur ou décadence ? Colloque des 3, 4 et 5 mars 1977 de Paris II, de l'Association française des juristes d'entreprises, de l'I.D.A et de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires.

[77] Art. 38 loi 24 juillet 1966 : *"Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, qu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire".*

[78] Art. 124 loi 15 mai 2001 : "*Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant".*

industrie[79], la loi sur les nouvelles régulations économiques supprime cette interdiction[80]. Surtout, la loi du 24 juillet précité imposait une libération intégrale de tous les apports promis susceptibles d'avoir une valeur économique dans distinction.

16. **La loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et l'ordonnance n° 2009-79 du 22 janvier 2009.** Ces textes ont supprimé tour à tour l'exigence d'un capital social légal au sein des sociétés à risque limité. D'abord, la loi du 1er août 2003 a supprimé le capital social minimum[81] qu'imposait la loi de 1966 aux sociétés à responsabilité limitée[82]. Puis, la loi de modernisation a annulé l'exigence d'un capital social légal au sein des sociétés par actions simplifiées. Enfin, l'ordonnance de 2009 prise en application de la loi de 2008 précitée, a supprimé la notion d'appel public à l'épargne. Cette suppression a entraîné la mise à l'écart du capital social imposé aux sociétés par actions qui procédaient à cet appel.

VI. Les critiques doctrinales sur l'utilité du capital social

17. **Les critiques internes du capital social.** Les entorses législatives au capital social ont conduit à alimenter les critiques doctrinaires essentiellement sur la fonction de garantie des créanciers qu'est censée assurée le capital social. En effet, la doctrine estime que le capital social se *"présente comme une contrainte inutile susceptible de freiner l'initiative économique"*[83]. Elle indique également qu'il n'a plus de signification en tant que garantie des créanciers[84] lorsque l'actif a été entamé[85]. Elle précise surtout que le capital social ne constitue

[79] Art. 38 loi 24 juillet 1966 : *"Les parts sociales… ne peuvent représenter des apports en industrie".*

[80] Art. 124 loi 15 mai 2001 : *"Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie."*

[81] Art. 1 loi 1er août 2003.

[82] Art. 35 loi 24 juillet 1966.

[83] T. MASSART, La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus, *Bull. Joly* 2009, p. 632.

[84] Y. REINHARD, Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004, *in* Des lois Initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées, Journées d'études Dalloz 2004, p. 6.

[85] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 110.

pas le gage des créanciers puisque le droit de gage des créanciers porte sur les différents éléments qui composent l'actif social[86]. En pratique, certains auteurs recommandent même au créancier d'exiger une sûreté à la société car *'il n'a pas de droit au maintien des biens apportés dans le patrimoine de la société"*[87]. Les critiques ainsi adressées au capital social ont suscité de nombreuses interrogations sur l'utilité et le bien-fondé du capital social[88] voire sur l'avenir du capital social[89]. Etant convaincus de l'inutilité du capital social, des auteurs ont proposé de le réduire à *"zéro"*[90]. D'autres ont perçu le capital social comme une notion *"vieillotte et dépassée"*[91] et donc ridée[92]. Pire encore, la mort du capital social a été annoncée[93] et d'autres ont anticipé cette mort pour proposer des solutions alternatives comme *"la situation nette"*[94]. Ce constat effectué, nous sommes bien loin du *"triomphe du capital social"*[95]. Le capital social observé *"par l'œil critique des juristes"* semble bien inutile[96].

18. **Les critiques du droit communautaire sur le capital social.** Même sur le plan européen, des critiques ont été formulées car le droit des sociétés est au cœur du débat politique des deux côtés de l'Atlantique. Le bon fonctionnement des économies suppose en

---

[86] M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, Litec, 23 éd. 2010, n° 242, p. 116.

[87] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 3ème éd. 2009, n° 206, p. 132.

[88] Le capital social : grandeur ou décadence ? colloque des 3, 4 et 5 mars 1977 de Paris II, de l'Association française des juristes d'entreprises, de l'I.D.A et de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires.

[89] A. COURET et H. LE NABASQUE, Quel avenir pour le capital social ? Dalloz 2004, coll. Thèmes et commentaires.

[90] A. PIETRACOSTA, Capital zéro ou zéro capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p.134.

[91] Y. GUYON, La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social, art. préc. n° 1.

[92] P. LE CANNU, Les rides du capital social, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 3.

[93] G. SERRA, Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? *Bull. Joly* 2004, p. 915.

[94] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc. n° 9, p. 24 à 27.

[95] Expression employée par R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 25 et s.

[96] Ph. BISSARA, Rapport de synthèse, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 217 et s.

effet que les sociétés soient gérées efficacement et de manière transparente. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, les actionnaires et les créanciers ou le public en général se retrouvent gravement lésés. Il convient donc d'engager, de toute urgence, des actions visant à restaurer durablement la confiance du public dans les marchés financiers. C'est dans ces conditions que la Commission européenne en septembre 2001 a crée le Groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés pour formuler des recommandations en vue de la modernisation du cadre réglementaire constituant le droit européen des sociétés. En ce qui concerne le capital social, le Plan d'action du Groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés du 4 novembre 2002 formulait des critiques en l'encontre de la notion. Il relevait que les fonctions assumées par le capital légal étaient plus importantes en théorie qu'en pratique. Un large accord se dégageait pour estimer que le concept de capital légal ne permettait pas d'atteindre de manière efficace les objectifs qui lui étaient assignés. Ce constat a conduit à la deuxième proposition du groupe qui s'inspirait de l'expérience américaine sur l'abandon du capital social[97]. En effet, le groupe proposait une rupture radicale avec la notion de capital légal, ainsi qu'avec un nombre de règles sur la constitution et le maintien du capital et le partage actuel des pouvoirs entre actionnaires et conseil d'administration.

Surtout certains pays membres comme l'Angleterre refusent de se soumettre totalement aux règles régissant le capital social éditées par le législateur communautaire[98].

Au regard de ce portrait sépulcral du capital social, il y a vraiment matière à s'interroger sur le bien fondé et l'avenir du capital social. Pour reprendre une interrogation que nous estimons pertinente, *"est-il bien venu le temps de la déconfiture où le capital social, icône passé d'un temps révolu, doit disparaître pour qu'éclose l'expression d'une société renouvelée, moderne ?"*[99] Nous risquons fort bien de ne pas partager cet avis car le capital social semble résister aux agressions sévères faites à son encontre.

---

[97] I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. Paris 1990.

[98] V. A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes**, Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 4ème éd. 1997.

[99] G. J. BOUTE, **La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social**, th., Paris, 2009, n° 2, p. 10.

VII. Limitation de la thèse

19. **Limitation de l'étude aux structures juridiques sociétales.** Le capital social est une notion spécifique aux personnes morales car il ne trouve pas d'équivalent chez les personnes physiques. Dans ce sens, il a été dit que le capital social *"est une notion commune à toutes les sociétés, en ce sens qu'il n'existe pas de type social qui ne comporte la possibilité d'un capital"*[100]. Le champ de recherche ne peut être circonscrit aux formes de sociétés visées par la loi du 24 juillet 1966, il doit être étendu à tous les types sociaux comme la société civile. Ou encore, les sociétés spécifiques comme les sociétés coopératives. Elles ont été créées par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947. Cette loi est introduite au Code de commerce au chapitre IV du Livre I. L'article 1 de cette loi indique que : *"Les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont : 1° de réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assurant les fonctions* des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de *revient; 2° D'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs"*. La loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 est venue compléter cette définition en créant un 3 èmement en son article 1er. La société coopérative peut permettre de : *"contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités sociales et économiques de leurs membres ainsi qu'à leur formation."*.

A priori, les structures juridiques non sociétaires sont exclues de ces travaux. Toutefois, cette exclusion ne doit pas aboutir à dénier l'influence de certaines d'entre elles sur l'étude. Bien que l'entreprise individuelle ne constitue pas une société, des rapprochements peuvent être opérés entre ces deux structures d'accueil de l'entreprise. Il pourra paraître opportun, à l'appui d'une démonstration, de souligner la spécificité de l'entreprise individuelle que la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique a introduit dans le Code de commerce au chapitre VI du Titre II du Livre V applicable aux effets de commerce et des garanties. Ce chapitre intitulé *"De la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint"* met en place un dispositif de protection de la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Le législateur ne fait certes pas référence au capital social, mais celui-ci existe sans dire son nom dans la mesure où les créanciers ne peuvent appréhender l'ensemble du patrimoine du débiteur. Cette situation sera

[100] Lamy, **Sociétés commerciales**, éd. 2010, n° 288, p. 129.

bien visible après la promulgation du projet de loi adopté par l'assemblée nationale le 17 février 2010 après l'engagement de la procédure accélérée sur la création du statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Approuvé par le Sénat le 8 avril 2010[101], ce projet comporte 9 articles qui complèteront le chapitre VI du Titre II du Livre V comprenant actuellement 5 articles. Le législateur va rapprocher l'entreprise individuelle des sociétés à risque limité par l'introduction de la notion non pas du capital social mais du patrimoine d'affectation. Ces deux notions peuvent être rapprochées dans la mesure où tout comme le capital social, le patrimoine d'affectation constituera le gage commun des créanciers.

20. **Exclusion des structures juridiques non sociétales et dépourvues de personnalité juridique.** Si certaines structures non sociétales ne peuvent être exclues de manière radicale de l'étude, il en va autrement des structures juridiques à but non lucratif notamment les associations, les fondations et de l'indivision. Cette exclusion se justifie au regard des textes législatifs applicables car ni la loi du 1er juillet 1901 sur les associations, ni la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat qui régit les fondations ni les articles 815 à 815-18 du Code civil qui fixent le régime de l'indivision n'énoncent l'obligation d'un capital social. Des raisons sensiblement identiques commandent l'exclusion de l'étude du groupement d'intérêt économique. En effet, bien que l'article L251-3 du Code de commerce applicable à ce groupement prévoie la possibilité de constituer un capital mais il ne s'agit que d'une simple faculté et non d'une obligation. En pratique, la majorité de ces groupements n'ont d'ailleurs pas déterminé de capital social ainsi que l'indique le professeur GUYON[102].

Sont également exclues de l'étude, les sociétés dépourvues de personnalité juridique. Bien qu'étant des structures sociétales, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ne sont pas soumises à l'obligation d'un capital social édictée par l'article 1835 du Code de commerce. En effet, par volonté pour les premières et par ignorance pour les secondes, ces sociétés n'ont pas établi de statuts.

[101] V. Document APCE –www.apce.com.

[102] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 533.

VIII. Problématique, intérêt et plan du sujet

21. **Problématique.** Les entorses légales aux règles régissant le capital social[103] et les critiques proférées[104] à l'encontre du capital social amènent à s'interroger sur l'utilité du maintien du capital social. Cette notion familière est-elle réellement inutile ? Si oui, pourquoi alors une autre partie de la doctrine indique que le capital social reste une notion utile[105]? Même au niveau européen, le Groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés du 4 novembre 2002 a reconnu l'utilité des fonctions du capital légal, telles que décrites par la théorie juridique et financière orthodoxe. À de nombreuses reprises, *le capital légal a été comparé à un chiffre témoin qui empêche les transferts illégaux d'actifs de la société vers ses membres. Pour résumer, dans leur très grosse majorité, les répondants considéraient que la protection des droits des créanciers et des actionnaires constituait la principale fonction assumée par le capital légal*.

Est-ce vraiment le capital social en lui-même qui est inutile dans les missions qui lui sont assignées ? En effet, il a été dit que le capital social est devenu inutile aux Etats-Unis d'Amérique parce qu'il a été au préalable vidé de son contenu[106]. Ainsi, la question de savoir si les modifications apportées à la loi du 24 juillet 1966 ont-elles vidé le capital social de sa substance au point où il n'est plus à même de remplir ses missions se pose. A cette question, un auteur a pu dire que "*le législateur n'a toutefois pas encore franchi le rubicond qui transforme le sceptique en non-croyant! ... Si l'on a aujourd'hui très largement supprimé l'exigence légale d'un capital social minimum, tant dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée que dans celui des sociétés par actions simplifiées ; si on a assoupli cette même exigence jusque dans le cadre des sociétés anonymes, l'exigence même d'un capital social paraît subsister*"[107]. Et même que les auteurs qui ne sont pas très favorables au maintien du

---

[103] V. n° V de cette introduction.

[104] V. n° VI de cette introduction.

[105] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. Litec Paris 1989, p. 257 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit.; G. ANDRIEUX, **Capital social et protection des créanciers. Approche comparative France/Etats-Unis**, Global Jurist Topics, 2002, vol. 2, issue 2, art. 3.

[106] L. ENRIQUES and J. - R. MARCEY, **Creditors versus capital formation : the case against the European Legal Capital Rules** : Cornell Law Review, vol. 86, p. 1169 cité par R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 34, p. 26.

capital social reconnaissent que le capital social *"produit encore une lumière"*[108] voire qu'elle ne gêne pas[109]. Il convient alors de vérifier tout ceci en analysant les règles applicables aux sociétés.

Peut-on se passer du capital social alors même que l'incertitude du système américain a été dénoncée par la doctrine[110] ? En effet, elle indique que contrairement au droit français, le système américain sacrifie les intérêts des créanciers en les obligeant à prendre des garanties conventionnelles[111]. Ainsi, le droit américain des sociétés ne prévoit pas des règles assurant la protection des créanciers. Pour cela, le professeur Le Nabasque s'est demandé *"si le système français, aussi artificiel et compliqué soit-il, n'est pas, si non le meilleur, du moins un système parmi d'autres, pas plus mauvais qu'un autre, et d'inspiration - certainement - extrêmement libérale, qui pourrait justifier qu'on le conserve encore un peu…"*[112].

Le capital social semble vivre encore et possède même un avenir ! Cet avenir a été prédit par le Président Sarkozy lors de son discours tenu à l'ouverture de la conférence "*Nouveau monde, nouveau capitalisme"*. Il a déclaré publiquement qu'*"on doit moraliser le capitalisme et pas le détruire…il ne faut pas rompre avec le capitalisme, il faut le refonder"*[113]. Ainsi, n'est-ce pas le moment de reconsidérer le capital social tel qu'il était édicté par la loi du 24 juillet 1966 ? N'est-ce pas le moment de réparer et de rénover les entorses effectuées aux règles régissant le capital social ? Comment faire pour permettre au capital social d'assurer efficacement ses missions ? Ces interrogations amènent à pister les règles régissant le capital social qui l'empêchent de remplir efficacement ses missions pour pouvoir apporter des solutions satisfaisantes.

---

[107] G. J. BOUTE, **La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social**, th., préc. n° 7, p. 12 ; A. PIETRACOSTA, Capital zéro ou zéro capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? op. cit., p. 133.

[108] A. CAILLEMER DU FERRAGE, L'utilisation d'instruments financiers à terme dans le cadre de programmes de rachat d'actions, *Banque et droit* 1999, p. 3.

[109] G. PARLEANI, Le financement du capital. Réflexion sur l'utilité de la notion et son devenir, *Rev. soc.* 2005, p. 13.

[110] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 32, p. 25.

[111] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 32, p. 25.

[112] H. LE NABASQUE, La fin de la connexion apports/capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 103.

[113] N. SARKOZY, Président de la République française, Nouveau monde, nouveau capitalisme, discours du 8 et 9 janv. 2009, v. http://www.colloquenouveaumonde.fr.

22. **Intérêt du sujet.** Le capital social comporte un intérêt certain. En effet, peut-on réellement se lancer dans les affaires *"avec son seul enthousiasme"* ou *"avec simplement une fleur au fusil"*?[114] La réponse à cette question ne peut-être que négative du moins si l'entrepreneur veut donner une image sérieuse à son affaire. Dans ce sens, n'a-t-il pas été dit que *"sans argent, tout est mort, tout est perdu"*[115]. L'*"argent"* pris dans un sens plus large, regroupe l'ensemble des moyens de subsistance dont une personne *"titulaire de la personnalité juridique"* a besoin pour vivre. Ainsi, tout comme les personnes physiques, l'individualisation de la société, personne morale, implique nécessairement celui de son patrimoine. Bien que le capital social ne puisse se confondre au patrimoine social, il reste tout de même la première composante essentielle dès le démarrage des activités et en cours de vie sociale son maintien peut s'avérer utile. Ainsi, tout comme les personnes physiques, l'individualisation de la société, personne morale, implique nécessairement celui de son capital social qui à cet effet regroupe les premiers moyens de subsistance. On peut dès lors dire qu'une société ne peut se constituer et fonctionner sans capital social. Elle a besoin d'argent, du capital social pour faire face à ses dettes. Sans capital social, la société risque de ne pas avoir de considération auprès des créanciers or, elle a besoin des créanciers pour accomplir ses objectifs. Les créanciers sont les cocontractants de la société. Ils sont comme les créanciers d'une personne physique sans activité économique[116]. Ainsi, ils ont un droit de créance sur la société. Il s'agit donc des prêteurs, des fournisseurs et des consommateurs[117].

23. **Plan du sujet.** Le capital social constitue un élément de sécurité pour les intérêts divers réunis au sein de la société à savoir ceux de la société, des créanciers sociaux tout comme ceux des associés. En effet, la société profite du capital social en ce qu'il l'assure un financement. L'exigence d'un capital social contribue certainement au financement de la société grâce aux apports effectués par les associés en phase de constitution et en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation de capital. Cette fonction *"dérivée"*[118] du capital

---

[114] Phrase affirmative exprimée par M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 236.

[115] M. VASSEUR, L'entreprise et l'argent, *D.* 1982, chron. p. 12.

[116] N. MATHEY, **Recherche sur la personnalité morale en droit privé**, th. Paris 2001, n° 369, p. 157.

[117] Ibidem.

[118] G. J. BOUTE, **La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social**, th., préc. n° 53, p. 34

social ne sera traitée qu'implicitement puisqu'elle conduit aux deux autres fonctions. En finançant le capital social, la société offre la première protection des créanciers. Aussi, en investissant au capital social, les associés s'assurent un équilibre grâce au mode de répartition rattaché au capital social. En effet, grâce au principe de proportionnalité[119], le capital social assure un équilibre dans la répartition des droits et des obligations inhérents à la qualité d'associé.

Le travail consistera à sonder les textes régissant le capital social, garantie des créanciers et clé de répartition des associés afin d'identifier ceux qui ne permettent pas au capital social de remplir ses deux principales missions. Au regard de ce qui précède, il est alors clair que nous n'entendons pas défendre l'idée de suppression du capital social. Portalis, affirmait dans son discours préliminaire du Code civil qu': *"Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire."*. L'idée de conserver le capital social pourrait venir du fait qu'il ne soit pas nécessaire de le détruire compte tenu de son utilité comme élément de sécurité pour les intérêts tant des créanciers que des associés. L'accent sera particulièrement mis sur les règles régissant la formation et le maintien du capital social et donc les textes permettant à la notion de remplir sa mission de garantie des créanciers. Ce choix découle du fait que non seulement cette mission constitue *"le rôle premier du capital"*[120] mais en plus c'est la mission du capital social la plus contestée. Ainsi, le découpage du plan ne nous permettra pas de traiter les deux fonctions choisies dans chaque partie. Plus exactement, la fonction de garantie des créanciers réapparaîtra au sein de la seconde partie. Cela dit, la première partie sera consacrée à démontrer l'utilité du capital social comme moyen de protection des créanciers **(Partie 1)** et la seconde partie nous permettra de démontrer la protection du capital et l'utilité de la notion au profit des associés **(Partie 2)**.

[119] Art. 1843-2 et 1844-1 C. civ ; P. DIDIER, **Le capital social et la protection des créanciers sociaux,** Livre du Bicentenaire, Université Paris II, D. 2007, p. 199 et s.

[120] Lamy, **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 286, p. 128.

PARTIE I

L'UTILITE DU CAPITAL SOCIAL DANS LA PROTECTION DES CREANCIERS

24. Les sociétés commerciales ne sont plus de simples contrats créateurs d'obligations entre associés. Leur création engendre la naissance d'une personne morale nouvelle disposant d'un patrimoine distinct de celui des associés du fait de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS)[121]. Or, autour de la société personne morale gravitent des tiers c'est-à-dire les personnes physiques ou morales qui entrent en rapport avec elle. Ces derniers participent à l'essor de l'entreprise par le biais d'une convention qui peut être notamment un contrat de prêt bancaire, de fourniture de matière première. Ils deviennent ainsi les créanciers de la société et leur préoccupation reste liée au remboursement de leur créance[122]. Pour cela, ils souhaitent avoir la ou les meilleures garanties possibles c'est-à-dire tout ce qui pourrait leur prémunir contre une perte pécuniaire[123]. La société doit alors être capable d'offrir aux créanciers une sécurité suffisante car sans cela, elle ne trouvera *"ni banquier, ni fournisseur, ni client"*[124]. Elle ne peut faire de véritables affaires puisque pour produire l'entreprise a besoin d'argent. Alors *"sans argent, tout est mort, tout est perdu"*[125]. C'est pour répondre à ces préoccupations qu'il est institué en droit des sociétés le capital social[126]. A quoi correspond le capital ? Comment le capital social est-il utile dans la garantie des intérêts des créanciers ? Le capital social est défini comme étant *"le poste du passif du bilan qui, exprimé en euros, parfois d'un montant minimal impératif, égale la somme des apports capitalisés et le cas échéant, des valeurs lui ayant été incorporées."*[127] Ainsi, il

---

[121] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. préc., p. 6.

[122] Les créanciers ont plus que jamais besoin de protection car depuis l'été 2007, les prêts hypothécaires américains ont déclenché la crise financière qui a entraîné la crise économique de 2008-2010 notamment en France.

[123] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Garantie.

[124] M. VASSEUR, L'entreprise et l'argent, *D.* 1982, chron. p. 12.

[125] Ibidem.

[126] J. CALAIS - AULOY, La protection des tiers dans le droit des sociétés, *RTD com.* 1971, p. 29.

correspond d'abord à l'addition des valeurs des apports effectués par les associés au moment du démarrage des activités. Et en cours de vie sociale, le capital s'accroît outre des apports mais également des ressources internes à la société. C'est cette valeur qui doit être constituée et maintenue au sein du patrimoine social afin d'assurer la protection des créanciers. Les créanciers pourront compter sur cette somme pour obtenir le remboursement de leurs créances. L'utilité du capital social dans la garantie des intérêts des créanciers se traduit ainsi. Maintenant, il reste à savoir si les règles assurant la formation et le maintien du capital social lui permettent de remplir efficacement rôle **(Titre 1)**. Les créanciers ne peuvent être laissés pour compte puisqu'ils participent à l'exploitation de l'activité sociale en faisant crédit à la société. Ainsi, la société se doit d'offrir aux créanciers des garanties suffisantes afin de leur assurer le remboursement de leurs créances. D'un point de vue légal, le droit de manière générale est orienté vers ce but qu'est la protection des créanciers. C'est en partie pour cette raison qu'il est dit que la protection offerte par le capital social apparaît inutile. Cependant, en l'absence du capital social, il nous importe de voir comment la protection des créanciers est-elle assurée. Le créancier peut se prémunir du risque d'insolvabilité de son débiteur en prenant des garanties prévues en droit des sûretés. Du côté de la société, le patrimoine de celle-ci n'est pas uniquement composé du capital social. Les créanciers peuvent compter sur l'ensemble des fonds propres composés non seulement des capitaux propres mais également des autres fonds propres. Toutefois, en l'état actuel du droit français, la protection des créanciers peut-elle réellement se concevoir sans capital ? Si non, alors quelle est l'utilité du capital au sein des autres garanties ? Il est dit que le capital social reste *"une donnée comptable qui enregistre la valeur des biens transmis à la société,…mais qui ne correspond pas aux biens transmis."*[128], et donc par conséquent il est donc insaisissable. Certes, ce sont les capitaux propres qui sont saisissables[129] mais, la stabilité qu'apporte le capital aux capitaux propres n'est-elle pas utile ? Certes, le droit au gage général porte sur l'ensemble des biens du patrimoine mais, le capital n'est-il pas utile dans la formation de ce patrimoine. Il nous importe alors de mesurer l'utilité du capital au sein des autres garanties des créanciers avant d'entrevoir la rénovation de ses règles qui seront jugées insuffisantes **(Titre 2)**.

---

[127] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, avant propos, M. GERMAIN, préf. J. - J. DAIGRE, Litec 2010, n° 5, p. 3.

[128] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, op. cit., p. 257.

[129] J. STOUFFLET, Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986, p. 552 ; P. LE CANNU, Les rides du capital social, art. préc., p. 3 ; N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, Economica éd. 1996, p. 14.

TITRE I
LA FORMATION DU CAPITAL SOCIAL ET SON MAINTIEN EN COURS DE VIE SOCIALE

25. Le droit des sociétés détermine la garantie des créanciers en fonction de la responsabilité des associés. Lorsque les associés demeurent personnellement responsables des engagements de la société, le capital social n'a que peu d'importance. Aucun minimum n'est imposé car en l'absence de patrimoine social, la fortune privée des associés constitue l'autre garantie des créanciers. L'étendue de leur sécurité va au-delà du patrimoine social. Cette règle s'applique actuellement aux sociétés à risque illimité. Ainsi, en cours de vie sociale, les créanciers peuvent poursuivre personnellement les associés pour le paiement de leurs créances. L'étendue de cette sécurité n'existe pas dans les sociétés à risque limité composé des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes, en commandite pas actions et par actions simplifiées. La responsabilité limitée des associés est instituée par les articles L223-1, L225-1, L226-1 et L227-1 du Code de commerce. Les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leur apport. Le capital social défini comme étant *"la somme des apports à effectuer par les associés"*[130] constitue la garantie offerte aux créanciers. L'importance du capital social dans les sociétés à risque limité se traduit ainsi. Toutefois, même si les associés des sociétés à risque illimité offrent leur patrimoine privé en garantie des dettes sociales, le capital social n'est pas inintéressant pour eux. Le principe de vaine poursuite préalable institué par les articles L221-1 du Code de commerce et 1858 Code civil suppose une action exercée contre la société. Le patrimoine personnel de l'associé est à l'abri si celui de la société désintéresse totalement les créanciers. En partie, c'est le capital social qui permettra cela. Ainsi, la constitution du capital social constitue un écran de protection pour les associés. D'où l'importance de constituer un capital social dans toutes les formes sociales. Alors comment le capital social est-il constitué en phase de formation d'une société ? Et comment est-il maintenu en cours de vie sociale ? Pour répondre à ces deux interrogations, il est proposé l'étude successive de la formation la formation du capital social en période de constitution de la société **(chapitre 1)** et son maintien en cours de vie sociale **(chapitre 2)**.

[130] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Capital.

CHAPITRE 1

LA FORMATION DU CAPITAL EN PHASE DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

26. Dans le but d'assurer la formation du capital, le législateur de 1966 s'était efforcé d'édicter des règles contraignantes. En effet, les créanciers devaient avoir la certitude que l'être moral avec lequel ils envisageaient de traiter, disposait d'une surface financière suffisante leur étant réservée. Ces règles s'appliquaient surtout aux sociétés à risque limité parce que la responsabilité des associés était limitée au montant du capital. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article 35 de la loi du 24 juillet 1966 imposait un capital social minimum et l'article 38 indiquait que *"Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, lorsqu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire."* Les sociétés à risque limité étaient régies par les dispositions de l'article 71 qui prévoyaient un capital social minimum légal. Le législateur interdisait les apports en industrie dans les sociétés à risque limité. Ainsi, le capital social était uniquement composé des apports en nature et en numéraire. Ces règles emprunts de rigueur assuraient la formation du capital pour lui permettre d'accomplir sa mission. Qu'en est-il de ces règles aujourd'hui ? Les textes régissant la formation du capital lui garantissent-ils toujours sa formation ? Il convient de voir si les règles actuelles du droit des sociétés garantissent en amont la formation du capital. Il nous apparaît utile d'analyser d'abord ces règles avant d'étudier celles qui viennent en aval sous forme de sanction. Les règles sanctionnant l'inobservation de la formation du capital social seront appréciées ultérieurement dans la seconde partie de ces travaux[131]. La formation du capital social en amont passe par trois étapes. En effet, avant de libérer le capital social, les associés sont tenus de le déterminer puis de le souscrire **(Section 1)**. En outre, la nature des apports promis doit être précisée puisqu'il existe trois catégories d'apports. Il importe d'opérer cette distinction dans la mesure où la valeur de certains apports est exclue du capital social et c'est le cas précisément de celle des apports en industrie[132] et dans d'autres cas, la valeur des apports peut être intégrée au capital social. De manière générale, il importe d'opérer une distinction entre les apports concernés par la formation du capital social et les biens qui ne le sont pas **(Section 2)**.

---

[131] V. Partie 2, chapitre 2. La protection du capital social par des mesures dissuasives de ces travaux.

[132] Art. 1843-2 C. civ.

Section 1

Les étapes de la formation du capital social

27. La formation du capital est l'une des conditions requises à la constitution d'une société. Elle nécessite trois étapes qu'il conviendra d'analyser afin d'évaluer leur impact sur la formation du capital social. D'abord, les associés doivent déterminer le montant du capital social. Puis, ils doivent prendre l'engagement individuel d'apporter ce capital. Enfin, ce capital social promis doit être effectivement libéré. Les deux premiers niveaux engendrent uniquement la formation théorique du capital social **(sous-section 1)**. Cela dit, le capital social est réellement constitué à la dernière étape lorsque les associés libèrent les apports promis **(sous-section 2)**.

Sous-section 1. La formation théorique du capital social

28. Comment le capital social est-il formé théoriquement ? Avant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, les futurs associés sont tenus de former le capital social. Pour ce faire, ils doivent d'abord le déterminer c'est-à-dire le fixer[133] **(§ 1)** ensuite, ils doivent prendre l'engagement d'apporter le capital social déterminé : c'est la souscription du capital social **(§ 2)**.

§ 1. La détermination du capital social

29. Comment les sociétés sont-elles tenues de déterminer leur capital social ? Le législateur impose-t-il un capital social minimum à toutes les formes sociales ? Dans les développements qui suivent, nous verrons que la détermination du capital social est soit libre soit imposée. Ainsi, certaines sociétés peuvent librement déterminer leur capital social minimum par voie statutaire **(A)**. Alors que d'autres doivent se soumette à la règle du capital social minimum légal **(B)**.

[133] Dictionnaire Larousse, Le grand Larousse illustré 2009, v. Déterminé.

A. La détermination statutaire du capital social minimum

30. **La règle du capital social minimum statutaire dans les sociétés à risque illimité.** Parmi les sociétés concernées par la règle du capital social minimum statutaire, on peut citer limitativement les sociétés à risque illimité. Il s'agit donc de la société civile (SC), la société en nom collectif (SNC) et la société en commandite simple (SCS). La détermination du capital social reste statutaire au regard des dispositions de l'article 1835 du Code civil. Ce texte s'applique à toutes les formes sociales car il est intégré au chapitre Ier intitulé *"dispositions générales "*. Ce chapitre compose le titre IX dénommé *"de la société"* lui-même compris au livre III du Code civil. L'article 1835 précité dispose que : *"Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement"*. Les associés des sociétés de personnes doivent donc fixer un capital social minimum car celui-ci doit apparaître dans les statuts.

Le montant du capital social reste librement déterminé par eux. Pour autant, il ne doit pas être minimisé. En effet, les associés des sociétés à risque illimité ont intérêt à ce que la société dispose d'un capital social important dès le démarrage de l'activité sociale. D'abord, sur le fondement de l'article 1832 al. 3 du Code civil, ils contribuent aux pertes sociales. Cette contribution aux pertes est, sauf application de stipulations particulières des statuts, reportée à la dissolution de la société[134]. Le déficit pourrait être à l'origine d'un capital social faiblement déterminé. La société ne disposant de capital social suffisant ne pourra pas éponger toutes ses charges notamment celles liées aux paiements des créanciers. Le créancier pourra alors mettre en œuvre la responsabilité illimitée de l'associé alors même qu'il est plus intéressant pour lui que la société paie ses charges afin de protéger son patrimoine privé. Ensuite, les associés des sociétés à risque illimité sont tenus aux dettes sociales en cours de vie sociale. L'article L221-1 alinéa 2 qui prévoit le principe des vaines poursuites préalables sous-entend que le capital social de la société importe aussi. Si au démarrage de l'activité sociale, celui-ci est sérieusement déterminé, le créancier pourra se satisfaire de cette garantie. Il n'exercera pas son droit envers l'associé. Le patrimoine privé de l'associé est alors protégé lorsque la société dispose d'un capital social bien fixé. Ils ont donc intérêt à ce que la société dispose d'un

[134] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. RANDOUX.

capital social suffisant. Celui-ci constituera une sorte de protection pour eux. La société étant en mesure de satisfaire les créanciers, aucune poursuite ne pourra être dirigée contre un associé.

31. **La suppression de l'exigence d'un capital social légal dans les sociétés dites hybrides entraînant la détermination statutaire du capital social minimum.** Les sociétés hybrides sont des sociétés à risque limité mais qui empruntent également des règles des sociétés à risque illimité[135]. Il s'agit principalement de la société à responsabilité limitée et de la société par actions simplifiées. Les règles régissant la formation du capital social dans ces deux formes sociales se rapprochent désormais de celles applicables aux sociétés à risque illimité. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article 35 de la loi du 24 juillet 1966 intégré au Code de commerce à l'article L223-2 disposait que : *"Le capital de cette société doit être de 50 000 F au moins"*. La version en vigueur en 2002 a introduit l'euro comme unité monétaire. Le montant du capital social est fixé à 7 500€. Mais la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 est venue modifier l'article 223-2 du Code commerce[136]. Cet article est désormais ainsi rédigé : *"Le montant du capital de la société est fixé par les statuts"*. Tout comme les sociétés à risque illimité, les associés des sociétés à responsabilité limitée sont désormais libres dans la détermination du capital social minimum. Malgré que cette suppression du capital social légal n'ait pas trouvé un écho favorable de la doctrine[137], le législateur poursuit dans cette voie en adoptant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Cette législation s'attaque à son tour à l'exigence du capital social minimum dans les sociétés par actions simplifiées. La loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant cette forme sociale n'écartait pas l'article L224-2 du Code de commerce. La version en vigueur en 2002 indiquait que : *"Le capital social doit être de 1 500 000 F (225 000€) au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 250 000 F a(...37 000€) au moins dans le cas contraire"*. La loi du 4 août 2008 intégrée à l'article L227-1 exclut l'application de cette disposition. L'alinéa 3 de ce texte dispose en effet que : *"Dans la mesure*

[135] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** par M. GERMAIN, T. 1, vol. 2 : **les sociétés commerciales**, LGDJ, 19ème éd. 2009, n° 1166, p. 914 ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** 13ème éd. 2009, n° 174, p. 180.

[136] M. BANDRAC et J-P. DOM, **Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés**, éd. Joly 2002 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Sociétés et loi NRE, Mode d'emploi après 1 an d'application, 2ème éd. 2002.

[137] B. RAYNAUD, La société à responsabilité limitée et à capital symbolique, *in* Mélanges SOHM, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand.

où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, ... sont applicables à la société par actions simplifiée". L'alinéa 2 de l'article L227-2 du même Code complétait ce dispositif en précisant que : *"Le montant du capital social est fixé par les statuts"*. On retrouve la même formulation édictée à l'article L223-2 précité. Mais étrangement, la version en vigueur au 11 juin 2010 ne fait plus apparaître cet alinéa. L'article L227-2 modifié par Ordonnance du 22 janvier 2009 est ainsi rédigé : *"La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier"*. Même si la référence à la formation du capital social est supprimée dans les textes régissant la société par actions simplifiées, il n'en demeure pas moins que cette forme sociale reste soumise à l'article 1835 du Code civil. Comme les sociétés à risque illimité, les actionnaires de cette forme sociales sont tenus de préciser dans les statuts le montant minimum du capital social.

32. **Les risques de la suppression de l'exigence d'un capital social légal.** Les associés peuvent donc créer une société à responsabilité limitée ou une société par actions simplifiées avec un capital social librement fixé alors même qu'ils ne sont tenus aux pertes qu'à hauteur de leurs apports. La portée de la garantie des créanciers en fonction du risque limité est atténuée théoriquement. Le législateur n'est donc plus attaché au capital social légal car la majeure partie des sociétés ne sont plus astreintes à cette exigence. En pratique, cette liberté reconnue aux associés n'est pas sans risque pour les créanciers. Le capital social légal n'étant plus imposé, les associés peuvent prendre la décision de constituer une société à risque limité avec un capital symbolique de 1€. On ne peut parler de formation sérieuse du capital social. Autrement dit, en supprimant l'exigence d'un capital social minimum, il y a un risque de sous-capitalisation. La protection des créanciers ne peut être assurée par un tel capital social. Ce montant risque d'exposer les créanciers à de sérieuses difficultés au cours de la première année. D'ailleurs, les créanciers sont avertis, dans le sens où une société à faible capital social trouvera difficilement du crédit. Faisant partie des créanciers, le banquier, avant de consentir un prêt, cherchera à s'informer sur la consistance du capital social. Si celui-ci se révèle être insuffisant, il est presque certain que le crédit ne sera pas accordé. Or, une société a nécessairement besoin d'argent pour fonctionner. En supprimant l'exigence d'un capital

social légal, il y a un risque que la société n'ait pas un accès facile aux financements externes. D'un autre côté, en bloquant l'accès au crédit à une société faiblement capitalisée, la banque se prémunit du risque d'insolvabilité d'un tel débiteur.

Au regard de l'étude qui précède, nous constatons que toutes les sociétés à risque illimité, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées sont tenues de déterminer statutairement leur capital social. Quelles sont alors les formes sociales soumises à la règle du capital social minimum légal ?

B. La détermination du capital social minimum légal

33. **Les sociétés concernées par la détermination du capital social légal.** A l'exception de la société par actions simplifiées considérée comme une société hybride, les sociétés de capitaux sont composées des sociétés anonymes (SA) et des sociétés en commandite par actions (SCA). Ces formes sociales entrent également dans la catégorie de sociétés à risque limité tout comme les sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées. La notion de *"risque limité"* est liée à l'étendue de la responsabilité de l'associé. En cas de pertes sociales, l'associé y contribue à hauteur de son apport au capital social. A l'égard des créanciers, le capital social constitue l'une des meilleures garanties. C'est pour cette raison, que les sociétés anonymes et en commandites par actions sont astreintes à l'exigence légale d'un capital social minimum car en l'absence d'un capital social, aucune garantie sociale n'est prévue au bénéfice des créanciers en période constitutive. C'est l'article L224-2 du Code de commerce applicable aux sociétés de capitaux qui prévoit cette exigence et l'article L226-1 applicable à la société en commandite par actions n'exclut pas ce texte. L'entreprise agricole à responsabilité régie par le Code rural et de la pêche maritime reste astreinte à l'exigence d'un capital social minimum. Il en est également de certaines sociétés civiles de droit spécial[138].

34. **Le capital social légal**. La loi du 24 juillet 1966 a maintenu l'exigence d'un capital social minimum au sein de la société anonyme. En effet, l'article 71 intégré au Code de

[138] Sociétés civiles de placement immobilier et sociétés d'épargne forestière. V. R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 11, p. 6.

commerce à l'article L224-2 disposait que *: "Le capital social [*montant minimum*] doit être de 1 500 000 F au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne [*avec appel public*] et de 250 000 F au moins dans le cas contraire"*. Et l'Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs modifie ce texte de la manière suivante : *"Le capital social doit être de 225 000 euros au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 37 000 euros au moins dans le cas contraire".* En fonction de la notion d'appel public à l'épargne, le capital social était déterminé. Les sociétés par actions qui faisaient appel public à l'épargne étaient soumises à un capital social légal rigoureux alors que celles qui ne le faisaient ne l'étaient pas. Ainsi on pouvait entrevoir deux montants correspondant au capital social légal dans les sociétés par actions: 225 000€ et 37 000€. Mais l'Ordonnance du 22 janvier 2009 pris en application de la loi du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie supprime la notion d'appel public à l'épargne pour la substituer à celle d'offre au public[139]. Le déclin de la notion d'appel public à l'épargne entraîne également celui du capital social légal de 225 000€. Cet abandon du capital social minimum n'est pas total. Les sociétés faisant offre au public tout comme celles ne le faisant pas restent soumises à l'exigence du capital social unique. En effet, depuis cette ordonnance, l'article L224-2 dispose que : *"Le capital social doit être de 37 000 € au moins"*. L'alinéa 3 apporte une dérogation sur l'étendue de ce montant. Le capital social minimum est réduit lorsque la société anonyme a pour objet social la rédaction de presse. Il passe de 37 000€ à 300€. Peu importe, le législateur maintient le capital social légal dans les sociétés de capitaux. Il en est également de même des sociétés anonymes de droit spécial. Il y en a plusieurs. D'abord, l'article D214-212 du Code monétaire et financier dispose que : *"Le montant minimum du capital initial d'une société de placement à prépondérance immobilière à capital variable s'élève à un million d'euros."* Ensuite, en ce qui concerne la société d'investissement à capital variable, celle-ci doit constituer un capital social minimum fixé à 8.000€ conformément à l'article D214-20 du même Code. En effet, ce texte dispose que : *"Le capital initial d'une société d'investissement à capital variable ne peut être inférieur à 8 millions d'euros."* Puis, ce minimum est ramené à 225.000€ pour les sociétés d'investissement à capital variable d'actionnariat salarié conformément à l'article D214-58 du même Code. Pour les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable, l'article D214-205 fixe le montant minimum à 760.000€. Lorsque ces sociétés sont destinées à vingt

[139] PH. D'HOIR, La réforme de l'appel public à l'épargne et ses principales conséquences, *option Fin. Hebdo.* paris 23 février 2009.

souscripteurs au plus ou à une catégorie d'investisseurs, l'article D214-202 détermine le minimum à 400.000€. Les sociétés anonymes d'assurance doivent avoir un capital social de 480.000€ uniquement composé des apports en numéraire conformément à l'alinéa 2 de l'article R322-5 du Code des assurances. Et dans le cas où elles effectueraient les opérations de réassurance, ce capital social est augmenté à 800.000€ au regard des dispositions de l'alinéa 1 de l'article R322-5 précité. Toutefois, le capital social légal n'est pas uniquement imposé aux sociétés à risque limité. En effet, l'article L214-53 du Code monétaire et financier astreint aux sociétés civiles de placement immobilier, un capital social minimum de 760.000€[140].

Nous remarquons que toutes les formes sociales sont tenues de déterminer, de fixer un capital social minimum à leur constitution. Mais, en plus de l'obligation légale de déterminer un capital social, les sociétés de capitaux sont astreintes à l'exigence d'un capital social minimum. Il aurait été souhaitable que cette dernière règle soit maintenue pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées compte tenu du fait que les associés de ces deux formes sociales n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des dettes sociales. Le législateur a assoupli les règles régissant la détermination du capital social au sein de ces deux formes sociales. En est-il de même pour la souscription du capital social ?

§ 2. La souscription du capital social

35. Après avoir déterminé le montant du capital social, le législateur prévoit une autre règle garantissant la formation du capital c'est la souscription. Il s'agit du contrat par lequel une personne physique ou morale prend l'engagement de transmettre à la société une valeur économique chiffrée en contrepartie et à due concurrence des titres de capital qui lui seront remis[141]. Cette convention prend sa source dans le contrat de société défini par l'article 1832

[140] Article L214-50 du Code monétaire et financier définit les sociétés civiles de placement immobilier comme étant celles qui *"ont pour objet exclusif l'acquisition et la gestion d'un patrimoine immobilier locatif. Pour les besoins de cette gestion, elles peuvent procéder à des travaux d'amélioration et, à titre accessoire, à des travaux d'agrandissement et de reconstruction ; elles peuvent acquérir des équipements ou installations nécessaires à l'utilisation des immeubles. Elles peuvent, en outre, céder des éléments de patrimoine immobilier dès lors qu'elles ne les ont pas achetés en vue de les revendre et que de telles cessions ne présentent pas un caractère habituel."*

[141] S. DANA - DEMARET, *Rép. D. soc.* 1994, v. Capital social.

du Code civil. En effet, les associés s'engagent par un contrat à mettre en commun leur bien. Avant la mise en commun effective, ils prennent d'abord l'engagement qui correspond à la souscription. C'est une obligation qui marque la deuxième étape de la formation théorique du capital social. Alors comment le capital social est-il formé par la souscription ? Le législateur prescrit aux associés de prendre l'engagement d'apporter intégralement le capital social déterminé **(A).** La souscription intégrale ne se matérialise que par l'engagement réel des apporteurs. Pourrait-il en être autrement lorsque le souscripteur simule son engagement ou lorsque le consentement du souscripteur a été vicié ? En l'absence de précision des textes, les juges et la doctrine ne remettent pour autant pas en cause la souscription intégrale pour ces raisons **(B)**.

A. La souscription intégrale du capital social

36. **La souscription intégrale.** Le principe qui sous-tend la souscription c'est la souscription intégrale. Autrement dit, le capital social légal ou statutaire doit être entièrement souscrit. Il doit avoir un rapport d'adéquation entre le capital social déterminé par les associés et la souscription. Toutefois, les sociétés à risque illimité tenues sur le fondement de l'article 1835 du Code civil de former un capital social statutaire ne sont pas concernées par ce principe d'intégralité. Il n'est pas imposé mais n'empêche qu'elles peuvent l'insérer dans leurs statuts. Cela ne veut pas dire que le capital social ne doit pas être souscrit mais plutôt que les modalités de souscription sont librement fixées par les associés. La souscription intégrale du capital social ne s'applique qu'aux sociétés à risque limité. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article L223-7 alinéa 1 du Code de commerce dispose que : *"Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés"*. En ce qui concerne la société anonyme, c'est l'article L225-3 du même Code qui prévoit ce principe de la manière suivante : *"Le capital doit être intégralement souscrit"*. L'article L226-1 alinéa 2 du Code de commerce n'exclut pas l'application de l'article L225-3 précité c'est dire alors que le principe de souscription intégrale du capital social s'impose aussi aux sociétés en commandite par actions. Il en est également de même pour la société par actions simplifiées au regard de l'alinéa 3 de l'article L227-1 du même Code.

37. **L'explication des formulations distinctes des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce.** Dans le premier le cas, le législateur vise la souscription intégrale des parts sociales parce que la loi sur l'initiative économique du 1 août 2003 autorise les apports en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée. Bien que cet apport n'intègre pas le capital social comme le précise l'article 1843-2 du Code civil *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"*, le législateur institue la possibilité de souscrire ce type d'apport[142]. En effet, l'article L223-7 alinéa 2 dispose que : *"Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie"*. Toutefois, il se dégage de ce texte que le principe de souscription intégrale ne s'applique qu'aux apports intégrables au capital social. Les apports d'industrie sont souscrits selon les modalités statutaires. Les associés peuvent donc écarter le principe de souscription intégrale lorsqu'il s'agit des apports en industrie. Cette possibilité de souscrire les parts représentatives d'apport en industrie doit s'admettre également dans une société par actions simplifiées puisque depuis la loi du 4 août 2008, les apports en industrie peuvent y être apportés[143]. Le commandité d'une société en commandite par actions pourrait également souscrire des parts d'industrie. Dans le second cas, la formulation de l'article L225-3 précité ne parle que du capital social intégralement souscrit parce que dans les sociétés par actions mis à part les sociétés par actions simplifiées et le cas des commandités, les apports en industrie sont interdits. En effet, dans ce sens, l'article L225-3 alinéa 4 apporte la précision suivante : *"Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie"*. Tous les apports effectués dans les sociétés par actions précédemment limitées ne sont que des biens qui peuvent être intégrés au capital social[144]. Le législateur français peut alors se permettre d'utiliser la formulation de l'article L225-3 précité : *"Le capital doit être intégralement souscrit"*. Les formulations distinctes des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce se trouvent ainsi justifiées. Le premier article intègre les apports en industrie alors que le deuxième texte les élimine.

---

[142] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 134 et 135 ; F. GORE, **Société anonyme, Contrat ou le droit pratique**, Paris 1959, p 29 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 103. Position inverse : le capital social étant formé que par les apports en numéraire et les apports en nature, la souscription ne porterait que sur ces différents apports ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1415, p. 268.

[143] S. SCHILLER et P.-L. PÉRIN, Les apports en industrie dans les SAS, *Rev. soc.* 2009, p. 59.

[144] Infra n° 59 et s.

Nous remarquons que contrairement au montant minimum impératif, le législateur impose la souscription intégrale du capital social à toutes les formes sociales à risque limité. Cette règle s'impose uniquement dans les sociétés à risque limité sans doute parce que les associés ne sont responsables que dans la limite de leurs apports. Les associés doivent alors prendre l'engagement d'apporter le capital social déterminé statutairement. En ce qui concerne les sociétés à risque illimité, aucun texte n'impose de souscrire entièrement le capital social. Aussi, aucun texte n'interdit aux associés de se soumettre à cette règle.
A priori, on pourrait penser à une mise en cause de la souscription intégrale en cas de simulation ou de vice de consentement pour les raisons que nous allons évoquer. Mais, les juges et la doctrine ne remettent pour autant pas en cause la souscription intégrale pour ces raisons.

B. La souscription intégrale du capital malgré la simulation et le vice

38. Le législateur prescrit la souscription intégrale du capital social à toutes les formes sociales à risque limité. Cette règle garantissant la formation du capital social déterminé ne semble point ébranlée en pratique pour cause de simulation **(1)** ou pour cause de vice du consentement **(2)**.

1. La souscription intégrale malgré la simulation

39. **Définition de la souscription simulée.** La *"simulation"* est un mensonge concerté entre des contractants qui dissimulent le contrat qui renferme leur volonté réelle derrière un contrat apparent[145]. Elle n'est donc pas prévue par législateur, c'est plutôt en pratique que l'on observe cela. La simulation peut être inspirée par un simple désir de discrétion, assez naturel dans le monde des affaires[146]. Il en est ainsi lorsque des personnes désirent entrer dans une société tout en conservant leur anonymat. Le prête-nom souscrit des actions pour le compte du mandant en ne révélant pas sa qualité.

---

[145] F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, D., 10ème éd. 2009, n° 537, p. 548.

[146] Cass. com. 30 janv. 1961, *JCP* 1962, II, 12527, note M. LE GALCHER BARON.

40. **L'absence de conséquence sur la formation du capital social du fait de la simulation dans les sociétés de capitaux[147].** La société anonyme est une pure abstraction capitaliste. Elle est formée en principe en dehors de toute considération de la personne. C'est le versement des fonds dans la caisse sociale qui compte. La doctrine admet qu'une souscription simulée aboutissant aux versements des fonds attendus ne puisse être mise en cause[148]. Il en est également de même de la jurisprudence. En effet, les juges de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 janvier 1961, ont retenu que : *"la simulation incriminée ne recouvrait aucune fraude et que la libération des actions n'était pas fictive, les fonds étant réellement et définitivement entrés dans les caisses de la société"*[149]. Nous souscrivons à cette thèse dès lors que les souscriptions sont assorties du versement de fonds au capital social correspondant, la souscription par prête ne doit pas être incriminée. La souscription simulée n'a alors aucune conséquence sur la formation du capital social dès lors qu'elle aboutit à la souscription intégrale du capital social

41. **L'absence de conséquence sur la formation du capital social du fait de la simulation de la souscription dans les sociétés de personnes mais la nullité de la société pour défaut d'affectio societatis.** Les sociétés de personnes sont celles qui possèdent un capital social fermé dans le sens où il n'est pas ouvert au public. L'affectio societatis est poussé à son paroxysme à tel point que les personnes qui sont autorisées à former le capital social sont connues des uns et des autres ceci dès la formation de la société. Il s'agit principalement des sociétés à responsabilité limitée, par actions simplifiées, en commandite simple, en nom collectif et des sociétés civiles. L'associé qui n'a pas personnellement souscrit au capital social fausse cette relation entre associés. Toutefois, la souscription simulée n'est pas une cause de nullité de l'engagement théorique de souscription. Le capital social est malgré tout intégralement souscrit puisque à la place du véritable associé, le prête-nom s'engage pour son compte. Cependant, lorsqu'elle est fautive, la souscription simulée pourrait porter atteinte directement à la formation de la société puisque les associés ne sont pas de

---

[147] Limitées aux sociétés anonyme et en commandite par actions.

[148] C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations**, op. cit., n° 655 ; ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** n° 675 et s. ; J. HAMEL et P. LAGARDE, **Traité de Droit commercial**, T. l, Dalloz 1954, n° 592 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1418 ; M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 592.

[149] Cass. com. 30 janv. 1961 arrêt préc., n° 12527.

véritables souscripteurs et que l'affectio societatis est l'une des caractéristiques juridiques de l'acte de société. En effet, l'article 1844-10 du Code civil dispose que : *"La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général"*. Or, l'affectio societatis se déduit des dispositions de l'article 1832 du Code civil. Elle implique non seulement l'engagement personnellement de l'associé à effectuer un apport mais également une volonté de collaborer aux décisions collectives. Le prête-nom n'a aucune volonté de collaborer et ce n'est d'ailleurs pas lui qui libère le capital social. Pour violation de l'article 1832 du Code civil, la souscription simulée pourrait être une cause de nullité de la société. Cette nullité résulte d'une faute dans la simulation comme le montre les faits de l'arrêt du 2 octobre 1997 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation[150]. Un associé s'était rendu à la banque dépositaire pour y ouvrir un compte et déposer le quart du capital libérable en deux chèques émis par des membres. L'arrêt précité relève que *" les actionnaires énumérés n'ont pas souscrit au capital, qu'il n'était pas prévu le remboursement des émetteurs de chèques, à proportion de leur part dans le capital"*[151]. En réalité, les dirigeants d'une société en redressement judiciaire cherchaient à être dans une société nouvelle sans apparaître officiellement : *" L'intention des prévenus était de dissimuler aux futurs contractants que les émetteurs de chèques, dirigeants d'une société en redressement judiciaire étaient actionnaires de la société en formation"*[152]. Certes, le capital social était entièrement souscrit mais les prête-noms n'avaient pas une réelle volonté de s'associer. Or, comme la jurisprudence l'affirme de manière constante : "*il ne saurait y avoir de société sans une volonté de s'associer*"[153]. C'est le caractère volontaire et actif de l'associé qui permet de distinguer la société des états subis et non voulus. Surtout, l'interposition des personnes dans la souscription du capital social a été opérée en fraude. Les anciens dirigeants ne pouvaient plus être responsables dans une autre structure à responsabilité illimitée. C'était pour contourner cette interdiction qu'ils ont eu recours à la simulation fautive.

---

[150] B. BOULOC, Souscriptions fictives au capital social d'une société anonyme note sous Cass. com. 2 oct. 1997, *Rev. soc.* 1997, p. 867.

[151] Ibidem.

[152] Ibidem.

[153] Cass. com. 10 juin 1953, *JCP* 1954, II, 7908, note D. BASTIAN ; Cass. civ. 3ème, 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619, note P. DIENER. De multiples théories ont été proposées pour tenter de cerner cette notion : N. REBOUL-MAUPIN, Remarque sur une notion conceptuelle et fonctionnelle, l'"affectio societatis", *Rev. soc*. 2000, p. 425 ; P. SERLOOTEN, L'affectio societatis, une notion à réviser, *in* Mélanges Y. GUYON, p. 1009.

La souscription simulée n'engendre aucun effet direct sur la formation théorique du capital social puisque le prête-nom prend l'engagement théorique d'apporter une portion du capital social déterminé. Ainsi, le capital social déterminé reste entièrement couvert par des engagements. Qu'en est-il lorsque le consentement de l'associé est vicié ?

2. La souscription intégrale du capital malgré le consentement vicié

42. **L'irrévocabilité de la souscription**. La souscription est un contrat par lequel le futur associé prend l'engagement d'apporter une partie du capital déterminé. En fonction de l'apport promis, l'associé reste tenu par cet engagement soit jusqu'à l'immatriculation de la société au RCS soit jusqu'à la cinquième année à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La souscription est en principe irrévocable. Autrement dit, le souscripteur ne peut revenir sur son engagement. Cette condition est indispensable pour garantir la formation du capital social. Le caractère irrévocable suppose alors que le contrat de souscription soit formé dès la signature des statuts ou du bulletin de souscription et cet engagement est maintenu jusqu'à la libération complète du capital social.

43. **La conséquence de la nullité de la souscription sur la formation du capital social.** La souscription est un contrat et comme tout contrat, elle est soumise aux conditions de validité du contrat du chapitre II du Livre III du Code civil. La question qui se pose est celle de savoir si pour causes de dol, erreur ou violence, la souscription pourrait être mise en cause ? En effet, l'article 1109 du Code civil précise que : *"Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol."* Le souscripteur peut-il se prévaloir du vice de consentement ? Sur le fondement de l'article 1109 précité, les juges peuvent annuler le contrat de souscription. Cette sanction s'applique notamment lorsqu'une souscription est obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses. Dans une affaire, les juges retiennent la nullité pour dol en relevant que le président-directeur général et un administrateur d'une société anonyme ont amené une personne à souscrire à une augmentation de capital de la société alors en difficulté, en convenant avec cette personne qu'ils supporteraient une partie des charges et obligations résultant de la souscription, que cet engagement a été la condition déterminante qui a amené

la personne à souscrire pour une somme importante[154]. Dans une autre affaire, les juges ont estimé que la souscription à une augmentation de capital d'un actionnaire dont le consentement a été surpris par des informations fausses sur les résultats de la société et par des énonciations mensongères dans la notice publiée au BALO ne pouvait être valable pour dol. [155]. Les deux exemples de souscription viciée sont révélés en cours de vie sociale lors d'une augmentation de capital social mais elle pourrait également s'entrevoir en phase de constitution de la société. La nullité retenue a pour conséquence d'anéantir, pour le passé et l'avenir, le contrat de souscription. Le souscripteur n'est plus engagé et une partie du capital social déterminé statutaire risque de ne plus être couvert par l'engagement de souscription. En annulant une souscription pour vice de consentement, on remet en cause le principe de souscription intégrale au capital social. La nullité du contrat de souscription porte atteinte à la formation théorique du capital social. Le respect de la règle d'intégralité du capital social devient impossible. Toutefois, le capital social reste entièrement couvert par des engagements de souscription, si la nullité concerne un engagement d'apport en industrie. Nous l'avons souligné plus haut, l'article L223-7 du Code de commerce vise également la souscription des parts représentatives d'industrie. Or, conformément à l'article 1843-2 du Code civil *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"* Cela dit, la souscription du capital n'est donc pas mise en cause si la nullité concerne la souscription des parts d'industrie. Mais si elle s'applique à une souscription des parts représentatives d'apport en capital, le montant du capital social déterminé statutairement sera partiellement couvert par un engagement pur et simple d'apport.

44. **L'opposabilité légale de la nullité de la souscription à l'égard des créanciers.** L'article 1844-16 du Code civil dispose que : *"ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi".* Or, dans le contrat de souscription, le créancier pourrait être considéré comme un tiers dans la mesure où il est étranger à cet engagement. Cela dit, on pourrait donc avancer que la nullité du contrat de souscription ne serait pas opposable aux créanciers. Encore faut-il qu'ils soient de bonne foi. Toutefois, le champ d'application de l'article 1844-16 précité semble être réduit. En effet, l'interdiction faite à la société et aux associés de se prévaloir de la nullité à l'égard des tiers de bonne foi ne joue

[154] Cass. com. 27 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 259, note P. DELAISI ; *Rev. soc.* 1973, p. 502, note J. GUYÉNOT.

[155] Cass. com. 3 déc. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 342.

que dans les deux hypothèses des nullités de la société et d'actes ou délibérations des organes sociaux et non dans le cas d'une nullité de souscription pour vice de consentement. Cette interprétation est légitimée principalement par la place de ce texte qui fait suite à l'énoncé des règles relatives exclusivement à ces deux cas de nullité visés dans l'article 1844-10 du Code civil. Ainsi, la nullité d'une souscription reste donc opposable aux créanciers. La solution légale privilégie certes le plein effet de la nullité mais elle a pour conséquence de ne pas permettre la formation théorique du capital social. Pour causes de dol, erreur ou violence, la souscription pourrait être annulée rétroactivement. Le législateur privilégie la protection du souscripteur pour prévenir les risques du consentement vicié. Son engagement n'est pas maintenu même à l'égard des créanciers de bonne foi. Ainsi, la protection des créanciers garantie par la formation du capital social est relayée au second plan. Le capital social déterminé n'est pas entièrement souscrit. Plus exactement, la nullité d'une souscription a pour conséquence de remettre en cause le principe de souscription intégrale instituée par les articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce.

45. **L'inopposabilité jurisprudentielle de la nullité de la souscription à l'égard des créanciers.** Alors qu'aucun texte ne déclare la nullité pour cause de vice du consentement opposable aux tiers de bonne foi, une jurisprudence ancienne maintient l'obligation du souscripteur en cas de dol. En effet, dans son arrêt en date du 27 novembre 1945, la Cour de cassation retient que : *"Le dol ne pouvant être invoqué, comme cause de nullité, par la victime, qu'à l'égard de la partie qui s'en est rendue coupable"*[156] La nullité concerne certes, une souscription opérée à l'occasion d'une augmentation de capital, mais il serait probablement possible de l'étendre à la constitution du capital social en phase de formation de la société. D'ailleurs, dans une autre affaire, les juges ont considéré qu'une souscription d'actions obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses, n'en est pas moins obligatoire vis-à-vis des créanciers sociaux qui n'ont pas à subir les conséquences d'un dol auquel ils sont demeurés étrangers[157]. Pour les juges, l'annulation d'une souscription fondée sur les vices du consentement serait inopposable aux créanciers sociaux dans le cas où ils n'auraient pas participé à ces manœuvres. Ce qui laisse entendre qu'ils doivent être de bonne foi pour que l'annulation du contrat de souscription ne leur soit pas opposable. Les juges interprètent

[156] Cass. com. 27 novembre 1945, *JCP* 1946, 2, 2959, note J. R.

[157] Req. 25 mai 1886, *D.* 1887. 1. 380.

extensivement les dispositions de l'article 1844-16 précité. Nous l'avons indiqué, la formulation légale *"ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi"* ne s'applique qu'aux nullités des sociétés, d'actes ou délibérations des organes sociaux. Cette limitation n'est donc pas celle des juges qui incluent en plus les nullités des souscriptions.

46. **Approbation sur l'inopposabilité de la nullité d'une souscription viciée**. Contrat spécial, la société ne crée pas seulement de simples obligations entre associés, elle entraîne aussi la naissance d'une personne morale disposant d'un patrimoine distinct de celui de ses membres. Le souscripteur s'engage certes personnellement pour son compte mais derrière, il crée une structure juridique qui entrera en contact avec des tiers. Si le consentement du souscripteur est vicié, les effets de la nullité de droit commun ne pourraient s'appliquer strictement. Le contrat de société est spécial, une nullité spéciale de la souscription viciée pourrait s'appliquer. La solution qui consiste à maintenir l'engagement de souscription est donc souhaitable. Elle permet non seulement de prendre en compte le caractère spécial du contrat de société mais également de conforter l'idée d'irrévocabilité d'une souscription. Le principe de souscription intégrale des articles L223-7 et L225-3 précités est entièrement respecté et le capital social gage des créanciers est affirmé.

Nous constatons que les règles régissant la formation théorique du capital social ne sont pas harmonisées au sein des sociétés à risque limité. Seules, les sociétés de capitaux sont soumises à des règles qui permettent la formation théorique du capital social à savoir l'exigence du montant minimum impératif et la souscription intégrale. Nous regrettons que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées ne soient pas soumises au même régime compte tenu du fait que les associés n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des créances sociales. Toutefois, elles restent tout de même soumises à la règle de la détermination statutaire du capital social car une société ne peut se constituer sans capital social[158].

Qu'en est-il des règles régissant la formation réelle à savoir la libération du capital social ?

[158] Art. 1835 C. civ.

Sous-section 2. La formation réelle du capital social

47. Au contraire des deux premières étapes qui ont un aspect théorique de la constitution du capital social, la libération des apports forme effectivement le capital social. Les futurs associés doivent transférer à la société en formation les apports promis. C'est cette dernière étape de la formation du capital qui le rend réel. Alors, comment les futurs associés sont-ils tenus de libérer le capital promis ? Au démarrage de l'activité sociale, le capital social déterminé et souscrit doit être entièrement libéré. Toutefois, ce constat n'est vrai que pour les apports en nature et non pour les apports en numéraire. En effet, les premiers doivent être intégralement libérés alors que les seconds sont libérés que partiellement en phase de constitution de la société. L'étude consacrée à la libération des apports intégrables au capital social permettra d'entrevoir cela **(§ 1)**.

Les modalités de libération du capital social renvoient aux différents moyens utilisés par l'apporteur pour libérer le capital social promis. L'apport en société réalise un transfert de propriété puisque l'apporteur aliène un bien de son patrimoine privé en le transférant au patrimoine social. Dans ce cas, le bien se trouve réellement au sein du patrimoine de l'apporteur ou en dehors mais pas dans les comptes de la société. La société pourrait ainsi profiter d'un bien qu'elle ne dispose pas déjà. Mais, lorsque le bien à transférer se trouve dans les comptes de la société, l'apporteur peut être autorisé à libérer son apport par compensation. Ce mode de libération pourrait engendrer la fictivité du capital social surtout si la société ne dispose pas à l'actif la valeur à transférer au capital social. Il convient ainsi de voir si le capital social pourrait être libéré par compensation en cours de formation de la société **(§ 2)**.

§ 1. La libération des apports intégrables au capital social

48. La libération demeure la troisième et la dernière étape de la formation du capital social. Les souscripteurs qui ont pris l'engagement doivent réellement transférer les apports promis. C'est donc une phase fondamentale dans la formation de la garantie des créanciers dans la mesure où le capital social théorique se concrétise. Cette opération permet *"d'assurer*

que le capital social corresponde à une valeur certaine et réelle, et non pas à une coquille vide, pour être à même de remplir efficacement les missions qui lui sont assignées"[159].

En phase de constitution de la société, le capital social correspond à la réunion du montant des apports en nature et en numéraire effectués par les associés[160]. Puisque la valeur des apports en industrie y est exclue[161], il serait intéressant de voir à quel régime sont soumis les apports intégrables au capital social. Ainsi, le régime juridique applicable à la libération des apports intégrables au capital social permet-il d'assurer la formation intégrale du capital social ? C'est ce que nous allons voir par l'étude successive des libérations des apports en nature **(A)** et en numéraire **(B)**.

A. La libération des apports en nature

49. **La libération intégrale des apports en nature dans les sociétés à risque limité.** L'apport en nature est visé par l'article 1832 du Code civil comme bien pouvant être mis en commun par les associés. Il porte sur l'ensemble des biens mobilier et immobilier, corporel et incorporel. Le législateur français prévoit que les apports en nature doivent être intégralement libérés dès la souscription du capital social à la formation de la société. Pour ce qui est de la société à responsabilité limitée, la deuxième phrase de l'alinéa 1 de l'article L223-7 du Code de commerce dispose que les parts sociales *"...doivent être intégralement libérées lorsqu'elles représentent des apports en nature."* Pour ce qui est de la société anonyme, l'alinéa 3 de l'article L225-3 du même Code indique que : *"Les actions d'apport sont intégralement libérées dès leur émission."* Les actions d'apports correspondent aux apports en numéraire. Le texte précité applicable aux libérations des apports en nature dans les sociétés anonymes s'étend aux sociétés en commandite par actions dans la mesure où l'article L226-1 du même Code ne l'exclut pas. Il en est également de même des sociétés par actions simplifiées au regard des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L227-1 du Code de commerce.

---

[159] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 131, p. 148.

[160] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Capital ; C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations,** op. cit., n° 89 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 109 ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 392, p. 337.

[161] Art. 1843-2 C. civ.

50. **Extension de la libération intégrale des apports en nature dans les sociétés de personnes.** Comme nous venons de le montrer, la libération intégrale des apports en nature ne s'impose qu'aux sociétés à risque limité ceci dès l'immatriculation de la société. Certes aucun texte ne soumet les sociétés de personnes à une libération intégrale des apports en nature mais il ne saurait être fait autrement en réalité. Lorsque la promesse porte sur un immeuble par exemple, il est difficile de concevoir sa libération en plusieurs tranches. La libération ne peut être qu'intégrale sauf lorsqu'il s'agit de bien corporel. Il en est également de même d'un bien incorporel comme l'apport des parts sociales ou encore l'apport d'un usufruit. Ces apports ne peuvent se concevoir en plusieurs tranches. Toutefois, si les associés ne peuvent que libérer intégralement les apports en nature promis, la question du moment de cette libération se pose. Le législateur n'impose rien, autrement dit, les associés peuvent parfaitement décider de libérer intégralement l'apport en nature promis avant ou après l'immatriculation. Le législateur soumet la formation du capital social à la volonté des associés.

Nous constatons que le législateur français construit encore la protection des créanciers autour du capital[162]. En effet, les apports en nature sont soumis à une règle assurant la formation du capital social à savoir la libération intégrale. Et cette règle s'impose à toutes les formes sociales à risque limité. Ainsi, grâce aux apports en nature, la société offre une garantie réelle dès sa formation. Les associés ayant pris l'engagement d'apporter en nature doivent intégralement libérer cet apport dès l'immatriculation de la société. En est-il de même pour les apports en numéraire ?

B. La libération des apports en numéraire

51. **La libération échelonnée des apports en numéraire dans les sociétés.** Les apports en numéraire sont également visés par l'article 1832 du Code civil comme élément pouvant être mis en commun par les associés pour constituer une société. L'apport en numéraire correspond à une somme d'argent qui pourra être intégré au capital social. Contrairement aux apports en nature qui obéissent au principe de libération intégrale, les

[162] C. BAKER et E. GUYON ABINAL, Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 193.

apports en numéraire peuvent être libérés de manière échelonnée. Le législateur accorde un bénéfice aux associés qui ne sont donc pas obligés d'apporter tout ce qu'ils ont promis dès la souscription. Ce bénéfice s'applique expressément aux sociétés à risque limité. En effet, l'article L223-7 du Code de commerce dispose que : *"Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant."* Et l'article L225-3 du même code applicable à la société anonyme précise que : *"Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale."* L'application de ce texte s'étend à la libération du capital social des sociétés en commandite par actions conformément à l'article L226-1 alinéa 2 du Code de commerce et également à celle des sociétés par actions simplifiées au regard des dispositions de l'alinéa 3 de l'article L227-1 du même Code. Même si aucun texte ne prévoit la libération échelonnée dans la formation du capital social des sociétés de personnes, on ne peut exclure l'application de ce principe. Il s'agit d'une souplesse accordée par le législateur aux sociétés à risque limité. Or, la liberté gouverne le fonctionnement de ces formes sociales. Elles peuvent alors opter pour une libération fractionnée des apports en numéraire.

52. **Le minimum libéré dès l'immatriculation.** Après avoir institué le principe de libération fractionnée des apports en numéraire, le législateur n'a pas laissé une grande liberté aux sociétés soumises à cette règle. En effet, il maintient la rigueur dans ces formes sociales en imposant un minimum. Ce minimum est différent selon qu'il s'agisse de libérer le capital social d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme. Dans une société à responsabilité limitée, l'article L223-7 du Code de commerce dispose que : *"Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant."*. Pour la mise en application de cette règle, il faut considérer que chaque souscripteur des apports en numéraire doit libérer le cinquième du montant promis. S'il promet d'apporter 5000€, il doit alors libérer 1000€. C'est une obligation légale qui découle de l'emploi du verbe *"devoir"*. Les statuts d'une société à responsabilité limitée ne peuvent y déroger en prévoyant un minimum inférieur. Alors que dans les sociétés de capitaux, l'article L225-3 du même code précise que : *"Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale."* Le minimum à libérer semble plus rigoureux. Prenons le même exemple, si l'un des actionnaires promet d'apporter 5000€, il doit libérer 2500€. Ici également, les statuts d'une société de capitaux ne peuvent indiquer un

minimum inférieur à la moitié. Cette rigueur ne s'applique pas aux sociétés de personnes. Elles peuvent aménager librement le montant minimum à libérer.

53. **Les conditions de la libération du surplus.** Quelles sont les conditions du versement des montants non libérés ? Afin de garantir la formation du capital social face au principe de libération fractionnée qui demeure une souplesse au profit des associés, le législateur limite la durée pour libérer intégralement le numéraire. Ce délai est prévu aux articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce. On retrouve la même formulation : *"La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision…, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés."* Seule l'appellation de la personne en charge des affaires sociales est différente. Alors que l'article L223-7 vise la décision *"du gérant"*, l'article L225-3 vise la décision *"du conseil d'administration ou du directoire selon le cas"*. Il ressort de ces deux articles que la cinquième année, à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, constitue la date limite pour libérer entièrement le numéraire. A l'intérieur de ce délai, les statuts peuvent aménager librement la libération intégrale du numéraire. Les statuts peuvent par exemple prévoir que les apporteurs en numéraire libéreront entièrement leurs engagements dès la troisième année. Mais ils ne peuvent pas prévoir que cette libération se fera à la septième année à compter de l'immatriculation de la société. En effet, la formulation légale *"un délai qui ne peut excéder cinq ans"* interdit aux statuts de prévoir une durée supérieure à cinq ans.

Nous constatons que le législateur soumet les apports intégrables au capital social à deux régimes juridiques. Ainsi, seuls les apports en nature sont soumis à une règle assurant au capital social sa formation réelle à savoir la libération intégrale. Nous regrettons que cette règle ne soit pas étendue aux apports en numéraire. Certes, la libération fractionnée reste un avantage pour les associés qui n'ont pas à libérer immédiatement le capital promis mais, cette règle n'assure qu'une formation partielle du capital social dès l'immatriculation de la société. De manière générale, nous remarquons que les normes régissant la formation du capital social varient entre des règles rigoureuses et libérales. Or, il nous semble que l'efficacité du capital social dans son rôle de garantie des créanciers dépend plus de la première catégorie des règles.

Qu'en est-il de la compensation ? Les associés sont-ils admis à libérer par compensation le capital promis sachant que l'opération n'entraîne pas un transfert de bien externe ?

§ 2. La libération du capital social par compensation

54. L'article 1289 dispose que : *"Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes..."* Ce mode de paiement permet au créancier de se mettre à l'abri de tout risque d'insolvabilité soit par la volonté légale soit par la volonté des parties ou celle des juges. Il existe trois sortes de compensation. D'abord la compensation légale mise en œuvre en dehors de la volonté des parties. Pour ce faire, il suffit que les conditions de fongibilité, de liquidité, et d'exigibilité de chacune des obligations soient remplies[163]. Ensuite la compensation conventionnelle résultant d'un accord par lequel les parties fixent en totale liberté les conditions dans lesquelles leurs dettes réciproques pourront s'éteindre simultanément. Enfin, il y a la compensation judiciaire prononcée par un juge. Le mécanisme s'opère par l'intervention du juge du moment où le débiteur poursuivi en paiement d'une dette oppose la créance qu'il détient sur le demandeur à l'instance. Il n'est pas nécessaire que les conditions de liquidité et d'exigibilité de la compensation légale soient remplies. Le critère retenu par les juges pour faire jouer la compensation judiciaire est la connexité des obligations respectives. Toutefois, le principe de compensation de créances connexes est apparu suffisamment légitime aux yeux du législateur pour qu'il le valide expressément dans l'alinéa 1 de l'article L622-7 du Code de commerce applicable à la procédure de sauvegarde introduite en droit français par la loi du 26 juillet 2005. En effet, ce texte dispose que : *"Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes"*. La connexité des obligations réciproques doit être démontrée sans quoi la compensation ne peut jouer. Si la loi a validé le principe de compensation entre dettes et créances connexes, elle a laissé le soin à la Cour de Cassation de définir les contours de cette notion. L'absence de définition claire et précise explique le large contentieux et l'insécurité juridique dans laquelle se trouvent encore les créanciers débiteurs[164].

---

[163] En effet, l'article 1290 du Code civil dispose que : *"La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives."*

[164] Il peut y avoir compensation dès lors que les créances et les dettes nées de plusieurs conventions, constituent les éléments d'un ensemble contractuel unique, servant de cadre général aux relations d'affaires entre les parties : Cass. Com. 14 mars 2000, n°97-16.752.

La compensation est considérée comme un mode de paiement de dettes réciproques. Mais, la question qui se pose ici est celle de savoir si un associé peut compenser sa dette d'apport avec une créance qu'il a sur la société ? La technique pourrait être intéressante pour toutes les personnes intervenant au sein de la société. Pour l'associé, la compensation pourrait lui permettre de se libérer de son engagement d'apport envers la société[165] sans opérer un transfert concret de patrimoine à patrimoine. Pour la société également, le mécanisme la libère du paiement de la créance de l'associé. Pour les créanciers, le créancier/associé dont la dette a été compensée n'est plus un concurrent sur le capital social. Mais, il se pose un problème sur la réalité de la libération de l'apport surtout lorsque la société ne dispose pas à l'actif le montant de l'apport à intégrer au capital social. Pour cela, il convient de voir si les compensations conventionnelle **(A)** et judiciaire d'une dette d'apport avec la créance d'un associé sont autorisées **(B)**.

A. La compensation conventionnelle d'une dette d'apport avec une créance sur société

55. **L'inexistence juridique de la société en formation.** Pour compenser deux dettes, certaines conditions doivent être respectées. Une première condition exige que chaque partie soit à la fois débitrice et créancière l'une de l'autre. L'apporteur en numéraire est débiteur de l'apport en numéraire avant l'immatriculation de la société. Après, il doit à la société les 4/5 ou la moitié de l'apport promis en numéraire. L'apporteur en nature reste débiteur de la société jusqu'à l'immatriculation. La dette de la société quant à elle, est plus compliquée. La société en formation n'a pas encore d'existence légale puisqu'elle n'est pas encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés. Elle ne peut donc être ni créancière, ni débitrice. De ce fait, il est impossible de concevoir la compensation d'une dette d'apport avec celle de la société en phase de constitution[166].

[165] Art. 1843-3 al. 1 C. Civ.

[166] Le silence du législateur sur la question de la compensation d'une dette d'apport avec une de dette de la société a été interprété comme étant une autorisation v. J. J. BURST, note sous CA. Paris, 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 728.

56. **La possibilité de compenser une dette d'apport souscrite en phase de constitution en cours de vie sociale.** Comme nous venons de le souligner plus haut, avant l'immatriculation, la société n'a pas encore d'existence juridique. Elle ne peut donc être débitrice d'un associé. Mais, il en est autrement dès qu'elle possède la personnalité morale du fait de son immatriculation. La dette de la société pourrait naître dans le délai légal institué par les articles L223-7 et L225-3 précités. Pendant, la durée de cinq ans, à compter de l'immatriculation, la société a le temps d'être débitrice de l'associé débiteur. En effet, en contrepartie de son apport, l'associé a droit au partage des bénéfices sous forme de dividende[167]. Ce droit découle de l'essence même du contrat de société au regard de l'article 1832 du Code civil. En fin d'exercice, lorsque l'activité sociale de la société génère des bénéfices, les associés peuvent décider de la distribution de ce bénéfice. Dans ce cas, la société devient débitrice de l'associé si ce dernier décide de ne pas en disposer en le transférant dans un compte courant[168]. Ce compte génère des intérêts au profit de l'associé et la société devient débitrice non seulement des intérêts rémunérant le compte courant mais également du capital. Ainsi, dans le délai légal de cinq ans pour libérer le numéraire promis, la société pourrait devenir débitrice de l'associé qui n'a pas encore entièrement effectué son apport[169]. Il s'agit principalement de l'apporteur en numéraire. Après l'immatriculation de la société, il doit encore 4/5 ou la moitié de l'apport promis en numéraire. La première condition pour compenser deux dettes serait ainsi remplie. Une deuxième condition exige que la compensation puisse être exercée seulement lorsque la dette est certaine à la fois dans à son existence et dans son montant. L'existence d'une dette d'apport en numéraire ne peut être que certaine et elle résulte de la souscription. Il est quasiment rare de voir un associé contester sa dette d'apport. Aussi, le montant de la dette d'apport est fixé statutairement c'est une obligation légale prévue par l'article 1835 du Code civil. En effet, ce texte dispose que : *"Les statuts doivent être établis par écrit. Ils déterminent, outre les apports de chaque associé, la forme, l'objet, l'appellation, le siège social, le capital social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement."* La dette d'apport des sociétés immatriculées au registre du commerce et des sociétés est par nature certaine puisqu'elle apparaît obligatoirement dans les statuts. Celle de la société l'est également si elle résulte d'un compte courant. Les documents

[167] Infra n° 345 et s.

[168] Infra n° 388 et s.

[169] Sur les limitations fiscales du compte courant d'associé v. n° 397 et s.

comptables de la société pourront faire apparaître cette dette. Une troisième condition impose l'exigibilité des dettes réciproques, ce qui suppose que la dette d'apport soit arrivée à son terme. Nous avons précédemment indiqué que la société a la liberté pour aménager la libération des 4/5 et de la moitié des apports en numéraire dans la limite de la cinquième année à compter de son l'immatriculation. Les délais pour procéder à l'appel du non-versé doivent être clairement précisés et respectés par les dirigeants[170]. Ils permettront d'apprécier l'exigibilité des dettes d'apport. La dette de l'associé doit l'être également. Le remboursement du compte courant peut ne pas être assorti d'un délai. Dans ce cas, l'associé peut exiger le paiement à tout moment[171]. En procédant à un appel du non-versé, le dirigeant de la société exigera le paiement de la dette d'apport et l'associé pourra opposer la compensation.

Si en phase de constitution de la société, l'associé ne peut faire jouer la compensation à son profit du fait de l'absence d'existence de la personnalité juridique, il pourrait en être autrement en cours de vie sociale. La dette d'apport en numéraire non entièrement libérée au moment du démarrage des activités peut être compensée par une créance sur la société. Cette solution découle de l'absence de texte interdisant ce mode de libération du capital social souscrit en phase de constitution. Qu'en est-il de la compensation judiciaire ?

B. La compensation judiciaire de la dette d'apport avec une créance sur la société

57. **L'absence de connexité entre la dette d'apport de l'associé et la dette de la société.** Les juges sont hostiles à la compensation entre le solde créditeur d'un compte courant d'associé et la dette d'apport. Dans un arrêt datant de 1977, la Cour d'appel de Paris considère que : *"le souscripteur d'une action de numéraire à la constitution d'une société comme lors d'une augmentation de capital, ne peut effectuer son apport par l'effet de la compensation légale aussi bien pour les versements complémentaires sur cette action que sur le premier versement"* [172]. L'interdiction des juges est assez claire et circonscrite. Un associé ne peut se prévaloir de la technique de la compensation pour libérer son apport en numéraire avec une

[170] Possibilité de sanction en cas de défaut d'appel pour libérer les apports en numéraire, v. infra n° 421 et s.

[171] Infra n° 392 et s.

[172] CA. Paris, 1977, *Rev. soc.* 1978, p. 728.

créance qu'il possède sur la société aussi bien à la formation du capital social qu'à son augmentation. Pour refuser d'admettre la compensation entre le solde créditeur d'un compte courant et la dette d'apport, les juges mettent en avant la connexité des obligations respectives. La connexité est constatée lorsque des créances réciproques résultent d'un même contrat ou ont pris naissance à l'occasion de la même convention[173]. Or, la jurisprudence considère que la créance de l'associé est née du prêt consenti à la société, tandis que la dette d'apport dérive du contrat de société[174]. Ces deux contrats distincts ne peuvent être reliés par une connexité qui permettrait une éventuelle compensation judiciaire. La doctrine confirme cette position en indiquant que les deux relations qui s'établissent entre la société et l'associé sont régies par des règles différentes. En tant qu'associé, la dette d'apport dérive du contrat de société, alors qu'en tant que titulaire d'un compte créditeur, l'associé est un créancier dont les prérogatives sont régies par le droit commun des obligations[175].

Certes, le législateur n'interdit pas expressément la compensation d'une dette d'apport avec une créance de l'associé sur la société mais, il est difficile d'admettre cette solution lorsque la société n'a pas encore d'existence juridique. En effet, la société ne disposant pas encore de patrimoine propre, on voit mal comment l'opération pourrait se réaliser. A supposer que la société soit dotée de la personnalité juridique, la libération du capital social par compensation pourrait être une source de sa fictivité lorsque la société ne dispose pas à l'actif le montant de l'apport à intégrer au capital social. Cela pourrait être le cas en phase de constitution de la société puisqu'elle ne dispose que d'un capital social qui lui-même se trouve être en formation. Toutefois, on regrette que les textes n'interdisent pas ce mode de libération pour assurer la formation du capital social. En effet, la compensation de dettes d'apport avec une créance pourrait entraîner une libération artificielle du capital social.

---

[173] La jurisprudence a étendu de manière décisive la notion de connexité en la libérant des relations contractuelles strictement synallagmatiques. Elle a admis la compensation renforcée des dettes connexes alors, pourtant, que celles-ci n'étaient pas nées d'un même contrat. C'est ainsi qu'il peut y avoir compensation dès lors que les créances et les dettes nées de plusieurs conventions, constituent les éléments d'un ensemble contractuel unique, servant de cadre général aux relations d'affaires entre les parties : Cass. com. 14 mars 2000, n° 97, p. 75. Arrêt cassé par la Cour de cassation, v. Cass. Com. 8 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 102, note F.- X. LUCAS ; Cass. com. 18 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 527, note A. COURET ; *Banque et droit,* juill. - août 2000, p. 51, obs. I. RIASSETTO.

[175] I. URBAIN - PARLEANI, note sous Cass. com. 18 nov. 1986, *Rev. soc.* 1987, p. 581 ; contra Cass. com. 8 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 102, note F. - X. LUCAS.

*

* *

58. En somme les règles applicables à la formation du capital social des sociétés sont hétérogènes. Aucune harmonie n'est faite au sein des sociétés n'offrant que le patrimoine social en garantie des dettes sociales. Cela est regrettable. Pour les sociétés de capitaux à savoir les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions, la formation du capital social est assurée par les règles d'un capital social minimum impératif, la souscription intégrale et la libération intégrale des apports en nature. Mais s'agissant des apports en numéraire, la rigueur absolue n'existe pas puisque le principe de libération fractionnée institué par la loi du 24 juillet 1966 a été maintenu.

Même si les règles de souscription intégrale du capital social et de libération intégrale des apports en nature s'appliquent aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions simplifiées, nous regrettons tout de même la suppression du capital social minimum impératif. Cette suppression rapproche un peu plus les règles régissant la formation du capital social de ces formes sociales de celles que l'on observe pour les sociétés à risque illimité. Or, ce rapprochement n'est pas justifié dans un système qui institue le capital social comme étant la garantie des créanciers au sein des formes sociales qui n'offrent que le patrimoine social en garantie des dettes de la société.

Après avoir analysé les règles régissant les trois niveaux garantissant la formation du capital social, il convient maintenant de voir quels sont les apports qui sont concernés par la formation du capital social.

Section 2

Les apports concernés par la formation du capital social

59. Que la société résulte d'un engagement unilatéral ou d'un contrat pluripersonnel, l'acte juridique qui lui donne naissance présente toujours certaines caractéristiques. Conformément à l'article 1832 du Code civil, il s'agit de la mise en commun des apports. La formule imprécise de l'article 1832 précité : *"affecter à une entreprise commune"* implique que l'apport réalise une transmission. Cela suppose alors que l'apporteur soit propriétaire du bien apporté. Autrement dit, un apport effectué par une personne non-propriétaire reste nul[176]. Cette sanction est également retenue lorsque l'apport est subordonné à une autorisation qui n'a pas été obtenue[177]. Tous les associés sont tenus d'effectuer un apport. Cette règle ne souffre d'aucune exception et elle vaut pour toutes les sociétés.

Le droit distingue les apports nature, en numéraire et en industrie. Tous ces apports sont généralement admis en société sauf les apports en industries qui sont exclus de certaines sociétés. Les apports ne sont pas propres au contrat de société[178], mais c'est dans cette structure juridique qu'ils jouent le rôle le plus important puisque la réunion de leur valeur forme le capital social. Mais, seule la valeur des apports en nature et en numéraire est incluse au capital social. Cela dit, là où le législateur autorise les apports en industrie, il exclut la valeur de ces apports au capital social[179].

Toutefois, les apports en nature et en numéraire représentent des biens. La question de l'intégration de la valeur de ces biens au capital social se pose ici. En effet, dans certains cas, la valeur de certains biens est intégrée en dehors du capital social. Ainsi, tous les biens apportés en société ne constituent pas un apport. Il convient alors de faire une distinction entre les apports dont la valeur est intégrée au capital social et les biens dont la valeur demeure dans les comptes de la société. Et dans d'autres cas, la valeur intégrée au capital social n'a plus son support à l'actif soit parce que l'apporteur a récupéré son bien soit parce que l'apport s'est

---

[176] Trib. com, Rouen 30 oct. 1961, *RTD com.* 1962, p. 73, note R. RODIÈRE.

[177] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 45.

[178] Ils sont possibles dans les associations, dans les groupements d'intérêt économique.

[179] Art. 1843-2 al. 2. C. civ.

volatilisé. Nous verrons qu'effectivement le capital social correspond au total des valeurs des apports en nature et en numéraire qu'il convient de distinguer des autres valeurs apportées par les associés au sein du patrimoine social et que cette valeur demeure intacte malgré le retrait ou la volatilité de l'apport **(Sous-section 1)**.

Le capital social n'est uniquement composé que de la valeur des apports en nature et en numéraire effectuée en cours de formation de la société. Mais si l'apport en numéraire se présente par sa valeur, il n'en est pas de même de l'apport en nature. La question de l'évaluation des apports en nature se pose alors. Il importe de donner une valeur exacte aux apports en nature puisque la réalité du capital social en dépend. Une évaluation excessive des apports en nature augmente artificiellement le montant du capital social. Le capital social est fictif puisqu'il ne correspond pas à la réalité et les créanciers peuvent être trompés de la sorte. Alors, les textes régissant l'évaluation des apports en nature permettent-ils d'éviter la fictivité du capital social ? C'est ce que nous verrons dans un point consacré à l'évaluation des apports en nature **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. La valeur des apports incorporée au capital social et distinction de la valeur des biens apportés en société par les associés

60. L'apport reste un élément indispensable à la formation du capital social des sociétés[180]. En l'absence d'apport, le capital social ne peut être constitué. Lorsqu'ils sont effectués par les associés, les apports à l'exclusion des apports en industrie sont incorporés au capital social. Les apports au capital sont donc les apports en nature et en numéraire. Ce sont tous des biens. Le Livre II du Code civil intitulé *"Des biens et des différentes modifications de la propriété"* distingue les biens meubles des immeubles à son titre Ier. L'apport en numéraire correspondant à une somme d'argent ne peut être qu'un bien meuble puisqu'il est possible de déplacer un billet de banque. Cependant, l'apport en nature pourrait être un bien immeuble corporel[181] ou un bien meuble[182]. En ce qui concerne l'apport en numéraire, nous l'avons

[180] Y. CHAPUT, **Droit des sociétés**, PUF, coll. Droit fondamental 1993, p. 74, n° 140.

[181] C'est par exemple le cas lorsqu'il porte sur un appartement.

[182] C'est le cas d'un apport portant sur un véhicule

indiqué, il se présente sous la forme d'un billet de banque. Or, la valeur de tous les billets de banque apportée en société n'intègre pas le capital social. Ainsi, il importe à cette étude de faire une distinction entre les apports et les sommes d'argent apportées par les associés **(§ 1)** puisque seuls les apports intéressent le capital social. En effet, la valeur totale de ces apports constituera le capital et c'est ce chiffre qui servira de garantie aux créanciers. En dehors du capital social, les associés peuvent appréhender les biens de la société sans être inquiétés[183]. Mais que devient ce chiffre lorsque l'apport est effectué temporairement ou lorsque l'apport se volatilise ? En effet, dans deux cas, le législateur donne la possibilité aux associés de récupérer intégralement leurs apports. D'abord, au terme de la jouissance d'un apport par la société, l'associé est en droit de récupérer matériellement l'apport en jouissance effectué en société. Ensuite, au terme de l'usufruit, l'apporteur est également en droit de reprendre son apport réalisé en usufruit. Il convient ainsi de voir comment est-ce que le montant du capital social est maintenu lorsque les apports sont restitués ou lorsqu'ils se volatilisent **(§ 2)**.

§ 1. Distinction entre les apports et les sommes d'argent laissées par les associés dans les comptes de la société

61. Quelle distinction peut-on faire entre les apports au capital et les biens transférés par les associés dans les comptes de la société ? Il importe de distinguer les apports des autres éléments composant le patrimoine de la société dans la mesure où leur valeur forme le capital social. Les créanciers pourront apprécier l'étendue de leur garantie représentée par une seule valeur et non plusieurs au sein du patrimoine social. Pour cela, il convient de distinguer l'apport en numéraire des sommes d'argent laissées dans les comptes de la société **(A)**, puis les apports du capital c'est-à-dire les apports en numéraire et en nature des biens rémunérés par un avantage particulier **(B)**.

[183] Infra n° 344 et s.

A. Distinction entre l'apport en numéraire et les sommes laissées dans les comptes de la société

62. Toutes les sommes d'argent ne représentent pas des apports en numéraire. Certes, les apports en numéraire correspondent à des instruments monétaires[184] et se présentent sous forme d'argent mais, eux seuls intègrent le capital social et sont régis par les règles relatives au dépôt et au retrait des fonds en cours de formation de la société **(1)**. Ce n'est pas le cas des sommes d'argent laissées dans un compte courant ou encore des primes **(2)**.

1. Dépôt et retrait de l'apport en numéraire

63. **Le dépôt de l'apport en numéraire.** Seuls les apports en numéraire dans les sociétés à risque limité sont soumis au régime obligatoire du dépôt. C'est pour éviter que les fondateurs ne soient tentés de mettre en échec la formation du capital en phase de constitution de la société. Le législateur s'assure ainsi que les apports en numéraire formeront le capital social. L'alinéa 4 de l'article L223-7 du Code commerce dispose que : *"Les fonds provenant de la libération des parts sociales sont déposés dans les conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'Etat."* La même idée s'entrevoie à l'article L225-5 du même Code sous les termes suivants : *"Les fonds provenant des souscriptions en numéraire…font l'objet d'un dépôt dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat"*. L'application de ce texte s'étend aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées compte tenu des articles L226-1 alinéa 2 et L227-1 alinéa 3 du même Code qui n'excluent pas cet article. Le dépôt doit être effectué dans les huit jours suivant la date de réception des fonds avant l'immatriculation de la société. En effet l'alinéa 2 de l'article L225-5 précité indique que : *"A l'exception des dépositaires visés par le décret prévu à l'alinéa précédent, nul ne peut détenir plus de huit jours les sommes recueillies pour le compte d'une société en formation."* La formulation du texte est impérative compte tenu de l'emploi de l'expression *"nul ne peut"* En outre, ce texte permet de penser que ce délai de huit jours court à partir de chaque libération et non pas à la date du dernier versement[185]. En effet, il est fort possible que les associés ne

[184] J. HAMEL, Réflexion sur la théorie juridique de la monnaie *in* Mélanges dédiés à M. SUGIYAMA**,** 1940, p. 83.

[185] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** édit. 2009, n° 5076, p. 394.

libèrent pas tous en même temps le cinquième ou la moitié de l'apport en numéraire. Cela dit, chaque fois qu'un associé libérera son apport, le responsable de la société en formation devra effectuer le dépôt au plus tard dans huit jours suivant cette libération. Le même délai est imposé par l'article R223-3 du même Code applicable à la société à responsabilité limitée. Quels sont les personnes habilitées à recevoir les apports en numéraire ? Ce sont les articles R223-3 et R225-6 du Code de commerce applicables respectivement aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions qui apportent des précisions. L'application de l'article R225-6 précité s'étend aux sociétés en commandite par actions compte tenu de l'article R226-1 alinéa 2 qui n'exclut pas cet article. En ce qui concerne la société par actions simplifiées, le législateur est muet sur l'applicabilité de l'article R225-6 précité. Mais comme l'article L227-1 n'exclut pas l'application de l'article L225-5, cela laisse entendre que l'article R225-6 précité s'impose aux sociétés par actions simplifiées. Selon les articles R223-3 et R225-6 contenant les mêmes idées : *"les fonds provenant" "de la libération des parts sociales"* ou *"des souscriptions en numéraire*" *"sont déposés pour le compte de la société en formation et par les personnes qui les ont reçus à la Caisse des dépôts et consignations, chez un notaire ou dans un établissement de crédit."* Le législateur donne la possibilité aux associés de choisir le lieu pour déposer la totalité des apports en numéraire libérés partiellement. Le dépôt des fonds à la caisse de dépôt et de consignation est non seulement gratuit mais en plus l'argent laissé bénéficie d'une rémunération[186]. Mais il peut aussi être effectué chez un notaire dans ce cas, il pourrait être facturé. En ce qui concerne les banques, elles ne sont pas tenues d'accepter la demande des associés dans ce cas, les responsables de la société en formation peuvent rechercher une autre banque.

64. **Le retrait de l'apport en numéraire.** Nous venons d'indiquer l'obligation faite aux responsables des sociétés à risque limité de déposer les fonds reçus des associés auprès des trois personnes habilitées légalement. Avant l'immatriculation, ces fonds demeurent indisponibles auprès des dépositaires[187]. Cela dit, aucune compensation n'est tolérée entre une dette de l'apporteur à l'égard du dépositaire[188]. Si par exemple, le dépôt est effectué auprès

[186] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 5076, p. 395 ; Rep. Bruno, *AN* 20 juin 2006, p. 6639, n° 89139.

[187] A propos d'une société à responsabilité limitée mais transposable aux sociétés de capitaux : Cass. com. 19 mai 1998, *RJDA* oct. 1998, n° 1144 ; Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 5077, p. 395.

d'une banque et que l'associé possède un compte personnel à découvert, la banque ne peut faire jouer la compensation légale pour éteindre ce découvert par les fonds effectués par l'associé pour le compte de la société en formation. Les fonds déposés sont rendus indisponibles pour permettre à la société de constituer le capital social. En effet, les alinéas 1 des articles L223-8 et L225-11 du Code de commerce applicables respectivement aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions formulent la même indisponibilité des fonds déposés sous forme d'interdiction de retrait. Selon ces textes : "*Le retrait des fonds provenant" "de la libération des parts sociales"* ou *"des souscriptions en numéraire" "ne peut être effectué par le mandataire de la société avant l'immatriculation de celle-ci au registre du commerce et des sociétés."* Ce n'est qu'après l'immatriculation de la société que les fondateurs sont autorisés à retirer les fonds. Cette autorisation est instituée aux mêmes articles. En effet, les articles R223-4 et R225-11 du Code de commerce applicables aux sociétés à risque limité indiquent que : *"Le retrait des fonds" "est effectué" "par le mandataire de la société sur présentation du certificat du greffier attestant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés."*. Mais que se passe-t-il lorsque la société n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés ? Lorsque la société n'est pas immatriculée, il faut considérer qu'elle ne s'est pas constituée dans les temps. Le législateur donne un délai de six mois à compter de la date du premier dépôt des fonds pour demander l'immatriculation de la société. A défaut de cette demande, le sort des fonds déposés semble être réglé par le législateur. L'alinéa 2 de l'article L223-8 du Code de commerce applicable aux sociétés à responsabilité limitée dispose que *"les apporteurs peuvent individuellement demander en justice l'autorisation de retirer le montant de leurs apports. Dans les mêmes cas, un mandataire, dès lors qu'il représente tous les apporteurs, peut demander directement au dépositaire le retrait des fonds."* L'associé d'une société à responsabilité limitée peut entreprendre une démarche individuelle pour retirer son argent auprès du dépositaire. Une procédure pour le retrait collectif est également prévue via un mandataire. Dans tous les cas, le retrait n'est pas direct dans le sens où il doit être autorisé par le juge. Dans les sociétés de capitaux, le retrait individuel semble impossible puisque le législateur ne vise que le retrait collectif. En effet, l'article L225-11 du Code de commerce indique que : *"tout souscripteur peut demander en justice la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous déduction des frais de répartition."* La demande individuelle

[188] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 5077, p. 395.

de l'actionnaire au tribunal ne porte pas sur le retrait des fonds mais sur la désignation d'un mandataire chargé de récupérer l'argent pour une restitution aux associés.

2. Distinction entre l'apport en numéraire, le compte courant et les primes

65. **Distinction entre l'apport en numéraire et les sommes laissées en compte courant.** L'apport en numéraire doit être distingué des avances en compte courant. En effet, toutes les sommes d'argent effectuées en société ne sont pas systématiquement incorporées au capital social. Il en est ainsi des sommes abandonnées au sein des comptes courants d'associés. Un apport pourrait être rémunéré en partie par des droits sociaux c'est-à-dire des parts ou des actions et l'autre partie par la création d'un compte courant au profit de l'apporteur[189]. Les sommes déposées en compte courant ont la nature de prêt et non d'apport en numéraire intégrable au capital social[190]. En effet, les avances en compte courant ne sont pas mises en commun comme le prescrit l'article 1832 du Code civil. Elles participent certes à l'exploitation de l'entreprise commune des associés, mais elles n'intègrent pas le capital social. Elles sont plus proches des prêts que des apports du capital. Le détenteur d'un compte courant possède les mêmes droits qu'un prêteur à savoir le droit au remboursement de son capital à l'échéance et le paiement des intérêts. Alors que l'apport en numéraire est destiné à garantir la protection des créanciers. Ainsi, son remboursement n'est possible en fin de vie sociale que si la société ne possède aucune dette. Il y a là une différence de nature qui permet de distinguer les sommes laissées en compte courant et celles apportées au capital social. C'est ce qui justifie leur différence de poste d'un point de vue comptable. Alors que le montant du capital figurant dans l'acte de société est enregistré au compte 101 *"Capital social"*, le compte 455 *"Associés - Comptes courants"* enregistre à son crédit le montant des fonds mis ou laissés temporairement à la disposition de l'entité par les associés.

66. **Distinction entre l'apport en numéraire et les primes.** Ce sont des sommes d'argent réclamées aux associés en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation de

---

[189] Lamy, **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 242, p. 111.

[190] Cass. civ. 3 février 1999, n° 259, note P. B. ; I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associés**, th. LGDJ, 1986.

capital[191]. Elles peuvent aussi être exigées lors des opérations de fusion et de scission[192]. La prime exigée au nouvel associé constitue le paiement d'un *" droit d'entrée"* et d'un droit de *"rester"* en guise d'adhésion au *"club social"* pour pouvoir bénéficier des réserves. Elle pourrait se confondre avec une indemnité due par les nouveaux actionnaires à raison du préjudicie subi par les anciens actionnaires qui ne sont plus les seuls à avoir des droits sur les réserves. Peu importe, le nouvel associé reste tenu de verser une somme d'argent en plus de l'apport incorporé au capital social. En effet, l'article L225-128 du Code de commerce précise bien que : *"Les titres de capital nouveaux sont émis" "à leur montant nominal" "majoré d'une prime d'émission."* Lorsque la prime est imposée aux nouveaux associés, les juges estiment qu'elles s'apparentent à un *complément d'apport*[193].

Cette obligation imposée au nouvel associé par les anciens semble être possible dans les sociétés par actions. En effet, l'article L225-128 précité prévu pour la société anonyme s'applique également aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées compte tenu de l'absence d'exclusion des articles L226-1 alinéa 2 et L227-1 alinéa 3 du même Code. Cependant, en ce qui concerne la société à responsabilité limitée, elle emprunte son caractère fermé aux sociétés de personnes. Ainsi tout comme ces dernières formes sociales, le capital social n'est pas ouvert au public. L'adhésion des nouveaux membres reste conditionnée par la procédure d'agrément. La loi ne fait pas référence à la prime, ce qui ne signifie pas qu'elle soit interdite[194]. Les statuts de ces formes sociales pourraient donc prévoir une prime en cas d'augmentation de capital.

L'apport en numéraire résulte d'une prescription légale. En effet, l'article 1832 du Code civil l'impose comme élément essentiel pour la formation de la société. Et les dispositions de l'article 1843-2 alinéa 2 du même Code laissent entendre qu'il compose le capital social. L'apport en numéraire est libéré partiellement à la formation de la société alors que la prime d'émission doit être intégralement libérée conformément aux dispositions de l'article L225-144 du Code de commerce lors des opérations d'augmentation de capital. Cette libération immédiate et intégrale de la prime ne s'applique aux sociétés de capitaux. Mais bien que le

---

[191] V. J.- F. ARTZ, *Rép. soc. D.* 2009, v. Prime d'émission.

[192] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., p. 274.

[193] Cass. Com. 9 juill. 1952, *JCP* G 1953, II, 7742, note D. BASTIAN ; J. CI MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés,** th. Paris 1980, p. 1. 560.

[194] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1069, p. 472.

législateur n'impose pas la prime lors des opérations d'augmentation de capital de la société à responsabilité limitée, lorsque les associés décident d'imposer une prime, celle-ci doit être libérée intégralement[195]. Cette solution découle de la libération intégrale des apports lors d'une augmentation de capital d'une société à responsabilité limitée. La différence entre la prime et l'apport apparaît également en comptabilité. Le compte 104 *"Primes liées au capital social"* enregistre les différentes catégories de primes alors que l'apport en numéraire est inscrit au compte 101 *"Capital social"*.

L'apport en numéraire se présente sous forme d'argent mais, se distingue des autres sommes d'argent dans la mesure où il est soumis au régime du dépôt et du retrait après l'immatriculation de la société et surtout lui seul intègre le capital social[196].
Il convient maintenant d'apporter une distinction entre les apports et le bien rémunérée par un avantage particulier.

B. Distinction entre les apports et le bien rémunéré par un avantage particulier

67. **Les personnes pouvant bénéficier d'avantages particuliers.** L'associé qui réalise un apport en numéraire au capital social a droit, en contrepartie, à l'attribution de parts sociales ou d'actions émises par la société bénéficiaire de l'apport. Toutefois, en marge de ces droits sociaux, un associé peut être détenteur d'avantages particuliers. Le législateur ne limite pas l'attribution de cet avantage aux associés puisque les personnes ne possédant pas cette qualité peuvent en bénéficier. La formulation de l'article L225-8 alinéa 1 du Code de commerce applicable aux sociétés par actions permet de déduire cela[197]. En effet, en ce qui concerne les personnes susceptibles de se voir attribuer un avantage particulier, l'article L225-8 alinéa 1 précité dispose que *: "En cas…de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non"*. Il n'y a donc pas de doute, une personne ne détenant pas la qualité d'associé peut bénéficier d'avantage particulier. L'attribution d'avantages particuliers

[195] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 384, p. 206.

[196] Toutefois, sur décision des associés, ces sommes peuvent être incorporées au capital social, v. infra n° 271 et s.

[197] Nous aurons l'occasion de revenir sur ce texte qui précise les apports qui nécessitent la présence d'un commissaire dans le paragraphe suivant.

ne confère pas à celui qui en bénéficie la qualité d'associé[198] mais plus celle de *"fondateur"*. La loi ne prévoit pas expressément la possibilité d'attribuer des avantages particuliers dans les sociétés à risque illimité et les sociétés à responsabilité limitée. Mais, cela ne veut pas dire qu'il est interdit de prévoir cette attribution.

68. **La confusion entre les apports intégrables au capital social et les biens rémunérés par l'avantage particulier.** Pour pouvoir prétendre à un avantage particulier, il faut faire bénéficier à la société quelque chose. Il est donc permis que tout bien quelconque ou tout service rendu à la société puisse servir de prétexte à l'attribution d'un avantage particulier. L'avantage particulier pourrait rémunérer une somme d'argent ou un autre bien y compris l'industrie depuis les lois du 1er août 2003 et 4 août 2008. En ce qui concerne les sociétés anonymes, elles ne peuvent plus, depuis le 1er avril 1967, récompenser les services rendus par les fondateurs au profit de la société en attribuant des avantages particuliers. En effet, l'article L225-8 du Code de commerce ne déroge pas à l'alinéa 4 de l'article L225-3 du même Code. Plus exactement, l'avantage particulier, dans une société anonyme, ne peut représenter l'industrie. L'article L225-8 précité étant toujours en vigueur, l'avantage ne peut rémunérer que de l'argent et d'autres biens. Pour les sociétés anonymes, l'argent rémunéré par l'avantage particulier pourrait se confondre avec les apports intégrables au capital social. Mais tel n'est pas le cas puisque ces biens ne composent pas le capital social. Les apports intégrables au capital social donnent droit aux parts sociales ou encore aux actions émises par la société bénéficiaire de l'apport. Alors que l'avantage particulier c'est le titre qui permet de rémunérer un bien laissé par un associé ou une autre personne au profit de la société. Ce bien aurait pu être intégré au capital social mais, il ne l'est pas. L'attribution d'avantages particuliers permet de constater que tous les biens y compris les sommes d'argent n'intègrent pas systématiquement le capital social.

Nous constatons que les apports en numéraire font l'objet d'un dépôt et d'un retrait après l'immatriculation de la société ce qui n'est pas le cas des autres biens laissés par les associés dans les comptes de la société. En outre en apportant au capital social, l'apporteur ne prête pas à la société des fonds or, c'est le cas lorsqu'il met des fonds en compte courant d'associé. La valeur de l'apport intégrée au capital est affectée à la protection des créanciers ce qui n'est pas le cas des primes ou encore des sommes d'argent laissées au compte courant

[198] Infra n° 488 et s.

d'associé. Mais que devient le montant du capital social lorsque les supports sortent de l'actif ? Les éléments de réponses à cette question seront apportés dans les développements qui suivent.

§ 2. Le montant du capital social face aux apports

69. Contrairement aux apports en numéraire qui ne représentent qu'une somme d'argent, les apports en nature sont variés. Il peut s'agir soit d'un bâtiment, d'un véhicule, d'un fonds de commerce, d'une clientèle, d'une créance etc. Au sein de ces différents apports, le législateur distingue les biens corporels de ceux dits incorporels. Ce qui est corporel peut être touché comme par exemple l'apport d'un bâtiment ou d'un véhicule[199]. Ce qui est incorporel ne peut être touché c'est alors un bien imaginaire qui représente tout de même une valeur économique au sein du patrimoine. Comme exemple d'apport en nature correspondant à un bien incorporel, on peut cite la créance. Cette créance correspond à un bien meuble incorporel lorsque l'objet auquel il s'applique constitue un meuble[200]. Il en est ainsi lorsque par exemple la créance porte sur la fourniture d'une marchandise. L'abandon volontaire de la créance par le créancier réalise l'apport en nature[201]. S'agissant des immeubles incorporels, l'alinéa 1 de l'article 526 du Code civil dispose que : *"Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : L'usufruit des choses immobilières"* Cela dit, si l'apport en usufruit porte sur un immeuble, alors cet apport constitue un immeuble incorporel. A l'intérieur des apports en nature, deux autres distinctions sont apportées d'abord entre les biens consomptibles et ceux dits non consomptibles puis entre les biens fongibles et ceux qui sont non fongibles. Le critère permettant de définir la première distinction c'est la consommation du bien. Lorsqu'il se consomme et se détruit dès le premier usage, le bien est dit consomptible et dans le cas contraire le bien est dit non consomptible. Quant aux biens fongibles, ce sont ceux qui peuvent se remplacer[202]. L'intérêt de ces deux dernières distinctions repose sur la restitution

[199] C'est également le cas de l'apport en numéraire.

[200] Art. 526 C. civ.

[201] Cet abandon est expresse. La société ouvre son capital social à ce créancier volontairement et le créancier abandonne sa créance en connaissance de cause.

[202] Ce n'est pas le cas des biens non fongibles.

du bien. En effet, la société peut être tenue de restituer le même bien lorsqu'il s'agit d'un bien non fongible ou d'un bien non consomptible. Dans le cas contraire, la société peut rembourser des équivalences. La question pourrait se poser lorsque l'apporteur en jouissance exige le remboursement de son apport. Toutefois, le point qui nous intéresse ici précisément c'est celui du devenir du capital social lorsque la société procède au remboursement de l'apport effectué par l'associé. Le capital social est-il restitué en cas d'apport temporaire effectué par un associé ? La formation du capital social reste un impératif légal en cours de constitution de la société[203] dans la mesure où il a pour mission de garantir la protection des créanciers. Or, le capital social correspond au montant des apports effectués par les associés lors de la constitution de la société[204]. Le rattachement du montant du capital social à ses supports n'a aucune importance dès lors que la société dispose à l'actif la valeur de l'apport restitué. C'est donc la valeur de l'apport qui est transférée définitivement au capital et non l'apport en lui-même **(B)**. Cette vision du capital social déconnecté des apports permet d'expliquer le maintien du montant du capital social lorsque l'apport est restitué à l'associé. Cependant, dans la plupart des cas, la valeur transférée au capital social trouve à l'actif son support lui-même transféré définitivement à l'actif **(A)**.

A. Le transfert définitif de l'apport et de sa valeur au capital

70. Le transfert définitif de l'apport et de valeur au capital résulte de l'apport en pleine propriété **(1)** et de l'apport en nu-propriété **(2)**.

1. L'apport en pleine propriété

71. **Le transfert de l'usus, le fructus et l'abusus à la société.** L'article 544 du Code civil créé par la loi de 1804 définit la propriété comme étant : *"le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue…"* Le texte annonce le contenu du droit de propriété. Il s'agit du *fructus* qui permet la jouissance directe ou le droit de percevoir les revenus du bien

[203] Art. 1835 C. civ.

[204] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable** 2008, 27ème éd. Francis Lefebvre, n° 3165, p. 1201.

en donnant en location par exemple. Le droit ne pas jouir de la chose doit être compris dans le *fructus*. Il s'agit aussi de l'*abusus* qui donne la possibilité au propriétaire de disposer de la chose soit en le vendant, soit en le consommant ou soit en le détruisant. Cependant, le législateur ne vise pas directement l'*usus*. C'est probablement parce qu'il semble virtuellement contenu dans le droit de jouir. La personne qui effectue un apport en pleine propriété transfert à la société ces trois droits à savoir l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*. En effet, l'alinéa 2 de 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."* Ainsi, comme un acheteur, la société devient plein propriétaire. Ce qui veut dire qu'elle peut user, jouir ou abuser de la chose. Le transfert de propriété s'opère jusqu'à la fin de l'existence de la société.

72. **Le transfert définitif de l'apport et de la valeur de l'apport au capital social.** L'apporteur transfert à la société la pleine propriété du bien et cela dès son immatriculation car elle acquiert une existence juridique qui lui confère une personnalité morale. Elle possède un patrimoine distinct de celui de ses membres à l'intérieur duquel on retrouve le capital social. Le bien change de propriétaire puisqu'il quitte le patrimoine privé de l'apporteur pour intégrer définitivement celui de la société. Celle-ci devient pleinement propriétaire du bien. Malgré tout l'associé reste tenu par la garantie des vices cachés et par la garantie d'éviction. Ces deux garanties découlent de l'alinéa 3 de l'article 1843-3 qui dispose que : *"Lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur."*.L'apport en pleine propriété est l'apport parfait et idéal pour la formation de la garantie des créanciers. Lorsqu'il est effectué en pleine propriété, le transfert de propriété est total. Autrement dit, l'apporteur ne pourra réclamer la restitution de l'apport en cours de vie sociale. L'apport en pleine propriété d'un bien n'est pas volatile car il ne disparaît pas dans les comptes de la société. Le capital social a donc tout le temps une valeur trouvant sa contrepartie à l'actif. En effet, représentant la valeur des apports en numéraire et en nature effectués par les actionnaires lors de la constitution de la société, le capital social s'exprime par un chiffre inscrit au passif du bilan[205]. La valeur de l'apport en pleine propriété est donc affectée définitivement au capital social pour garantir le remboursement des dettes sociales. Ainsi, l'apporteur souffre de la priorité des créanciers[206] dans le sens où il ne peut espérer

[205] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 392, p. 337.

récupérer sa mise qu'après satisfaction des créanciers. Il abandonne définitivement son apport au profit des créanciers et le capital social affiche définitivement cette valeur. Il en est également de même en cas d'apport en nu-propriété.

2. L'apport en nu-propriété

73. **Définition et distinction.** Le démembrement de propriété est une technique juridique qui peut être subie. Ce sera le cas en matière de succession prévue par l'article 757 du Code civil. Selon cet article, le conjoint survivant non divorcé recueille par sa volonté l'usufruit sur la totalité des biens existants. Cette technique pourrait ne pas être subie. En effet, l'article 579 du Code civil dispose que : *"l'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme"*. Une personne physique peut parfaitement démembrer son bien dans le cadre d'une succession, d'une donation entre vif ou encore dans le cadre d'une cession. Mais cette notion de démembrement de propriété doit être distinguée de l'indivision. Dans l'indivision, les propriétaires ont les mêmes droits sur le même bien et ne peuvent en profiter que de manière simultanée. Chaque indivisaire peut utiliser le bien et le partage reste possible soit en nature soit en valeur et nul ne peut s'y opposer si l'un des indivisaires le demande. Le démembrement de propriété entraîne la constitution de deux droits réels à savoir l'usufruit et la nue propriété qui s'exerce distinctement et indépendamment sur un même bien. Le partage des droits se fait au moment du démembrement. Pendant la période du démembrement chacun peut disposer de son droit. Le nue propriétaire peut vendre son droit de même que l'usufruitier.

74. **Le nu-propriétaire : véritable propriétaire d'un bien démembré.** Le droit français définit la propriété comme étant *" le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue"*[207]. Le plein propriétaire est celui qui réunit entre ces mains non seulement le droit de jouir mais également le droit de disposer de la chose. Ainsi, démembrer la propriété serait comme le mot l'indique éclater la propriété. Il s'agit donc de répartir entre des individus le droit de jouissance et le droit de disposer. Cela suppose alors une répartition des deux droits entre deux personnes à savoir l'usufruitier et le nu-propriétaire. Mais qui des

[206] X. LAGARDE, L'acte d'investissement *in* les concepts émergents en droit des affaires, sous la direction E. LE DOLLEY, avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, postfaces de J. - L. BERGEL et TH. BONNEAU, Droit & économie, Direction M. - A. FRISON-ROCHE, LGDJ, éd. 2010, n° 8, p. 288.

[207] Art. 554 C. civ.

deux personnes détient véritablement la propriété ? Aux termes de l'article 578 du Code civil[208], *"L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance."* On pourrait déduire de cet article que le propriétaire d'un bien démembré reste le nu-propriétaire. La formulation légale n'est pas assez précise puisque le nu-propriétaire n'est pas directement visé. Mais comme nous l'avons indiqué, le démembrement de propriété suppose l'existence de deux personnes l'usufruitier qui possède le droit d'usufruit et le nu-propriétaire qui dispose de la nue-propriété. Cela dit, puisque l'article 578 précité ne vise expressément que l'usufruit, le propriétaire dont il fait allusion ne peut être que le nu-propriétaire. Cette idée que le propriétaire du bien sur lequel porte la jouissance de l'usufruit soit le nu-propriétaire a été développée par plusieurs auteurs[209].

75. **Les inconvénients de l'apport en nu-propriété.** En démembrant son bien, une personne pourrait décider de rester usufruitière et d'apporter à la société la nue-propriété. Cette stratégie reste possible puisqu'elle n'est pas interdite par la loi. A priori, cet apport n'est pas bénéfique pour la société dans l'immédiat. En effet, en théorie, elle ne pourra pas l'exploiter car l'apport est mis à la disposition uniquement de l'associé usufruitier. S'il s'agit d'un immeuble par exemple, la société ne pourra même pas s'installer ni mettre en location et percevoir des loyers car l'usage de cet immeuble est destiné à l'associé usufruitier. Aussi, le législateur interdit au nu-propriétaire de disposer de la chose. En effet, l'alinéa 1 de l'article 599 du Code civil dispose que *"Le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier."* Or, le démembrement de propriété est censé transféré au nu-propriétaire l'*abusus* c'est-à-dire le droit de disposer de la chose. Ce texte interdit dans une certaine mesure, le nu-propriétaire de disposer de la chose. Ce qui paraît logique car le démembrement de propriété opère une division de la propriété. Le nu-propriétaire ne peut plus à sa seule initiative décider de vendre le bien puisqu'il ne possède plus le *fructus* et l'*usus.* En pratique, le propriétaire d'un immeuble ne prendra pas le risque d'apporter son immeuble dans une société commerciale pour éviter qu'il ne soit le gage des créanciers. Cet apport est généralement effectué au sein des sociétés civiles pour des raisons

[208] Créé par la loi 1804 - 01 - 30 promulguée le 9 février 1804.

[209] A. VIANDIER, **La notion d'associé**, th. LGDJ 1978, n° 248 et s. ; M. GERMAIN, *in* Ripert et Roblot, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1152 ; B. DONDERO, Du possible refus, par la Cour de cassation, de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux, note sous Cour de cassation (3e civ.) 29 novembre 2006, Mme Denise Lenaerts, épouse Candelot, *Rev. soc.* 2007, p. 319.

patrimoniales. La société civile étant constituée uniquement dans le but de gérer le patrimoine privé. L'apport de la nue-propriété d'un immeuble à une société civile sera suivi d'une donation des parts de la société créée aux enfants[210]. L'opération permet d'éviter l'indivision entre les enfants puisque ces derniers deviendront les associés de la société civile[211]. Chacun détiendra des parts sociales en pleine propriété.

76. **Les avantages théoriques de l'apport en nu-propriété.** D'abord, l'article 595 du Code civil dispose que : *"L'usufruitier peut…vendre ou céder son droit à titre gratuit."* Ce texte veut dire que l'usufruitier peut vendre son droit d'usufruit. Cette possibilité est aussi reconnue au nu-propriétaire. Autrement dit, la société peut décider de vendre son droit et recueillir les fonds qu'elle pourra réinvestir. Il y a là un avantage économique de l'apport en nu-propriété. Ensuite, l'usufruit au regard de l'associé est un droit viager ou temporaire. En effet, l'article 617 du Code civil dispose que : *"L'usufruit s'éteint : Par la mort de l'usufruitier ; Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé"* Ce texte expose les causes d'extinction de l'usufruit. Dans le premier cas, si la société ne dispose pas de son droit de nu-propriétaire, elle devient plein propriétaire à la mort de l'associé. La reconstitution de la pleine propriété entre *les mains* de la société dépend tout de même de la longévité de l'associé. La deuxième cause d'extinction est en rapport avec l'usufruit temporaire. Dans ce cas, la société devient plein propriétaire au terme de l'usufruit. Il en sera ainsi lorsque le contrat d'apport stipule que l'usufruit est temporaire pour une certaine durée.

77. **Le transfert définitif de l'apport en nu-propriété au capital social.** Par rapport à la formation du capital social, l'apport en nu-propriété ne pose aucun problème. Le capital social est constitué de la valeur de la nue-propriété au moment de l'apport. Cette valeur est transférée définitivement au capital social. Et puisque la société a vocation à devenir plein propriétaire, le capital social prend de la valeur. En effet, au terme de l'usufruit, la valeur de ce droit est censée être intégrée au capital social. Cela dit, l'apport en nu-propriété n'est donc ni temporaire ni volatile. Il a vocation à demeurer au sein de la société et accroître la

---

[210] J. AULAGNIER, **Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine**, préf. J. BATTUT, Institut notarial du patrimoine, Guide juridique et fiscal, Maxima, 1994, p. 138 ; R. GENTILHOMME, **Démembrement de propriété et société civile**, Préf. H. HOVASSE, Collection référence première, éd. EFE. 1997, n° 22, p. 17 ; P. FERNOUX, **Gestion fiscale du patrimoine**, Collection pratiques d'experts, Groupe revue fiduciaire, Collection dirigée par J. P. CASIMIR, 15ème éd. 2010, p. 552, stratégie 2.

[211] Ibidem.

composition du capital social. Le nu-propriétaire est le véritable propriétaire d'un bien démembré puisqu'il a vocation à devenir plein propriétaire. La pleine propriété de la société se reporte soit à la mort de l'usufruitier soit au terme de l'usufruit.

Nous constatons que les apporteurs en pleine propriété et en nu-propriété transfèrent définitivement leurs apports. Puisque l'associé ne peut récupérer son apport, le capital social trouvera à l'actif le support correspondant au montant intégré en son sein. Mais pour certains apports, ce rattachement n'a pas d'importance puisque malgré la restitution de l'apport, le capital social continue d'afficher la valeur de l'apport dès lors qu'il y a une valeur correspondant à l'actif.

B. Le transfert définitif au capital de la valeur des apports effectués temporairement

78. L'apport n'est pas toujours transféré définitivement dans les comptes de la société. En effet, si l'apport en propriété est définitivement affecté dans les comptes de la société, il n'en est pas de même des apports en jouissance et en usufruit. Alors comment le capital social peut-il jouer efficacement son rôle de garantie de créanciers si le montant intégré en son sein n'a plus son support à l'actif ? Dans les développements qui suivent, nous verrons que la valeur intégrée au capital n'est pas restituée à l'apporteur et que c'est seul l'apport en jouissance **(1)** ou l'apport en usufruit qui l'est **(2)**.

1. L'apport en jouissance

79. **Les droits portant sur la jouissance d'une chose.** La mise à disposition d'un apport peut se faire en pleine propriété ou en jouissance. Dans le dernier cas, la société se sert de la chose sans avoir la qualité de propriétaire[212]. L'apporteur en jouissance reste donc propriétaire[213]. Les risques de perte et de détérioration de la chose incombent à l'apporteur.

[212] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial,** 2ème vol. les sociétés, par du E. PONTAVICE et J. DUPICHOT, 1ère partie : Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes, Montchrestien, 3ème éd. 1981, n° 378.

Cet apport ne donne à la société qu'un droit personnel contre l'apporteur dans le sens où elle peut exiger de celui-ci la jouissance libre du bien. En effet, l'article 1843-3 alinéa 4 Code civil dispose que : *"Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur."*. Ainsi, l'apport en jouissance fait penser au bail[214]. En effet, le bailleur reste propriétaire du bien mis en location. Le locataire jouit seulement de la chose mise à leur disposition. Cette comparaison est vraie lorsque le bien sur lequel porte la jouissance porte sur un corps certain. Mais lorsque la jouissance porte sur une chose fongible, l'apport opère un transfert de propriété du fait de la disparition matérielle de la chose dès la première utilisation par la société. La société est tenue de supporter les risques et doit restituer l'équivalent de l'apport au terme de la jouissance.

80. **La restitution de l'apport en jouissance en cours de vie sociale et le maintien de sa valeur au capital social.** Le législateur n'exclut pas l'apport en jouissance du capital social. En effet, seuls les apports en industrie n'incorporent pas le capital social au regard de l'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil. Cela dit, l'apport en jouissance intégré au capital social perturbe la vision de l'utilité de l'apport par rapport au capital social gage des créanciers. L'apport en jouissance n'est pas définitif puisqu'il reste temporaire. La mise à disposition du bien peut être décidée pour une durée limitée. Au terme de la jouissance, l'associé n'est plus tenu de transférer ce droit. Il pourrait récupérer son apport. En admettant la récupération de l'apport en cours de vie sociale, le capital social est privé de l'un de ses supports. Il n'a plus à l'actif le bien correspondant à sa valeur. L'apporteur récupère son apport qui échappe complètement aux créanciers. Le capital social perd un élément à l'actif correspondant à une partie d'elle. C'est pourquoi une partie de la doctrine considère qu'il est impossible de concevoir l'intégration de cet apport au capital social[215]. Cette interdiction doit permettre : *"d'assurer que le capital social corresponde à une valeur certaine et réelle, et non pas à une coquille vide, pour être à même de remplir efficacement les missions qui lui sont assignées"*[216]. Une autre partie de la doctrine considère que l'apporteur en jouissance perd son

[213] CH. REYNAUD et P. PUYRAVEAU, Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité, *in* Mélange en l'honneur de DANIEL BASTIAN, T1, Droit des sociétés, Librairies Techniques, 1974, n° 25.

[214] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 116, p. 56.

[215] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 67 à 68.

[216] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 131, p. 148.

apport si avant l'arrivée du terme, la société fait faillite[217]. L'apport en jouissance entre alors dans l'actif social à liquider ou à partager. L'apporteur perd dans ce schéma toute possibilité de récupérer son apport en nature parce qu'il participe à la garantie des créanciers. Cette doctrine vient contredire un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence rendu le 31 mai 1951 qui disait que même si la société venait à déposer le bilan, l'apporteur reprend avant tout partage son apport[218]. Malgré tout, la position doctrinale n'est pas satisfaisante car elle n'exclut pas la possibilité de retrait de l'apport en cours de vie sociale. Dans tous, les cas, le capital social continue toujours d'afficher sa valeur initiale. Il n'est pas réduit et la société doit disposer à l'actif d'un autre support.

2. L'apport en usufruit

81. **L'apport en usufruit : un apport dont la valeur est intégrée au capital social.** Le propriétaire d'un bien pourrait apporter l'usufruit à la société[219]. La constitution d'un usufruit susceptible d'être apporté en société pourrait se faire sur n'importe quel bien. La valeur de l'apport en usufruit intègre le capital social compte tenu des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil qui n'excluent que l'apport en industrie. Contrairement à l'apport en nu-propriété, l'apport en usufruit profite immédiatement à la société. Si par exemple, l'apport porte sur un immeuble, la société pourra installer ses bureaux ou le mettre en location pour profiter des loyers. En pratique, cette technique reste très peu répandue. La technique de l'apport est évitée au profit de la cession de l'usufruit à la société[220]. La cession est effectuée au profit d'une société exploitante commerciale qui emprunte la somme nécessaire à cette acquisition[221].

---

[217] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 545, p. 65.

[218] CA. Aix, 31 mai 1951, *JCP* 1952, II, 6792, note D. BASTIAN.

[219] C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance**, préf. J. PRIEUR, LGDJ 1994, n° 166, p. 171 ; A. BOUGNOU, Théorie des apports : notion d'apport en société, *Juris. Class. Soc.,* n° 84 ; H. BLAISE, **L'apport en société,** Sirey Paris 1995, n° 143 ; R. GENTILHOMME, **Démembrement de propriété et société civile**, op. cit., n° 49, p. 28.

[220] J. AULAGNIER, **Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine**, op. cit., p. 183 ; P. FERNOUX, **Gestion fiscale du patrimoine**, op. cit., p. 555, stratégie 3.

[221] Ibidem.

82. **L'apport en usufruit : un apport temporaire.** Ce droit d'usage et de jouissance est-il définitif ? Nous l'avons précédemment souligné, l'usufruit au regard de l'associé est un droit viager ou temporaire. En effet, l'article 617 du Code civil dispose que : *"L'usufruit s'éteint : Par la mort de l'usufruitier ; Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé"* Le droit d'usufruit s'éteint à la dissolution de la société, fût-elle anticipée puisque ce droit est viager. Dans ce cas, le droit d'usufruit pourrait être considéré comme étant définitivement acquis dès lors qu'il est transféré. Toutefois, la durée maximale légale d'une société est de 99 ans. C'est pour concilier le caractère viager de l'usufruit et l'exceptionnelle longévité des personnes morales, que le législateur a prévu une durée légale de l'apport en usufruit en société. Ainsi, conformément à l'article 619 du Code civil, cette durée est portée à 30 ans. L'apport en usufruit est donc un apport temporaire. Il n'est censé duré que 30 ans. Il n'empêche que l'associé pourrait le renouveler.

83. **La volatilité de l'apport en usufruit et le maintien de sa valeur au capital social.** L'achat d'un usufruit par la société n'a aucun effet sur le capital social puisque se sont les fonds propres autres que le capital social qui vont servir à l'achat. La valeur du bien acheté en usufruit ne sera pas incorporée au capital social car la société ne peut faire un apport au capital social à son propre compte. Cela dit, pendant la période de l'usufruit, la société pourra exploiter son droit d'usufruit et au terme de l'usufruit, la pleine propriété sera reconstituée dans le patrimoine du vendeur sans incidence sur la composition du capital social. Tel n'est pas le cas de l'apport en usufruit d'un bien. On pourra illustrer cela à partir d'une affaire ayant donné lieu à contentieux fiscal[222]. Il s'agissait en l'espèce d'une SA qui exploitait à Poitiers un hôtel-restaurant affilié à la chaîne Campanile. Pour rassurer banquiers et créanciers, le président de la société lui fait un apport en usufruit pour une durée de dix ans, de 4 220 actions de la société de champagne Louis Roederer qu'il possédait à titre personnel. La valeur de l'apport en usufruit correspondant à 4 220 actions a donc été incorporée au capital social. Ce qui a entraîné naturellement l'augmentation de capital. Or, sur le plan comptable, la SA pratiquait chaque année un amortissement de 10% sur la valeur de l'usufruit inscrit à l'actif du bilan parmi les valeurs immobilisées. Cet amortissement ne faisait que constater la perte de valeur de l'usufruit au fur et à mesure de l'écoulement du temps. A la dixième année, l'usufruit ne valait plus rien parce que le terme du contrat d'apport était arrivé à échéance. Le

[222] Trib. adm. Poitiers, 21 nov. 1996, *RJF.* 1997, n° 7.

problème est que le capital social est composé de la valeur de cet apport. Le législateur n'exclut pas l'incorporation de l'apport en usufruit au capital social. Or, dans notre cas, tout se passe comme si l'associé récupérait sa mise puisque la pleine propriété des parts est reconstituée entre les mains du Président. Le capital social reste certes fixe, mais il n'a plus à l'actif la valeur de l'usufruit. On pourrait penser à l'annulation des titres qui rémunéraient l'apport et réduire par conséquent le capital. Cela permettrait de rétablir une réalité au capital social devenu fictif puis qu'il n'a plus à l'actif l'un des montants correspondant à une partie de son chiffre. Pourtant la règle n'est pas celle là. La société n'a en effet ni la possibilité, ni le droit de procéder à cette réduction du capital social et à l'annulation des titres détenus par l'associé. Sauf dans l'hypothèse où l'apporteur et les autres se mettent d'accord pour lui racheter ses parts contre un paiement d'un prix correspondant à la valeur de l'usufruit mis à la disposition de la société. A défaut, l'apporteur restera associé et donc continuera à faire valoir ses droits dans et contre le groupe. Contrairement à l'apport en nu-propriété, l'apport en usufruit est volatile. Il disparaît des comptes de la société alors même que le capital social continue d'afficher la valeur de cet apport.

Ainsi, nous constatons que les apports ne sont toujours pas définitivement affectés à la garantie des créanciers. Il en est ainsi des apports en jouissance et des apports en usufruit. Ces apports échappent complètement à l'action des créanciers dès lors qu'ils ont réintégré le patrimoine privé des associés. Toutefois, le capital social continue d'afficher leur valeur. C'est pourquoi le capital social a été défini comme étant *"la valeur des apports effectués par les associés, et non les apports eux-mêmes"*[223]. Mais, pour pouvoir remplir son rôle de garantie des créanciers, la société doit avoir à l'actif un bien correspondant pour éviter que le capital social ne soit fictif. Même s'il n'a plus son support initial, les comptes de la société doivent permettre au capital social d'être réel. C'est en cela que le capital social est utile dans la garantie des créanciers dans la mesure où *"le chiffre du capital social inscrit au passif du bilan bloque à l'actif des valeurs d'un montant correspondant"*[224]. C'est pourquoi on dit du capital social qu'il ne correspond pas à *"des biens individualisés"*[225]. Ce sont les éléments

[223] T. BONNEAU, La diversification des valeurs mobilières et ses implications en droit des sociétés, op. cit., p. 543.

[224] F. GORE, La notion de capital social, op. cit., n° 22.

[225] Ibidem.

composant l'actif qui sont *"saisissables"*[226] et non le capital social mais, le montant du capital social doit trouver son équivalence à l'actif même si ces supports initiaux ont disparu.
Après avoir vu comment le capital social est constitué par la valeur des apports, il ne reste plus qu'à voir comment la valeur des apports en nature intègre le capital social. En effet, la valeur de l'apport en numéraire ne pose pas problème puisqu'elle est indiquée sur ce bien. Il n'en est pas de même des apports en nature. Pour être intégré au capital social, l'apport en numéraire doit faire l'objet d'une évaluation. Alors qu'en est-il de cette évaluation ? Les textes régissant cette évaluation évitent-elle l'évaluation excessive voire frauduleuse ?

Sous-section 2. L'évaluation des apports en nature

84. Les apports en numéraire ne posent aucun problème quant à leur évaluation puisque la valeur de ces apports est affichée sur le billet de banque. Les apports en nature ne possèdent pas cet avantage. Ainsi, puisqu'ils doivent être intégrés au capital social, une valeur doit leur être attribuée. En effet, le capital social correspond à un chiffre[227] alors tous les apports concernés par le capital doivent être chiffrés. C'est d'ailleurs ce qui justifie jusqu'à présent l'exclusion des apports en industrie compte tenu de leur caractère inchiffrable[228]. Toutefois, *"celui qui apporte n'est pas un philanthrope et… il a le droit et même le devoir s'il est administrateur d'une société d'obtenir, … le prix maximum de son apport*"[229]. L'apporteur en nature présente donc *une marchandise* à la société avec l'espoir de faire une affaire. Pour vérifier l'offre de l'apporteur qu'il pourrait présenter de manière flatteuse, en fonction des formes sociales, le législateur prévoit une évaluation des apports en nature. Cette procédure s'étend aux avantages particuliers afin d'éviter une attribution exagérée des droits financiers[230]. En effet, les associés sont par principe égaux[231] mais l'attribution d'avantage

[226] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 86, p. 96.

[227] F. GORE, La notion de capital social**,** op. cit., n° 22.

[228] Nous contestons cette idée, v. infra n° 322 et s.

[229] J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, *D.* 1974, Chron. p. 97.

[230] Ces avantages confèrent plusieurs droit notamment un dividende préciputaire prélevé en priorité, un dividende cumulatif reportable en cas d'insuffisance de bénéfices distribuables ou un prélèvement prioritaire sur le boni de liquidation.

particulier[232] remet en cause cette égalité[233]. C'est la raison pour laquelle le législateur soumet à évaluation les avantages particuliers. Mais, cette extension de procédure ne garantie pas la protection du capital social mais plutôt celle des associés. C'est la raison pour laquelle, ce point n'est pas abordé dans l'évaluation des apports. Seule l'évaluation des apports en nature intéresse ce point. La valeur retenue de l'apport en nature doit être réelle autrement le capital social risque d'être fictif. Alors les règles régissant l'évaluation des apports en nature évitent-elles la fictivité du capital social ? C'est ce que nous verrons dans les développements qui suivent sur l'évaluation libre c'est-à-dire celle émanant des associés **(§ 1)** et sur l'évaluation contrôlée émanant d'un expert **(§ 2)**.

§ 1. L'évaluation libre des apports en nature

85. Nous chercherons à savoir si l'évaluation libre des apports en nature c'est-à-dire celle faite en l'absence d'un expert évite-t-elle la fictivité du capital social. Ainsi, ce sont les associés qui sont chargés d'évaluer les apports en nature avant d'incorporer la valeur au capital social **(A)**. Pour se faire, une méthode d'évaluation leur est imposée par la loi[234] **(B)**.

A. L'évaluation des apports en nature par les associés

86. **La nécessité d'évaluer les apports en nature.** Lorsque l'on apporte un billet de banque au capital social, la valeur de l'apport est indiquée sur le billet. Il peut s'agir soit de 10€, 50€ et s'il y a plusieurs billets, *n'importe qui* peut faire l'addition de ces billets. Ce qui n'est pas le cas de l'apport en nature. La valeur de l'apport en nature doit être précisée. Le capital social, réceptacle de la valeur des apports correspond en réalité à un chiffre. Les biens qui y sont incorporés doivent être chiffrés. Dans ce sens le Plan comptable de 1947 affirmait que : *"le capital social est la valeur ... des éléments mis à la disposition de l'entreprise par le*

[231] Infra n°

[232] Art. L225-8 et L225-12 C. com.

[233] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 488, p. 238.

[234] Les commissaires aux apports sont également tenus de suivre cette méthode.

propriétaire ou les associés, sous forme d'apports en espèces ou en nature."[235]. Le capital social reste donc un chiffre et c'est pourquoi le législateur prescrit aux sociétés d'évaluer les apports en nature. En effet, l'alinéa 1 de l'article L223-9 du Code de commerce applicable aux sociétés à responsabilité limitée dispose que : *"Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature."* La même prescription apparaît à l'article L225-14 du même Code applicable à toutes les sociétés par actions au regard des articles L226-1 et L227-1 qui n'excluent pas l'application de ce texte. Les sociétés à risque illimité ne sont pas soumises à cette obligation puisque aucun texte ne le prévoit. Mais cela ne veut pas dire qu'elles ne doivent pas évaluer les apports en nature. L'article 1835 du Code civil impose que le montant du capital social apparaisse dans leurs statuts. Si l'apport en nature est effectué, il est évident qu'elles sont tenues de l'évaluer puisque cet apport ne comporte pas de chiffre en son sein.

87. **L'évaluation de l'apport en nature par les associés dans les sociétés à risque illimité.** Dans les sociétés à risque illimité, l'évaluation des apports en nature pourrait être effectuée par les associés. Il s'agit principalement des sociétés en nom collectif, en commandite simple et des sociétés civiles. Les associés peuvent parfaitement décider d'évaluer les apports en nature afin de leur attribuer une valeur. Cette possibilité résulte de l'absence de texte imposant une évaluation émanant d'un expert.

88. **L'évaluation difficile de l'apport en nature par les associés dans les sociétés à responsabilité limitée.** L'absence d'imposition d'un commissaire aux apports dans certains cas rapproche la société à responsabilité limitée des sociétés à risque illimité. En effet, l'alinéa 2 de l'article L223-9 du Code de commerce qui dispose que : *"Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède 7 500 euros et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital."* Le texte institue trois conditions pour que les associés évaluent les apports en nature. La première condition concerne la majorité des voix qui s'exprimeront en faveur de l'absence de recours du commissaire aux apports. Toutes les voix doivent aller dans ce sens, c'est la manifestation de l'unanimité. Si l'un des associés refuse cette décision, l'évaluation par un expert s'impose dans le cas contraire l'apport pourra être évalué par les associés. Pour ce faire, il faut en plus que les deux autres conditions soient

[235] F. GORE, La notion de capital social**,** *in* étude offertes à R. RODIERE, Dalloz, 1981, p. 85, n° 3.

remplies. La première, la valeur d'aucun apport en nature ne doit excéder 7 500€. Pour mette en application cette condition, il faut prendre isolément chaque apport en nature pour comparer individuellement leur valeur par rapport au montant indiqué. C'est l'ancien capital social minimum, qu'imposait la loi du 24 juillet 1966 aux sociétés à responsabilité limitée et convertis en euro par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, qui constitue la limite à ne pas dépasser pour chaque apport. Si, l'un des apports dépasse ce montant, le recours d'un commissaire aux apports semble être obligatoire. Dans le cas contraire, les deux premières conditions satisfaites restent tout de même insuffisantes. C'est l'emploi de la conjonction de coordination *"et"*, à travers l'alinéa 2 de l'article L223-9 précité, qui laisse penser que ces trois conditions sont cumulatives. En effet, juste après avoir énoncé la deuxième condition, le législateur utilise ce lien pour annoncer la dernière condition. Pour écarter les services d'un expert de l'évaluation des apports en nature, il faut enfin que l'addition des valeurs des apports en nature ne dépasse pas la moitié du capital social fixé statutairement.
Au regard de toutes ces conditions cumulatives énoncées à l'alinéa 2 de l'article L223-9 précité, il est quand même difficile de mettre à l'écart un commissaire aux apports dans une société à responsabilité limitée contrairement aux sociétés à risque illimité. Il est quasiment certain que l'unanimité ne pourra pas être remplie s'il y a des apporteurs en numéraire. Le partage des droits et obligations en dépend. Même si cette condition est satisfaite, il n'est pas certain de remplir les autres s'il y a plusieurs autres apporteurs en nature. Ces apports pourraient facilement dépasser l'ancien capital social minimum des sociétés à responsabilité limitée. En outre, depuis la loi sur l'initiative économique du 1er août 2003, le capital social minimum n'est plus imposé, les associés peuvent symboliquement fixer ce montant. Ainsi la limite de la troisième condition pourrait être dépassée.

Les règles applicables à l'évaluation des apports en nature sont hétéroclites. Au sein des sociétés à risque illimité, aucune règle n'est imposée mais il en est autrement au sein des sociétés à risque limité à savoir la SARL. L'évaluation libre n'est possible que sous certaines conditions qui nous paraissent tout de même difficile à remplir. Mais, s'il arrivait que les conditions soient remplies, alors comment les associés procèdent-ils à l'évaluation des apports en nature pour éviter que le capital social ne corresponde pas à la réalité des apports ? C'est ce que nous verrons dans les développements qui suivent consacrés à la méthode d'évaluation.

B. La méthode d'évaluation des apports en nature

89. **L'évaluation des apports en nature en fonction de leur *valeur réelle*.** L'évaluation des apports consiste, à partir d'une méthode, à donner une valeur exacte aux apports en nature. Quelle est la méthode d'évaluation des apports en nature recommandée notamment aux associés qui ne sont pas nécessairement des professionnels de l'évaluation des biens ? Dans la première section intitulée *"Des infractions relatives à la constitution"* du chapitre II du titre IV titré *"Dispositions pénales"* du Livre II du Code de commerce, il est fait référence de la notion de *valeur réelle*. En effet, l'article L241-3 applicable à la SARL dispose qu" : *"Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :1° Le fait, pour toute personne, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle"*. La même recommandation existe pour les sociétés de capitaux[236]. L'évaluation des apports en nature à leur *valeur réelle* s'impose aux associés des SARL au risque de subir une sanction.
Mais que faut-il entendre par valeur réelle ?
Le législateur vise cette notion que pour définir le cas dans lequel la sanction pénale pourrait être prononcée. Cela dit, il n'y a aucun article qui définit la notion de *valeur réelle*. L'absence de précision des textes s'explique par le fait que l'évaluation d'un apport en nature reste une tâche très complexe et technique. Il parait difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui iraient à l'encontre du but de la protection des associés et des tiers[237].

90. **La contribution jurisprudentielle sur la définition de la valeur réelle.** La jurisprudence considère d'abord que l'apport en nature doit être estimé selon un critère objectif c'est-à-dire une valeur aussi proche que possible de la valeur vénale ou du marché. Celle-ci correspond au prix de vente que l'apporteur aurait obtenu du bien s'il l'avait vendu au lieu de l'apporter[238]. Cependant, cette valeur doit être corrigée car l'apporteur ne reçoit pas un prix dont il peut disposer, mais des droits sociaux dont la valeur dépendra de la prospérité de la société. Ensuite, l'évaluation des apports en nature pourrait également être déterminée en

[236] Art. L242-2, 4° C. com.

[237] Rép. Min., *RTD com.* 1974, p. 302, n° 2.

[238] J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, art. préc. p. 99.

fonction des critères subjectifs[239]. Par exemple, lors d'une prise de contrôle d'une société par une autre, il reste difficile de prétendre qu'il y a marché. En effet, lorsqu'une société se laisse contrôler par une autre, elle lui vend une partie de son capital social, mais en revanche, elle retire certains avantages qui ne sont pas forcément monnayables. Dans cette hypothèse, préconise le député CHAMBON : "*Il faut alors tenir compte de l'intérêt que peuvent avoir les apports pour la société contrôlée*"[240]. Pour cela, il faudra faire confiance aux dirigeants des sociétés qui sont des hommes dynamiques, possédant non seulement le sens des affaires mais également l'expérience et le savoir-faire. Le Tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire des frères WILLOT, n'a pas rejeté cette conception dite subjective. En effet, il affirmait que : *"Si les dirigeants de la société apporteuse et de la société réceptrice ont débattu contradictoirement et librement de la valeur de ces apports et de leur rémunération, on ne saurait leur faire grief de les avoir valorisés en considération de l'intérêt économique né du rapprochement des deux entreprises, surtout s'agissant d'entreprises industrielles*"[241]. Ainsi la conception subjective se fonde sur l'observation que les apports sont effectués à l'occasion d'une opération déterminée, spécifique, réalisée dans la perspective le plus souvent d'un rendement ou d'une rentabilité accrue. En conséquence, les motivations de l'opération permettent légitimement de valoriser ces apports de façon sensible. La prise en compte des critères objectifs puis subjectifs révèle la difficulté de chiffrer un apport en nature. Peu importe la formule utilisée pour le calcul de la valeur d'un bien, il demeure impossible de déterminer avec certitude la valeur exacte d'un bien étant donné le caractère relatif et aléatoire de la valeur d'un bien. En effet, les apports en nature représentent le plus souvent des biens qui comme les immeubles ou le fonds de commerce, ne font pas l'objet d'un prix de marché indiscutable[242]. C'est la raison pour laquelle la Haute juridiction laisse toute liberté aux évaluateurs de choisir leur méthode d'évaluation tout en préférant tout de même le critère objectif renvoyant à la valeur vénale ou marchande des biens apportés[243].

---

[239] Cass. crim. 12 avr. 1976, *JCP* 1977, II, 18523, note Y. GUYON ; *Rev. soc.* 1977, p. 293, note B. BOULOC.

[240] Rép. Min., *RTD com.* 1974, op. cit., n° 15.

[241] TGI. Paris, 16 mai 1974, *Rev. soc*. 1975, p. 657, note B. O. ; *RTD com.* 1976, p. 579, obs. R. HOUIN ; CA. Paris, 3 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, 1, p. 8, note A. P. S. ; J. LACOSTE, Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache - Willot, *JCP* CI 1975, II, 11855.

[242] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 105.

[243] Cass. crim. 12 avr. 1976, *JCP* 1977, II, 18523, note Y. GUYON ; *Rev. soc.* 1977, p. 293, note B. BOULOC.

Nous constatons que lorsque les associés décident d'évaluer les apports en nature, les textes imposent de prendre en compte sa valeur réelle et la jurisprudence recommande également cela bien qu'elle reconnaisse la difficulté à évaluer ces apports. Cette méthode évite que le capital social ne corresponde pas à une valeur fictive. Et il en est de même lorsque l'évaluation est faite par un expert.

§ 2. L'évaluation des apports en nature par un expert

91. Les apports en nature effectués au sein des sociétés à risque limité ne peuvent être évalués que par un expert. Le recours à un expert de l'évaluation pourrait permettre de diminuer les risques de surévaluation des apports en nature. En effet, c'est un technicien de l'évaluation doté de larges pouvoirs d'investigations[244]. En outre, il agit sous sa propre responsabilité[245]. Mais, son indépendant doit être garantie pour éviter qu'il ne favorise les intérêts des associés apporteurs en nature au détriment des apporteurs en numéraire. Mais, également, cette indépendance assure la réalité du capital social. Or, nous verrons que les règles applicables à la désignation d'un commissaire aux apports ne garantissent pas toujours son indépendance. En effet, ces règles sont plus souples dans certaines formes sociales à risque limité **(A)** et plus contraignantes dans d'autres **(B)**.

A. Les règles contraignantes de désignation du commissaire aux apports

92. **Les conditions de majorité au sein des SARL.** La loi du 7 mars 1925 instituant les sociétés à responsabilité limitée ne prévoyait nullement l'intervention d'un professionnel aux apports dans ce type de société. C'est la loi du 24 juillet 1966 qui établie une procédure d'évaluation analogue à celle prévue pour la constitution des sociétés anonymes ne faisant pas offre au public[246]. Le législateur recommande l'évaluation des apports en nature par un

[244] CA. Aix, 14 mars 1984, *Bull. cons. nat. com. cptes*. 1984, p. 334, note E. Du PONTAVICE cité par Y. GUYON, ouvrage préc., n° 105, p. 106.

[245] Cass. com. 26 mai 1983, *Bull. civ*. IV, n° 153, p 134.

[246] H. BLAISE, *Rép. soc.* 1990, v. Apports, n° 480.

commissaire dans cette forme sociale. C'est une prescription de l'article L223-9 du Code de commerce qui dispose que : *"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 du futur associé le plus diligent."* Le recours d'un commissaire aux apports pour l'évaluation des apports en nature est une recommandation. Si cette option est choisie, les associés désignent l'expert à l'unanimité. Tous les associés doivent approuver ce choix, on parle de la règle de l'unanimité. Cette nomination évite le recours d'un expert complaisant. Le législateur s'assure ainsi que les valeurs attribuées aux apports en nature ne seront pas frauduleuses. La réalité du capital social en dépend. Si le choix du commissaire est contesté par l'un des associés, la nomination ne relève plus de la compétence des associés. N'importe lequel des associés est habilité à saisir les juges afin qu'ils puissent procéder à la nomination de l'expert. Cette procédure évite aussi la désignation d'un commissaire aux apports de complaisance. Même dans une société à responsabilité limitée, les conditions de nomination du commissaire aux apports garantissent sa neutralité et réduisent les risques de surévaluation.

Dans le cas d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée, le législateur recommande l'évaluation des apports en nature par un commissaire. L'associé unique désigne l'expert conformément aux dispositions de l'alinéa 3 de l'article L223-9 précité[247].

93. **Les sociétés offrant leurs titres au public.** Les sociétés par actions sont celles dont le capital social est divisé en actions[248]. Dans les sociétés par actions, les règles applicables à l'évaluation des apports en nature dépendent de la notion d'offre au public. Cette notion d'offre au public a été introduite par l'ordonnance du 22 janvier 2009 pris en application de la loi dite LME du 4 août 2008. La notion d'appel public à l'épargne supprimée comprenait, à la fois, l'admission aux négociations d'instruments financiers sur un marché réglementé et l'offre au public d'instruments financiers. La notion d'offre au public n'intègre désormais que les sociétés procédant à une simple offre au public. Elles ne se voient plus imposer d'obligations drastiques du régime à l'admission aux négociations de titres financiers

[247] *"Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues à l'alinéa précédent sont réunies."*

[248] Art. L225-1C. com.

sur un marché réglementé. Seuls sont soumis à un statut permanent les émetteurs dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé[249]. Parmi les sociétés par actions autorisées à faire une offre au public, il y a la société anonyme et la société en commandite par actions. La société par actions simplifiées est exclue. En effet, Cette interdiction est instituée par l'article L227-2 du Code de commerce qui dispose clairement que : *"La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions."* Les règles sur l'évaluation de l'apport en nature qui vont suivre ne s'appliquent donc pas à cette forme sociale. Le législateur prévoit qu' : *"En cas d'apports en nature comme au cas de stipulation d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux.[250]"* La nomination du commissaire aux apports à l'unanimité des associés n'est pas évoquée. Cela dit, les actionnaires ne sont donc pas autorisés à évaluer librement les apports en nature. Ils doivent impérativement faire intervenir un expert de plus désigné par les juges. La saisine judiciaire pourrait être effectuée par un fondateur. Le législateur n'exclut pas la demande collective des fondateurs. Le juge saisi a la possibilité de désigner un ou plusieurs commissaires aux apports. Certes, le recours de plusieurs experts pourrait être coûteux pour la société voire qu'il pourrait complexifier l'évaluation par la multitude des valeurs retenues mais il permet surtout de réduire les erreurs sur la valeur retenue des apports en nature. Plus, il y a d'évaluateurs, moins il y a d'erreur. L'erreur commise par un expert pourrait être corrigée par un autre. D'ailleurs, la valeur retenue n'est pas imposée aux actionnaires. En effet, l'article L225-8 du Code de commerce en son alinéa 3 indique que : *"L'assemblée générale constitutive statue sur l'évaluation des apports en nature."* L'importance de la procédure applicable aux sociétés par actions offrant leurs titres au public apparaît à ce niveau. Par exemple, cette étape n'apparaît pas dans la procédure instituée par l'article L223-9 précité. Au sein des sociétés par actions offrant leurs titres au public, le législateur donne la possibilité aux actionnaires de donner leur avis sur la valeur retenue par les experts de l'évaluation[251]. Les conditions de quorum et de majorité de

[249] Sur ces points V. J.- J. DAIGRE et B. FRANÇOIS, Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, *Rev. soc.* 2009, p. 3.

[250] Art. L225-8 al. 1 C. com.

l'assemblée constitutive sont celles prévues pour les assemblées générales extraordinaires[252]. Le quorum est atteint si les actionnaires possédant le quart des actions ayant droit de vote sont présents et la majorité est celle relative aux 2/3 des actionnaires ayant droit de vote. Cette procédure est intéressante car elle permet aux apporteurs en numéraire de donner leur avis sur l'évaluation. L'accord des associés est un gage de sécurité car les conditions de majorité aux assemblées générales extraordinaires n'est pas évident à atteindre à moins qu'un seul des actionnaires ne l'ait. La décision de l'assemblée présentera un caractère obligatoire et ne pourra en principe être remise en question[253]. Autrement dit, l'approbation vaudra fixation définitive de la valeur des apports. Toutefois, il faut souligner que les votes des apporteurs en nature ne sont pas pris en compte dans le décompte de la majorité ou encore du quorum[254]. Cette exclusion est intéressante car cela évite que l'apporteur en nature n'influence la décision en sa faveur. La procédure d'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions procédant à une offre au public garantie une bonne formation du capital social. En effet, non seulement la nomination d'un commissaire aux apports de complaisance est écartée mais en plus l'accord des associés non intéressés par les apports en nature évite l'évaluation frauduleuse. D'ailleurs, si l'évaluation est contestée en assemblée, les actionnaires peuvent à l'unanimité décider d'une sous-évaluation en réduisant la valeur retenue. Une telle décision aura pour effet de réduire le capital social ou tout au moins, si l'on obtient de nouvelles souscriptions, de modifier la proportion initialement prévue entre les apports en nature et les apports en numéraire[255]. Mais, les apporteurs en natures peuvent aussi refuser cette nouvelle évaluation. Dans ce cas, la mésentente pourrait avoir des conséquences sur la formation de la société. En effet, l'article L225-8 précité infine déclare que *"la société n'est pas constituée."* Le législateur subordonne ainsi la création d'une société par actions faisant offre au public à l'évaluation des apports en nature. Lorsqu'elle est contestée, il n'y a pas de société. La procédure instituée par l'article L225-8 précité sécurise aussi, les apporteurs en numéraire puisqu'ils peuvent rejeter la valeur retenue par le professionnel si celle-ci leur semble

[251] Sur l'histoire de la vérification des apports en nature, voir J. HYBORD, **Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée**, th. Lyon 1931, p. 56 et s.

[252] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 488, p. 238.

[253] H. BLAISE, *Rép. soc.* 1990, v. Apports, n° 456**.**

[254] Ibidem.

[255] Ibidem.

injustement attribuée. En vérifiant l'exactitude de la valeur de l'apport en nature, les apporteurs en numéraire se rassurent que les droits des apporteurs en nature seront déterminés à proportion de la valeur exacte de l'apport. En effet, si l'apport est frauduleusement surévalué, l'apporteur en nature détiendra injustement des droits au sein de la société ce qui est source d'injustice à l'égard des autres associés.

B. Les règles souples de désignation du commissaire aux apports

94. **Les sociétés ne faisant pas offre au public.** L'évaluation des apports en nature effectués au sein des sociétés par actions ne procédant pas à une offre au public sont régis par l'article L225-14 du Code de commerce. Ce texte dispose que : *"Les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports."* On retrouve la même formulation édictée à l'article L223-9 du même Code. Le législateur impose implicitement la désignation d'un commissaire aux apports mais n'informe pas sur les conditions de cette désignation. En effet, il n'y a ni obligation de faire nommer un commissaire aux apports par le juge ni obligation de tenir une assemblée constitutive ni obligation pour les actionnaires de choisir à l'unanimité l'évaluateur. Les risques de nomination d'un commissaire aux apports de complaisance et d'évaluation frauduleuse ne sont pas écartés. Il est alors permis de constater l'absence de rigueur des textes applicables aux sociétés par actions ne procédant pas à une offre au public. Ces sociétés se rapprochent des sociétés de personnes où les apporteurs se font confiance.

*

* *

95. **Conclusion. Les règles favorables à la formation complète du capital social.** Il y a certaines règles qui garantissent complètement la formation du capital. C'est le cas de l'article 1835 du Code civil qui prescrit à toutes les formes sociales de former un capital. Il y a en outre celle proclamée par l'article L224-2 du Code de commerce qui prescrit aux sociétés de capitaux de constituer un capital social minimum légal. On pourrait aussi parler de la règle

de la souscription intégrale prévue par les articles L223-7 et L225-3 du même Code qui permet au capital social d'être entièrement couvert par les engagements des associés. Ou encore de la règle de la libération intégrale des apports en nature instituée par les articles L223-7 et L225-3 du même Code et celle du transfert définitif de la valeur des apports au capital social. La règle de l'évaluation des apports en nature est tout aussi favorable à la formation du capital social. Elle permet d'intégrer au capital social, la valeur réelle des apports.

96. **Les règles permettant la formation partielle du capital social.** Parmi les règles qui garantissent partiellement la formation du capital social, il y a celles des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce instituant la libération fractionnée. Ensuite, les biens laissés par les associés dans les comptes de la société révèlent que le capital social n'incorpore pas tous les biens. Ces biens auraient pu être intégrés au capital social mais par la volonté du législateur[256] et des associés[257], ils sont tout simplement laissés dans les autres comptes de la société. En outre, les supports des apports en jouissance et des apports en usufruit ne permettront peut être jamais au capital social de remplir sa mission. Ils repartent dans le patrimoine privé des associés et échappent à l'action des créanciers. Enfin, la règle de l'évaluation des apports en nature par les associés qui se mettent unanimement d'accord demeure risquée. En raison de l'intuitu personae dans les sociétés à responsabilité limitée, on peut craindre que les apporteurs en nature ne se mettent d'accord sur une valeur non exacte des apports. La surévaluation des apports en nature risque de mettre en cause la formation du capital social.

[256] Les primes.

[257] Les avances en compte courant.

Chapitre 2

LE MAINTIEN DU CAPITAL SOCIAL EN COURS DE VIE SOCIALE

97. Le terme *"maintien"* vient du verbe *"maintenir"* qui signifie *conserver dans le même état, faire ou laisser durer*[258]. Les principes d'*intangibilité* et de *fixité* ont ces caractéristiques. En effet, l'intangibilité signifie ce que l'on ne doit ni toucher ni porter atteinte[259] et la *"fixité"* désigne l'état de ce qui est immobile, invariable et définitivement fixé[260]. Alors, par conséquent la chose intangible et fixe est maintenue comme telle. D'origine jurisprudentielle[261], ces principes ont été par la suite consacrés légalement. En effet, ils prennent leur source légale dans l'instruction du 11 juillet 1818 sur l'établissement des sociétés anonymes. On les retrouve successivement dans les lois du 17 juillet 1856[262], du 23 mai 1863[263] et du 24 juillet 1967[264]. Ce sont ces deux principes qui gouvernent le capital social dans son rôle de garantie des créanciers. En effet, le capital social représente *"la valeur des apports effectués par les associés"*[265] et c'est cette valeur qui doit être bloquée à l'actif du bilan[266]. Pour ce faire, rien ne doit pouvoir l'atteindre. Le droit des sociétés permet-il cela toujours ? Plusieurs règles répondent à cet impératif notamment l'interdiction de rémunérer les associés par le capital social. Mais ce point sera abordé ultérieurement[267]. Ici, nous n'envisagerons que l'étude des règles qui permettent au capital social de se maintenir en cours de vie sociale et non celles qui interdisent les actes susceptibles de mettre en cause ce

---

[258] Dictionnaire, Robert, v. Maintenir.

[259] Dictionnaire, Robert, v. Intangible.

[260] Dictionnaire Robert, v. Fixité.

[261] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. préc., p. 19 à 21.

[262] Art. 10.

[263] Art. 27.

[264] Art. 10.

[265] T. BONNEAU, La diversification des valeurs mobilières et ses implications en droit des sociétés, op. cit., p. 543.

[266] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 267 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 34, p. 26 et 27.

[267] V. Chapitre 1. La protection du capital social des prélèvements de la société de ces travaux.

maintien. C'est précisément le principe comptable du nominalisme monétaire qui assure au capital social sa stabilité en cours de vie sociale. En effet, grâce au principe du nominalisme monétaire, le montant du capital social est définitivement fixé à partir de la valeur d'entrée des apports. La valeur inscrite au compte capital social ne peut varier, elle reste donc intangible **(Section 1)**. Cependant, les principes d'intangibilité et de fixité ne s'appliquent pas de manière absolue au capital social. Cela dit, le capital social peut être touché et il peut varier. Alors dans quelles conditions le capital social peut-il varier ? Pour quelles raisons ces variations sont-elles admises ? Le capital social peut varier à la hausse et à la baisse. Dans le premier cas, la surface réservée aux créanciers s'accroît de nouveaux apports ou de richesses internes à la société. Dans le second cas, le capital social est réduit pour cause de pertes ou pour toutes autres causes. Ce sont ces deux opérations[268] qui engendrent la variation du capital social **(Section 2)**.

[268] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, préf. J. - J. DAIGRE, Litec 2010.

Section 1

L'intangibilité du capital social

98. Lorsqu'une chose est intangible, on ne peut ni la toucher, ni lui porter atteinte. Cette chose doit être maintenue intacte. Il en découle une permanence de cette chose. Appliquée au capital social, garantie des créanciers, sa valeur doit rester intacte jusqu'à la mise en œuvre de la garantie des créanciers. Et c'est le principe du nominalise encore appelé principe du coût historique qui assure au capital social son intangibilité **(Sous-section 1)**. C'est un principe comptable introduit au Code de commerce à l'article L123-18, lui-même incorporé dans une sous-section 1 intitulée *"Des obligations comptables applicables à tous les commerçants"*. Le capital social reste alors une notion comptable car outre le fait qu'il se voit appliqué des normes comptables, il représente aussi le premier poste du passif[269]. Toutefois, le capital social reste aussi une notion juridique dans la mesure où sa variation n'obéit qu'aux normes juridiques et non à des règles comptables. Cela dit, malgré les dérogations comptables au principe du nominalisme monétaire, aucune modification du montant du capital social n'est admise **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. L'intangibilité du capital découlant du principe du coût historique

99. Comment le principe du coût historique permet-il au capital social d'être intangible ? Le principe du coût historique consiste à ne tenir compte que de la valeur nominale de la monnaie sans tenir compte des variations de son pouvoir d'achat[270]. Cela sous-entend la stabilité de l'unité monétaire[271]. Ainsi, la valeur de l'apport intégrée au capital social reste intangible et n'évoluera pas en fonction de l'obsolescence du bien ou encore de l'inflation **(§ 1)**. Le capital social est certes une notion comptable mais ces modifications ne sont régies

[269] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 5, p. 3.

[270] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, Francis Lefebvre, 27ème éd. 2008, n° 263, p. 57.

[271] Ibidem.

qu'en droit des sociétés. Cela dit, en l'absence de décision des associés sur les modifications du capital social, le montant de celui-ci reste inchangé jusqu'à la réalisation de l'actif **(§ 2)**.

§ 1. L'intangibilité du capital social malgré l'inflation monétaire et la variation des apports

100. Comment le capital social peut-il être intangible malgré l'inflation monétaire et la variation des apports ? Pour répondre à cette interrogation, nous verrons que le capital social conserve sa valeur initialement fixée grâce au principe du coût historique qui ne permet pas de prendre en compte ni l'inflation monétaire ni la modification de la substance des apports en nature. Ainsi, peu importe l'inflation monétaire **(A)** et la modification des supports, le capital social reste intangible **(B)**.

A. L'intangibilité du capital malgré l'inflation monétaire

101. **Illustration de l'inflation.** C'est un fait que la monnaie change constamment de valeur, à des vitesses plus ou moins grandes. Le pouvoir d'achat de la *" ménagère"* ne peut être le même d'une période à une autre. La valeur de cent francs de l'époque ne permet plus d'acheter aujourd'hui en équivalence en euro[272]. En période d'inflation, on assiste à une hausse générale des prix qui se traduit par une diminution du pouvoir d'achat de l'unité monétaire[273]. L'unité de mesure des valeurs se rétrécissant, il en faut une plus grande quantité pour exprimer la valeur des biens[274]. Les changements survenus dans le pouvoir d'achat de la monnaie, dus aux variations du niveau général des prix des biens et services, réduisaient la fiabilité de la monnaie comme unité de mesure[275]. L'inflation monétaire se traduit par une diminution de la monnaie entraînant une hausse des prix.

---

[272] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc., n° 127, p. 131.

[273] A. SENETERRE**, Inflation, et gestion**, Dunod entreprise 1980, p. XV.

[274] S. BLIND, **Démystification des bilans de sociétés**, préf. A. SAUVY, 4ème éd. 1974, p. 181 et s.

[275] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 263, p. 57.

102. **La valeur des apports du capital social non touchée par l'inflation monétaire : application du principe du nominalisme monétaire.** Lorsqu'un bien entre dans le patrimoine social, la société doit constater cette opération en enregistrant la valeur du bien. L'enregistrement comptable dépendra tout de même de l'origine d'acquisition du bien. D'abord, les sociétés enregistrent les biens acquis à titre onéreux à leur date d'entrée à leur coût d'acquisition qui correspond au prix d'achat et des frais accessoires nécessaires à la mise en état d'utilisation du bien. Ensuite, l'enregistrement des biens acquis à titre gratuit se fera à leur valeur vénale qui correspond au prix qui aurait été acquitté dans les conditions normales du marché. Puis, les biens produits par la société seront enregistrés à leur coût de production ce qui correspond au coût d'acquisition des matières consommées augmenté des charges directes et d'une fraction des charges indirectes de production. Enfin, lorsqu'il s'agit d'apport en nature, la société enregistre le bien selon la valeur retenue lors de l'évaluation effectuée soit par les associés soit par un professionnel. Que devient cette valeur en cas d'inflation ? C'est l'article L123-18 du Code de commerce relatif aux obligations comptables applicables à tous les commerçants et l'article 321-1 du plan comptable général qui instituent le principe du nominalisme monétaire aussi appelé principe du coût historique[276]. La formulation de ces deux textes est identique : *"A leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production."* Ce principe permet de maintenir la valeur d'origine des biens dans les comptes de la société nonobstant les fluctuations de ces valeurs que pourrait provoquer l'érosion monétaire[277]. Les dépréciations de valeur demeurent sans incidence sur la valeur d'inscription des biens[278]. Le droit et la comptabilité fixent alors une fois pour toute, la valeur des éléments d'actif[279]. Même si la monnaie augmente ou se déprécie, aucune modification n'est apportée sur la valeur des apports. Il en est également de même du capital social qui demeure inchangé et intact. Ainsi, le montant du capital social formé en phase de constitution reste une mesure stable y compris la valeur des apports l'intégrant cela grâce au principe du nominalisme.

---

[276] E. CRUVELIER, *Rép. dr. com. comptabilité*, 2010, §11. Principe du nominalisme, n° 84.

[277] E. CRUVELIER, *Rép. dr. com. compta.* 2010, §2. Principe de la comptabilité en coûts historiques, n° 62

[278] Ibidem.

[279] R. SAVATIER, dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, *D.* 1972, chron. p. 5.

Nous constatons que le principe du nominalisme monétaire interdit de modifier la valeur des apports intégrée au capital social en cas d'inflation. Le capital social continue d'afficher son montant initial. C'est ainsi qu'on dit du capital social qu'il est intangible. En est-il de même en cas de variation de la substance de l'apport ?

B. L'intangibilité du capital malgré la variation de la substance des apports

103. **Présentation du bilan équilibré entre actif et passif**. Le bilan correspond à un tableau divisé d'un côté par l'actif et de l'autre par le passif. L'actif situé à gauche du tableau représente l'ensemble des droits et des créances de la société. Un actif signifie un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive, c'est-à-dire un élément générant une ressource que la société contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs. L'actif est un emploi d'une ressource et il peut générer une ressource mais n'est pas la ressource elle-même. Les ressources au passif sont situées à droite du bilan. Il indique non seulement l'origine des fonds que la société utilise pour constituer ses éléments d'actif mais également les dettes sociales[280]. La composition du passif pourrait surprendre un juriste non instruit des rites de la comptabilité d'entreprise, car il n'imagine pas y rencontrer autre chose que les dettes de l'entreprise au passif du bilan[281]. En effet, le passif se subdivise en plusieurs postes parmi lesquels le poste *capital social*. Sur le fondement de la comptabilité en partie double, les éléments d'actif doivent être balancés au passif par des éléments y correspondants. Dès lors, le capital versé par les associés est naturellement inscrit au passif pour balancer à l'actif les biens qui y sont intégrés ou qu'ils ont servi à acquérir et qui forment les investissements de base de l'entreprise[282]. Le principe de base de ce type de comptabilité réside dans l'égalité absolue du passif et de l'actif. Cette égalité doit être scrupuleusement maintenue tout au long de la vie sociale.

104. **La variation à la hausse et à la baisse de la substance des apports en nature.** L'actif du bilan pourrait être composé d'un immeuble, d'un fonds de commerce, d'une créance,

---

[280] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société,** th. préc., p. 75.

[281] R. SAVATIER, dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, op. cit. n° 177, p. 294.

[282] Ibidem.

d'un immeuble ou d'un véhicule et tous ces biens correspondent à des apports en nature. Or, la valeur de tous ces biens est susceptible de varier à la hausse ou à la baisse. Dans le premier cas, l'apport d'un immeuble constitue un exemple. Son montant intégré au capital social pourrait être inférieur à sa valeur actuelle. La variation à la baisse des apports en nature se justifie de plusieurs manières. Il en est ainsi d'abord parce qu'ils sont faits d'une matière adaptée aux fins qui les rendent utiles et ils subissent, dans cette matière, les injures du temps[283]. C'est ce qui justifie que la matière à plus ou moins longue échéance diminue de valeur[284]. Ensuite, les apports en nature subissent l'usure que l'homme lui impose par son utilisation. L'utilisation du bien accélère son vieillissement physique et la rend progressivement inapte au service qu'on lui a trop longtemps demandé. Enfin, la dépréciation des biens composant l'actif peut aussi résulter d'une cause accidentelle ou d'un sinistre dont le risque n'était pas assuré dans une proportion insuffisante. Dans tous les cas, le bien se déprécie ou disparaît de l'actif.

105. **L'absence de conséquence de la variation de la substance des apports en nature sur le capital social : application du principe du coût historique.** La variation des éléments d'actif n'engendre aucune conséquence sur la valeur du capital social. Au nom du principe du coût historique institué par l'article L123-18 du Code de commerce, les apports en nature composant le capital social, gardent leur valeur retenue au moment de la formation de la société et cela malgré la détérioration de leur substance. En contrepartie le chiffre correspondant au capital social reste également intact, intangible et intouchable. Il y a ainsi un rapport étroit entre la valeur d'origine inscrite à l'actif et celle intégrée au capital social

Malgré une hausse ou une diminution de valeur des apports, le capital social continue d'afficher sa valeur d'origine. En cours de vie sociale, le capital social constitué à la formation de la société est maintenu malgré la variation de la valeur des apports. Ainsi, le capital social correspond à un montant fixe qui ne subit aucune variation liée à celle de ses supports. C'est le principe du coût historique institué légalement qui permet de maintenir la valeur du capital social formé en cours de constitution. Cette valeur est insaisissable[285]

---

[283] R. SAVATIER, dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, op. cit. n° 136, p. 222..

[284] Ibidem.

[285] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 86, p. 96.

puisque ce sont les éléments d'actif qui sont réalisables. Qu'en est-il de l'intangibilité du capital social lorsque les éléments d'actif sont réalisés ?

§ 2. L'intangibilité du capital social à la réalisation de l'actif

106. Au non du principe du nominalisme, la société n'est pas en droit de modifier la valeur des apports intégrée au capital social malgré l'inflation ou la variation de la substance des apports. Le capital social est certes une notion comptable mais toutes les modifications qu'il connaît obéissent aux règles édictées en droits des sociétés. Ainsi, tant que les associés n'auront pas décidé de faire varier le capital social, les modifications de ces supports ne sont pas prises en compte par le capital social. Ce décalage entre la valeur du capital social et la valeur des apports apparaît même lors de la réalisation des apports ayant subi soit l'inflation **(A)** soit une variation de valeur **(B)**.

A. La réalisation des apports ayant subi l'inflation

107. **L'accroissement de la valeur des apports en nature et le maintien de la valeur des apports en numéraire.** En réalité, l'inflation entraîne soit une augmentation soit une diminution de valeur des apports en nature. Dans le premier cas, la valeur d'origine des apports reste plus importante que la valeur actuelle lorsque la valeur de la monnaie diminue. Le capital social prend alors de la valeur mais cela reste invisible puisqu'il est interdit au nom du principe du nominalisme de modifier son chiffre. En outre, le capital social ne peut être augmenté que selon les règles du droit des sociétés. C'est au moment de la mise en œuvre de la garantie des créanciers que cet accroissement se révélera. En effet, il faudra avoir plus de monnaie pour acquérir un immeuble dont la valeur compose le capital social. La vente de l'immeuble fera apparaître une plus value ce qui veut dire que le produit de la vente est plus important que la valeur retenue lors de l'évaluation. Ainsi, même si le capital social reste inchangé au nom du principe du nominalisme, la dépréciation monétaire entraîne un grossissement apparent du montant du capital social. Cela reste vrai uniquement pour les apports en nature car, en ce qui concerne les apports en numéraire correspondant aux billets de banque, l'inflation emporte une diminution de valeur. Mais le capital social reste intact au nom du principe du nominalisme. Autrement dit, la perte de valeur de 50 000€ correspondant

à un apport en numéraire n'engendre aucune conséquence. Les créanciers sont censés trouver ce montant lors de la mise en œuvre de leur garantie. Pour comprendre, un rapprochement peut être effectué avec le contrat de prêt. L'article 1895 du Code civil dispose que : *"L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement."* Cela dit, les obligations de l'emprunteur ne peuvent être diminuées au prétexte que la valeur de la monnaie s'est affaissée. S'il devait 20€ qui valent maintenant 10€, il reste tenu au remboursement de 20€. C'est ce qui se passe avec l'obligation de la société par rapport aux créanciers. Malgré la dépréciation de la monnaie, le montant du numéraire souscrit à la constitution reste celui qui permettra de désintéresser les créanciers. S'il a été souscrit à hauteur de 50.000€ et que la monnaie a régressé de moitié, la société ne peut se prévaloir de désintéresser les créanciers à hauteur de 25.000€. Les comptes de la société doivent comporter la valeur initiale de cet apport pour assurer le remboursement des dettes sociales.

108. **La diminution des apports en nature du capital social et le maintien des apports en numéraire.** Lorsque les apports ont été évalués sur la base d'une monnaie dépréciée, les conséquences de cette situation économique sont reportées à la mise en œuvre de la garantie des créanciers si la monnaie augmente de valeur. Pour l'analyse de ces effets, il faut distinguer les apports en nature des apports en numéraire. En ce qui concerne les apports en numéraire, 100€ libérés au moment de la formation du capital social ne correspondront plus à cette valeur. Mais, si les créanciers mettent en œuvre leur garantie, la société est censée déboursée les 100€ correspondant à l'apport en numéraire intégré au capital social. Les créanciers ne peuvent exiger plus de la société même si la valeur de l'apport en numéraire a doublé. Cette conséquence doit être rapprochée de celle édictée par l'article 1895 précité en matière de contrat de prêt. Les obligations de la société par rapport aux créanciers ne peuvent être augmentées au prétexte que la valeur de la monnaie s'est accrue. Si le capital social était composé de 100€ d'apports en numéraire qui valent maintenant 200€, les créanciers ne peuvent imposer aux associés de libérer le manquant par rapport à l'augmentation de la monnaie. Malgré l'accroissement de la monnaie, le montant du numéraire souscrit à la constitution reste celui qui permettra de désintéresser les créanciers. Les créanciers pourront apprécier l'augmentation de valeur de la monnaie qu'entre leurs mains.

Mais lorsqu'il s'agit des apports en nature, le résultat est différent. Si l'apport a été évalué à 200€ en période d'inflation, en période normale il vaudra moins disons 150€. Mais la société n'a pas le droit au nom du principe du nominalisme de réduire cette somme. Le capital social s'est en réalité amoindri et c'est lors de la mise en œuvre de la garantie des créanciers que ces derniers pourront le découvrir. Le produit de la vente sera de 150€ alors même que le capital social affichait 200€. La valeur réelle des apports en nature ne correspond plus à la fraction du capital social[286]. L'inflation fausse les informations transmises par le capital social[287].

Lors de la mise en œuvre de la garantie des créanciers, le montant du capital social peut ne pas correspondre à la valeur réelle des supports. Il pourrait soit être inférieur soit être supérieur. Dans le premier cas, il nous apparaît que le principe du nominalisme ne constitue pas un avantage pour les créanciers puisqu'ils sont trompés par la valeur qu'affichait le capital social. Le montant du capital social est important alors qu'en réalité, il ne correspond pas à ce chiffre. Dans le second cas, il semble que le principe du nominalisme n'ait pas d'effet néfaste pour les créanciers. Le capital social ne gêne pas[288] car même si le montant qu'il affiche est inférieur à la valeur des supports, les créanciers pourront se satisfaire d'une valeur plus importante grâce à la réalisation de l'actif.

B. La réalisation des apports ayant subi une variation de valeur

109. **L'accroissement de la valeur des apports en nature du capital social.** Lorsque la valeur des apports intégrés au capital social varie, il est interdit à la société de prendre en compte cette variation au nom du principe du nominalisme. Au nom du même principe, le capital social reste intangible. C'est uniquement lors de la mise en œuvre de la garantie des créanciers, qu'il sera possible d'entrevoir la variation à la hausse ou à la baisse des apports en nature. Les créanciers vont subir positivement ou négativement la variation des apports intégrés au capital social. Ces conséquences dépendent du type de variation. Lorsque la valeur

[286] R. SAVATIER, dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, op. cit. n° 199, p. 339 ; G. CANTENOT, **De la réduction du capital social dans les sociétés anonymes,** th. Paris 1934, p. 18.

[287] A. PLAS, Le capital social et l'érosion monétaire, *Gaz. Pal.* 1977, n° 198 à 200, p. 1.

[288] G. PARLEANI, Le financement du capital. Réflexion sur l'utilité de la notion et son devenir, *Rev. soc.* 2005, p. 13.

de l'apport s'accroît, la surface réservée au créancier l'est également en réalité. Même si le capital social continue d'afficher le montant initialement fixé et libéré, la mise en œuvre de la garantie des créanciers montrera cet accroissement. En effet, le produit de la vente du bien sera plus important que le montant retenu lors de l'évaluation de l'apport. Ceci fera l'affaire des créanciers.

110. **La diminution des apports en nature du capital social**. En cas de dépréciation du bien, la vente du bien engendre une valeur moins importante que celle qui était intégrée au capital social. Le montant du capital social est trompeur. Il affiche une valeur importante alors que les éléments le composant n'ont pas de valeur. Le montant est constitué et maintenu en cours de vie sociale malgré les événements qui peuvent survenir sur les supports. L'intangibilité du capital social et des éléments le composant engendré par le principe du nominalisme entraîne à ce niveau la fictivité de la notion.

Ainsi, nous constatons que l'utilité du principe du nominalisme n'est que relative. En effet, l'application de ce principe au capital social entraîne des conséquences soit neutres soit négatives. Les supports attachés au capital social font apparaître soit une valeur supérieure à celle d'origine soit une valeur inférieure. Ainsi, le montant du capital social est neutre lorsque les associés peuvent trouver à l'actif des valeurs supérieures. Mais, il est trompeur lorsque l'actif est inférieur. Dans tous les cas, le montant du capital social reste identique malgré les variations que subissent ces supports. Cette solution comptable pourrait être ajustée par les règles du droit des sociétés que nous aurons l'occasion d'exposer dans les développements à venir[289]. Lors de la mise en œuvre de la garantie des créanciers, le capital social reste une valeur insaisissable[290]. Ainsi, ce sont ces supports qui au moment de la réalisation feront apparaître des valeurs soit identiques soit différentes au capital social. Toutefois, il existe des règles comptables dérogeant au principe du nominalisme. Qu'en est-il exactement ?

[289] V. section 2 de ce chapitre.

[290] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 86, p. 96.

Sous-section 2. L'intangibilité du capital social face aux dérogations au principe du coût historique

111. Comme nous l'avons déjà souligné, au nom de la méthode des coûts historiques, qui promeut le nominalisme monétaire, la valeur attribuée aux biens en comptabilité reste inchangée malgré leur variation. La méthode des coûts historiques ne tient compte ni de l'érosion monétaire, ni des plus ou moins values latentes affectant les éléments d'actif. Toutefois, il existe des techniques dérogatoires au principe du coût historique permettant d'actualiser la valeur des biens uniquement. Quelles sont ces techniques ? L'application de ces dérogations entraîne-t-elle des conséquences sur le montant du capital social ? L'intérêt de ces dérogations repose sur l'image fidèle des comptes. La société doit établir des comptes reflétant sa situation patrimoniale réelle afin de livrer des informations réelles aux créanciers. Mais, est-ce que l'anticipation de la variation des apports et la réévaluation des éléments d'actif entraînent-elles des conséquences sur le montant du capital social ? C'est ce que nous verrons dans l'analyse successive de la comptabilisation anticipée des éléments d'actif **(§ 1)** et de la réévaluation de l'actif immobilisé **(§ 2)**.

§ 1. La comptabilisation anticipée des éléments d'actif

112. Deux méthodes permettent d'actualiser la valeur des éléments de l'actif selon le degré d'irréversibilité de la dépréciation. L'intangibilité du capital social est-il remis en cause lorsque la société pratique des dotations aux provisions prenant en compte la dépréciation des éléments de l'actif non amortissables **(A)** et des amortissements prenant en compte la dépréciation des éléments de l'actif amortissables, le capital social reste inchangé ? **(B)**.

A. Les provisions sur les éléments d'actif non amortissables

113. **Définition et champ d'application des provisions.** Les dotations aux provisions ont pour objet de constater la perte de valeur d'un actif non liée à son utilisation courante, c'est-à-dire, non prévisible. Parmi les éléments composant l'actif, il y a les immeubles et les meubles corporels et incorporels. Seuls les meubles incorporels sont concernés par les

provisions car ils ne sont pas amortissables. Il pourrait notamment s'agir des apports en nature comme la clientèle, les créances, les valeurs mobilières de placement. Les provisions permettent alors d'enregistrer les variations provisoires de ces biens non amortissables[291]. Par exemple, le risque de non-paiement d'une créance apportée en société amoindrit la valeur de cette créance. Imaginons que cet apport ait été évalué à 100€ et que la probabilité de remboursement de cette créance soit estimée à 80€ à l'échéance. La société enregistre provisoirement une perte de 20€ sous forme de provision. Il s'agit là d'une moins-value latente relative à un élément d'actif non amortissable[292].

114. **L'inexactitude de la dotation aux provisions.** Une incertitude demeure tout de même quant au montant correspondant à la dépréciation. La valeur exacte équivalente à la dépréciation ne peut être connue avec certitude au moment où la société pratique sa dotation aux provisions. En fait, la provision est constituée alors même que le montant de la perte n'est pas connu. La pratique de la dotation aux provisions n'est donc pas exacte car elle ne permet pas de prendre en compte la vraie valeur dépréciée. La technique est étroitement liée à la notion de probabilité ce qui peut poser problème, car elle suppose un jugement subjectif de la part du dirigeant[293]. Cette technique imposée par le Code de commerce et qui se justifie par la nécessité de présenter aux créanciers des comptes annuels donnant une image fidèle du patrimoine sociale n'est qu'approximative.

115. **L'ajustement à la hausse ou à la baisse de la provision.** Le montant de la perte estimé par le dirigeant n'est qu'approximatif. C'est la raison pour laquelle, il est imposé des ajustements à la clôture d'un exercice. Cela permet de prendre en considération l'évolution de la situation ayant entraîné la constitution de la provision pour dépréciation. Elle peut prendre la forme d'une augmentation de valeur et dans ce cas, une diminution de la provision s'impose. Il en sera ainsi si par exemple la dotation précédente de 20€ correspondant au risque de non-paiement de la créance de 100€ n'est réelle que pour 10€. L'ajustement à la baisse de la

---

[291] G. MELYON et R. NOGUERA, **Comptabilité générale**, ESKA, 4ème éd. 2004, p. 378 et s.

[292] Deux sortes de provisions sont à distinguer à savoir les provisions pour dépréciations qui sont celles qui résultent de l'évaluation comptable qu'il est raisonnable d'envisager sur les éléments d'actif non amortissables et les provisions pour pertes et charges. Ces dernières peuvent être constituées pour risque correspondant à des pertes ou à des charges prévisibles à la clôture de l'exercice.

[293] L. KILIG, **Compta finance comprendre, construire et faire parler les comptes**, éd. d'Organisation 2006, p. 148.

provision est de 10€. Cependant, si le bien subi de nouveau une baisse de valeur, une dotation aux provisions complémentaires doit être pratiquée. Il en sera ainsi si le créancier paie 70€ au lieu de 80€. Dans ce cas, la société augmente sa provision à 30€.

Au vrai, la dotation aux provisions n'engendre aucune conséquence sur le montant du capital social. Celui-ci continue d'afficher son montant initial. Qu'en 'est-il de l'amortissement ?

B. L'amortissement sur les éléments d'actif amortissables

116. **Définition et champ d'application de l'amortissement.** A côté des éléments d'actif non amortissables, au bilan, apparaissent également des éléments d'actif amortissables. Ils sont constitués par des valeurs immobilières réelles. Il s'agit d'un actif physique détenu, soit pour être utilisé dans la production ou la fourniture de biens ou de services, soit pour être loué à des tiers, soit à des fins de gestion interne et dont l'entité attend qu'il soit utilisé au-delà de l'exercice en cours. Comme exemple, on peut citer les bâtiments, machines, matériels et outillages. L'actif amortissable est également constitué des immobilisations incorporelles non monétaires sans substance physique comme par exemple les frais de constitution ou d'établissement qui permettent à la société d'entreprendre et de poursuivre utilement son activité. Contrairement aux éléments d'actif non amortissables dont la dépréciation n'est que provisoire, les éléments d'actif amortissables subissent avec le temps une dépréciation définitive. La dévalorisation de bien doit être calculée par rapport à la valeur initiale diminuée de la somme correspondant à la dépréciation subie. C'est cette opération qui a reçu le nom d'amortissement[294]. Le Plan Comptable Général définit l'amortissement comme étant : *"La constatation comptable d'un amoindrissement de la valeur d'un élément d'actif résultant de l'usage, du temps, de changement de technique et de toute autre cause, dont les effets sont irréversibles."*.

117. **La pratique de l'amortissement.** La jurisprudence recommande à : *"tout commerçant, s'il veut faire un inventaire sincère et régulier…"* de *"…tenir compte de la*

[294] P. BLANC, **De la perte des trois quarts du capital social dans les sociétés anonymes (application de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867). Etude juridique et comptable,** th. Paris 1939, p. 37 et s.

dépréciation que subit son matériel, ses machines et ses meubles"[295]. La société doit tenir compte des dépréciations qui ont pu se produire depuis le dernier inventaire pour ne porter dans les documents comptables que la valeur réelle des éléments à l'actif[296]. L'amortissement permettra d'adapter aussi exactement que possible la valeur d'usage rationnel d'un élément d'actif à ce qu'elle est réellement au moment de la clôture d'un exercice, en suivant la marche réelle de sa dépréciation. Le procédé le plus simple consiste à prévoir chaque année une dépréciation proportionnelle au nombre d'année pendant lequel l'objet à amortir sera utilisé, de telle sorte que son prix d'achat soit reconstitué lorsque cet objet sera hors d'usage. La société doit présenter des documents annexes de ses différents plans d'amortissement. Ces plans font aapparaître la valeur d'origine du bien immobilisé enregistré au coût d'acquisition et l'annuité d'amortissement qui constitue le montant de la dépréciation du bien constatée au cours de l'exercice[297]. L'amortissement a pour base la valeur d'origine du bien et la détermination de l'annuité relève de la compétence de la société. Toutefois, pour que cette évaluation soit crédible et homogène entre les différentes sociétés, le calcul des amortissements reste étroitement réglementé par la loi fiscale qui précise à la fois les durées normales d'utilisation des différents biens ainsi que le mode de calcul de l'amortissement. La différence entre la valeur d'origine du bien et le montant de la perte donne une valeur nette comptable. La valeur du bien correspond alors à la valeur nette comptable.

118. **L'inexactitude de la valeur nette comptable par rapport à la valeur vénale de l'apport.** La valeur nette comptable n'est pas nécessairement égale à la valeur vénale de l'apport en nature. En effet, la mise en œuvre de la garantie des créanciers aboutissant à la vente de l'apport peut engendrer un coût différent de celui de la valeur nette comptable qui est censée refléter le prix du bien. Ainsi, la valeur de cession pourrait être différente de la valeur nette comptable car la différence entre les deux valeurs est difficilement égale à zéro. La situation des créanciers est intéressante lorsque le prix de cession est supérieur à la valeur nette comptable. Cela suppose que les créanciers pourront appréhender une valeur plus importante que celle qu'affichait le plan d'amortissement. Tel n'est pas le cas lorsque le prix de cession reste inférieur à la valeur nette comptable. Cette différence révèle non seulement la

[295] CA. Lyon, 31 juill. 1897, *J. S.* 1898, p. 216.

[296] T. Com. Seine, 22 déc. 1902, *J.S.* 1903, p. 373.

[297] L'amortissement est considéré comme une charge pour l'entreprise ce qui va donc réduire d'autant son résultat.

dépréciation effective du bien mais également le caractère inexact de l'annuité d'amortissement. Les créanciers sont trompés par le plan d'amortissement qui se révèle inexact car désavantageux pour eux.
L'amortissement ne permet donc pas de prendre en compte la dépréciation exacte du bien. Le plan d'amortissement ne comporte que des données approximatives[298]. La valeur effective du bien amorti ne peut en réalité être connu que le jour où il sortira de l'actif c'est-à-dire au jour de sa vente.

Nous constatons que les annuités d'amortissement ne viennent pas amoindrir le montant du capital social. Celui-ci reste inchangé malgré la dépréciation des éléments d'actif. Ainsi, le principe d'intangibilité assure un maintien total du capital social malgré la mise en œuvre des techniques permettant de comptabiliser de manière anticipée les valeurs réelles des supports du capital social. En est-il de même lorsque la société décide de réévaluer son actif immobilisé ?

§ 2. La réévaluation de l'actif immobilisé

119. Les deux méthodes qui permettent d'actualiser la valeur des éléments de l'actif selon le degré d'irréversibilité de la dépréciation sont les provisions et amortissements. A côté de ces deux techniques, il y a une autre méthode instituée légalement c'est la réévaluation de l'actif immobilisé **(A)** qui n'entraîne aussi aucune modification du montant du capital social **(B)**.

A. La réévaluation de l'actif immobilisé

120. **Le texte prévoyant la réévaluation de l'actif et son champ d'application.** L'alinéa 4 de l'article L123-18 du Code de commerce dispose que : *"La plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée."* Pour l'arrêté des comptes, lorsqu'il est constaté une plus-value latente sur un élément d'actif, celle-

[298] P. BLANC, **De la perte des trois quarts du capital social dans les sociétés anonymes**, th. préc., p. 38.

ci ne doit pas être comptabilisée. Toutefois, la suite du texte offre à l'entreprise la faculté de réévaluer son bilan, c'est à dire la possibilité de comptabiliser des plus-values latentes, dans certaines conditions. En effet, il indique que : *"S'il est procédé à une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières, l'écart de réévaluation entre la valeur actuelle et la valeur nette comptable ne peut être utilisé à compenser les pertes ; il est inscrit distinctement au passif du bilan."* Ce texte institue indirectement le principe dérogatoire à la règle du coût historique. Le plan comptable général semble plus clair lorsqu'il précise à son article 350-1 que : *"Des ajustements de valeur portant sur l'ensemble des immobilisations corporelles et financières peuvent être effectués dans le cadre de la réévaluation des comptes."* La société est alors autorisée à procéder à une réévaluation des éléments de l'actif. Cependant, cette évaluation se démarque des provisions et de l'amortissement. D'abord parce qu'elle permettra d'actualiser la valeur comptable des éléments d'actif en fonction du marché et de leur utilisation alors que les deux autres techniques constatent uniquement la dépréciation des éléments d'actif. En outre, l'alinéa 4 de l'article L123-18 limite strictement cette opération. En effet, le législateur ne vise que *"une réévaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles et financières"* Il faut donc exclure du champ d'application de la dérogation, les immobilisations incorporelles. Ce qui n'est pas le cas de la technique d'amortissement qui prend justement en compte les immobilisations incorporelles. Sur l'application de la réévaluation de l'actif, le législateur semble exclure également l'évaluation isolée des éléments d'actifs immobilisés corporels. En effet, la réévaluation ne porte que sur *"l'ensemble des immobilisations corporelles et financières"* faisant partie de l'actif immobilisé à la date de l'opération. Il s'agit éventuellement du sol, des immeubles, des véhicules.

121. **La réévaluation proprement dite et ses effets comptables.** La société pourrait librement réévaluer la valeur d'origine des apports corporels en nature. C'est pour donner une image fidèle des comptes que le législateur autorise une entorse au principe du nominalisme. La société peut donc réévaluer son ensemble immobilier corporel qui pourrait être composé d'un immeuble et d'un véhicule. Elle appréciera à nouveau la valeur des biens en fonction du marché et de l'utilité du bien surtout si elle se porte mal. Parmi les immobilisations corporelles, il y a celles qui sont amortissables. Dans ce cas, la société comparera la valeur actuelle avec la valeur nette comptable. Ainsi, si le prix d'un élément d'actif devient inférieur à sa valeur nette comptable, il y a nécessairement une perte qui ne présage rien de bon pour

les créanciers[299]. Par rapport à la société, le droit comptable autorise la tenue d'un nouveau plan d'amortissement technique pour la durée normale d'utilisation restant à courir et sur la base de la valeur nette réévaluée. Ainsi, l'entreprise peut réajuster la valeur nette comptable à la valeur vénale à la clôture de l'exercice de telle sorte que cette dernière valeur puisse servir désormais de base d'amortissement. Lorsque la différence entre la valeur actuelle et la valeur nette comptable est positive, le dirigeant porte le nouveau montant de ces immobilisations au bilan à leur prix réel, par la contrepartie du compte de capitaux propres[300]. Cette réévaluation reste bénéfique pour la société dans le sens où la plus value vient en plus dans ces comptes. La société pourrait avoir une meilleure image surtout si celle-ci était obérée avant l'évaluation. Il importe alors à la société de comptabiliser cette plus value dans un sous compte 146 *"provision spéciale de réévaluation"* du compte 14 *"provision réglementée"* Ce compte enregistre la plus dégagée par les immobilisations amortissables. Lorsque la plus value concerne des immobilisations non amortissables comme le sol, l'écart se comptabilise dans le sous compte 1053 *"réserve de réévaluation"* du compte 105 *"écart de réévaluation"*

La réévaluation de l'actif permet de donner une image fidèle des comptes par la prise en compte de la variation à la hausse ou à la baisse des apports. En l'absence de cette évaluation, les comptes de la société sont faux car ils ne reflètent pas la réalité des apports. Comme nous l'avons précédemment indiqué, le principe du nominalisme permet de maintenir la valeur des apports et donc du capital social mais il ne prend pas en compte leur variation. Les créanciers ne peuvent apprécier justement l'étendue de leur gage. Soit, il est maintenu donc il fera leur affaire puisqu'ils se sont engagés en fonction de ce montant soit, il est amoindri dans ce cas, le risque de non-paiement de leur créance ne peut être écarté. L'appréciation réelle du capital social devient possible avec la technique de réévaluation du bilan même si elle aboutit à ne pas maintenir le capital social intact. Mais malheureusement, cette opération se trouve rarement mise en application pour des raisons d'incidence fiscale[301]. La plus-value dégagée est en effet, rapportée au résultat de l'exercice de réévaluation ce qui entraîne une augmentation de la base imposable[302].

---

[299] La réduction du capital pour pertes Infra n° 157 et s.

[300] M. COZIAN et P.- J. GAUDEL, **La comptabilité racontée aux juristes**, Litec Fiscal 2006, note 1, p. 213, n° 358.

[301] J. LACOMBRE, Inflation, fiscalité et entreprise, *D.* 1975, chron. p. 59 et s., spéc. p. 62.

B. L'intangibilité du capital social malgré la réévaluation des éléments d'actif

122. **L'absence d'effet de la réévaluation sur le capital social.** La comptabilité permet de saisir et de traiter l'information chiffrée qui circule au sein de la société. Elle apporte des corrections, des rectifications pour aboutir à une valeur patrimoniale reflétant d'une manière sincère la réalité[303]. Elle prend en compte la variation des éléments composant le capital social en leur attribuant leur valeur réelle. Cette réévaluation révèle certes le caractère tangible des apports mais le bilan de la société affiche toujours la valeur d'origine des apports à l'actif. La plus value et la moins value qui se dégagent de la réévaluation sont enregistrées dans d'autres comptes au passif. C'est pourquoi, le capital social correspondant au montant des apports affiche toujours sa valeur d'origine. Le capital social est donc intangible tant que l'assemblée des associés n'a pas décidé de le modifier. L'intégrité du capital social est donc préservée lorsque l'actif varie.

*

* *

123. Nous constatons que le maintien du capital en cours de vie sociale est assuré pleinement par le principe comptable du nominalisme monétaire. Les dérogations comptables à ce principe ne s'appliquent qu'aux supports puisque les modifications du capital social n'obéissent qu'aux règles juridiques. Ainsi, les règles comptables évitent que le capital social ne subisse les variations de ses supports même lorsqu'ils ont fait l'objet de réévaluation. Et, c'est pour permettre au capital de remplir sa mission de garantie des créanciers qu'il constitue une valeur autonome et détachée de la valeur de ses supports. Aussi, nous remarquons que lors de la réalisation de l'actif, le principe du coût historique entraînant l'intangibilité du capital social n'engendre pas que des conséquences négatives. En effet, le montant du capital n'est pas gênant lorsque l'actif réalisé fait apparaître un montant supérieur au capital. Au contraire, il nous semble que dans ce cas, le capital social en tant valeur abstraite ne fait que

[302] Art. 38-2 CGI ; M. COZIAN et P.- J. GAUDEL, **La comptabilité racontée aux juristes**, op. cit., note p. 1, p. 213, n° 358. Pour une illustration sur les conséquences fiscales d'une réévaluation libre, v. CE 21 déc. 1979, RJF 1980, p. 51 et s. et CE avril 1980, RJF 1980, p. 285 et s.

[303] A. SENETERRE, **Inflation, et gestion,** op. cit. p. 1.

jouer son rôle de garantie. En effet, le capital social participe à la garantie des créanciers en ce qu'il représente *"une ligne d'arrêt…, tracée dans l'actif sans identifier des valeurs précises … … la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible…"*[304]. Ainsi, lorsque l'actif augmente, cela traduit tout simplement que le capital joue pleinement son rôle de garantie ou qu'il pourrait le faire.

[304] E. THALLER, De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, *An. dr. com.* 1907, p. 177.

Section 2

Variations du capital social

124. La fixité représente l'état de ce qui est immobile et invariable. Nous avons démontré que c'est grâce au principe comptable du nominalisme monétaire que le montant du capital social est définitivement fixé. En effet, il ne subit aucune atteinte du fait de la variation de ses supports. Si en comptabilité, le maintien de la valeur du capital social est assuré en cours de vie sociale, en est-il de même en droit des sociétés ? Le droit des sociétés garantit-il la fixité absolue du capital social ? L'intérêt de cette question repose sur la garantie des créanciers. Le capital social ne peut jouer efficacement son rôle de garantie des créanciers si son montant est soumis à des variations. Or, dans les développements qui suivent, nous verrons que les principes d'intangibilité et de fixité ne s'appliquent pas de manière absolue au capital social en droit des sociétés. Cela dit, le capital social peut être touché et il peut varier. Pour cela, il convient de mesurer la portée des règles admettant les variations du capital social. Alors dans quelles conditions le capital social peut-il varier ? Pour quelles raisons ces variations sont-elles admises ? Toutes les variations du capital social portent-elles des atteintes au montant du capital social ? Le capital social peut varier à la hausse ou à la baisse et pour ces deux opérations, on parle d'opérations d'augmentation et de réduction de capital social[305]. Pour ce qui est de la première opération, le capital social a certes augmenté mais cette variation ne porte pas atteinte à la garantie des créanciers puisque le montant du capital social s'accroît soit des nouveaux apports soit des richesses internes à la société **(Sous-section 1)**. Or, ce n'est pas le cas de la seconde opération. En effet, la réduction du capital social, pour les causes que nous allons évoquer, porte nécessairement atteinte à l'intégrité du capital social **(Sous-section 2)**.

[305] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, préf. J. - J. DAIGRE, Litec 2010 ; J. CALAIS - AULOY et J. L. RIVES - LANGE, *Répert. D.* v. capital social.

Sous-section 1. L'augmentation du capital social

125. L'augmentation de capital social se définit comme étant le fait pour la société, en cours de fonctionnement de recevoir des apports qui s'ajoutent aux apports primitifs et qui accroissent le chiffre de l'actif en même temps que celui du capital social[306]. Elle résulte aussi du transfert des richesses internes à la société. Bien que l'augmentation du capital social engendre une modification du capital social, cette opération ne peut être qu'opportune pour les créanciers. En effet, du fait de l'augmentation du capital social, la société s'oblige à bloquer à l'actif une valeur plus importante que celle initialement fixée afin de garantir le remboursement des dettes sociales. Tout comme en période de constitution, l'interdiction de l'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil semble se poursuivre en cours de vie sociale. Autrement dit, seule la valeur des apports en nature et en numéraire augmente le capital social et celle des apports en industrie y est exclue. Cela dit, nous n'analyserons que les règles applicables aux biens dont la valeur est susceptible d'incorporer le capital social afin de mesurer leur efficacité. Tout comme en période de formation de la société, le montant du capital social doit être souscrit et libéré selon des règles qu'il convient de préciser. Mais, avant de voir comment l'augmentation du capital social se réalise d'un point de vue juridique **(§ 2)**, il convient d'analyser d'abord les règles prévoyant les modalités à suivre. Ces règles s'appliquent à toutes les opérations sur capital social à savoir les augmentations et les réductions. Il importe à cette étude d'apprécier ces règles dans la mesure où l'inobservation est une cause d'invalidation de l'opération **(§ 1)**.

§ 1. Les modalités d'augmentation du capital social

126. L'augmentation du capital social est une opération soumise à des conditions de validité dont l'inobservation pourrait invalider l'opération. Ces formalités ne s'appliquent pas aux sociétés à capital variable soumises à un régime de droit commun dérogatoire[307]. En effet, le statut juridique de cette société engendre des opérations fréquentes sur le capital social qu'il

[306] J. CALAIS - AULOY et J. L. RIVES - LANGE, *Répert. D.* v. capital social n° 10.

[307] En effet, le chapitre 1er du titre III intégré lui-même au livre II du Code de commerce ne fait pas référence à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour les modifications apportées au capital social.

n'est pas nécessaire d'alourdir son fonctionnement en imposant des exigences. Ainsi, les conditions validant l'augmentation de capital social ne concernent que les sociétés classiques. Ces conditions diffèrent-elles en fonction des sociétés à risque illimité **(A)** et des sociétés à risque limité **(B)**.

A. Les modalités des sociétés à risque illimité

127. **La règle de l'unanimité.** Les sociétés à risque illimité sont composées de sociétés en commandite simple, en nom collectif et de sociétés civiles. Les associés sont tenus personnellement sur leur patrimoine privé pour garantir les dettes sociales. Certes, le législateur n'impose aucun capital social minimum dans ces formes sociales, mais elles sont tenues de respecter un certain formalisme lorsqu'elles décident de l'augmentation de leur capital social fixé statutairement. L'article 1835 du Code civil énumère les mentions obligatoires des statuts dont le capital social fait partie. Et l'alinéa 1 de l'article 1836 du même Code applicable à toutes les formes sociales dispose que : *"Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés."* Le principe de majorité pour modifier les statuts dans toutes les formes sociales demeure l'unanimité. Toutefois, le législateur semble admettre des dérogations compte tenu de l'emploi de l'expression : *" à défaut de clause contraire".* Ce principe s'applique à toutes les modifications apportées au capital social. Le capital social fixé statutairement à la formation de la société pourrait alors être modifié. Le principe et l'exception institués à l'alinéa 1 de l'article 1836 précité sont repris à l'article L221-6 Code de commerce applicable à la société en nom collectif. Le principe est formulé de la manière suivante : *"Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés."* Et l'exception : *"Toutefois les statuts peuvent prévoir que certaines décisions sont prises à une majorité qu'ils fixent."* Dans le silence des statuts ou lorsque les associés décident expressément d'appliquer le principe, l'augmentation du capital social d'une société en nom collectif n'est valable que si tous les associés se mettent d'accord sur la nécessité d'augmenter le capital social. Cette règle s'étend également aux sociétés civiles. En effet, l'article 1852 du Code civil précise que : *"Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés."*

128. **La règle de l'unanimité dans les sociétés en commandite simple.** Cette règle s'applique différemment à cette forme sociale. L'article L222-9 du Code de commerce indique que : "*Les associés ne peuvent, si ce n'est à l'unanimité, changer la nationalité de la société. Toutes autres modifications des statuts peuvent être décidées avec le consentement de tous les commandités et de la majorité en nombre et en capital des commanditaires."* Ainsi, l'application de la règle de l'unanimité à l'ensemble des associés reste limitée au changement de nationalité. Pour le reste des décisions, les modalités manquent d'homogénéité et cela même au sein d'une assemblée. En effet, il convient de souligner que la société en commandite simple regroupe deux catégories d'associés à savoir les commanditaires et les commandités. A une assemblée décidant de la modification du capital social, la règle de l'unanimité ne s'applique uniquement qu'aux commandités puisqu'ils sont indéfiniment et solidairement responsables. Ce qui n'est pas le cas des commanditaires qui sont tenus des dettes de la société qu'à hauteur de leurs apports. Et pour cette catégorie d'associé, c'est la règle de la majorité qui s'applique. Le législateur semble même leur interdire l'unanimité comme modalité puisque l'alinéa 3 de l'article L222-9 précité indique que : *"Les clauses édictant des conditions plus strictes de majorité sont réputées non écrites."*

129. **Justification de la règle de l'unanimité.** La mise en œuvre de cette règle pourrait s'avérer dangereuse pour la survie de la société[308]. Si l'augmentation du capital social est nécessaire pour poursuivre l'activité sociale, le refus d'un seul des associés suffit pour invalider cette décision. Alors, pourquoi cette règle est-elle instituée dans les sociétés à risque illimité ? Dans ces formes sociales, les associés sont responsables de manière illimitée des dettes sociales. Après avoir vainement attaqué la société, le créancier est en droit de mettre en œuvre la responsabilité de l'associé. Dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple pour les commandités, la solidarité de l'associé le condamne pour le paiement de toute la créance. Le condamné bénéficie tout de même d'une action récursoire contre les autres membres. C'est à ce niveau que les juges appliquent la responsabilité indéfinie. En effet, contrairement aux sociétés commerciales à risque illimité, les associés de sociétés civiles sont responsables indéfiniment. Aucune solidarité n'est instituée entre eux puisque l'article 1857

[308] H. MATSOPOULOU, La dissolution pour mésentente entre associés, *Rev. soc.* 1998, p. 21 ; H. MATSOPOULOU, La simple mésentente ne constitue pas à elle seule une cause de dissolution, note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 310 ; D. BUREAU, La mésentente entre associés : dissolution pour justes motifs et exclusion d'un associé note sous Cass. com. 12 mars 1996, *Rev. soc*. 1996, p. 554.

Code civil dispose que : *"A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements."* La mise en œuvre de la responsabilité indéfinie suppose alors que l'associé ne paie la dette sociale sur son patrimoine que dans la limite de sa participation au capital social. Le créancier doit alors fractionner ses recours en fonction du nombre d'associé et par rapport à leur participation au capital social. Pour revenir aux sociétés commerciales à risque illimité, il revient alors à l'associé en nom ou le commandité de fractionner les recours entre les autres membres pour faire jouer leur responsabilité. Dans tous les cas, les associés de sociétés à risque illimité n'engagent leur patrimoine privé que dans la limite de leur participation au capital social. Ici se trouve l'importance de la règle de l'unanimité par rapport à l'augmentation de capital social. En accroissant le capital social, l'associé responsable sur son patrimoine personnel augmente ses engagements. D'ailleurs, l'associé qui s'oppose à l'augmentation de capital social se protège en mettant en application l'article l'alinéa 2 de l'article 1836 Code civil qui prévoit que : *"En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci."* Ainsi, l'unanimité est instituée comme principe pour décider de l'augmentation de capital social dans les sociétés à risque illimité pour permettre à tous les associés d'approuver l'augmentation de leur engagement. L'associé n'ayant pas approuvé l'augmentation du capital social ne verra pas sa responsabilité s'accroître lorsque les statuts ont opté pour l'application de l'unanimité ou en l'absence de précision des statuts. En effet, en cas de refus d'un associé, le capital social ne sera pas augmenté.

130. **La consultation des associés.** La réunion d'une assemblée est obligatoire pour l'approbation des comptes annuels[309] et lorsque l'un des associés en fait la demande[310]. En dehors de ces deux situations visées par les textes applicables aux sociétés commerciales à risque illimité, le silence du législateur pourrait être interprété aussi largement que possible. Il revient alors aux statuts de préciser le mode de consultation des associés afin de décider de l'augmentation de capital. La modification des statuts qu'emporte cette décision n'entraîne donc pas systématiquement la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Les associés peuvent être consultés par écrit en ratifiant un acte sous-seing privé[311]. Cette absence

[309] Art. L221-7 C. com.

[310] Art. L221- 6 al. 2 C. com.

de rigueur des textes applicables aux sociétés commerciales à risque illimité s'étend également aux sociétés civiles. L'augmentation de capital social ne relève pas systématique de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire. En effet, l'article 1853 du Code civil dispose que : *"Les décisions sont prises par les associés réunis en assemblée. Les statuts peuvent aussi prévoir qu'elles résulteront d'une consultation écrite."* L'article 1854 suivant précise que : *"Les décisions peuvent encore résulter du consentement de tous les associés exprimé dans un acte."*

131. **L'exclusion des formalités des assemblées au sein des sociétés commerciales à risque illimité à capital social variable.** Les textes qui ont procédé aux refontes successives du droit des sociétés ont laissé subsister la faculté d'insérer une clause statutaire de variabilité au sein d'une société[312]. Alors qu'on pouvait s'appuyer sur la loi de 1867 pour mettre en échec la variabilité du capital social[313], le principe est dorénavant celui de la validité de telles clauses depuis le 30 décembre 1981[314]. La possibilité d'insérer une clause de variabilité au sein des statuts s'offre à toutes les formes commerciales à risque illimité compte tenu de l'emplacement des articles L231-1 à L231-8 du Code de commerce. En effet, ces articles sont insérés dans un chapitre 1er lui-même intégré au titre III du Code de commerce intitulé : *"dispositions communes aux diverses sociétés commerciales"*. Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés commerciales à risque illimité que *"le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux…"*[315] Dans les sociétés commerciales à risque illimité, l'augmentation du capital social reste soumise aux conditions précédemment étudiées dont l'inobservation pourrait invalider l'opération. Ces formalités ne s'appliquent pas aux sociétés à capital variable

[311] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 4020, p. 345.

[312] La réglementation de la société à capital variable se trouve le chapitre premier du titre III du livre II du Code de commerce consacré aux dispositions communes aux diverses sociétés commerciales. Sur la question, v. notamment J.-P. BERTREL, La variabilité du capital social, *DP.* 1998, p. 78 ; J.-L. TROUSSET, De l'utilisation de la société à capital variable, *JCP* E 1999, p. 16 ; G. BARANGER, *Joly Sociétés,* Traité, v. Capital variable.

[313] P. LE CANNU, SARL à capital variable et libération des parts, *Bull. Joly* 1995, p. 1034, § 373.

[314] En ce qui concerne la pratique de la variabilité du capital social v. M.-H. MONSERIE - BON, *Enc. D. Rép. Soc.* v. Capital variable ; G. BARANGER, *Joly Sociétés,* Traité, v. Sociétés à capital variable ; M. JEANTIN, *Juris. Class. Soc.Traité,* v. Sociétés à capital variable, fasc. 167-10 et 167-20, refondus par G. DURAND -LEPINE ; D. SARRUT et C. CHAMPAUX, Sociétés à capital variable, *Dict. perm. Dr. aff.* ; J.-P. BERTREL, La variabilité du capital social, *DP.* 1998, p. 78 ; G. GOURLAY, Sociétés à capital variable, *Dr. Soc.* 1995, n° 24.

[315] Art. L231-1 C. com. modifié par la loi du 3 janvier 2003.

soumises à un régime de droit commun dérogatoire[316]. En effet, le statut juridique de cette société engendre des opérations fréquentes sur le capital social qu'il n'est pas nécessaire d'alourdir son fonctionnement en imposant des exigences. Ainsi, les conditions validant l'augmentation de capital social ne concernent que les sociétés classiques.

Nous constatons que les modalités de prise de décisions sont hétéroclites au sein des sociétés à risque illimité. Cette hétérogénéité dépend de l'étendue de la responsabilité des associés. Toutefois, la règle de l'unanimité reste une mesure souhaitée pour les opérations de capital dans la mesure où le seul refus d'un des associés reste suffisant pour empêcher ces opérations. Cette règle pourrait alors contribuer à maintenir l'intégrité du capital social. Qu'en est-il des sociétés à risque limité dans lesquelles tous les associés ne sont responsables que dans la limite de la valeur de leurs apports ?

B. Les modalités des sociétés à risque limité

132. **La compétence de l'assemblée générale extraordinaire.** Les sociétés à risque limité sont constituées des sociétés anonymes, en commandite par actions, par actions simplifiées et des sociétés à responsabilité limitée. Les associés ne sont responsables que dans la limite du montant de leurs apports. Cette limitation de responsabilité est instituée par les articles L225-1, L227-1, L223-1 et L226-1 du Code de commerce. Toutefois, le dernier texte apporte une distinction entre les commandités qui sont responsables indéfiniment et solidairement et les commanditaires qui *"ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports"* En ce qui concerne l'organe compétent pour augmenter le capital social, l'article L225-96 du Code commerce applicable à la société anonyme précise que : *"L'assemblée générale extraordinaire est seule habilitée à modifier les statuts dans toutes leurs dispositions."* Autrement dit, l'augmentation de capital social ne pourrait découler d'une consultation écrite, d'une assemblée générale ordinaire ou d'une décision des dirigeants. De telles clauses sont réputées non écrites. Toutefois, l'article L225-129 du Code de commerce admet un tempérament à la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire. En effet ce texte indique que *"l'assemblée générale extraordinaire" "peut déléguer cette*

[316] En effet, le chapitre 1er du titre III intégré lui-même au livre II du Code de commerce ne fait pas référence à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour les modifications apportées au capital social.

compétence au conseil d'administration ou au directoire." La compétence de l'assemblée générale extraordinaire est maintenue car il s'agit tout simplement d'une délégation de compétence. La règle de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire pour augmenter le capital social s'étend également à la société en commandite par actions au regard des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L226-1 du Code de commerce qui n'apportent aucune exclusion. Il en est également de même pour la société à responsabilité limitée au regard des dispositions de l'article L223-34. Certes, le texte ne vise que l'opération de réduction de capital social mais, il paraît logique d'étendre la compétence de l'assemblée générale extraordinaire aux décisions augmentant le capital social. La réduction du capital social et son augmentation emportent modification des statuts. C'est cette même modification qu'engendrent les deux opérations qui permet de justifier la même compétence de l'assemblée générale extraordinaire. Il n'est pas logique d'exclure cette compétence pour les augmentations de capital social au motif que le législateur ne le précise expressément[317]. Le législateur accorde moins de liberté dans les sociétés à risque limité par rapport aux sociétés à risque illimité.

Toutefois, cette liberté semble être admise au profit des sociétés par actions simplifiées. En effet, l'article L227-1 du Code de commerce semble exclure l'application des dispositions de l'article L225-96 précité. Plus précisément, l'augmentation de capital social ne relève pas exclusivement de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire puisque l'alinéa 2 de l'article L227-9 du Code de commerce indique ceci : *"Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, ... sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés."* Certes, l'augmentation du capital ne pourrait être décidée que par les actionnaires dans le sens où les dirigeants ne peuvent prendre cette décision, mais la compétence de l'assemblée générale extraordinaire n'est pas prévue. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de réunir les actionnaires dans cette assemblée. Les mêmes possibilités offertes aux sociétés à risque illimité peuvent s'entrevoir ici. L'augmentation de capital social dans une société par actions simplifiées pourrait résulter d'une consultation des associés par correspondance, par vidéoconférence, par télécopie ou autres moyens modernes de consultation[318].

---

[317] Dans ce sens Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 5820, p. 343.

133. **Les règles de majorité et de quorum**. Le principe institué par l'article 1836 du Code civil trouve son exception ici. La règle de l'unanimité est remplacée par celle de *"la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés."* Pour augmenter le capital social, les associés disposant des 2/3 des voix doivent se prononcer en cette faveur. En ce qui concerne la règle du quorum, l'assemblée générale extraordinaire *"ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote"*[319]. Les statuts des sociétés *"dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé"*, *"peuvent prévoir des quorums plus élevés."* Le législateur semble plus précis pour les sociétés anonymes dans la mesure où il prévoit même une prorogation. Selon l'alinéa 2 de l'article L225-96 précité : *"A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée."* Les règles de majorité et de quorum instituées par l'article L225-96 précité s'appliquent également à la société en commandite par actions au regard des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L226-1 du Code de commerce qui n'apportent aucune exclusion. Cela dit le capital social d'une société en commandite par actions ne peut être augmenté que par l'assemblée générale extraordinaire et celle-ci doit être composée des actionnaires représentant le quart des actions donnant droit de vote. Cette décision ne sera en outre valable que si les 2/3 des voix se prononcent favorablement. Il en est également de même pour la société à responsabilité limitée constituée après la loi du 4 août 2005. Pour la mise en œuvre de ces conditions, l'article L223-30 du Code de commerce vise la règle des deux tiers non pas des voix mais des parts sociales. On retrouve le même critère pour l'application du quorum. Le texte parle du quart non pas des actions donnant droit de vote mais des parts sociales pour la première convocation. Les sociétés à responsabilité limitée formées avant la loi de 2005 ne peuvent augmenter leur capital social que si les associés représentant les 3/4 du capital social se prononcent en cette faveur. La règle des 3/4 constitue le maximum puisque *"Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite."* Il semble que les statuts ne puissent prévoir une majorité moins élevée[320]. Le législateur admet une dérogation aux deux règles de 2/3 et 3/4 lorsque la décision d'augmenter le capital

[318] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 16035, p. 929.

[319] L225-96 al. 2 C. com.

[320] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 5802, p. 441.

résulte d'une incorporation de bénéfices ou de réserves. Dans ce cas, les associés représentant au moins la moitié des parts sociales peuvent prendre cette décision.
En ce qui concerne la société par actions simplifiées, l'article L227-1 du Code de commerce semble exclure l'application des dispositions de l'article L225-96 précité. Cela dit, comme le précise l'article L226-9 : *"Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient."* Le législateur accorde plus de liberté aux sociétés par actions simplifiées dans la mesure où il n'impose aucune règle comme c'est le cas pour la société anonyme. Les associés ont plus de liberté dans cette forme sociale puisque le principe de l'article 1836 du Code civil n'est même pas rappelé comme règle. Autrement dit, les règles de majorité et quorum sont librement déterminées statutairement.

134. **L'exclusion des formalités au sein des sociétés commerciales à risque limité à capital social variable.** La possibilité d'insérer une clause de variabilité au sein des statuts s'offre aussi aux sociétés à risque limité compte tenu de l'emplacement des articles L231-1 à L231-8 du Code de commerce. En effet, ces articles sont insérés dans un chapitre 1er lui-même intégré au titre III du Code de commerce intitulé : *"dispositions communes aux diverses sociétés commerciales"*. Toutefois, la deuxième directive communautaire du 13 décembre 1976 interdit aux membres de la société anonyme d'inclure une clause de variabilité du capital social au sein de ses statuts sauf s'il s'agit de coopératives[321]. Ainsi, pour le reste des sociétés par actions, il peut être stipulé dans les statuts que *"le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux…"*[322] Les formalités concernant la tenue des assemblées ne s'appliquent pas aux sociétés à capital variable soumises à un régime de droit commun dérogatoire[323]. Le statut juridique de cette société engendre des opérations fréquentes sur le capital social qu'il n'est pas nécessaire d'alourdir son fonctionnement en imposant des exigences. Le capital social est régulièrement augmenté des versements successifs des anciens ou nouveaux associés. Cette

[321] Art. L231-1 C. com. ; M. JEANTIN, Société à capital variable. Immatriculation de la société alors que le capital social, entièrement souscrit, n'a été libéré qu'à hauteur de 10 %, *RTD com.* 1996, p. 82.

[322] Art. L231-1 C. com.

[323] En effet, le chapitre 1er du titre III intégré lui-même au livre II du Code de commerce ne fait pas référence à la compétence de l'assemblée générale extraordinaire pour les modifications apportées au capital social.

opération est à l'évidence avantageuse pour les créanciers puisque le montant du capital social est renforcé[324].

Nous constatons que les formalités applicables aux modifications du capital social sont assez variées au sein des sociétés. Elles dépendent principalement de l'étendue de la responsabilité des associés, de la date à laquelle la société à été constituée et aussi de la forme sociale. Mais, contrairement à toute attente, les modalités prévues au sein des sociétés à risque illimité sont plus rigoureuses que celles des sociétés à risque limité. L'unanimité comme principe pourrait empêcher toute modification du capital social ce qui n'est pas le cas de la majorité peu importe le pourcentage. Ainsi, les modifications du capital social pourraient être limitées au sein des sociétés à risque illimité. Les modalités pour décider d'une modification du capital social au sein des sociétés à risque limité sont allégées sans doute pour faciliter les modifications du capital social. Toutefois, contrairement aux modalités applicables aux sociétés à risque illimité, celles des sociétés à risque limité ne connaissent que des dérogations limitées.

Après avoir vu les conditions dans lesquelles les modifications du capital social peuvent être validées, il convient maintenant d'analyser la réalisation proprement dite de l'augmentation de capital social.

§ 2. La réalisation de l'augmentation de capital social

135. L'augmentation du capital social permet de renforcer le montant du capital social déterminé et souscrit en phase de constitution de la société. Ainsi, cette opération ne peut être que propice pour les créanciers dans la mesure où elle entraîne un accroissement de la valeur initiale du capital social. Il reste alors à analyser les règles encadrant cette opération afin de mesurer leur efficacité. En période de constitution de la société, les règles encadrant la formation du capital ont révélé leur insuffisance du moins en ce qui concerne la libération des apports en numéraire. Aussi, nous avons indiqué qu'à cette période, seule la valeur des apports pouvait intégrer le capital social. Cela dit, aucun autre élément ne pouvait y être introduit. En est-il de même en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation du capital social ?

[324] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 266.

Tout comme en période de formation de la société, le montant qu'il faut incorporer au capital social doit être souscrit **(A)** et libéré par les associés **(B)**.

A. La souscription du capital social augmenté

136. **Le préalable à la souscription du capital social augmenté : la libération intégrale du capital social.** Une condition très intéressante fait dépendre la validité de l'augmentation du capital social. Plus précisément, les associés ne peuvent prendre cette décision si le capital social déterminé à la formation de la société n'a pas été entièrement libéré. Ce préalable est institué par les articles L223-7 et L225-131 sous les termes suivants : *"le capital social doit être intégralement libéré avant toute souscription de nouvelles parts sociales à libérer en numéraire"* ou *"toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire."* Cette règle ne concerne que les apports en numéraire du fait de la libération échelonnée. En effet, les associés ont cinq ans à compter de l'immatriculation de la société pour libérer les apports en numéraire. Les apports en nature sont exclus puisqu'ils doivent être intégralement libérés dès leur souscription à la formation de la société. En interdisant une augmentation de capital social dans ces conditions, le législateur pousse les associés à libérer le capital social initialement promis. La règle des articles L223-7 et L225-131 précités garantie la formation du capital social initial.

137. **La souscription du capital social augmenté.** L'associé pourrait également s'engager en cours de vie sociale par le contrat de souscription. Il promet ainsi qu'il apportera un bien pour augmenter le capital social. Tout comme en phase de constitution, les sociétés à risque illimité ne sont pas tenues par le principe de souscription intégrale du capital social. Cela dit, la liberté instituée en phase de constitution se poursuit en cours de vie sociale. Autrement dit, les associés déterminent librement le montant du capital social à augmenter et les modalités de souscription. Paradoxalement, cette règle s'étend également aux sociétés à risque limité. En effet, aucun texte n'impose l'application du principe de la souscription intégrale aux sociétés à risque limité. Au contraire l'article L225-134 du Code de commerce applicable aux sociétés anonymes semble admettre la possibilité de souscrire partiellement le capital social en toute légalité. Au regard des dispositions des articles L226-1 et L227-1 du même Code, ce texte s'applique également aux sociétés en commandite par actions et par

actions simplifiées. Selon cet article lorsque *"les souscriptions à titre irréductible"* et *"à titre réductible"* n'absorbent pas *"la totalité de l'augmentation de capital"*, *"le montant de l'augmentation de capital peut être limité au montant des souscriptions sauf décision contraire de l'assemblée générale."* Toutefois, la validité de cette réduction de souscription semble être limitée. En effet, rajoute le législateur *"En aucun cas, le montant de l'augmentation de capital ne peut être inférieur aux trois quarts de l'augmentation décidée."* Autrement dit, si les souscriptions sont inférieures aux 3/4 du montant du capital social déterminé, les actionnaires ne sont pas en droit de valider une telle augmentation de capital social. La règle permet de garantir une bonne augmentation de capital social par rapport au montant déterminé. Le III de l'article L225-134 précité apporte une autre limitation en précisant que les dirigeants peuvent *"limiter l'augmentation de capital au montant atteint lorsque les actions non souscrites représentent moins de 3 % de l'augmentation de capital."*

Nous constatons que contrairement à la phase de constitution de la société, les textes ne garantissent pas la souscription intégrale du montant du capital social lors des opérations d'augmentation de capital social effectuées en cours de vie sociale. En effet, le montant déterminé pour augmenter le capital social peut ne pas être couvert entièrement par des engagements d'apport. Le capital social est alors uniquement augmenté des montants souscrits et ce sont ces valeurs qui doivent être intégralement libérées[325].

B. La libération des apports promis

138. D'abord l'augmentation de capital social se réalise par la libération des apports en nature et en numéraire **(1)**. Et comme le capital social correspond à une valeur, la prise en compte de l'apport en nature en son sein passe par son évaluation **(2)**. Ensuite, en cours de vie sociale, le capital social n'est pas uniquement constitué des apports, il pourrait être augmenté des éléments composant le patrimoine **(3)**.

[325] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1069, p. 472.

1. La libération des apports

139. **La libération des apports en nature.** Le législateur ne réglemente pas les conditions de libération des apports en nature pour l'augmentation de capital social des sociétés à risque illimité. C'est la règle de la liberté qui s'applique en l'occurrence. Cela dit, les associés peuvent parfaitement indiquer au sein des statuts que ces apports seront libérés intégralement. Cette libération pourrait également être différée par rapport au jour de l'augmentation de capital social. En ce qui concerne les sociétés à risque limité, la libération intégrale des apports en nature prévue en phase de constitution de la société[326] s'étend en cours de vie sociale[327]. En effet, le législateur précise que : *" Les titres de capital émis en rémunération d'un apport en nature sont intégralement libérés dès leur émission."* Cette libération intégrale des apports en nature lors d'une augmentation de capital s'applique également aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées au regard des articles L226-1 et L227-1 du même Code qui n'excluent pas cette règle. Il en est également de même des sociétés à responsabilité limitée. En effet, il a été dit que : *"si l'augmentation de capital est réalisée en totalité ou en partie au moyen d'apports en nature, les règles à observer sont à peu près les mêmes qu'en cas de constitution de la société."*[328]. Or, à ce niveau, l'article L223-7 du Code de commerce précise que les parts sociales : *"doivent être intégralement libérées lorsqu'elles représentent des apports en nature."*

140. **La libération des apports en numéraire.** La libération des apports en numéraire dans les sociétés à risque illimité n'est pas non plus réglementée. Les associés peuvent alors aménager librement les conditions dans lesquelles les apports en numéraire seront libérés. Il en est autrement des sociétés à risque limité puisque le principe de libération fractionnée institué en cours de formation de la société est repris en cours de vie sociale pour l'augmentation de capital. En effet, l'article L225-144 du Code de commerce applicable à la société anonyme précise que *"Les actions souscrites en numéraire sont obligatoirement libérées, lors de la souscription, d'un quart au moins de leur valeur nominale"*. La différence se situe au niveau du minimum à libérer. En phase de constitution ce minimum est porté à la

---

[326] Art. L223-7 et L225-3 C. com.

[327] Art. L225-147 al. 5 C. com.

[328] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 5828, p. 446.

moitié de l'apport en numéraire promis alors qu'il est du quart en cours de vie sociale. L'appel du non versé doit s'effectuer *"en une ou plusieurs fois, dans le délai de cinq ans à compter du jour où l'augmentation du capital est devenue définitive."* Le délai limite pour libérer le capital social reste également le même mais les points de départ se distinguent. En phase de constitution de la société, le délai de cinq ans commence à courir à partir de l'immatriculation de la société au Registre du Commerce et des Sociétés. En cours de vie sociale, le point de départ c'est le jour où l'augmentation du capital social est devenue définitive. L'ensemble des dispositions de l'article L225-144 précité s'applique aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées au regard des articles L226-1 et L227-1 du Code de commerce qui n'écartent pas ce texte.

Le délai pour libérer les apports en numéraire est réduit en cas d'augmentation de capital décidée par les dirigeants sur délégation de l'assemblée générale extraordinaire au bénéfice des membres du personnel salarié de la société. Ce délai est limité à trente-huit mois c'est-à-dire 3 ans et deux mois. Dans cette fourchette, le conseil d'administration ou le directoire doit permettre aux salariés de souscrire au capital social dans la limite de 10% du capital social [329]. Dans ce cas, il n'y a pas de libération échelonnée car l'augmentation de capital résulte de la levée d'option et devient définitive du seul fait de la déclaration de levée d'option, accompagnée du bulletin de souscription et du paiement en numéraire ou par compensation avec des créances de la somme correspondante.

Les dirigeants peuvent aussi s'inspirer de la théorie américaine de l'agence[330] en attribuant gratuitement des actions[331] tout ceci dans la limite de 10% du capital social[332]. Et dans ce cas, l'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de l'attribution définitive des actions aux bénéficiaires.

Dans les sociétés à responsabilité limitée, le principe de libération fractionnée institué en phase de formation ne s'étend pas en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation

---

[329] On parle de la levées d'options prévues à l'article L. 225-177 C. com.

[330] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** 1976 ; PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, n° 206, p. 155 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, livre de poche 1995.

[331] J.-PH. DOM, L'attribution gratuite d'actions, *Bull. Joly* 2005, § 3, p. 188 ; A. VIANDIER, La loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés, *Rev. soc.* 1981, p. 475.

[332] Art. L225-197-1 C. com.

de capital. La libération intégrale des nouvelles parts souscrites est immédiatement exigée[333]. Ce principe se déduit des articles applicables à cette forme sociale. En effet, l'alinéa 3 de l'article L223-32 du Code de commerce dispose que : *"Si l'augmentation du capital n'est pas réalisée dans le délai de six mois à compter du premier dépôt de fonds, il peut être fait application des dispositions du deuxième alinéa de l'article L223-8."* Le principe de libération intégrale des apports en numéraire n'est certes pas clairement exprimé mais le texte prévoit le retrait des fonds apportés par certains associés lorsque les fondateurs ne procèdent pas aux formalités de constitution de la société. La mise à l'écart de l'application de l'article L223-8 précité en cours de vie sociale suppose alors la réalisation du capital social. Autrement dit, les associés ne peuvent retirer le numéraire apporté lorsque tous les associés ou futurs associés ont effectué leurs apports. Le principe de libération immédiate des apports en numéraire est donc institué dans les sociétés à responsabilité limitée. Les associés ont six mois pour apporter le numéraire promis à défaut ceux qui l'ont fait peuvent retirer leur mise.

141. **La libération intégrale des apports en numéraire en cas d'opérations de restructuration.** Plusieurs voies conduisent au groupe de sociétés comme les fusions et scissions. L'article L236-1 Code de commerce définit ces deux opérations comme étant une transmission de patrimoine social à une société existante ou à une nouvelle société constituée à cet effet pour la fusion[334]. La scission quant à elle permet également la transmission de patrimoine social mais cette fois à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles[335]. Les deux opérations sont susceptibles d'engendrer une augmentation de capital social. Le capital social de la société absorbée augmente celui de la société absorbante lorsque cette dernière n'a pas été constituée pour les besoins de la restructuration. Les éléments d'actif provenant de la scission accroissent également le capital social de la société qui reçoit ces biens s'ils composaient le capital social. En ce qui concerne la décision des associés sur l'opération, celle-ci doit être prise dans les mêmes conditions prévues pour la modification des statuts pour chaque forme sociale. Les associés peuvent décider l'absorption d'une société

[333] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1069, p. 472 ; P. LE CANNU, Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (art. 124 de la loi NRE, L. 223-7 et L. 231-5 du Code de commerce), *Rev. soc.* 2001, p. 635.

[334] Définition proposée par la troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes.

[335] Définition proposée par la sixième directive n° 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982 concernant les scissions des sociétés anonymes,

alors même que le capital social n'a pas été entièrement libéré. Or, les nouveaux titres émis en contrepartie de la transmission du patrimoine de la société absorbée sont des droits sociaux entièrement libérés[336]. Le capital social de la société absorbante sera alors provisoirement représenté par deux catégories d'actions ou de parts sociales : les unes partiellement libérées correspondant aux apports en numéraire et les autres, les apports en nature, intégralement libérées[337]. Puisque les droits sociaux représentent théoriquement des apports intégralement libérés, la solution consiste à transférer à la société absorbante la créance correspondant à la fraction non libérée du capital social de la société absorbée. Les titulaires des parts ou actions anciennes non libérées deviennent alors les débiteurs de la société absorbante qui peut, à tout moment, leur exiger le paiement[338]. Ainsi, les délais d'appel du non-versé prévus par la société absorbée ne sont plus valables. La société absorbante pourrait imposer une souscription intégrale aux associés de la société absorbée.

2. L'évaluation des apports en nature

142. **L'évaluation des apports en nature effectués au profit des sociétés à risque limité.** Les apports en nature doivent être évalués afin d'incorporer leur chiffre au capital social. La procédure d'évaluation instituée en période de formation de la société est reconduite en cours de vie sociale à quelques nuances près. Pour les sociétés à risque illimité, il n'existe pas de texte préconisant une procédure spécifique comme en période de constitution. Ce qui n'est pas le cas des sociétés à risque limité. Toutefois, pour les augmentations de capital social, le législateur ne fait plus de distinction entre les sociétés offrant leurs titres au public et celles ne procédant pas à cette activité. C'est la procédure d'évaluation des apports en nature au moment de la formation des sociétés faisant une offre au public qui est retenue. En effet, peu importe le statut de la société, l'évaluation s'effectue par un ou plusieurs commissaires aux apports désignés par décision de justice[339]. La désignation d'un commissaire de

[336] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 26490 et s. p. 1390.

[337] Ibidem.

[338] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 26491 et s. p. 1390.

complaisance est écartée également en cours de vie sociale. Ensuite, les actionnaires n'étant pas concernés par l'apport en nature doivent donner leur accord sur la valeur retenue par le professionnel de l'évaluation. Pour le calcul de la majorité et du quorum, les actions de l'apporteur concerné par l'évaluation ne sont pas prises en compte[340]. L'augmentation de capital social est parfaite si les actionnaires approuvent l'évaluation. A défaut, l'augmentation du capital n'est pas réalisée si les associés concernés par l'évaluation n'approuvent pas les modifications apportées[341]. Cette procédure, instituée par l'article L225-147 du Code de commerce, s'applique aux sociétés anonymes et s'étend aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, la procédure d'évaluation des apports en nature en période de constitution peut être transposée au regard des dispositions de l'article L223-33 du Code de commerce. Ce texte opère un renvoi à l'alinéa 1 de l'article L223-9 du même Code. L'évaluation des apports en nature s'effectue par un commissaire aux apports. Toutefois le législateur supprime la désignation à l'unanimité de l'expert par les associés. Seule la nomination judiciaire est maintenue en cours de vie sociale.

143. **L'évaluation des apports lors des opérations de restructuration.** Les opérations de restructuration, comme les fusions et scissions, réalisent un transfert de patrimoine qu'il convient de réévaluer. L'article 254 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales disposait que : *"Le projet de fusion ou de scission"* devait *"contenir" "la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue"*. Mais, ce texte a d'abord été modifié par le Décret n°88-1192 du 28 décembre 1988 puis abrogé par un autre Décret n°2007-431 du 25 mars 2007. Les dispositions du chapitre VI du Livre II du Code de commerce n'imposent plus l'évaluation du patrimoine transféré. En ce sens, les deux directives européennes sur les opérations de restructuration à savoir la troisième directive du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes et la sixième directive du 17 décembre 1982 concernant les scissions des sociétés anonymes n'exigent pas un chiffrage ou une évaluation du patrimoine transféré. La révision des valeurs du bilan est donc une faculté dans la mesure où la loi n'impose rien. Autrement dit, elle laisse le soin aux parties de fixer telle ou telle valeur pour la

[339] Art. L225-147 C. com.

[340] Art. L225-10 C. com.

[341] Art. L225-147 C. com.

comptabilisation du patrimoine apporté[342]. En cas de réévaluation, c'est l'ensemble des éléments actifs/passifs des sociétés qui est concerné[343]. Et les méthodes traditionnelles pratiquées en cas d'apports en nature peuvent être transférées aux opérations de restructuration[344]. Les apports en nature peuvent être chiffrés à leur valeur vénale[345]. Mais la valeur nette comptable du bien pourrait également être retenue[346].

3. L'augmentation de capital sans apports nouveaux

144. **Le champ d'application et conditions d'incorporation.** Le capital social reste principalement augmenté par les apports nouveaux. Toutefois, rien n'interdit d'augmenter le capital social en incorporant les richesses internes à la société[347]. Ces richesses répertoriées au passif du bilan sont généralement les primes, les bénéfices, les réserves. Cette possibilité n'est pas expressément prévue pour les sociétés à risque illimité par le législateur mais, rien ne l'interdit[348]. En pratique, ces formes sociales ont très peu recours aux augmentations de capital social puisque les associés donnent en garantie aux créanciers leur patrimoine personnel[349]. En ce qui concerne les sociétés à risque limité, l'alinéa 6 de l'article L223-30 du Code de commerce applicable à la société à responsabilité limitée dispose que : *"Par dérogation aux dispositions des deuxième et troisième alinéas, la décision d'augmenter le capital par incorporation de bénéfices ou de réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales."* Exceptionnellement, les règles de majorité requises pour modifier les statuts ne s'appliquent pas pour cette opération. Autrement dit, l'augmentation du capital

---

[342] J.- P. BOUERE, Faut-il remettre en question la pratique actuelle de la comptabilisation des fusions ? *Bull. Joly* 01 nov. 1995, n° 10, p. 933.

[343] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 26433, p. 1381.

[344] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 26430, p. 1379.

[345] Ibidem. ; Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 4360, p. 1530.

[346] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 4361, p. 1530.

[347] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. p. 222 et s. ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 101 et s. p. 63 et s.

[348] A l'exception des sociétés civiles professionnelles : v. loi du 29 novembre 1966.

[349] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 115, p. 72.

social par incorporation est validée dès lors que les associés représentant au moins la moitié des parts sociales se seraient prononcés dans ce sens. En ce qui concerne les sociétés par actions, c'est l'article L225-128 du même Code qui offre cette possibilité. En outre, ce texte précise que les titres de capital nouveaux sont libérés en conséquence d'une fusion ou d'une scission. En effet, comme le relève M. le professeur Chadefaux : *"Dans le régime de droit commun des fusions, la société bénéficiaire des apports se doit simplement de constater l'augmentation du capital correspondant au montant net des éléments apportés"*[350]. L'article L225-128 précité prévoit une dernière hypothèse d'incorporation. Selon ce texte les titres de capital nouveaux *"peuvent aussi être libérés consécutivement à l'exercice d'un droit attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital comprenant, le cas échéant, le versement des sommes correspondantes."* Le législateur vise ici l'incorporation au capital social de ce que Mme le professeur Dana - Demaret désigne sous l'expression *"quasi capital"*[351]. Sous cette appellation, l'auteur regroupe les valeurs mobilières ne représentant pas le capital social mais qui pourraient le devenir[352]. Il en est ainsi par exemple des obligations avec option. Le souscripteur d'une telle obligation pourrait devenir actionnaire en demandant la conversion ou l'échange de ces titres. Cette transformation constitue la passerelle entre le quasi – capital et le capital social[353]. L'incorporation de ces ressources au capital social n'augmente pas la valeur des capitaux propres. Elle se traduit par un simple jeu d'écriture comptable en réaménageant les comptes du passif interne[354]. Ainsi, les principes de libération échelonnée et intégrale ne trouvent pas lieu à s'appliquer puisque la société transfert au compte capital social soit le poste réserve, soit le poste bénéfice ou encore le poste correspondant aux primes. La société n'est pas soumise à l'obligation de libérer intégralement et préalablement le capital social initialement fixé[355]. L'augmentation de capital social par incorporation reste alors soumise à des règles libérales. Toutefois, la société doit disposer à l'actif d'un montant correspondant au

---

[350] M. CHADEFAUX, **Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal**, préf. A. VIANDIER, Coll. Pratiques d'experts, Groupe fiduciaire, 6ème éd. 2008, n° 1287, p. 272.

[351] Pour étude plus détaillée v. S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 222 et s

[352] Ibidem.

[353] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 224, n° 211.

[354] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 239 et s. ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 103, p. 65.

[355] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 119, p. 73.

poste comptable incorporé[356]. Par exemple, pour que l'incorporation au capital social des réserves soit valable, il faudrait que la société dispose à l'actif une contrepartie correspondante.

Nous constatons que les règles applicables à la souscription des apports sont hétéroclites car elles ne s'alignent pas souvent sur celles prévues en phase de constitution. En effet, le capital social qui doit être entièrement souscrit en phase de constitution peut l'être que partiellement en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation de capital social. Cette hétérogénéité apparaît également à l'analyse des règles régissant la libération des apports. Certes, la règle de la libération fractionnée est reconduite en cours de vie sociale mais les pourcentages à libérer sont réduits et donc différents. En plus de la diversité des règles, l'étude permet de constater que les règles applicables à la réalisation de l'augmentation de capital ne permettent qu'une formation partielle du capital social.

Toutefois, l'étude a permis de remarquer que pour la société à responsabilité limitée, le législateur fait référence au principe de libération intégrale pour tous les apports. Or, seul ce principe permet la formation réelle du capital social dans le sens où le montant du capital social n'est pas fictif puisqu'il possède à l'actif le support correspondant à l'une de ses valeurs. Mais, il serait souhaitable que ce principe soit clairement exprimé à l'article L223-32 du Code de commerce. En outre, l'étude a permis de constater que les règles applicables à l'évaluation des apports en nature sont harmonisées dans les sociétés à risque limité. Plus exactement, les règles en phase de constitution et celles en cours de vie sociale sont unifiées vers le haut. En effet, ce sont celles qui évitent la nomination d'un commissaire de complaisance qui s'appliquent à toutes les sociétés par actions. Pour les associés des SARL, la nomination du commissaire aux apports émane du juge. Les associés doivent par la suite donner leur accord sur la valeur retenue.

Malgré la précarité du régime juridique applicable aux augmentations de capital social que nous venons de mettre en lumière, l'opération en elle-même n'engendre aucune atteinte sur le montant du capital social. Au vrai, le principe d'intangibilité est mis en cause au profit des créanciers puisque le capital social est augmenté soit de la valeur des apports en nature et en numéraire soit de la valeur des éléments composant le patrimoine social. Plus exactement le montant qui permet de bloquer à l'actif des supports équivalent s'accroît et cela constitue

[356] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 124, p. 75.

plutôt un avantage pour les créanciers. Cet avantage ne s'observe pas lorsque le capital social est réduit.

Sous-section 2. La réduction du capital social

145. Si l'augmentation du capital social reste une opération favorable pour les créanciers en dépit du fait qu'elle contrevienne au principe d'intangibilité et de fixité du capital social, en est-il de même pour la réduction du capital social ? La réponse à cette interrogation nous semble être négative dans la mesure où le montant initialement fixé à la formation de la société est amoindri. Ainsi, la société oblige les créanciers à ne plus compter sur le montant du capital social initialement fixé en période de formation de la société mais à une valeur affaiblie. Pour cela, il importe à cette étude d'analyser les raisons qui pourraient amener une société à réduire la surface financière réservée aux créanciers. Alors, la réduction du capital social est-elle opérée au bénéfice des créanciers ? Au vrai, les causes à l'origine de la réduction du capital social sont regroupées en fonction du critère de perte. Les réductions du capital social motivées par les pertes et celles qui ne sont pas motivées par les pertes **(§ 1)**.
Il convient dès à présent d'indiquer que la réduction du capital social pourrait être favorable pour les créanciers. Nous avons précédemment indiqué que le principe du nominalisme avait des conséquences négatives pour le capital social parce qu'il pouvait engendrer sa fictivité du fait de l'amoindrissement de la valeur des supports. Ainsi, le montant du capital social intangible pouvait être décalé par rapport à l'actif ceci malgré les corrections apportées aux supports. Nous avons également fait remarquer que les modifications du capital social ne relevaient pas des règles comptables mais des règles juridiques. Ainsi, c'est la réduction du capital social décidée par les associés qui permettra au capital social de correspondre à la réalité. Les créanciers pourront alors être informés sur l'étendue réelle de leur garantie. C'est en cela que la réduction du capital social pourrait être avantageuse pour les créanciers. Ainsi, c'est pour donner notamment aux créanciers une image fidèle, régulière et sincère que la réduction du capital social trouve ses raisons d'être[357] **(§ 2)**.

[357] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 48, p. 36.

§ 1. Les causes à l'origine de la réduction du capital social

146. Les causes à l'origine de la réduction du capital social sont regroupées en fonction du critère de perte. D'un côté, les réductions non consécutives aux pertes **(A)** et de l'autre, celles qui sont liées aux pertes **(B)**.

A. Les réductions du capital social non consécutives aux pertes

147. Les réductions du capital social non consécutives aux pertes sont nombreuses. Toutefois, il reste possible de les regrouper en deux groupes en fonction des causes qui seront étudiées ici. Nous traiterons alors des réductions résultant de la sortie d'un associé **(1)** et celles découlant d'un défaut de formation du capital social **(2)**.

1. La réduction du capital social découlant de la sortie d'un associé

148. La réduction du capital social résultant de la sortie d'un associé pourrait s'illustrer de deux manières. Elle découle généralement d'une obligation pour la société de racheter les titres d'un associé dont le cessionnaire n'a pas été agréé **(a)** ou de l'exercice par un associé de son droit au retrait **(b)**.

a). La réduction résultant de l'obligation légale de rachat

149. **L'application des clauses d'agrément**. Ces clauses statutaires permettent d'écarter l'entrée dans la société des personnes dont la présence est jugée indésirable[358]. Elles ne s'appliquent pas aux parts représentatives d'apport en industrie. Autrement dit, les parts d'industrie ne sont pas cessibles et la mort de leur détenteur entraîne l'annulation des parts. La cession reste le mode de circulation des autres titres notamment ceux représentatifs du capital

[358] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 18442, p. 1141.

social. D'abord en ce qui concerne les sociétés de personnes composées des sociétés en non collectif, en commandite simple et des sociétés civiles, ces formes sociales se forment en considération de la personne. L'*intuitu personae* qui préside à leur constitution et à leur fonctionnement interdit qu'un étranger puisse entrer dans la société sans l'accord unanime des associés. Les mouvements sur le capital social doivent alors recevoir l'acceptation de tous les autres membres. A défaut d'agrément la cession est irrégulière. Cette règle est instituée par les articles 1861 du Code civil[359] et L221-13 du Code de commerce[360]. Puis pour les sociétés à risque limité, la société à responsabilité limitée se constitue et fonctionne en considération de la personne. On dit qu'elle est une forme sociale hybride car elle emprunte des règles aux sociétés de personnes. En effet, l'article L223-14 du Code de commerce interdit toute cession de parts sociales à des tiers étrangers sans l'accord des associés. Cet accord s'obtient lorsque les associés représentant au moins la moitié des parts sociales se prononcent favorablement conformément aux dispositions actuelles de l'article L223-14 du Code de commerce. En ce qui concerne les sociétés de capitaux, les statuts pourraient également introduire une dose d'*intuitu personae*. Certes, l'action est un titre négociable qui autorise son titulaire à le vendre et constater l'opération par un simple virement de compte à compte[361]. Ainsi, peu importe le cessionnaire, aucune autorisation n'est requise. La clause statutaire enlevant ce droit serait frappée de nullité[362] puisque la libre négociabilité des actions a un caractère d'ordre public[363]. Mais le caractère d'ordre public de la négociabilité des actions n'interdit pas de limiter ce droit par l'introduction d'une clause d'agrément statutaire donnant au conseil d'administration ou à l'assemblée générale le droit d'agréer le cessionnaire[364]. Les clauses d'agrément introduisent dans les sociétés par actions une considération de la personne, c'est-à-dire de l'*intuitu personae* que légalement seules connaissent les sociétés de personnes[365]. L'intrusion d'un tiers dans le cercle des associés pourrait être bloquée par la procédure d'agrément

[359] Pour les sociétés civiles.

[360] Pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple.

[361] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 738.

[362] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1616.

[363] Ibidem.

[364] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1617.

[365] Ibidem.

organisée par les associés. Cette possibilité offerte aux sociétés par actions se limite à celles qui ne proposent pas leurs titres au public sur le fondement de l'article L228-24 du Code de commerce. Une autre limite instituée à l'article L228-23 alinéa 2 du même Code indique que l'agrément ne peut viser que les cessions d'actions nominatives à des tiers. S'agissant des sociétés par actions simplifiées, l'article L227-14 dispose que : *"Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société."*

150. **Le rachat par la société des titres de l'associé dont le cessionnaire n'a pas été agréé en vue d'une réduction du capital social.** La mise en œuvre de la procédure d'agrément entraîne des conséquences par rapport à la société. Si l'agrément est refusé, la société pourrait être amenée à racheter les titres du cédant pour lui faciliter sa sortie et éviter de le garder prisonnier mais aussi pour empêcher l'entrée des personnes indésirables. Cette décision entraîne la réduction du capital social. L'alinéa 2 de l'article 1862 du Code civil applicable aux sociétés civiles dispose que : *"La société peut également procéder au rachat des parts en vue de leur annulation."* En ce qui concerne les sociétés à risque limité, l'alinéa 4 de l'article L223-14 du Code de commerce applicable à la société à responsabilité limitée précise que : *"La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé".* Il en est également de même pour la société par actions simplifiées avec l'alinéa 2 de l'article L227-18 qui dispose que : *"Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler."* L'alinéa 2 de l'article L228-24 applicable aux sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions indique que : *"Si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital."* Toutefois, les textes applicables aux sociétés commerciales à risque illimité ne font pas référence au rachat par la société des titres du cédant. Le recours à une clause statutaire permettrait d'introduire cette obligation pour la société. Mais la validité de cette clause semble être contestée par certains auteurs qui pensent que le rachat conventionnel pourrait s'opposer au principe de l'unanimité qui préside la cession des actions dans ces formes sociales. Malgré le refus d'un associé, la société pourrait tout de même acquérir les parts sociales de l'associé dont la cession n'a pas été agrée. Mais la

jurisprudence antérieure à la loi du 24 juillet 1966 semble admettre la validité des clauses conventionnelles stipulant l'obligation de rachat[366]. Ainsi, les associés peuvent se prémunir contre l'impossibilité absolue de quitter la société en introduisant une clause aux statuts obligeant la société à racheter les titres de l'associé dont le cessionnaire n'a pas été agrée. Le rachat par la société des titres du cédant aura pour conséquence la réduction du capital social.

b). La réduction suite au droit de retrait de l'associé

151. **Le champ d'application du droit de retrait d'un associé.** Le droit de retrait ne doit pas se confondre avec le retrait qui est une notion plus large. Le retrait d'un associé est envisagé lorsqu'il se retire de la société par cession à un tiers ou par rachat de la société de ses droits sociaux[367]. Alors que le droit de retrait permet à l'associé de se désengager de la société par la restitution de son apport. En ce qui concerne le domaine d'application du droit au retrait, celui-ci s'applique naturellement aux sociétés à capital variable compte tenu du mécanisme de la variabilité et aux sociétés civiles. Dans le cadre des sociétés à capital fixe, le droit de retrait est inexistant dans les sociétés à risque limité. Le législateur n'institut nullement ce droit dans les textes régissant ces formes sociales. Le rapport de la Commission du sénat établi lors de l'élaboration de la loi du 30 décembre 1981 semble même interdire *"aux associés de reprendre tout ou partie des biens apportés à la société, dans la mesure où ils se sont engagés, lors de la souscription, à affecter ces biens au fonctionnement de la société"*. Cette solution pourrait être justifiée sur le terrain du capital social gage des créanciers dans les sociétés à risque limité. Les intérêts des créanciers pourraient être menacés si les associés responsables dans la limite de leurs apports étaient en plus autorisés à reprendre leur mise avant la fin de la société. Le retrait se heurte ainsi au principe de fixité du capital social gage des créanciers[368]. Ainsi, le droit de retrait serait contraire à l'idée de capital social gage des créanciers. Pour cela, les statuts de sociétés à risque limité ne peuvent stipuler un tel

[366] En ce sens v. R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, D. 2003, n° 178, p. 148 et s.

[367] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 180, p. 150.

[368] A. COURET, La réduction du capital- A la recherche de son régime juridique, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 96.

avantage au profit des associés[369]. Cette impossibilité semble s'étendre aux sociétés commerciales à risque illimité. En effet, M. le professeur Mortier indique que : *"l'associé de la SNC n'a pas, à l'inverse de celui d'une société civile, le droit de retrait."*[370]. Cette impossibilité ne s'applique tout de même pas à tous les associés. En effet, le gérant associé d'une société en nom collectif pourrait se retirer suite à sa révocation[371].

152. **La réduction du capital social.** En se retirant totalement ou partiellement, l'associé d'une société civile a droit à restitution de son apport. Le remboursement de l'apport à l'associé entraîne ici aussi la réduction du capital social et l'annulation des parts sociales du retrayant. La réduction de capital consécutif au retrait constate l'attribution d'un élément d'actif à un associé[372]. L'appauvrissement du capital s'accompagne ici de celui de l'actif, sur lequel se fixe la garantie des créanciers. Il en est également ainsi dans les sociétés à capital variable. L'associé retrayant a droit au remboursement de la valeur de ses parts lesquelles sont rachetées non par les coassociés[373] mais par la société elle-même en vue de leur annulation dans le cadre d'une réduction de capital social[374]. Afin d'éviter que les associés n'optent que pour une variation à la baisse du capital social, le législateur a pris le soin de préciser que la variabilité du capital social s'entend des opérations d'augmentation et de diminution. L'utilisation de la conjonction *"et"* à l'article L231-1 du Code de commerce signifie que les deux opérations sont indissociables. Une société ne peut uniquement prendre l'option de réduire son capital social[375]. La société doit également procéder à des augmentations *"par des*

---

[369] Dans le même sens R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 181, p. 151.

[370] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 177, p. 148.

[371] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 189, p. 155.

[372] J.- L. TROUSSET, Réduction de capital par attribution d'un élément d'actif à un actionnaire, *JCP* E 1998, 1390.

[373] Solution possible au sein des sociétés civiles.

[374] Sur les effets de l'absence de réserve dans la société civile à capital variable v. J.-L. TROUSSET, op., cit. p. 16.

[375] Le législateur français n'indique pas à quel moment la clause de variabilité du capital social peut être insérée dans les statuts d'une société à risque limité. C'est dire alors que cette clause peut apparaître en cours de vie sociale ou au moment de la création de la société. Une société à risque limité conçue à l'origine avec un capital fixe pourrait donc en cours de vie sociale inclure au sein de ses statuts une clause de variabilité du capital social. Cette modification statutaire n'entraîne pas l'application des dispositions de l'article 1844-3 du Code civil puisqu'il n'y a pas changement de forme sociale. Toutefois cette clause peut être dangereuse pour les anciens créanciers entrés en contrat avec la société sur la base d'un capital social fixe. L'insertion d'une clause de variabilité en cours de vie sociale entraîne un changement de statut du capital social. Celui-ci passe d'un statut

versements successifs des associés". En effet, la réduction du capital social a pour effet d'amoindrir la surface réservée aux créanciers du fait de la reprise totale ou partielle des apports effectués par les associés.

2. Les réductions découlant d'un défaut de formation du capital

153. **La réduction du capital social découlant du défaut de souscription intégrale et de surévaluation des apports en nature.** Les circonstances qui peuvent motiver une réduction de capital social non motivée par les pertes sont nombreuses. La société peut être amenée à réduire son capital social parce que la souscription n'a pas été intégralement couverte et elle ne peut faire autrement que de se contenter des actions souscrites[376]. Il en est de même lorsque l'assemblée constitutive chargée de vérifier et d'approuver le rapport du commissaire aux apports estime que les apports ont été évalués d'une façon excessive[377]. Dans les deux cas, la société traîne un poids mort dont les actionnaires sont tenus de se débarrasser[378]. Le capital social initial se réduit à hauteur des souscriptions acquises. Le capital social non souscrit disparaît. Il en est de même en cas de surévaluation frauduleuse des apports en nature. Par exemple une société s'était constituée en approuvant le rapport certifié par le commissaire aux apports. Les apporteurs en numéraire s'aperçurent par la suite de la dissimulation perpétrée par les apporteurs en nature. Les apports avaient bien une valeur inférieure à celle qui avait été acceptée. Ce n'est que par dol que le vote d'approbation a été obtenu. Une action en justice est intentée par les apporteurs en numéraire qui obtiennent plein succès. La décision rendue par les juges ne nécessitait pas de mettre en œuvre la procédure de réduction du capital social[379]. Le jugement prononçant l'annulation de l'apport suffisait pour

fixe à un statut variable. Les créanciers n'ont aucun moyen juridique de s'opposer à une telle décision des associés alors même que la responsabilité de ces derniers est limitée à leurs apports. Les associés se réservant désormais la possibilité de diminuer le capital social par la reprise totale ou partielle des apports et cela à tout moment sans qu'il ne soit nécessaire de respecter les conditions strictes de modification du capital social prévues dans les sociétés de type classique.

[376] Cette réduction de capital social intervient alors même que la société est en cours de formation.

[377] La constatation des apports surévalués pourrait également intervenir en cours de vie sociale.

[378] G. CANTENOT, **De la réduction du capital social dans les sociétés anonymes**, th. préc., p. 17.

[379] CA. Paris, 3 févr. 1910, *J. S.* 1911, p. 121 et s, note A. WAHL.

le réduire[380]. La nullité avec son effet rétroactif a eu pour conséquence de faire disparaître l'apport comme si celui-ci n'avait jamais existé. Le capital social initial prévu a été réduit à hauteur de la valeur de l'apport surévalué.

154. **La réduction découlant d'un capital social excessif.** La société peut être amenée à réduire son capital social parce qu'il est trop élevé. Cette opération reste bien rare car les sociétés ne manquent pas d'utiliser cet excédent de ressources en élargissant leur centre d'activité. Toutefois, les fondateurs peuvent se faire des illusions sur l'importance qu'ils comptent donner à l'entreprise. Par exemple, pour des causes étrangères, les produits de la société ne font pas l'objet d'une forte demande et dans ce cas, la société peut ne plus avoir besoin d'un capital social excessif. En effet, le capital social a un coût dans la mesure où la société est tenue de le rémunérer. Le surplus de capital social constitue un poids mort dont la société a intérêt à s'en débarrasser. Une partie du capital social reste immobilisée et grève le passif de la société. Les associés sont rémunérés en fonction du montant des apports promis. Ils auront droit au dividende même pour la quote-part non-libérée et dont la société n'a pas besoin.

Le capital social excessif peut se révéler coûteux pour la société lorsque les associés poussent les dirigeants à distribuer un maximum de dividendes[381] pour éviter les conflits d'intérêts révélés par la théorie de l'agence[382]. Au vrai, le capital social n'est pas gratuit mais constitue un coût pour la société[383]. Lorsqu'il est excessif, la société a donc intérêt à opérer une gestion de son capital social en le mettant en rapport avec son activité[384]. Si certains apports n'ont pas encore été entièrement libérés, elle pourra éventuellement se contenter que de la fraction libérée. Cette décision aura pour conséquence de réduire le capital social. Ainsi, le non versé ne sera plus exigible dans l'avenir et en contrepartie la société n'aura plus de charge correspondante.

---

[380] Ibidem.

[381] A. COURET, La contrainte du dividende dans les sociétés par actions, *in* Mélanges Y. GUYON, p. 239.

[382] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** 1976 ; PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, n° 206, p. 155 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, livre de poche 1995 ; v. infra n° 446.

[383] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 38, p. 31.

[384] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 71 et s. p. 59 et s.

Le capital social excessif s'entrevoit également à la suite d'une opération de restructuration. En recueillant le patrimoine de la société absorbée, la société absorbante pourrait se retrouver avec un capital social abondant. Dans ce cas, la réduction du capital social à hauteur des apports effectivement libérés par les associés de la société absorbée reste une solution. La société annule alors sa créance d'apport sur ses associés[385]. La remise de dette d'apport est censée profiter uniquement aux apporteurs en numéraire soumis au principe de libération échelonnée. La solution met en cause l'égalité entre associés puisque les apporteurs en nature sont soumis au principe de libération immédiate.

3. La protection des créanciers

155. **La règle de l'inopposabilité**. Afin de protéger les créanciers des effets de la réduction du capital social non motivée par les pertes, le législateur prévoyait la règle de l'inopposabilité applicable à toutes les formes sociales jusqu'à la loi du 24 juillet 1966. Toutefois, le droit d'opposition institué pour les sociétés à risque limité par cette loi laisse entendre que l'inopposabilité demeure la règle pour les sociétés à risque illimité[386]. En effet, les associés ont une responsabilité illimitée et celle-ci se poursuit après leur sortie. Autrement dit, si le créancier dont la créance est née antérieurement au retrait de l'associé ne trouve pas satisfaction par le capital social, il pourra s'attaquer à l'associé retrayant. La règle de l'inopposabilité permet de constater que le capital social a été réduit non pas pour satisfaire les exigences des créanciers mais plutôt celles des associés qui désirent se retirer de la société en reprenant une partie de l'actif. Le capital social est donc réservé à la protection des créanciers, toute réduction non motivée par les pertes et effectuée en dehors du désintéressement des créanciers engendre l'inopposabilité. Toutefois, compte tenu du caractère excessif de ce mode de protection, la loi du 24 juillet 1966 ne l'étend plus aux sociétés à risque limité[387].

156. **Le droit d'opposition des créanciers.** L'article 32 de la deuxième directive européenne du 13 décembre 1976 prescrit aux Etats membres de donner la possibilité aux

[385] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 26491, p. 1390.

[386] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 297 ; R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 119, p. 105.

[387] Ibidem.

créanciers d'obtenir une sûreté pour les créances nées avant la publication de la réduction du capital social. C'est dans ce cadre que le droit français applicable aux sociétés anonymes prévoit un droit d'opposition au profit des créanciers. Et, le législateur français étend l'application de ce droit à toutes les sociétés à risque limité dans lesquelles les associés n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des dettes sociales. En effet, l'article L223-34 alinéa 3 du Code de commerce applicable aux sociétés à responsabilité limitée dispose que : *"Lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction du capital non motivée par des pertes, les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat."* La même formulation est contenue à l'article L225-205 du même Code applicable aux sociétés par actions.

Lorsque le créancier exerce son droit d'opposition, il a pour effet de suspendre les opérations de réduction du capital social qui ne se poursuivront qu'après l'expiration du délai d'opposition[388]. Ainsi, contrairement à l'inopposabilité mise en œuvre après la réduction du capital social d'une société à risque illimité, l'action en opposabilité est introduite en justice par le créancier avant la réduction du capital social.

L'action en opposabilité de la réduction du capital social peut être accueillie ou pas par les juges. S'ils estiment que la réduction du capital social n'entraîne aucune conséquence sur la protection des créanciers, ils peuvent rejeter l'opposition formée par le créancier. Mais si la demande est accueillie, les juges imposeront soit le remboursement de la créance par la société soit la constitution d'une autre garantie au profit du créancier si celle offerte par la société est jugée insuffisante[389].

Nous pouvons ainsi constater que les causes justifiant la réduction du capital social ne sont pas liées au remboursement des dettes sociales. La réduction du capital social n'est pas effectuée au profit des créanciers mais pour faciliter la sortir des associés et empêcher qu'ils ne demeurent des prisonniers au sein de la société. En effet, en cas de refus d'agrément du cessionnaire de titres ou encore en cas d'exercice du droit de retrait d'un associé, la société pourrait être amenée à se porter acquéreur des titres et en conséquence, elle est tenue de réduire le capital. Ces deux hypothèses de réduction du capital se distinguent des autres en ce

[388] Art. L225-205 al. 3 , L223-34 al. 3 C. com.

[389] Art. L225-205 al. 2 , L223-34 al. 3 C. com.

qu'elles intéressent uniquement les associés. Or, dans les autres hypothèses de réduction du capital social plus exactement celles découlant d'un défaut de formation du capital, les intérêts de la société voire ceux des créanciers sont visés. En effet, le capital social est réduit dans l'intérêt de la société soit parce qu'il n'est pas entièrement couvert par des engagements d'apport, soit parce que les apports en nature ont fait l'objet d'une évaluation excessive ou soit parce que le montant du capital social est excessif. Si cette dernière hypothèse de réduction permet à la société de réduire ses charges, les deux premières visent à faire correspondre le capital social à la réalité. Or, la réalité du capital social intéresse également les créanciers. Ces derniers entrent en contrat avec la société sur la base du capital social affiché dans les documents sociaux. Ainsi, pour éviter qu'ils ne soient trompés, le capital social doit donner une image réelle et fidèle des comptes.

En attribuant un droit d'opposition aux créanciers pour les réductions du capital social non motivées par les pertes effectuées au sein des sociétés à risque limité, le législateur manifeste ainsi son attachement à la garantie qu'est censée offrir le capital social aux créanciers. En effet, dès lors qu'une société à risque limité fixe son capital social, elle s'engage par-là à soumettre cette valeur à la garantie des créanciers. Ces derniers traiteront avec la société qu'en considération de cette garantie initiale. Il est donc logique qu'une réduction de capital social non motivée par les pertes ne soit pas préjudiciable aux créanciers antérieurs à cette opération. Qu'en est-il des réductions motivées par les pertes ?

B. La réduction du capital social motivée par les pertes

157. La réduction du capital social motivée par les pertes constitue une mesure financière d'assainissement et la cause justifiant cette réduction constitue les pertes sociales **(1)**. Toutefois, lorsque l'activité sociale génère des pertes, les associés ont également la possibilité de décider soit de recapitaliser le capital social soit de dissoudre la société. Mais, l'accent sera particulièrement mis sur la réduction du capital social **(2)** dans la mesure où contrairement aux deux autres décisions, la réduction du capital social pour cause de pertes entraîne un amoindrissement de la surface réservée financière réservée aux créanciers **(3)**.

1. Les pertes sociales

158. **La notion de perte d'un point de vue comptable.** L'activité sociale d'une société génère soit les pertes soit les bénéfices. Les pertes s'opposent alors aux bénéfices et traduisent la mauvaise santé de la société. Elles sont composées du report à nouveau débiteur et des pertes de l'exercice. L'ancienne rédaction du Plan comptable général donne l'étendue du report à nouveau déficitaire sous les termes suivants : il s'agit des *"pertes constatées à la clôture d'exercices antérieurs qui n'ont pas été imputées sur des réserves ni résorbées par une réduction du capital social et qui devront être déduites du bénéfice de l'exercice suivant ou ajoutées au déficit dudit exercice.*". Le législateur ne limite pas dans le temps les pertes antérieures compte tenu de l'emploi au pluriel sans limite des termes *"exercices antérieurs".* Cela dit, tous les exercices ayant fait apparaître un solde négatif sont comptabilisés au sein du compte report à nouveau déficitaire. Les pertes de l'exercice correspondent au déficit du dernier exercice. Le compte de la classe 1 enregistre les pertes au passif du bilan. Le report à nouveau déficitaire est enregistré au débit du compte 119 *"report à nouveau (solde débiteur)"* par le crédit du compte 129 *"résultat de l'exercice perte"*[390].

159. **La notion de perte d'un point de vue juridique.** Il s'agit ici de perte de la moitié du capital social instituée par les articles L223-42 et L225-248 du Code de commerce applicables aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions. Les deux textes reprennent la même formulation : *"Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social"* Ainsi, il y a perte lorsque le capital social est entamé. Pour apprécier ces atteintes, il faut effectuer une comparaison entre le capital social et les capitaux propres[391]. Cette comparaison est logique car les capitaux propres intègrent non seulement le capital social mais également les pertes de l'exercice. Alors soit les capitaux propres sont supérieurs au capital dans ce cas, il n'y a pas perte juridique soit les capitaux propres sont inférieurs au capital social et c'est à ce niveau qu'on parle de perte juridique. Une illustration par le bilan d'une société permet en outre de voir ce qui se passe vraiment.

---

[390] Art. 441/11 et 441/12 PCG. Est également portée au compte 11, l'incidence des changements de méthodes comptables et de certaines corrections d'erreurs. Le report à nouveau bénéficiaire est enregistré au crédit du compte 110 *"report à nouveau (solde créditeur)"* par le débit du compte 120 *" résultat de l'exercice bénéfice"*

[391] J. STOUFFLET, Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986, p. 541.

Schéma

ACTIF		PASSIF	
Immobilisation Stock Disponibilités/ créances	15.000€ 4.000€ 6.000€	Capital social Réserves Résultat de l'exercice	100.000€ 150.000€ - 225.000€
Total	+25.000€	Total	+25.000€

Le capital social correspond à 100.000€ et les capitaux propres équivalent à 25.000€. En l'espèce, les capitaux propres sont certes positifs mais la société tourne à perte. En effet, les capitaux propres c'est-à-dire 25.000€ sont inférieurs à la moitié du capital social 100.000€.

2. La réduction du capital social

160. **La réduction du capital social en dessous du minimum légal ou statutaire suivie d'une augmentation.** L'article 6 de la loi de 1925 fixait le capital social de la société à responsabilité limitée à 25.000fr. La même loi exigeait de ne pas réduire ce minimum en dessous. La réduction ne pouvait donc porter atteinte au minimum légal. Autrement dit, seules les sociétés à responsabilité limitée ayant un capital social supérieur à 25.000fr pouvaient le réduire. A l'inverse, les sociétés au capital social de 25.000fr ne pouvaient le faire. Les opérations sur le capital social ne pouvaient donc avoir pour conséquences d'amoindrir le minimum légal. Mais, cette protection théorique du capital fut jugée trop absolue. Ainsi, c'est en 1966, lors de la refonte du droit des sociétés, que la réduction du capital social en dessous du minimum légal fut autorisée au sein des sociétés à risque limité. En effet, les alinéas 2 des articles L223-42 et L225-248 du Code de commerce applicables aux sociétés à responsabilité limitée et à celles dites par actions prévoient cette possibilité. Les deux textes reprennent la même formulation à savoir : *"du fait de pertes constatées dans les documents comptables"*, *"la société est tenue ...de réduire son capital d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pas pu être imputées sur les réserves."* Mais cette réduction n'est valable que sous la condition suspensive d'une augmentation de capital destinée à reconstituer le capital social statutaire ou légal. Ainsi, deux opérations sont concomitamment effectuées sur le capital

social. La première diminue le montant du capital social parce que l'activité sociale génère des pertes. La seconde opération augmente le capital social au niveau légal ou statutaire pour les sociétés à responsabilité limitée. C'est pour traduire ce double mouvement sur le capital social que la pratique utilise l'expression de coup d'accordéon. M. le professeur Mortier définit la notion de coup d'accordéon comme étant : *"l'opération indivisible par laquelle est décidée concomitamment une réduction de capital motivée par des pertes suivie immédiatement d'une augmentation de capital par apport de ressources nouvelles."*[392] L'indivisibilité se manifeste notamment en ce qui concerne l'organe compétent pour décider de l'opération. C'est l'assemblée générale extraordinaire qui, le même jour, décidera de réduire et d'augmenter le capital social[393]. Toutefois, seules les sociétés astreintes à l'exigence d'un capital social minimum sont tenues d'augmenter le capital social à ce minimum. Ainsi une société anonyme au capital social de 45.000€ qui décide une réduction à hauteur de 30.000€ pour apurer ses pertes doit décider d'apporter 7.000€. Les 37.000€ équivalent en effet, au minimum imposé par l'article L224-2 du Code de commerce. Autrement dit, l'augmentation doit permettre d'atteindre le minimum au moins imposé. Pour les sociétés n'étant pas astreintes à l'exigence d'un capital social minimum comme les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées, les associés pourraient décider de reconstituer le capital social statutaire. Certes, les articles L223-42 et L225-248 précités ne s'imposent pas aux sociétés à risque illimité puisque c'est la règle de la liberté qui gouverne la réduction du capital social dans ces formes sociales. Mais rien ne leur interdit de mettre en application ces textes en les introduisant dans les statuts. En participant aux pertes, le capital social est utilisé pour une autre raison que celle initialement prévue c'est-à-dire la satisfaction des intérêts des créanciers. Toutefois, l'augmentation du capital permet de rétablir partiellement le montant du capital social réduit. Il en est également de même lorsque le capital social est totalement absorbé par les pertes.

161. **La réduction du capital social à zéro suivie d'une augmentation.** La réduction du capital social à zéro suivie de son augmentation est aussi appelée *"coup d'accordéon extrême*"[394]. Deux situations permettent cela soit les pertes correspondent au capital social soit

[392] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1079, p. 519.

[393] Ibidem.

[394] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1086, p. 524.

elles lui sont supérieures. Dans tous les cas, la société reste tenue de reconstituer son capital social puisque l'article 1835 du Code civil impose aux sociétés la détermination statutaire de ce montant. Ainsi, une société immatriculée ne peut fonctionner sans capital social. Si les pertes s'imputent entièrement sur le capital social, les associés doivent décider son augmentation. Pour les sociétés de capitaux soumises au minimum légal, les actionnaires doivent au moins reconstituer ce minimum. Pour les autres formes sociales, le minimum à reconstituer reste librement déterminé. En ce qui concerne la validité de cette opération, le législateur ne la prévoit pas expressément. En l'absence de texte, la Cour de cassation, dans l'affaire Usinor, a validé ce procédé[395]. Mais le montant des pertes pourrait se révéler plus important que le capital social. Dans ce cas, la société peut opérer un double coup d'accordéon[396]. Elle réduit d'abord son capital social à zéro puis l'augmente. Après augmentation, elle procède ensuite à une autre réduction puis une autre augmentation[397]. La Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 28 février 2008 par la chambre commerciale a validé cette opération[398].

162. **La réduction du capital social non suivie d'une augmentation.** Les sociétés peuvent décider de réduire leur capital sans pour autant que cette opération ne soit suivie d'une augmentation du capital. Pour les sociétés à risque limité soumises au capital légal, cette opération reste possible lorsque les pertes n'entament pas le capital social légal. Par exemple le capital social de 60.000€ d'une société anonyme pourrait être réduit pour cause de pertes de 10.000€. La réduction laisse subsister le capital social de 50.000€ montant supérieur à 37.000€. Cette réduction du capital social qui n'est donc pas un coup d'accordéon reste possible dans les formes sociales non astreintes à l'exigence d'un minimum. Les associés peuvent réduire le capital social statutaire pour cause de pertes sans l'augmenter. C'est cette opération qui entame le capital social puisque l'augmentation du capital social n'est pas

[395] Cass. com. 17 mai 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 485, note S. DANA - DEMARET ; *Dr. soc.* 1994, n° 142, note H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly* 1994, p. 816, note J.-J. DAIGRE ; *Defrénois* 1994, p. 1035, note H. HOVASSE ; Cass. com. 10 janvier 1995, *Rev. soc.* 1995, p.70, note P. LE CANNU, L'accordéon menace les nantis ; M. BOIZARD, La réduction du capital à zéro, *Rev. soc.* 1999, p. 735 ; A. FAUCHON, La validité de "l'opération - accordéon" encore renforcée, *Bull. Joly* 1999, p. 943 ; J.-C. HALLOUIN, Validité des réductions de capital à zéro, *D.* 2002, p. 3264.

[396] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1087, p. 524.

[397] Ibidem.

[398] Cass. com. 28 févr. 2006, *Dr. soc.,* comm. 75, note H. HOVASSE.

envisagée. Même si l'opération à pour but d'assainir les comptes, les créanciers perdent une partie de leur garantie. Ils ne disposent d'aucune action contre la société dans ce cas.

3. Les effets de la réduction

163. **Le délai pour réduire le capital social.** Les pertes de la société ne doivent pas durer longtemps. C'est la sécurité des créanciers qui est en jeu puisque le capital social est entamé. Ils ne peuvent plus compter sur le montant du capital social initialement fixé pour le remboursement de leurs créances. C'est pour éviter cette absence de protection que le législateur limite la durée des pertes. La société doit réduire son capital social *"au plus tard à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue."*[399] Les comptes de la société sont établis annuellement selon les dispositions du Code de commerce[400]. Cela suppose alors que la société dispose donc de deux ans pour réduire son capital social. Ce délai prévu pour la réduction du capital en dessous du minimum légal s'applique aux réductions à zéro du capital social. Ce délai pourrait aussi permettre d'éviter une réduction du capital. La société pouvant pendant ce temps reconstituer ses capitaux propres. Mais c'est souvent que la réduction précédera la reconstitution directe des capitaux propres car en réalité la durée maximale de deux ans pour réduire le capital social permettra également aux associés de s'organiser personnellement pour participer à la reconstitution des capitaux propres.

164. **Les formalités de la réduction du capital social.** Compte tenu des conséquences graves qu'une décision de réduction de capital motivée par les pertes engendre sur la garantie des créanciers, le législateur encadre strictement cette opération. Les exigences sont les mêmes que celles de l'augmentation du capital social[401]. Ainsi, la réduction du capital doit être autorisée ou décidée uniquement par l'assemblée générale extraordinaire qui peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, tous pouvoirs pour la

[399] Art. L223-42 et L225-248 C. com.

[400] V. sous-section 1 relative aux obligations comptables applicables à tous les commerçants.

[401] Supra n° 126 et s.

réaliser[402]. Afin de sécuriser les créanciers, deux points très importants doivent être observés par la société. Il s'agit de la publication de la décision de réduction selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat et de la modification des statuts par rapport au nouveau montant du capital social. Mais, il s'agit là d'une mesure d'information et non de protection des anciens créanciers. Les nouveaux créanciers contracteront avec la société en connaissance de cause car ils auront été informés à l'avance. Mais les anciens créanciers verront le montant sur lequel ils ont basé leur crédit diminué.

165. **Les effets de la réduction sur les associés.** M. le professeur Mortier définit la réduction de capital motivée par des pertes comme étant : *"l'opération d'apurement des pertes par laquelle une société réduit son capital en imputant sur ce dernier les pertes constatées par elle. Elle n'opère aucune restitution de richesse aux associés, mais se concrétise par un simple jeu d'écritures comptables de réductions, pour un montant identique, des comptes de capital et de pertes."*[403] Cette opération entraîne donc des conséquences par rapport aux associés. Contrairement à la réduction non motivée par les pertes, cette opération n'engendre aucune restitution d'apport aux associés. Au contraire, ils ont l'occasion malheureuse de se soumettre à la règle de l'alinéa 3 de l'article 1832 du Code civil. Selon ce texte : *"Les associés s'engagent à contribuer aux pertes."* Cette obligation pèse sur tous les associés peu importe la forme sociale à laquelle ils appartiennent. Cependant, elle ne doit pas se confondre avec l'obligation aux dettes inhérente à la responsabilité illimitée[404]. En effet, seuls les associés des sociétés à risque illimité sont tenus par cette obligation. L'obligation aux dettes pourrait se mettre en œuvre tout le temps dès lors que la société ne répond plus aux exigences des créanciers. Dans ce cas, les associés sont tenus de répondre à l'appel des créanciers. En ce qui concerne l'obligation aux pertes, en principe sa mise en œuvre est reportée à la dissolution de la société. Dans ce sens, les juges ont souligné que : *"sauf application de stipulations particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ces membres en paiement de ses pertes"*[405]. Mais, lorsque la société décide de réduire son

[402] Art. L225-204 C. com.

[403] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, th. préc., n° 1004, p. 481.

[404] Sur la distinction entre contribution aux pertes et obligation aux dettes, v. P. CARCREFF, *Gaz. Pal.* 1976, 1, chron. p. 145.

[405] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. RANDOUX.

capital social pour cause de pertes, il est logique de concevoir la mise en œuvre de l'obligation aux pertes en cours de vie sociale.

Au regard de l'étude qui précède, les réductions du capital social sont soit motivées par les pertes soit non motivées par les pertes. Bien que dans les hypothèses, le montant de la réduction ne soit pas attribué aux créanciers, la réduction du capital qu'elles engendrent n'est pas totalement désavantageuse pour eux. En effet, cette opération évite la fictivité du capital social. Le capital social amoindrit pourrait être une nécessité afin de le faire correspondre à la réalité. De la sorte, les créanciers pourront mesurer l'étendue réelle de leur garantie minimale. En outre, en cas de réduction du capital social non motivée par les pertes, le législateur a pris le soin d'attribuer aux créanciers un droit d'opposition pour leur permettre d'agir s'ils estiment que l'opération peut leur porter préjudice.
Cependant, nous regrettons que le niveau d'alerte des pertes supportables soit trop élevé. En effet, le capital social est trop fortement entamé lorsque les pertes l'absorbent pour plus de sa moitié. Cela dit, il nous semble que le législateur amène les associés à se décider un peu tard. Il conviendrait peut-être de réduire ce seuil d'appréciation des pertes supportables à un niveau moindre afin de permettre un assainissement des comptes plus rapide et efficace.
Bien que les réductions du capital social remettent en cause la garantie des créanciers dans la mesure où elles ont pour conséquence l'amoindrissement de la valeur qui est censée être bloquée à l'actif pour assurer le remboursement des créanciers mais, nous estimons aussi que ces opérations ne sont pas que néfastes. En effet, l'efficacité du capital social dépend aussi de sa réalité. Ainsi, c'est pour donner notamment aux créanciers une image fidèle, régulière et sincère que la réduction du capital social trouve ses raisons d'être.

§ 2. Les raisons d'être de la réduction du capital social

166. La comptabilité est muette sur la définition de la notion de *"patrimoine"*. Il faut se référer au droit civil pour avoir une idée sur ce terme. Inspiré par la théorie développée par AUBRY et RAU[406], ce droit définit *le patrimoine* comme étant un ensemble de biens et des

[406] C. AUBRY et F.-C. RAU, **Droit civil français**, Librairie Technique, T. 9, §. 573 et S.

obligations d'une même personne[407]. Plus exactement il correspond à un ensemble de biens et d'obligations d'une personne, envisagés comme une universalité juridique, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés. La définition ainsi proposée permet de faire le lien entre le *patrimoine* et le *bilan* et de répondre à la question de l'objectif du bilan. En effet, la définition juridique renvoie aux termes représentant les deux postes du bilan à savoir l'actif et le passif. On retrouve ainsi l'idée de balance entre deux choses opposées que le bilan représente sous forme de tableau. L'objectif du bilan est alors clair dans le sens où il reproduit sous forme de tableau le *patrimoine* juridique de l'entreprise. D'où l'imbrication des termes juridiques comptables biens/actif et obligations/passif. La présentation du *patrimoine* juridique de l'entreprise sous forme de bilan facilite l'évaluation du patrimoine de l'entreprise. Il suffira de faire la différence entre l'actif c'est-à-dire ce que l'entreprise possède et le passif donc ce que l'entreprise doit. En 1982, cette différence correspondait uniquement aux capitaux compte tenu de la définition que le législateur donnait au bilan à savoir : *" Etat, à une date donnée, des éléments actifs, des éléments passifs et leur différence, qui correspond aux capitaux propres".* Aujourd'hui avec la création d'un nouveau poste au passif du bilan *"les autres fonds propres"*[408], le bilan se définit désormais comme étant celui qui *"décrit séparément actifs et passifs de l'entité et fait apparaître de façon distincte les capitaux propres et, le cas échéant les autres fonds propres*."[409]. Dans tous les cas, le bilan permet de fournir une traduction algébrique du contenu du *patrimoine* professionnel de l'entreprise et de mesurer les variations de ce *patrimoine* d'un exercice à l'autre[410]. Pour revenir à la structure traditionnelle du bilan, à gauche, l'actif répond à la question que possède l'entreprise. D'un point de vue juridique, ce poste comprend les bien et droit qui ne doivent être confondus car les deux concepts sont très différents. La confusion pourrait venir de l'assimilation à tort des choses avec le droit de propriété qui porterait sur elle. L'actif comprend en réalité les choses au sens des biens corporels ou incorporels mais également des droits qui pourraient être réels ou personnels[411]. D'un point de vue pratique,

---

[407] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Patrimoine.

[408] Sur la composition des autres fonds propres, v. infra n° 244 et s.

[409] Art. 130-2 PCG.

[410] L. KILIG, **Compta finance comprendre, construire et faire parler les comptes**, op. cit., p. 28.

[411] Le droit personnel est le droit d'exiger d'une personne une prestation. C'est un synonyme du droit de créance. Il s'oppose au droit réel. Ce sont des droits de créances.

l'actif correspond au moyen de fonctionnement de l'entreprise à savoir l'outil de production qu'elle a mis en place pour mener à bien son activité. D'un point de comptable, l'actif correspond à un élément du patrimoine contrôlé par l'entreprise et porteur d'avantages économiques futurs. Il en résulte que le bilan a vocation à décrire les biens que l'entreprise contrôle c'est-à-dire les choses qu'elle possède[412]. Cette approche nous paraît justifiée au regard de l'objectif du bilan. Le bilan doit pouvoir renseigner sur ce que l'entrepris possède à l'actif[413]. A droite, le poste passif répond à la question quelles ressources ont permis de financer les biens de l'actif. Ces ressources sont des dettes contractées par l'entreprise pour couvrir le financement de ses moyens de fonctionnement. Parmi ces dettes figure le capital social qui correspond au montant minimum que la société réserve à la garantie des créanciers.
L'établissement du bilan ne s'effectue que sous réserve du respect des principes. Etant une notion comptable, le capital social est également concerné par ces principes. Quelles sont ces principes comptables ? Il n'est guère facile d'énumérer limitativement ces principes car plusieurs listes circulent dont certaines en forme d'épais catalogue. Une sélection facilitée par les dispositions du Code de commerce permettra ici de ne tenir compte que des plus importantes[414]. En effet, l'article L123-14 du Code de commerce dispose que : *"Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise".* Le législateur impose alors le respect de trois principes à savoir les principes de fidélité **(A)**, de sincérité et de régularité **(B)** qu'il convient d'analyser.

---

[412] L'article 544 C. civ définit la propriété comme étant "*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements*.".

[413] Cependant les normes IFRS d'inspiration anglo-saxonne, autorisent à inscrire les biens loués ou pris en crédit bail dans le bilan au nom de la propriété économique. Après les scandales financiers du début des années 2000 en Europe et aux États-Unis (Enron, WorldCom…), les pouvoirs publics se sont attachés à renforcer la qualité de la communication financière afin de rétablir la confiance du public, des épargnants et des investisseurs. Ce vaste mouvement s'est traduit par l'adoption d'un ensemble de textes dont l'objectif commun est l'amélioration de la sécurité financière. L'année 2005 a ainsi vu l'application des normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*, dénommées jusqu'en 2001 normes IAS pour *International Accounting Standards*) existant depuis 1973, destinées à toutes les entreprises faisant appel public à l'épargne. L'adoption et l'application des normes comptables internationales au sein de l'Union européenne sont régies par le règlement (CE)1606/2002 du 19 juillet 2002, qui définit notamment les critères d'application d'une norme.

[414] G. MELYON et R. NOGUERA, **Comptabilité générale**, op. cit., p. 72 et s. ; J.-P. CASIMIR, B. CASPAR et M. COZIAN, **Comptabilité générale de l'entreprise,** Coll. Expertise comptable, Litec 1996, n° 30, p. 12 ; A. COURET et G. HIRIGOYEN, **Initiation à la gestion**, Montchrestien, 2ème éd. 1991, p. 14 et s ; A. VIANDIER, **Droit comptable**, D. 1984, n° 304 et s., p. 361 et s. ; P. LASSEGUE, **Gestion de l'entreprise et comptabilité**, D. 9ème éd. 1983, p. 260 et s.

A. Le principe de fidélité

167. **Définition et distinction.** La fidélité est la constance dans les affections et dans les sentiments. Le Code civil se réfère à cette définition lorsqu'il exige de deux époux une fidélité mutuelle[415]. Un autre sens peut être attribué au mot fidélité, il désigne également la conformité à la vérité. Dans ce sens on parle d'une copie fidèle[416]. Le Plan Comptable Général (PCG) n'ayant fournit aucune définition de la notion d'image fidèle et au regard de l'esprit de l'article L123-14 du Code de commerce, il semblerait que ce soit cette deuxième acception qui soit élue par le droit comptable. Le plan comptable reproduit la prescription à l'article 120-1 par la formule suivante: *"La comptabilité est un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture. "*. La formulation somme toute assez banale de la fidélité comptable ne donne pas de définition de la notion. C'est ce qui justifie la prolifération des définitions émanant de la doctrine. Pour les uns, la fidélité n'est que la sincérité ou, mieux, la primauté de la sincérité sur la conformité à la règle[417]. Ce qui invite à se demander quelle est l'utilité réelle de désigner par un autre nom un concept qui appartient déjà au droit comptable[418]. Est-il logique de définir la fidélité par un autre principe comptable qu'est la sincérité alors même que le plan comptable semble distinguer les deux ? Le législateur consacre en effet l'article 120-1 au principe de fidélité et l'article 120-2 au principe de sincérité. Puis l'article L123-14 précité étale bien les trois principes *"les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine"*. Ce qui sous-entend que les deux principes se distinguent. A ce sujet, il précise à l'article 120-2 du PCG que la sincérité est le fait *"de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des évènements enregistrés"*. C'est dire que la fidélité ne peut se définir par une notion qui se démarque d'elle. Pour d'autres, au contraire, la fidélité n'est pas un véritable concept et n'a, tout au plus, qu'un rôle de guide.

---

[415] Art. 212 C.civ.

[416] Art. 1348 al. 2 C.civ.

[417] COB, Rapport annuel 1976, p. 45.

[418] A. VIANDIER, **Droit comptable**, op. cit., n° 363 et s., p. 413 et s.

168. **Le respect du principe de fidélité.** L'article L123-14 précité précise bien que : *" Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise."*. Dans ce sens le bulletin CNCC rappelle que *"le concept d'image fidèle s'entend conformément aux principes et aux règles comptables en vigueur."*[419] Le premier rôle de la fidélité procède de *l'interprétation* des règles; c'est la valeur interprétative de la fidélité. De fait, les règles doivent être interprétées de bonne foi[420]. C'est là une prescription qui a la valeur d'un principe général du droit[421]. L'observance des impératifs de régularité et de sincérité doit permettre d'obtenir l'image fidèle que l'on recherche[422]. Parce que la fidélité est l'application *raisonnée* de la règle, l'observation de bonne foi, on ne saurait admettre que le chef d'entreprise prenne prétexte de l'application de la règle pour donner une représentation de sa situation financière tronquée, contraire à la vérité[423]. Les comptes des entreprises doivent permettent de faire un diagnostic de l'état de la société[424], il est donc inadmissible qu'ils soient inexacts. L'image fidèle de la situation financière est ainsi le résultat à atteindre par les dirigeants des sociétés lorsqu'ils établissent les comptes sociaux.

La notion d'image fidèle prend tout son sens en l'absence de disposition ou encore lorsque le respect des textes en vigueurs ne permet pas d'atteindre cet objectif. Pour cela, l'article L123-14 al. 2 précité précise que *"lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe"*. Il ressort de ces dispositions que l'image fidèle est bien un principe à respecter lorsque la règle comptable est insuffisante pour traduire la réalité. Il en serait ainsi lorsque l'application de la règle serait trompeuse. La fidélité apparaît alors comme une disposition d'esprit, un guide auquel il convient de se référer lorsqu'une difficulté apparaît, une finalité gouvernant l'établissement des comptes. D'ailleurs, la suite de l'article L123-14 précité confirme cette induction. En effet, l'alinéa 3 autorise à déroger à une prescription comptable, "*si, dans un cas exceptionnel"*, l'application de celle-ci *"se révèle*

[419] *Bull. CNCC*, n° 73 mars 1989, p. 128.

[420] Ibidem.

[421] art. 1134 al. 3 C.civ.

[422] A. VIANDIER, **Droit comptable**, op. cit., n° 363, p. 413.

[423] Ibidem.

[424] Rapport COB 1983, p. 44.

impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat". Ces dérogations doivent être exceptionnelles, ce qui interdit de voir dans l'impératif de fidélité une panacée. De plus, une information spéciale doit être dispensée dans l'annexe information relative aux motifs et aux incidences de la dérogation.
La notion d'image fidèle devrait servir de référence à ceux qui établissent les comptes. Après avoir appliqué les règles, il leur revient alors de se demander si la solution adoptée est bien celle qui permet notamment aux créanciers d'avoir la vue la moins déformée possible de l'entreprise et de la juger correctement[425]. La voie dérogatoire est périlleuse car à employer trop librement les facilités offertes par le législateur, le chef d'entreprise risque fort de se voir reprocher une irrégularité justifiant l'application des sanctions prévues en cas de violation des principes comptables[426]. Le symbole de la portée étroite convient ici parfaitement car il y a d'un côté l'ensemble des règles et de l'autre le dispositif répressif. Et il faut que le dirigeant soit fortement convaincu et convaincant pour éviter, tout en violant la règle, l'application de la sanction. La notion d'image fidèle apparaît alors comme un concept doté d'une énergie propre et qui permet de s'affranchir des règles.

Le fondement de la réduction du capital social motivée par les pertes ou non motivée par les pertes c'est la recherche de l'image fidèle[427]. Les créanciers font crédit à la société sur la foi de son capital social. Ainsi, ce montant doit être réel. L'opération de réduction de capital social évite tout simplement la fictivité de la notion.

B. Les principes de régularité et de sincérité

169. **Le principe de régularité.** L'article 120-2 du chapitre II sur les principes comptables intégré au Titre I intitulé *"Objet et principes de la comptabilité"* semble ne pas distinguer les deux principes de régularité et de sincérité. En effet ce texte est titré *"Régularité et sincérité"*. Les deux principes sont définis à l'alinéa 1 comme étant le fait *"de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de*

[425] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable,** op. cit., n° 355, p. 130.

[426] Possibilité de faillite personnelle en cas de liquidation de la société.

[427] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 48, p. 36.

l'importance relative des évènements enregistrés". La régularité serait ainsi la conformité aux règles et procédures en vigueur. Ces règles sont d'abord légales notamment celles qui s'appliquent, par exemple, à la tenue des documents comptables ou encore d'autres qui intéressent surtout les méthodes d'évaluation et de comptabilisation.

170. **Que faut-il entendre par sincérité ?** Dans le langage courant la sincérité est l'authenticité, l'absence de trucage[428]. La sincérité représente l'exactitude. Autrement dit, ce qui n'est pas exacte n'est pas sincère. D'ailleurs pour peu, l'exactitude remplaçait la sincérité dans l'article 228 de la loi n° 66-537. En effet, à l'occasion des travaux préparatoires à l'adoption de la loi de 1966, de bons esprits firent valoir que la sincérité était une *"notion purement subjective"* qui n'avait pas sa place dans le monde des chiffres et qu'il y avait lieu de lui substituer l'exactitude[429]. L'assemblée nationale fut convaincue et la sincérité disparut du projet pour peu de temps puisque le sénat la remit en selle. Ce retour de sincérité était justifié, car au mot *"exactitude"* s'attache une rigueur qui exclut toute nuance[430] et s'accommode mal des incertitudes inhérentes à la comptabilité[431]. Au surplus, le fait que la comptabilité utilise un langage chiffré n'implique pas que l'information qu'elle donne soit conforme à la vérité mathématique qu'exprime l'idée d'exactitude.

171. **Mais qu'est ce qui devrait être sincère ?** Est-ce la qualité requise des comptes sociaux ou encore le jugement des dirigeants de l'entreprise ? Pour certains le principe comptable de sincérité exprime exclusivement la qualité requise des comptes sociaux et laisse de côté tout jugement sur la sincérité des dirigeants de l'entreprise[432]. Alors que pour d'autres la sincérité est celle des dirigeants naturellement considérés comme les plus aptes à apprécier l'ensemble des activités de l'entreprise[433]. L'article 120-2 du PCG définit la sincérité comme étant le fait *"de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des évènements enregistrés".* La définition est

[428] Petit-Robert, v. Sincérité.

[429] M. LE DOUAREC, *JO. Ass. Nat.* 9 juin 1965, p. 1897.

[430] E. DAILLY, déclaration Sénat, *Rev. fr. compt.* 1973, p. 170.

[431] M. LAURIOL, *JO. Ass. Nat.* 21 nov. 1978, p. 8088.

[432] F. GORE, Les notions de régularité et de sincérité des comptes, *Rev. Ir. compt.,* avr. 1973, p. 167 et s., spéc. p. 170.

[433] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., p. 128.

assez vague et il ainsi difficile de dire avec certitude si la sincérité porte sur la qualité requise des comptes sociaux ou encore le jugement des dirigeants de l'entreprise. Cependant, Il faut souligner que des comptes sincères résultent d'une parfaite connaissance des règles et de la situation de l'entreprise par le dirigeant.

172. **Comment la sincérité doit-elle s'exprimer ?** Sur cette question deux conceptions s'opposent celle dite objective et l'autre dite subjective. Objectivement, les comptes sont sincères si les valeurs comptables ont été correctement évaluées et les risques raisonnablement appréciés[434]. Subjectivement, les documents financiers sont sincères s'ils ont été élaborés avec loyauté et bonne foi[435]. Entre le subjectif et l'objectif, quel parti prendre ? La position française est parfois présentée comme favorable à la conception objective. Mais il reste difficile de trancher et d'opter pour une seule conception. En vérité, la sincérité comporte à la fois des éléments *objectifs* et des éléments *subjectifs.* Ce n'est pas seulement l'application des règles, c'est aussi l'interprétation de bonne foi de ces mêmes règles. Ainsi comme le souligne certains auteurs : *"Sont sincères des documents financiers tels que les établirait un professionnel, indépendant, de bonne foi, placé devant les problèmes techniques et l'interprétation qui s'y attache"*[436]. La définition mêle à la fois l'objectif et le subjectif. Ce qui nous paraît justifié car il semblerait que la sincérité porterait sur les documents comptables établit conformément aux règles et procédures en vigueur. Cela implique une dose d'objectivité. Cependant ces règles doivent être appliquées de bonne foi en fonction de la connaissance que les responsables des comptes doivent normalement avoir de la réalité et de l'importance des opérations, évènements et situations. Ce qui induit une dose de la conception subjective.

Le fondement de la réduction du capital social motivée par les pertes ou non motivée par les pertes c'est aussi la recherche de la sincérité[437]. Les créanciers font crédit à la société sur la foi de son capital social. Ainsi, le montant du capital social ne peut être truqué. Il doit être exact et avoir une contrepartie à l'actif.

---

[434] COB. Rapport annuel, 1969.

[435] Ordre des experts-comptables, *Travaux du* 34' *Congrès,* p. 10.

[436] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 354, p. 128.

[437] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 48, p. 36.

*

* *

173. **Conclusion. Les règles favorables au maintien du capital social.** Le principe du coût historique comptable permet de maintenir le capital social déterminé en phase de formation. La dépréciation des éléments d'actif et l'inflation monétaire n'ont pas de conséquence sur le montant du capital social qui reste intangible. Il en va de même des dérogations au principe du nominalisme. Malgré, l'évaluation des éléments d'actif, la valeur du capital social reste inchangée.

174. **Les règles admettant la variation du capital social.** La variation du capital social ne devrait pas heurter les esprits[438]. En effet, le principe de fixité ne s'oppose pas à la variation du capital social[439]. Il signifie que le capital social a vocation à varier que de façon exceptionnelle en empruntant un *"lourd cérémonial"*[440]. Ce n'est que d'un point de vue juridique que la variation du capital social est admise. Le montant initialement fixé en cours de formation de la société peut être augmenté ou diminué en cours de vie sociale. La première opération est avantageuse pour les créanciers. Le capital social initial est augmenté de nouveaux apports ou des richesses internes à la société. Les créanciers peuvent espérer se faire payer leur créance. Il en est autrement de la réduction du capital social. Cette opération anéantie totalement ou partiellement le capital social. Le montant initialement fixé au moment du démarrage des activités s'amoindrit. Mais cette opération n'engendre nullement l'inutilité de la notion par rapport à la garantie des créanciers. Au contraire, c'est justement pour permettre au capital social de correspondre à la réalité que l'on doit admettre sa réduction. Les créanciers *"ne doivent pas être dupé par l'annonce"*[441] d'un capital social erroné. Il est logique de le réduire pour cause de pertes sociales ou lorsqu'un associé désire se retirer des affaires. Ces fluctuations du capital social sont tout de même strictement encadrées. La tenue d'une assemblée générale extraordinaire dans quasiment toutes les sociétés à risque limité traduit

---

[438] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 94, p. 57.

[439] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 237, p. 114 ; S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,** préf. F. TERRE, LGDJ 2002, n° 441, p. 217.

[440] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 94, p. 57.

[441] Ibidem.

l'importance de la notion dans ces formes sociales. Les règles de l'unanimité et des 2/3 prouvent que le capital social ne peut être modifié sur un simple coup de tête d'un associé. Il faut l'accord de tous les membres ou de certains d'entre eux disposant d'une certaine crédibilité compte tenu du niveau de détention du capital social.

175. **Conclusion Titre 1**. **La formation partielle du capital social gage des créanciers**. Les règles juridiques de droit français ne garantissent que partiellement la formation du capital en phase de démarrage des activités. Parmi les règles qui assurent la formation du capital, il est possible de relever celle instituée par l'article 1835 du Code civil. Elle prescrit à toutes les formes sociales de former un capital. Il y a en outre celle proclamée par l'article L224-2 du Code de commerce qui prescrit aux sociétés de capitaux de constituer un capital minimum. On pourrait aussi parler de la règle de la souscription intégrale prévue par les articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce qui permet au capital social d'être entièrement couvert par les engagements des associés. Il y a ensuite la règle de la libération intégrale des apports en nature instituée par les articles L223-7 et L225-3 du même Code. La libération intégrale assure la formation immédiate du capital social dès l'immatriculation de la société ou dès l'émission des titres. Puis les règles relatives au dépôt et au retrait du numéraire qui évitent que les fondateurs ne détournent ces apports pour des besoins autres que la formation du capital social. La règle du retrait après l'immatriculation de la société assure la formation juridique de la société et donc du capital social. La société acquiert la personnalité morale et le capital social composé des apports constitue le patrimoine social de la société qui se distingue du patrimoine privé des membres. En outre, les apports en pleine propriété et en nu-propriété réalisent un transfert définitif ce qui garantie la formation durable du capital social. Aussi, la règle de l'évaluation des apports en nature est favorable à la formation du capital social. Elle permet d'intégrer au capital social, la valeur exacte des apports. La valeur de l'apport en nature retenue par un professionnel est un gage de sécurité dans la formation du capital social. Les apports en jouissance et en usufruit rendent en apparence fictif le capital social. Au vrai, la notion n'est pas attachée à ses supports. Bien que ces apports aient vocation à disparaître en cours de vie sociale, le capital social doit avoir à l'actif une valeur correspondant à ces apports. Le capital social n'est donc pas une notion fictive. Le gage commun des créanciers, somme des apports à la constitution, se moque donc éperdument de la substance des apports. En cours de vie sociale, la notion se détache de ses supports et vie sa propre vie peu importe si la substance disparaît ou se volatilise. Les supports dont la valeur est intégrée au capital social échappent à l'action des créanciers mais ces derniers pourront appréhender d'autres valeurs correspondant aux apports volatilisés.

Parmi les règles qui garantissent partiellement la formation du capital social, il y a principalement celles des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce instituant la libération fractionnée. Le législateur prévoit expressément la possibilité de libérer

partiellement les apports en numéraire pendant une durée considérable de cinq ans. La possibilité d'une libération échelonnée des apports en numéraire engendre un capital social incomplet et fictif pendant une durée importante. Il est fictif parce que pendant la période du non versé, le capital social, déterminé et non entièrement libéré, s'affichera dans tous les documents sociaux. Cette publicité sur le capital social pourrait donner l'impression d'un capital social intégralement libéré. Dans les sociétés de personnes, la libération échelonnée ne constitue pas un risque puisque les créanciers peuvent à tout moment se retourner contre un associé afin d'obtenir le paiement de sa créance.

176. **Le maintien du capital social en cours de vie sociale.** La législation française permet dans un premier temps de maintenir le montant du capital social grâce au principe du nominalisme monétaire. Le capital social reste intangible. Son montant initial ne peut varier à la hausse ou à la baisse du fait de l'inflation, de la détérioration ou de la perte de ses supports. Toutefois, le capital social doit aussi correspondre à la réalité. Il doit refléter une image fidèle et sincère. S'il n'a pas plus à l'actif la valeur correspondant à son montant, la réduction du capital social doit pouvoir se concevoir sans heurter les esprits. Les créanciers disposent d'un droit d'opposition en cas de réduction du capital social non motivée par les pertes. Ensuite, dans les sociétés à risque limité, l'opération d'augmentation de capital social suit la réduction pour cause de pertes. L'augmentation du capital social permet ainsi de rétablir l'entorse faite à la garantie des créanciers.

TITRE II
LA RENOVATION DU CAPITAL SOCIAL JUGÉE UTILE

177. Par *"garantie"*, il faut entendre par-là : *"tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire"*[442]. Le capital social participe à la garantie des créanciers en permettant à la société de bloquer à l'actif des éléments d'actif dont la valeur correspond au capital. Les créanciers peuvent alors compter sur des éléments d'actif dont la valeur correspond au capital social. C'est en cela que le montant du capital social participe utilement à la protection des créanciers. Cependant, il est dit que la protection des créanciers est assurée non pas par le capital social mais par les capitaux propres qui sont eux saisissables[443]. Mais, la stabilité qu'apporte le capital social aux capitaux propres n'est-elle pas utile ? Certes, les capitaux propres traduisent la richesse de la société, mais ils ont la caractéristique d'être variables. Etant une composante des capitaux propres, le capital social grâce à sa fixité et son intangibilité apporte aux capitaux propres leur stabilité.

Le droit commun prévoit plusieurs garanties notamment le droit au gage général et les garanties conventionnelles. L'efficacité de ces garanties sera mesurée en raisonnant par l'absurde c'est-à-dire en faisant comme si le capital social n'existait pas. Si ces garanties se révèlent insuffisantes, cela permettra de conforter l'idée de maintien du capital social. En effet, il semble que le capital social soit encore une notion essentielle et indispensable du droit des sociétés[444]. Parmi ses multiples rôles, la garantie des créanciers reste la plus contestée[445]. Mais, l'intérêt de cette étude repose sur la nécessité de reconsidérer le capital comme étant une notion utile dans la protection des créanciers. Ainsi, avant de proposer des rénovations sur les règles jugées insuffisantes dans la précédente étude **(Chapitre 2)**, il convient de mesurer l'utilité du capital social, en comparant ces forces aux autres garanties possibles des créanciers **(Chapitre 1)**.

---

[442] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Garantie.

[443] J. STOUFFLET, Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986, p. 552 ; P. LE CANNU, Les rides du capital social, art. préc., p. 3 ; N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, Economica éd. 1996, p. 14.

[444] Y. REINHARD, v. préface, **Le capital social**, th. préc., S. DANA- DEMARET ; Lamy, **Sociétés commerciales** op. cit., n° 288 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 34, p. 26.

[445] P. LE CANNU, les rides du capital social, art. préc., p. 3 ; Le capital social : grandeur ou décadence ? colloque préc. ; A. COURET et H. LE NABASQUE, Quel avenir pour le capital social ? préc. ; A. PIETRACOSTA, Capital zéro ou zéro capital, art. préc., p. 134 ; Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc., n° 9, p. 24 à 27.

Chapitre 1

LE CAPITAL SOCIAL ET LES AUTRES GARANTIES DES CREANCIERS

178. En droit des sociétés, le législateur prévoit la formation d'un capital minimum dans toutes les formes sociales dans le but d'assurer la protection des créanciers. Toutefois, il reste une protection minimale. Cela dit, c'est donc faire un faux procès au capital social que de lui reprocher de ne pas garantir entièrement la protection des créanciers. Ce sont toutes les branches du droit qui sont orientées vers ce but qu'est la protection des créanciers. En dehors du capital social, le législateur institue une autre forme de protection collective des créanciers organisée par le débiteur. Il s'agit du gage général prévu aux articles 2284 et 2285 du Code civil. En dehors du capital social, les créanciers peuvent aussi négocier des garanties personnelles et réelles afin de se mettre à l'abri du risque d'insolvabilité de la société. C'est le Livre IV du Code civil qui régit les sûretés dont les articles ont été dénumérotés par l'Ordonnance du 23 mars 2006. Il s'agit là des garanties de droit commun. En dehors du capital social, le patrimoine social se compose également d'autres éléments sur laquelle peut reposer la garantie des créanciers. Il s'agit de l'ensemble des éléments composant les fonds propres. La question qui se pose ici est celle de l'utilité du capital social par rapport aux autres garanties. Pourquoi le capital social doit-il être maintenu alors même qu'il existe d'autres garanties des créanciers ? A l'inverse, il ne serait pas judicieux de proposer la suppression du capital social alors même que les autres protections des créanciers pourraient se révéler insuffisantes. Or, le patrimoine social sur lequel s'exerce le droit au gage général n'a aucun dispositif prévoyant sa formation. En outre, les conditions de constitution d'une sûreté sont draconiennes à tel point qu'elles sont susceptibles de mettre en cause la protection des créanciers. Aussi, les autres éléments composant les fonds propres ne sont pas nécessairement stables. Or, le législateur prévoit non seulement la formation du capital mais en plus il a la particularité d'être une ressource stable et durable au sein des fonds propres. Le capital social pourrait donc être utile au sein des garanties de droit commun **(Section 1)** mais aussi à l'intérieur des fonds propres **(Section 2)**.

Section 1

L'utilité du capital social au sein des garanties de droit commun

179. Le capital social représente la garantie minimale des créanciers. Ces derniers peuvent compter sur ce fonds pour obtenir le remboursement de leurs créances dans la mesure où la société a l'obligation de bloquer à l'actif un montant équivalent au capital social. Toutefois, étant une garantie minimale, le capital social ne peut à lui seul remplir cette mission de protection totale des créanciers. C'est la raison pour laquelle, le législateur prévoit d'autres protections de droit commun. Ce sont les dispositions du Code civil qui prévoient ces garanties. Il en est ainsi du droit au gage général qui s'exerce sur le patrimoine social. Tout comme le capital social, ce droit représente une protection collective des créanciers. Les garanties reposant sur les sûretés sont également prévues par le Code civil. Ainsi, les créanciers ont la possibilité de négocier des garanties individuelles afin de se mettre à l'abri de tout risque d'insolvabilité du débiteur. Pour autant, la présence de ces garanties justifie-t-elle l'inutilité du capital social ? Autrement dit, ces garanties sont-elles efficaces ? La réponse négative à ces deux interrogations permettra de conforter l'idée de maintien du capital social. Portalis, affirmait dans son discours préliminaire du Code civil qu': *"Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire."* L'idée de conserver le capital social pourrait venir du fait qu'il ne soit pas nécessaire de le détruire compte tenu de son utilité au sein du patrimoine social sur lequel repose le droit au gage général **(Sous-section 1)** et au sein des sûretés susceptibles d'être négociées par les créanciers **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. Le patrimoine social : la base du droit au gage général

180. Si certains créanciers ont le réflexe de se protéger individuellement beaucoup au contraire font confiance au débiteur et à la croissance de son entreprise. Il en est ainsi du créancier chirographaire qui fait confiance au débiteur en exigeant aucune garantie individuelle[446]. Il compte sur le paiement de ce qui lui est dû par le créancier[447].

[446] Sur la nature juridique du droit du créancier chirographaire, v. A. FILIP, **De la nature juridique du droit du créancier chirographaire,** th. Paris 1922.

Contrairement au capital social, gage minimum des créanciers, régit par les dispositions du titre IX du livre III du Code civil et celle du Code de commerce, le gage général est une notion distincte prévue au Livre IV du Code civil. Les créanciers chirographaires peuvent compter sur leur droit au gage général s'exerçant sur l'ensemble du patrimoine social. Toutefois, le capital social n'est pas inutile puisqu'il permet la constitution de ce patrimoine social **(§ 1)**. Etant le premier élément composant le patrimoine sur lequel s'exerce le droit au gage général, il est logique que les moyens d'actions dont dispose le créancier à savoir l'action oblique et l'action paulienne permettent également la reconstitution des éléments d'actif dont la valeur correspond au capital social **(§ 2)**.

§ 1. L'étendue du patrimoine social

181. Les sociétés immatriculées sont dotées de la personnalité juridique. Il en découle qu'elles sont dotées d'un patrimoine distinct de celui de ses membres. Ainsi, comme le souligne M. le professeur MATHEY : *"toute personne a un patrimoine mais aussi que tout patrimoine appartient à une personne"*[448]. Un autre auteur écrit que : *"ce qui paraît caractériser la personne morale, c'est qu'elle a un patrimoine, un patrimoine qui n'est qu'à elle et qui ne se confond pas avec le patrimoine personnel pouvant appartenir à chacun des individus dont elle est composée"*[449]. La distinction du patrimoine social de ceux des membres importe ici car il sert de vitrine pour les créanciers qui pourront apprécier l'étendue de leur garantie[450]. Il a été souligné dans ce sens que : *"La première garantie accordée par la personne est le droit au gage général sur son patrimoine"*[451]. Mais de quoi est composé ce

[447] C'est le mode normal d'extinction des obligations. Il y a plusieurs mécanismes de protection auxquels peut avoir recours le créancier chirographaire. D'abord, ceux qui permettent de le protéger par extinction définitive de sa créance. Parmi ces mécanismes, on pourrait citer la confusion, la novation, la délégation; Sur ces modes d'extinction de créance : F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, op. cit., n° 1389 et s., p. 1371 et s. Et ceux qui garantissent au créancier une sécurité par inexécution du contrat. Parmi ceux-ci, il y a notamment la résolution du contrat : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, **Droit des sûretés**, 8ème éd. Litec 2007, n° 626, p. 426.

[448] N. MATHEY, **Recherche sur la personnalité morale en droit privé**, op. cit., n° 823, p. 402.

[449] J. CARBONNIER, **Droit civil, les personnes**, , 21ème éd. Thémis, PUF, 2000, n° 207, p. 365.

[450] Pour les associés des sociétés à risque limité, ce patrimoine social sert d'écran de protection dans la mesure où les créanciers ne peuvent exiger plus que le patrimoine social.

patrimoine ? Comment le capital social peut-il être utile au sein du patrimoine ? Avant de voir l'utilité du capital dans la formation du patrimoine **(B)**, il convient d'analyser la composition du patrimoine social **(A)**.

A. La composition du patrimoine social

182. **La composition du patrimoine social au sein des structures sociétales.** Ce sont les articles 2284 et 2285 du Code civil qui prévoient l'étendue de la composition du patrimoine social au sein des formes sociales. Le premier texte dispose que *"Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir."* Le travail n'est pas pris en compte dans la composition du patrimoine constitué uniquement des biens mobiliers et immobiliers. Toutefois, en pratique, le patrimoine se compose rarement des biens immobiliers. En effet, les personnes apportent généralement à une société civile isolée ces biens afin de les protéger de l'action des créanciers[452]. Mais en théorie, l'ensemble des *" biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ..."*. Ainsi, c'est l'ensemble des biens de la société qui forme le patrimoine sur lequel s'exercera le droit au gage des créanciers[453]. Il s'agit là d'une garantie collective qui comme le capital social intéresse tous les créanciers particulièrement ceux des sociétés à risque limité. En effet, ces derniers ne peuvent compter que sur ce patrimoine social constituant un écran de protection pour les associés. Toutefois, ce n'est pas tout le patrimoine qui sert de gage aux créanciers[454]. C'est uniquement, les éléments d'actif qui permettront à la société de rembourser ses dettes[455]. Le droit au gage général confère au créancier un droit personnel sur son débiteur. Il peut contraindre le débiteur à remplir son obligation en appréhendant les éléments d'actif composant son patrimoine. Tous les biens du débiteur peuvent être saisis y compris ceux qui sont entrés postérieurement à la naissance de la créance.

[451] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,** op. cit., n° 335, p. 165.

[452] P. DEROUIN, La société de patrimoine : société civile ou société anonyme ? *P. A.* n° 59, 24 avr. 1991, p. 60.

[453] N. MATHEY, **Recherche sur la personnalité morale en droit privé**, th. précité n° 844, p. 416.

[454] N. MATHEY, **Recherche sur la personnalité morale en droit privé**, th. précité n° 844, p. 416.

[455] Ibidem.

183. **L'atténuation de la consistance du patrimoine dans les structures non sociétales : l'insaisissabilité de certains biens.** L'entreprise individuelle est une structure juridique d'accueil de l'entreprise régie par les dispositions du chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce. Avant la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique, les articles 2092 et 2093 du Code civil s'appliquaient sans restriction. Les créanciers pouvaient appréhender n'importe quel bien présent ou à venir du débiteur. Mais, cette loi a introduit la notion d'insaisissabilité[456]. En effet, l'article 8 de la loi dispose que : *"Par dérogation aux articles 2092 et 2093 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale."* L'ordonnance du 23 mars 2006 a réaménagé la nomenclature des articles du Code civil. Elle introduit le livre V reprenant le contenu des anciens articles 2284 à 2328 et consacre le livre IV aux sûretés. La numérotation de ce nouveau livre commence par les articles 2284 à 2287. Ainsi, les articles 2092 et 2093 correspondent respectivement aux articles 2284 et 2285. Selon la loi du 1er août 2003, l'insaisissabilité permet au chef d'entreprise d'isoler uniquement sa résidence principale du patrimoine. Autrement dit, les autres biens du patrimoine du chef d'entreprise font partie intégrante du patrimoine. Toutefois, en désirant protéger le débiteur, le législateur réduit volontairement l'étendue du gage général. Les créanciers sont privés d'une partie de leur gage naturel[457]. Cet appauvrissement du patrimoine s'accentue avec la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. En effet, cette loi donne la possibilité au chef d'entreprise de protéger *"tout bien foncier bâti ou non bâti"* qu'il *" n'a pas affecté à son usage professionnel"*[458]. Ainsi, en plus de sa résidence principale, le chef d'entreprise peut isoler ses biens fonciers bâtis ou non bâtis. Certains biens du débiteur personne physique peuvent donc parfaitement échapper à l'action des créanciers s'il les déclare insaisissables devant notaire.

184. **L'atténuation de la consistance du patrimoine dans les structures non sociétales : le patrimoine d'affectation.** La loi sur l'entreprise individuelle à responsabilité limitée à venir introduira la notion de patrimoine d'affectation dans le Code de commerce. Le

---

[456] S. PIEDELIEVRE, L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, L. n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, *JCP* 2003, I, 165.
[457] D. VIGUIER, La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), *D.* 2009, p. 175.

[458] Art. L526-1 C. com.

texte présenté en Conseil des ministres le 27 janvier 2010 a été adopté le 17 février de la même année par l'Assemblée nationale, puis le 8 mars par le Sénat et enfin le 5 mai 2010 par la Commission mixte paritaire. Le chapitre VI du titre II du livre V du Code de commerce sera bientôt modifié avec l'introduction de deux sections. Au début, une section 1 intitulée : *"De la déclaration d'insaisissabilité"* comprenant les articles actuels L526-1 à L526-5 puis la section 2 titrée *"De l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée"*. Alors que les lois du 1er août 2003 et du 4 août 2008 introduisent la notion d'insaisissabilité dans le Code de commerce, la loi sur l'entreprise individuelle à venir instituera la notion de patrimoine d'affectation. L'article 1 2° du projet dispose que : *"Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale."* La séparation du patrimoine professionnel du patrimoine privé n'émanera pas de la personnalité morale conférée par l'immatriculation mais par la technique d'affectation. Ainsi, le législateur donnera la possibilité au chef d'entreprise d'affecter une partie de ses biens à un patrimoine destiné à son activité professionnel. L'article 1 2° précité poursuit en indiquant que : *"Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour les besoins de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter."* Les biens non affectés au patrimoine professionnel resteront du domaine privé. A l'intérieur de l'universalité patrimoniale, une distinction pourra être faite entre le patrimoine professionnel et le patrimoine privé. Seul le patrimoine professionnel répondra des dettes de l'activité professionnelle. Les éléments composant le patrimoine privé resteront insaisissables. Autrement dit, les créanciers professionnels ne pourront appréhender les biens du patrimoine privé. Le seul patrimoine affecté demeurera la garantie des créanciers. La formation du patrimoine affecté n'est pas garantie par des règles comme c'est le cas pour le capital social. Aucun minimum n'est imposé et il en est de même pour les règles de souscription et de libération. Toutefois en ce qui concerne l'évaluation des éléments affectés l'article L526-9 du Code de commerce disposera que : *"Lors de la constitution du patrimoine affecté, tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à 30 000 € fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux comptes ou un expert-comptable désigné par l'entrepreneur individuel."* Le texte recommande l'évaluation des éléments du patrimoine d'affectation à l'exception des

liquidités dès lors qu'ils ont une valeur supérieure à 30.000€. Cette mesure permet de garantir la réalité du patrimoine d'affectation. L'introduction à venir de la notion de patrimoine d'affectation réduira l'étendue du gage général des créanciers institué par les articles 2284 et 2285 du Code civil. Les créanciers professionnels n'auront plus de droit sur le patrimoine privé du chef d'entreprise.

Seules les sociétés offrent aux créanciers un patrimoine étendu sans possibilité de soustraire un élément afin de le rendre insaisissable comme c'est le cas actuellement dans les entreprises individuelles. Il convient maintenant d'apprécier l'utilité du capital social au sein du patrimoine.

B. L'utilité du capital social

185. **Le capital social, notion juridique permettant la formation d'un patrimoine minimum.** Les dispositions du Livre IV du Code civil ne renvoient pas à la notion de capital social pour assurer la protection des créanciers. Le patrimoine social gage commun des créanciers est représenté par l'ensemble des biens du débiteur. Cependant, le législateur ne réglemente pas la formation de ce patrimoine social. Il indique simplement qu'il est composé de *"biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir"*. Or, parmi les éléments composant ce patrimoine, seuls ceux composant le capital social sont réglementés. L'article 1835 Code civil impose la détermination du capital social à toutes les formes sociales. Ensuite, les principes légaux de souscription, de libération et d'évaluation des apports en nature garantissent la constitution réelle du capital social. Certes, le capital social représente un chiffre abstrait au passif mais, la valeur de ses supports est représentée à l'actif. En obligeant les sociétés à constituer un capital social, le législateur s'assure de la formation minimale du patrimoine social donc des éléments d'actif. L'importance des dispositions régissant la formation du capital social apparaît à ce niveau car aucune autre mesure n'est instituée pour constituer le patrimoine social sur lequel s'exerce le gage général. Toutefois, du fait de la responsabilité illimitée des associés dans les sociétés à risque illimité, la formation du patrimoine social n'a que peu d'importance dans la mesure où la personnalité morale de la société ne pose aucun écran entre la société et le patrimoine privé des associés. Le droit au gage général des créanciers s'étend alors au patrimoine privé des associés. Mais, dans les sociétés à risque

limité, l'étendue du droit gage général des créanciers se limite au patrimoine social de la société. Apparaît à ce niveau l'importance du capital social qui permettra de constituer le patrimoine social afin d'apporter un minimum de sécurité aux créanciers. En l'absence du capital social, le droit au gage général risque d'être fictif.

186. **Le capital social, première mesure du patrimoine.** Le droit français ne reconnaît pas au créancier un droit de regard sur le patrimoine de son débiteur. Le créancier ne sait donc rien sur sa garantie puisqu'il ne peut se renseigner directement auprès du débiteur afin de mesurer les risques qu'il court. En effet, cette action s'oppose aux droits individuels du débiteur[459]. En droit français, le débiteur a droit au respect du secret de ses affaires tant qu'il est *"in bonis"*[460]. Toutefois, sous l'impulsion d'un fort courant de pensée inspiré par les mentalités anglo-saxonnes, le droit français informe de plus en plus les créanciers à travers le RCS, le journal d'annonce légal, le bulletin officiel d'annonces commerciales et civiles. L'information des créanciers constate la prise en compte des intérêts des tiers révélés par la théorie des parties prenantes (Stakeholders Theory)[461]. L'information est également due aux associés pour neutraliser les risques d'agence[462].

Toutefois, les relais d'information sont diversifiés puisque dans l'ensemble, l'information reste trop largement diffusée et divulguée. Ainsi, il n'est donc pas aisé au créancier d'obtenir des informations sur le patrimoine de son débiteur au même endroit. Le créancier qui voudrait avoir des informations sur son débiteur doit puiser ses renseignements à des sources très diverses[463]. Aussi, ces informations, contrairement à celles dues aux associés, ne sont pas des

---

[459] Pourtant ce droit "au regard" est reconnu à l'associé peu importe la forme sociale à laquelle il appartient, v. infra n° 450 et s.

[460] Y. GUYON, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté, *in* L'évolution du droit des sûretés, *RJ Com.* 1982, p. 121 et s.

[461] E.R. FREEMAN, **Strategic Management, a Stakeholder Approach**, 1984 ; M. CAPRON et F. QUAIREL - LANOIZELÉE, **Mythes et réalités de l'entreprise responsable**, la Découverte, Paris, 2004, p. 27 ; A.L. FRIEDMAN & S. MILES, **Stakeholders, Theory and practice**, Oxford univ. press., 2006 ; F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1337.

[462] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** 1976 ; PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, n° 206, p. 155 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, livre de poche 1995 ; v. supra n° 446.

[463] Y. GUYON, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté, art. préc., p. 124.

informations individuelles mais collectives[464]. Autrement dit, un créancier ne peut imposer aux dirigeants des explications sur l'information l'intéressant. C'est *à* titre personnel que les tiers et les créanciers peuvent avoir accès à des informations sur la société en passant par les autorités publiques. En effet, le greffier a l'obligation de communiquer des informations *"à toute personne qui en fait la demande"*[465]. Ces informations peuvent être comptables[466] ou portées sur les inscriptions, actes ou pièces déposés au registre en vue de l'immatriculation de la société[467]. Il revient ensuite au créancier d'apprécier personnellement les informations qui lui sont fournies. Cette appréciation pourrait être difficile voire impossible pour un créancier profane de la comptabilité. Or, l'information sur le capital social est beaucoup plus facile à déceler. Il correspond à un chiffre mentionné dans les statuts de toutes les formes sociales[468] et il est plus facile d'avoir accès à l'information sur le capital social car il apparaît également sur tous *"les actes et documents émanant de la société et destinés aux tiers"*[469]. Il s'agit notamment des *"lettres, factures, annonces et publications diverses"*. Les tiers et les créanciers bénéficient d'une protection dans le sens où le capital social qui est destiné à garantir le remboursement de leur créance fait l'objet d'une publicité dont l'appréciation est facilitée par la mention uniquement d'un chiffre. Il n'est pas nécessaire de recourir aux services de l'Etat pour être informé sur le capital social puisque sa valeur apparaît dans tous les documents sociaux. Toutefois, il importe de ne pas se contenter de l'information relative au capital social. La notion correspond à un chiffre et tous les éléments composant le patrimoine du débiteur pourrait être liés à la notion. Le créancier a intérêt à surveiller le patrimoine social contre les agissements du dirigeant.

Nous constatons qu'en raisonnant par l'absurde c'est-à-dire, si on considère que le capital social est inexistant, le droit au gage général exercé sur le patrimoine social risque d'être un droit inopérant. En effet, rien n'obligerait la société à former un patrimoine social. Or, il est impossible pour le créancier d'exercer le droit au gage général en l'absence d'un

---

[464] FR. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2007, n° 1, p. 7.

[465] Art. R123-150 C. com.

[466] Art. L232-21 ; L232-22 et L232-23 C. com.

[467] Art. L123-1 C. com.

[468] Art. 1835 C. civ.

[469] Art. R123-238 C. com.

patrimoine. Le capital social n'est donc pas inutile dans la mesure où il permet la formation minimale du patrimoine. En outre, en cours de vie sociale, la société a l'obligation de bloquer à l'actif une valeur équivalente au capital social, de la sorte, les créanciers ont la garantie de pouvoir exercer le droit au gage général à tout moment. Aussi, contrairement au patrimoine social, l'information sur le capital social est plus accessible et plus facile à déchiffrer.
Bien qu'étant une valeur abstraite inscrite au passif du bilan, le montant du capital social doit correspondre à des éléments d'actif. Ainsi, lorsque des actes frauduleux sont commis sur le patrimoine, ils sont susceptibles de porter atteinte à l'intégrité du capital social. Pour ce faire, les créanciers disposent de deux actions pour reconstituer les éléments d'actif.

§ 2. La reconstitution des éléments d'actif correspondant au montant du capital social

187. Contrairement au créancier muni d'une sûreté, le créancier chirographaire n'organise pas vraiment sa protection. Il compte sur son droit au gage général. Or, ce droit ne l'offre ni un droit réel ni un droit de suite ou encore un droit de préférence. Le débiteur peut alors disposer de son patrimoine sans être inquiété. Toutefois, ces actes ne peuvent se faire en fraude des droits des créanciers. Ainsi, le créancier dispose de deux actions qui lui permettent d'agir contre le débiteur. Ces deux actions prévues aux articles 1166 et 1167 du Code civil permettent de reconstituer le patrimoine social dans l'intérêt des créanciers. Or, le capital social est le premier élément composant le patrimoine social et du fait de son intangibilité et de son caractère obligatoire, il apparaît également en cours de vie sociale. Mais, le montant du capital doit être réel. Autrement dit, il doit avoir à l'actif des valeurs qui correspondent au montant du capital social. Cela dit, tout acte frauduleux susceptible de mettre en cause l'existence de ce chiffre peut être poursuivi. Le créancier bénéficie de deux actions oblique **(A)** et paulienne lui permettant de reconstituer les supports du capital social **(B)**.

A. L'action oblique

188. **Raison d'être de l'action oblique.** Le débiteur est en droit d'avoir d'autres relations contractuelles sans que le créancier ne puisse s'opposer. Cette idée découle de l'article 1165 du Code civil qui institue le principe de l'effet relatif des contrats. Selon ce texte

: *"Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes"*. Autrement dit, le créancier ne peut intervenir dans les relations contractuelles de son débiteur. Toutefois, le même article apporte un tempérament à ce principe. Selon le législateur, les contrats ne peuvent nuire aux tiers. En d'autres termes, aucun contrat ne peut se conclure au détriment des intérêts des créanciers. En effet, ces derniers restent titulaires d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur. Ils doivent pouvoir compter sur tous les biens présents et à venir du patrimoine social. Et lorsque le débiteur est lui-même créancier, cette créance fait partie intégrante du gage général de ses créanciers. Ainsi, au titre de son droit au gage général, le créancier peut agir sur le fondement de l'action oblique contre les débiteurs de son débiteur. Cette action est instituée par l'article 1166 du Code civil. Selon ce texte : *"les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur"*. L'exercice de ce droit n'est possible que lorsque l'inaction du débiteur remet en cause les intérêts des créanciers. En effet, le débiteur peut ne pas agir contre ses débiteurs pour recouvrer ses créances. Il ne tire aucun avantage de cette action alors il adopte une attitude de négligence. L'action oblique permet au créancier de vaincre l'inertie du débiteur.

189. **La mise en œuvre et le but de l'action oblique.** L'action oblique ne peut être exercée qu'en l'absence d'une procédure collective. C'est une action individuelle reconnue à tous les créanciers. Pour ne pas subir la carence de son débiteur, ils pourront donc faire valoir les droits de leur propre débiteur contre ses débiteurs. L'étendue de cette action est assez importante, car les créanciers peuvent exercer toutes les actions du débiteur à caractère patrimonial[470]. Le but de cette action est de réintégrer dans le patrimoine social les biens ou valeurs du débiteur. Cette action permet ainsi de reconstituer le patrimoine social[471].

---

[470] Sur le domaine d'application des droits et actions du débiteur v. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, op. cit., n°1143, p. 1132.

[471] Les limites de l'action oblique. Certes, le créancier se substitue au débiteur dans l'exercice de ses droits, mais l'action exercée produit les mêmes effets que si elle avait été exercée par le débiteur lui-même. Autrement dit, le tiers poursuivi pourra opposer au créancier toutes les exceptions qu'il aurait pu invoquer contre le débiteur. Ainsi, l'exception d'inexécution, la nullité de l'acte, la compensation pourraient être opposées au créancier. Aussi, l'action oblique est une action individuelle dont les effets sont collectifs. Autrement dit, le créancier ne retire aucun avantage direct et personnel de cette action. L'action permet de ramener le bien dans le patrimoine du débiteur sans que le créancier ne puisse avoir un droit exclusif sur ce bien contrairement à l'action paulienne. Les autres créanciers peuvent parfaitement se faire payer sur le bien ramener dans le patrimoine social par l'autre créancier. Cela pourrait être le cas lorsque le créancier ayant exercé l'action est primé par des créanciers privilégiés. Un tel système de protection des créanciers est nécessairement limité.

190. **Reconstitution de la valeur des éléments d'actif devant correspondre au montant du capital social.** Le capital social a été défini comme étant *"une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif sans identifier des valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports"*[472]. Il représente alors une valeur abstraite inscrite au passif qui n'est pas nécessairement connectée à ses supports. Toutefois, la société doit bloquer à l'actif une valeur équivalente. Lorsque le capital social n'a plus à l'actif une valeur équivalente, l'action oblique exercée par le créancier pourrait permettre de reconstituer cette valeur. Il en est également de même de l'action paulienne.

B. L'action paulienne

191. **Raison d'être de l'action paulienne.** Le débiteur est en droit de disposer de son patrimoine. Mais ce droit ne peut s'exercer contre ceux des créanciers. Les actions frauduleuses du débiteur qui mettent en cause l'intégrité du patrimoine social sont annulables. En effet, au titre de ce droit, tous les créanciers bénéficient de l'action paulienne instituée par l'article 1167 du Code civil. Selon ce texte les créanciers *"peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits"*.

192. **La mise en œuvre et les effets de l'action paulienne.** Cette action n'est recevable que lorsque l'acte frauduleux entraîne l'insolvabilité du débiteur. Ainsi, le patrimoine social est appauvri par la sortie d'un élément sans contrepartie. L'hypothèse classique d'appauvrissement engendrant l'insolvabilité du débiteur consiste dans l'acte de disposition à titre gratuit[473]. Le succès de l'action paulienne engendre le rétablissement du *statu quo ante* du débiteur puisque l'acte frauduleux est tout simplement remis en cause[474]. Autrement dit, le bien faisant l'objet de la fraude retourne dans le patrimoine du débiteur à hauteur de la créance du demandeur à l'action paulienne[475]. Seul le créancier ayant agi en

---

[472] E. THALLER, De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, op. cit., p. 177.

[473] L'action paulienne vouée à l'échec s'il apparaît que le patrimoine du débiteur est suffisant : Cass. civ. 27 juin 1972, *Bull. civ*. I, n° 163 ; Cass. civ. 31 mai 1978, *Bull. civ*. I, n° 209.

[474] Sur la nature juridique de l'action paulienne v. F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, op. cit., n° 1156, p. 1145.

justice pourra se prévaloir des effets de l'action paulienne. Il pourra éventuellement saisir le bien pour se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur.

193. **Reconstitution de la valeur des éléments d'actif devant correspondre au montant du capital social.** Certes, le montant du capital social n'est pas nécessairement rattaché à ses supports mais, lorsqu'il est possible d'établir cette connexion, le capital social n'est plus un montant abstrait. En effet, il devient réel puisqu'il possède à l'actif tous ses supports. Les apports et les éléments dont les valeurs ont servi à former le capital social pourront être appréhendés par les créanciers pour obtenir le remboursement de leurs créances. Or, les soustractions frauduleuses d'apports pourraient empêcher cela. Ainsi, l'action paulienne exercée par le créancier permettra de rétablir cette connexion puisque l'apport soustrait est réintégré à l'actif. Mais, le capital social représente d'abord une valeur abstraite, ainsi tous les éléments susceptibles d'être réintégrés à l'actif sont la bienvenue. Ils permettront de rééquilibrer le montant du capital et de le faire correspondre à la réalité des comptes.

Au regard de l'étude qui vient d'être menée, il est difficile de conclure à l'inutilité du capital social. Au contraire, le capital social renforce l'efficacité du droit au gage général en ce qu'il garantit l'existence d'un patrimoine sur lequel s'exercera la garantie et aussi il donne la possibilité aux créanciers d'avoir une idée de la consistance du patrimoine. En outre, s'il arrivait que le capital social n'ait plus à l'actif une valeur qui correspond à son montant, les créanciers intéressés par le capital social pourraient toujours exercer les actions oblique et paulienne. La reconstitution des éléments d'actif du patrimoine que ces actions permettent rétablira la réalité du capital social.
Le capital social n'est donc pas inutile pour la mise en œuvre du droit au gage général. Alors, en est-il de même lorsque les créanciers négocient une protection individuelle ?

Sous-section 2. L'importance du capital social au sein des sûretés

194. Le principe prescrit par l'article 2285 du Code civil est qu'un créancier a vocation à se faire payer sur la valeur de tous les éléments d'actif du débiteur. La portée du droit au gage général est réduite dans la mesure où le créancier chirographaire ne bénéficie pas de

[475] Cass. civ. 3ème , 9 juill. 2003, *Bull. civ*. III, n° 142 ; Cass. civ. 1ère , 1er juill. 1975, *Bull. civ*. I, n° 213.

certains droits. Il en est ainsi du droit réel et du droit de préférence[476]. Ainsi, le créancier n'a aucun droit sur une chose particulière du patrimoine social du débiteur. En outre, il n'a aucun privilège qui le démarque des autres créanciers. Il est pris sur le même pied d'égalité que les autres. Cette forme de protection peut se révéler inefficace dans le cas où la valeur de l'actif serait inférieure au montant du passif. Les créanciers privilégiés seront d'abord préférés. Ensuite, les autres seront réglés que dans une proportion actif-passif. Par exemple deux créanciers chirographaires X et Y titulaires de deux créances respectives de 30€ et 70€. Si l'actif du débiteur s'élève à 60€, le créancier X recevra 30% de l'actif soit 18€ et le créancier Y recevra 70% de l'actif soit 42€. L'insolvabilité partielle du débiteur amène le créancier chirographaire, placé sur le même pied d'égalité à être remboursé dans la proportion actif-passif. C'est cette insécurité qui pousse les créanciers à se prémunir individuellement du risque d'insolvabilité du débiteur. C'est le Livre IV du Code civil qui régit les sûretés dont les articles ont été dénumérotés par l'Ordonnance du 23 mars 2006. La question qui se pose est celle de savoir si cette protection est-elle suffisante au point de justifier l'inutilité du capital social ? Le raisonnement sera fait ici par l'absurde. Cela dit, il s'agira de faire comme si le capital social n'existait pas afin de mesurer l'efficacité des garanties des créanciers.

Or, même si les sûretés ont pour but d'offrir au créancier une chance supplémentaire de paiement, ces protections comportent des limites reposant notamment sur les conditions drastiques imposées aux créanciers pour valider sa garantie et surtout en l'absence du capital social, la société n'est pas obligée de constituer un patrimoine sur lequel la garantie pourra être prise. Pour bien apprécier ces limites, il convient d'analyser séparément la garantie personnelle c'est-à-dire le contrat de cautionnement **(§ 1)** des garanties réelles **(§ 2)**.

§ 1. La garantie personnelle : contrat de cautionnement

195. Le créancier peut renforcer sa sécurité en exigeant du débiteur une caution venant en complément du capital social. Ce sont les articles 2287 à 2320 du Code civil qui prévoient cette forme de protection des créanciers. Selon le premier texte précité : *"Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même."* Le créancier peut alors compter sur le patrimoine des

[476] F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, op. cit., n° 1095 et s., p. 1089 et s.

débiteurs qui se portent caution lorsque le patrimoine social ne parvient pas à le désintéresser. En pratique, les banques exigent souvent cette protection supplémentaire aux petites sociétés dans lesquelles le capital social est inexistant. En outre, au sein des sociétés à risque limité, l'engagement personnel du dirigeant ou des associés permet à l'établissement de crédit de contourner la limitation de responsabilité qui résulte de la technique sociétaire[477]. Le créancier s'offre ainsi le patrimoine privé en garantie de sa créance en plus du patrimoine social. Dans une certaine mesure, tout se passe comme si on se trouvait au sein d'une société à risque illimité. Certes, en pratique cette garantie apparaît opportune aux créanciers en l'absence d'un capital social mais, qu'en est-il en théorie ? Plus précisément, les règles régissant le contrat de cautionnement garantissent-elles son efficacité ? L'efficacité de cette garantie intéresse cette étude dans la mesure où si celle-ci est avérée, elle permettrait de justifier l'inutilité du capital social dans son rôle de garantie des créanciers. Elle se mesurera par l'analyse successive des règles régissant les conditions de validité **(A)** ainsi que les conditions spécifiques du contrat de cautionnement **(B)**.

A. Les conditions de validité du contrat de cautionnement

196. **Les conditions de validité du contrat de cautionnement.** Le cautionnement est un contrat unilatéral par lequel une personne s'engage envers une autre à satisfaire une obligation pour le cas où le débiteur n'y satisferait pas lui-même. Dès lors les conditions de validité de l'article 1108 du Code civil s'appliquent. Il s'agit principalement de la capacité, de l'objet, la cause et le consentement. Le consentement exempt de vices doit exister à plusieurs niveaux compte tenu de la particularité du contrat de cautionnement qui fait intervenir trois personnes. Il y a d'abord l'accord entre le créancier et le débiteur, le premier subordonnant telle ou telle prestation à la fourniture d'une sûreté. Il y a ensuite l'accord donné par la caution au débiteur et, enfin, l'accord donné par la caution au créancier. En principe, le contrat se conclut par le seul accord des parties[478]. Autrement dit, aucune autre condition n'est requise

[477] Lorsqu'il est donné contre rémunération, la cautionnement devient commercial. Il revêt cette qualification lorsqu'un commerçant se porte caution pour les besoins de son commerce ou lorsque le cautionnement prend la forme d'un aval ou d'une lettre de change. La jurisprudence a ajouté le cautionnement donné par un associé ou un dirigeant pour garantir le paiement des dettes sociales d'une société v. S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 887, p. 438.

pour la validité de la convention. Toutefois, la loi exige, pour certains contrats, que le consentement soit donné en une forme particulière. Celle-ci consiste le plus souvent en la rédaction d'un écrit[479]. Il en est ainsi du contrat de cautionnement sur le fondement de l'article 2292 du Code civil. En effet, selon ce texte : *"Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès "*. Cela dit, le contrat de cautionnement est alors considéré comme un contrat solennel.

197. **Les conséquences de l'inobservation des conditions de validité du contrat de cautionnement.** En principe, le non-respect des conditions de l'article 1108 du Code civil entraîne la nullité du contrat. Toutefois, les vices du consentement sont inopérants lorsqu'ils sont invoqués par un professionnel qui se porte caution car il s'engage en connaissance de cause[480]. Il en est ainsi du dirigeant et de l'associé considérés comme des personnes impliquées dans la bonne marche des affaires sociales. Il serait difficile pour eux d'établir leur ignorance sur la situation de la société à tel point d'invoquer l'erreur sur les qualités déterminantes de la prestation. Ils ne peuvent pas prétendre ignorer la qualité en laquelle ils signaient[481]. Ainsi, il n'est pas admis qu'une personne qui a perçu le sens du cautionnement puisse invoquer une telle erreur[482]. La garantie du créancier est à l'abri de l'annulation lorsque la caution est professionnelle. Mais, il en est autrement lorsque la caution est une personne étrangère aux affaires sociales.

Toutefois, la jurisprudence a délimité les conditions dans lesquelles l'erreur sur les qualités déterminantes peut être invoquée. Elle n'est possible que lorsqu'elle porte sur la nature de l'engagement[483]. La jurisprudence admet aussi que la caution puisse dénoncer l'insolvabilité du débiteur pour faire annuler le contrat. Il en sera ainsi lorsque la solvabilité du débiteur était

---

[478] F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, **Droit civil, Les obligations**, op. cit., n° 63, p. 77.

[479] Ibidem.

[480] D. DANET, Le dirigeant et l'omnibus, *RTD com.* 1994, p. 181.

[481] Cass. com. 17 juin 1997, *JCP* E 1997, 1007, note D. LEGEAIS ; *D. P.* nov. 1997, n° 54, note B. SAINT-ALARY ; *Bull. Joly* oct. 1997, § 313, p. 866, note P. LE CANNU.

[482] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 905, p. 446.

[483] Cass. civ. 1er, 25 mai 1964, *Bull. civ.* I, 1964, n° 269. Critiques doctrinales PH. SIMLER, **Cautionnement et garantie autonome**, Litec, 3ème éd. 2000, n° 138, p. 132 ; L. AYNES, note sous Cass. civ. 1er, 10 juin 1987, *D.* 1987, somm. 446.

précisée dans le contrat comme condition[484]. L'erreur est aussi cause de nullité du contrat de cautionnement que si elle n'est pas inexcusable. Sur cette condition, la cour de cassation a rejeté une demande en nullité parce que la caution *"ne pouvait sérieusement soutenir avoir ignoré l'insolvabilité de la société, d'une part, parce qu'il en était le gérant lors de la signature de l'acte de caution, d'autre part, parce qu'il s'était engagé à suivre la situation financière de ladite société"*[485]. Il est ainsi difficile pour un associé ou un dirigeant d'invoquer l'erreur pour faire échec à la protection du créancier. Il en sera également ainsi s'ils invoquent la tromperie sur l'affectation du crédit garantie[486]. A ce niveau, la protection du créancier est efficace lorsque ce dernier cherche à contourner la limitation de responsabilité. Les juges protègent très peu le dirigeant ou l'associé caution pour de dol[487] ou encore du fait des exigences sur l'objet et la cause[488] et la doctrine est favorable à cette position[489]. Les juges protègent également le créancier en cas d'absence de la mention manuscrite du dirigeant ou de l'associé caution. Ainsi, ils considèrent que la simple omission de la mention manuscrite ne suffit pas à rendre nul le cautionnement si les fonctions de la caution lui permettaient d'avoir conscience de son engagement[490].

Toutefois, une autre jurisprudence a adopté une autre position défavorable au créancier[491]. Dans les faits de l'arrêt de cassation rendu par la première chambre civile le 2 juillet 1996, l'URSSAF se prévalait d'un acte sous seing privé du 4 mars 1985 aux termes duquel X s'était porté caution à son profit des obligations de la société générale de bijouterie. Or, la caution dirigeante déniait sa signature. Les faits révélaient que ce dernier avait pourtant apposé sur

---

[484] Cass. civ. 1er, 19 mars 1985, *Bull. civ.* I, 1985, n° 98 ; Cass. civ. 1er, 11 fév. 1986, *Bull. civ.* I, 1986, n° 22 ; Cass. civ. 1er, 11 déc. 1990, *Bull. civ.* I, 1990, n° 286.

[485] Cass. civ. 1er, 11 juill. 1984, *Bull. civ.* 1984, n° 229 ; *JCP* 1986, II, 20576, note B. H. DUMORTIER.

[486] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 909, p. 447.

[487] Cass. com. 26 mai 1956, *Bull. civ.* III, 1956, n° 134 ; Cass. com. 16 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, 1993, n° 404 ; Cass. com. 26 mai 1992, *Bull. civ.* IV, 19926, n° 134.

[488] Cass. com. 8 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, 1972, n° 278 ; Cass. com. 16 fév. 1977, *JCP* N 1980, II, 217, obs. PH. SIMLER ; Cass. com. 17 juill. 1978, *Bull. civ.* IV, 1978, n° 200 ; Cass. com. 6 déc. 1988, *Bull. civ.* IV, 1988, n° 334.

[489] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 915, p. 449 pour le dol n° 921, p. 452 pour absence d'objet et n° 932, p. 457.

[490] Cass. com. 29 janvier 1991, *Bull. civ.* IV, 1991, n° 42 ; Cass. com. 12 mai 1992, *Bull. civ.* IV, 1992, n° 177.

[491] Cass. civ. 30 juin 1987, *Bull. civ.* I, n° 210 ; Cass. civ. 1er, 2 juill. 1996, *Bull. civ.* 1996, n° 281, p. 196 à 197.

l'acte la mention manuscrite conforme aux exigences de l'article 1326 du Code civil. La Cour de cassation a refusé de substituer cette mention à la signature sur la base de l'article 2292 du Code civil. L'accord exprès constaté par la signature de celui qui se porte caution est donc exigé comme supplément pour la validité de l'acte sous seing privé[492]. Selon les juges la combinaison des articles 1326 et 2292 du Code civil a pour finalité la protection de la caution fut-elle dirigeante. Ainsi, l'acte par lequel la caution s'engage doit être constaté dans un titre qui comporte en plus de sa signature, le montant de l'engagement écrit en lettre et en chiffre de la main de la caution. Le non-respect de ces conditions entraîne la nullité du contrat. Dans ces conditions, le créancier ne pourra plus se prévaloir de sa garantie supplémentaire. Le patrimoine privé de la caution n'est plus engagé. Il perd totalement sa protection supplémentaire. Mais une autre jurisprudence protège le créancier en considérant que le cautionnement donné par le dirigeant ou un associé ne peut être, en raison de leur personnalité, de leur fonction.

Nous constatons que le contrat de cautionnement est soumis aux conditions de validité de droit commun des contrats. En principe, le non-respect d'une de ces conditions est susceptible de mettre en cause l'existence de la garantie. Mais, en pratique l'application de cette sanction reste hétérogène. Les juges opèrent une distinction selon la qualité de la caution alors même que les textes ne la prévoient pas. Ainsi, seules les cautions non professionnelles lorsqu'elles invoquent l'inobservation des conditions de validité de droit commun, peuvent mettre en échec la garantie du créancier. Cette conséquence traduit tout même l'incertitude du contrat de cautionnement. En est-il de même en cas de non-respect des conditions spécifiques du cautionnement.

B. Les conditions spécifiques du contrat de cautionnement

198. Le non-respect des conditions spécifiques du cautionnement entraîne-t-il des conséquences sur la protection du créancier ? En effet, en plus des conditions de droit commun, le législateur soumet le contrat de cautionnement à deux obligations spécifiques à

[492] M. BANDRAC et P. CROCQ, il n'y a pas d'instrumentum sans la signature de la caution, *RTD civ*. 1996, p. 663.

savoir la vérification du créancier de la solvabilité de la caution **(1)** et l'information de la caution sur l'étendue de ses engagements **(2)**.

1. La vérification de la solvabilité de la caution

199. **La consécration jurisprudentielle de l'obligation d'information portant sur le patrimoine privé de la caution.** Contrairement à l'obligation d'information sur la dette de la caution que nous verrons dans le point suivant, l'information sur le patrimoine privé de la caution reste une consécration jurisprudentielle. En effet, c'est la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1997 qui est venue renforcer la protection de la caution[493]. Dans les faits, le président du conseil d'administration d'une société s'était porté caution envers une banque à hauteur d'un montant de 20.000.000 F monnaie de l'époque outre les intérêts, commissions, frais et accessoires. La société, placée en redressement judiciaire, la banque a alors assigné la caution en paiement de son engagement. La Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 8 février 1995 ne lui donna que partiellement satisfaction. Elle condamna la banque à payer 15 millions de francs au dirigeant à titre de dommages-intérêts et ordonna la compensation de cette somme avec celle des 20 millions de francs en vertu de son engagement de caution. La Haute Cour par décision du 17 juin 1997, approuva les juges du fond d'avoir estimé qu'*" en raison de l'énormité de la somme garantie par une personne physique, que, dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, sans aucun rapport avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste"*. Les juges imposèrent alors une nouvelle obligation pour le créancier de vérifier la proportionnalité entre la garantie demandée et les moyens du garant.

200. **Le fondement juridique de l'obligation d'information jurisprudentielle.** L'obligation de vérifier la solvabilité de la caution découle aussi des dispositions de l'article 2295 du Code civil. Selon ce texte : *"Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter et qui ait un bien suffisant pour répondre de*

[493] Cass. com. 17 juin 1997, *JCP* E 1997, II, p. 1007, note D. LEGEAIS ; *Dr. Soc.* 1997, comm. n° 8, obs. TH. BONNEAU ; *RTD Com.* 1997, p. 662, obs. M. CABRILLAC, Solution contraire v. CA. Versailles, 15 mai 2008 *Bull. Joly,* n° 3 mars 2009, p. 241, note S. PIEDELIÈVRE.

l'objet de l'obligation." Il ressort de ce texte que l'obligation de fournir une caution solvable pèse sur le débiteur et non sur le créancier. Pour revenir à l'arrêt du 17 juin 1997, il a été souligné que la décision des juges posait un problème de fondement[494]. Au vrai la Cour de cassation fait une application extensive de l'article L341-4 du Code de la consommation modifié par l'ordonnance du 15 juillet 2009 qui prévoit qu' : *"Un établissement de crédit…ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement … conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus…"*. Or, ces dispositions sont intégrées au chapitre III relatif aux dispositions communes aux chapitres Ier et II qui excluent des crédits à la consommation et immobiliers les financements destinés aux besoins d'une activité professionnelle[495]. Le droit à la consommation gagne peu à peu l'ensemble du droit[496]. Toutefois, l'article 126 intégré au Code de commerce à l'article L650-1 créé par la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises reprend le contenu de l'article L341-4 du Code de la consommation. Le législateur institue ainsi l'obligation pour la banque de vérifier l'étendue du patrimoine de la caution avant de l'engager. Selon ce texte : *"Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci."* Le législateur institue l'irresponsabilité du créancier en cas d'ouverture d'une procédure collectif ou de liquidation judiciaire. Ce principe ne s'applique pas dans trois cas. Il en est ainsi lorsque le concours consenti est frauduleux ou lorsque le créancier s'est immiscé dans la gestion des affaires sociales. Le créancier est déclaré responsable lorsqu'il exige une garantie disproportionnée par rapport à son concours. L'emploi au pluriel du terme *"garantie"* permet d'inclure toutes les garanties y compris la caution. L'article L650-1 précité ne s'applique que dans le cadre des procédures collectives mais vise tous les créanciers[497].

---

[494] B. LEGROS, La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution, *Rev. soc.* 1998, p. 297.

[495] Art. L311-3 et L312-3 C. cons. créés par la loi 93-949, 1993-07-26 annexe JORF 27 juillet 1993.

[496] J. CALAIS - AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD civ.* 1994, p. 239.

[497] J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1748.

201. **La sanction du créancier en cas de concours démesuré.** La banque peut être sanctionnée si son concours est disproportionné par rapport au patrimoine de la caution. En effet, l'alinéa 2 de l'article L650-1 précité dispose que : *"Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge."* Les juges retiendront la responsabilité du créancier dès que le lien de causalité entre le préjudice de la société et le concours est établi[498]. Le préjudice doit alors découlé d'un concours disproportionné. Le caractère démesuré du concours est apprécié au moment où le contrat est conclu. Cela dit, la protection qu'offre la caution n'est donc pas totale. Le créancier n'est donc pas à l'abri de perdre sa protection. La meilleure solution consiste pour lui de traiter avec une société qui dispose d'un capital social important.

202. **L'importance d'un capital social élevé dans les sociétés à risque limité.** Lorsque les associés sont responsables personnellement des dettes de la société, les créanciers peuvent les actionner pour obtenir le remboursement des dettes sociales. Ils offrent ainsi leur patrimoine privé en garantie supplémentaire aux créanciers après le patrimoine social de la société. Il n'est donc pas utile au créancier d'exiger un cautionnement comme garantie aux associés responsables des dettes de la société. Dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, les associés et les commandités répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales[499]. Autrement dit, un seul des associés peut être condamné par le juge pour le paiement de toute la dette sociale. Le créancier n'a donc pas à fractionner son recours entre les différents associés. Les associés de sociétés civiles sont responsables indéfiniment. Aucune solidarité n'est instituée entre eux par l'article 1857 Code civil. La mise en œuvre de la responsabilité indéfinie suppose alors que l'associé ne paie la dette sociale sur son patrimoine privé que dans la limite de sa participation au capital social. Le créancier doit alors fractionner ses recours en fonction du nombre d'associé et par rapport à leur participation au capital social. Les créanciers de sociétés à risque illimité ont donc de solides garanties en dehors du capital social. Ce qui n'est pas le cas au sein des sociétés à risque limité puisque les associés ne sont responsables que dans la limite du montant de leurs apports. Cette limitation de responsabilité est instituée par les articles L225-1, L227-1, L223-1 et L226-1 du Code de commerce. Toutefois, le dernier texte apporte une distinction entre les commandités qui sont

[498] Cass. com. 10 mai 1994, 92-15881 Lex- base A8048AHK.

[499] Art. L221-1 et L222-1 C. com.

responsables indéfiniment et solidairement et les commanditaires qui *"ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports"*. Cette limitation de responsabilité n'est pas source de préjudice pour les créanciers lorsque la société dispose d'un capital social important. Dans ce sens M. le professeur Mortier affirme "*sans crainte de se tromper"*[500] *"l'utilité d'un capital social élevé"*[501]. Mais, lorsque le capital social est faiblement déterminé, les créanciers craignent qu'il ne puisse garantir leur protection. C'est la raison pour laquelle, ils essayeront de contourner la limitation de responsabilité en exigeant soit du dirigeant soit des associés une garantie personnelle c'est-à-dire une caution. Toutefois, compte tenu des conditions drastiques imposées au contrat de cautionnement, les créanciers ont tout intérêt à ce que la société dispose d'un capital social important pour éviter que leur protection ne disparaisse.

2. L'information de la caution

203. **Les obligations du créancier pendant l'exécution du contrat de cautionnement.** L'article 48 devenu L313-22 du Code monétaire et financier prévoit une obligation d'information de la banque au profit de la caution en matière de contrat de prêt. Selon ce texte : *"Les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée."* Le champ d'application de cet article est tout de même restreint puisque l'obligation d'information s'impose uniquement à un seul type de créancier : les établissements de crédit. En outre, tous les concours bancaires ne déclenchent pas l'obligation de l'article L313-22 précité. Seuls les prêts accordés sous la condition d'une caution engendrent cette obligation. Le créancier de l'obligation d'information reste la caution personne physique ou personne morale. Toutefois, le problème de l'exclusion des cautions professionnelles du champ

[500] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 46, p. 35.

[501] Ibidem.

d'application de l'article L313-22 précité s'est bien posé puisque les solutions jurisprudentielles sont controversées. En effet, la Cour d'appel de Dijon dans un arrêt rendu le 24 juin 1993 avait refusé d'accorder à la caution professionnelle ce droit. Alors que la Haute juridiction en 1995 a eu une approche permissive et extensive. Elle considère que : *"Les dispositions de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 sont applicables jusqu'à l'extinction de la dette, à toute caution sans distinction, fût-elle dirigeante de la société cautionnée*"[502]. Toutefois, cette décision occulte ainsi totalement la qualité de la caution initiée par une interprétation large des dispositions de l'article L313-22 précité. Il y a là une protection totale des cautions au détriment des créanciers[503]. Sur la forme de la notification, aucune contrainte n'est imposée ce qui veut dire qu'elle reste libre. Sur les délais, la banque est tenue d'informer la caution au plus tard avant le 31 décembre de chaque année. Tant que, le crédit n'est pas totalement remboursé, ce délai légal doit être respecté. En ce qui concerne le contenu de l'information, le montant du principal y compris les intérêts, commissions, frais et accessoires doivent être divulgués à la caution.

L'article 2293 du Code civil a un champ d'application plus vaste. Il vise tous les créanciers et toutes les cautions personnes physiques. Le débiteur de l'information reste le créancier. Il doit informer la caution *"de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat".*

204. **La sanction de l'inobservation des obligations du créancier pendant l'exécution du contrat de cautionnement.** L'alinéa 2 de l'article L313-22 dispose que : *"Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette."* C'est sur le terrain de la responsabilité civile que le non-respect des dispositions de l'article L313-22 précité est sanctionné. Les juges ont déjà prononcé cette sanction[504]. La

[502] Cass. com. 20 juin 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 957, § 347, note P. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1er, 27 février 1996, *Bull. civ.* 1996, n° 109, p. 76.

[503] B. LEGROS, La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution, art. préc., p. 281.

banque est tenue de respecter scrupuleusement le contenu de l'information. Cela dit, elle est sanctionnée si son action se limite à une simple lettre d'invitation à demander ces informations. En effet, dans un arrêt du 2 février 1996 rendu par la Cour d'appel, les juges ont estimé que : *"ne constitue pas une information conforme aux dispositions de l'article 48 de la loi du 1er mars 1984, la lettre simple par laquelle une banque fait savoir à la caution qu'elle tient à sa disposition, "sur simple demande écrite de sa part", le montant au 31 décembre de l'exercice écoulé des différents engagements garantis"*[505]. Dans ces conditions la caution bénéficiant de la déchéance des intérêts prévue par ces dispositions ne peut être tenue. Les intérêts dus au créancier ne pourront plus être réclamés à la caution s'il arrivait que le débiteur soit insolvable. Dans ces conditions, le contrat de cautionnement sollicité par les banquiers pour compléter l'insuffisance du capital social pourrait ne pas être satisfaisant. D'où l'importance du capital social.

Nous constatons que l'efficacité de la garantie personnelle reste incertaine. Il a été d'ailleurs dit que : *"Les sûretés personnelles constituent un mauvais palliatif à l'absence de capitaux propres pour une société donnant exclusivement son propre patrimoine en garantie"*[506]. Face aux inconvénients de la garantie personnelle révélés dans cette étude, la meilleure solution reste la constitution d'un capital social suffisant pour les créanciers. Les créanciers ont donc intérêt à ce que les sociétés à risque limité disposent d'un capital social important pour espérer ne pas avoir à prendre une garantie personnelle.
Si le contrat de cautionnement reste soumis à des conditions strictes susceptibles de mettre en danger le créancier, qu'en est-il des garanties réelles ?

§ 2. Les garanties réelles

205. Les sûretés réelles permettent au créancier d'affecter prioritairement une partie ou tout le patrimoine social du débiteur pour garantir le remboursement de sa créance. Ces

[504] Cass. com. 17 juin 1997, *D. P*. nov. 1997, n° 54, p. 77, note B. SAINT-ALARY ; Cass. com 27 nov. 1991, *JCP* G 1992, IV, p. 40 ; Cass. com. 20 juin 1995, *Bull. Joly* 1995, 2, p. 957, § 347, note P. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1er, 27 févr. 1996, *Bull. civ.* 1996, n° 109, p. 76.

[505] CA. 2 févr. 1996, *RJDA* 5/96, n° 675.

[506] L'auteur souligne les inconvénients des garanties réelles v. S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., p. 167 et s.

garanties lui permettent également de s'affranchir de la loi du concours par un droit de préférence sur le patrimoine social. Pour ces deux raisons, les sûretés réelles peuvent constituer des garanties intéressantes. Mais le capital social a sa place au sein de ces garanties. En effet, il garantit en première ligne, la formation du patrimoine dans lequel les créanciers pourront prendre divers supports répertoriés à l'actif pour se prémunir du risque d'insolvabilité de la société **(A)**. En outre, l'efficacité des garanties réelles reste incertaine dans la mesure où le bien sur lequel la garantie des créanciers repose est susceptible de variation. En outre les procédures collectives peuvent mettre en échec la protection individuelle du créancier. Cela dit, les garanties réelles sont risquées **(B)**.

A. Le capital social : première ligne garantissant la formation du patrimoine sur lequel reposent les sûretés réelles

206. **Les sûretés portant sur des choses corporelles : le gage conventionnel.** Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, l'article 2333 du Code civil définit le gage comme étant *"une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs."* Cette garantie émane de l'accord de volonté des parties. Le législateur n'institue le gage que sur les biens corporels en excluant les biens incorporels réservés au nantissement. Puis, le gage ne se caractérise plus uniquement par la dépossession du constituant, il intègre également le gage sans dépossession[507]. Le gage avec dépossession se réalise par la tradition, autrement dit, par la remise volontaire de la chose au gagiste[508]. Ce dernier reçoit non une simple détention, mais une véritable possession[509]. Le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention sur le bien jusqu'au complet paiement de sa créance[510]. En effet, le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé lorsqu'il n'a pas encore exécuté ses obligations. Pour ce faire, certaines conditions sont

[507] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, **Droit des sûretés**, op. cit., n° 723, p. 497.

[508] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL **Droit des sûretés**, op. cit., n° 733, p. 505.

[509] Ibidem.

[510] Art. 2339 C. civ.

exigées. La garantie doit être constatée par écrit[511] et publiée[512]. La loi n'exige plus ni l'authenticité ni l'enregistrement de l'écrit. Toutefois, en ce qui concerne le gage commercial, la loi dispense les parties d'un écrit. Puisque l'article L521-1 du Code de commerce dispose que : *"Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3."* Le législateur opère un renvoi aux dispositions de l'article L110-3 du même Code. Or, ce texte indique que : *"A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi."* Le gage sans dépossession obéit aux mêmes règles de constitution que le gage classique avec dépossession. Le créancier ne dispose du droit de rétention mais bénéficie d'un droit réel rendu opposable dès la publicité exigée par l'article 2337 du Code civil. Il possède un droit de suite et un droit de préférence sur le bien faisant l'objet de gage.

Le gage mobilier se distingue du gage immobilier. Le premier porte sur un bien meuble et le second sur un bien immeuble. Tout comme le gage mobilier, la garantie portant sur un immeuble peut se faire avec ou sans dépossession du débiteur. Dans le premier cas, l'article 2387 du Code civil précise que : *"l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation…emporte dépossession de celui qui le constitue."* Et le gage sans dépossession de l'immeuble est institué à l'article 2390 sous les termes suivants : *"Le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même."* Contrairement au gage mobilier, le gage conventionnel immobilier ne peut être consenti que par acte notarié. Le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention sur le bien jusqu'au complet paiement de sa créance[513]. L'article 2389 précise que : *"Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette."*

207. **Les sûretés s'appliquant aux meubles incorporels.** L'article 2355 créé par l'Ordonnance du 23 mars 2006 définit le nantissement comme étant *"l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels,*

[511] Art. 2336 C. civ.

[512] Art. 2337 C. civ.

[513] Art. 2391C. civ.

présents ou futurs." Cette garantie n'est pas seulement conventionnelle, elle peut également résulter d'une décision de justice. On parle alors de nantissement judiciaire Les règles de constitution sont les mêmes que celles évoquées pour le gage avec dépossession. Le nantissement pourrait porter sur une somme d'argent, sur des parts de sociétés ou sur le fonds de commerce. En ce qui concerne les effets du nantissement d'une créance, le législateur prévoit expressément que seul le créancier est apte à encaisser le montant de la créance. Ce paiement institué au profit du créancier est prévu par l'article 2363 du Code civil. Selon ce texte : *"Après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts."*. Le créancier nanti ne peut disposer de la somme tant que sa créance n'est pas échue. Il doit la conserver dans un compte ouvert après d'un établissement de crédit. C'est seulement en cas de défaillance du débiteur, qu'il a huit jours à partir de la date de mise en demeure pour affecter les fonds au remboursement de sa créance. Ce remboursement s'opère dans la limite des sommes impayées.

208. **Les sûretés portant sur les immeubles : l'hypothèque.** L'article 2393 créé par l'Ordonnance du 23 mars 2006 du Code civil définit l'hypothèque comme étant *"un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation."* Elle a trois origines. D'abord, l'hypothèque légale qui résulte de la loi. Puis l'hypothèque judiciaire provenant d'un jugement et enfin celle dite conventionnelle émanant de l'unique volonté des parties et consentie par acte notarié.

209. **Les sûretés portant sur la propriété retenue ou cédée à titre de garantie.** L'article 2367 du Code civil dispose que : *"La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie."* Le législateur étend également cette garantie aux immeubles. En effet, l'alinéa 2 de l'article 2373 du même Code précise que : *"La propriété de l'immeuble peut également être retenue"*. Le bien retenu volontairement par le créancier a d'abord été dans son patrimoine. Pour limiter les risques d'inexécution du débiteur, le créancier, via une clause contractuelle écrite, indique expressément cette réserve de propriété. Le créancier subordonne ainsi le transfert de propriété au complet paiement du débiteur. Même si le bien est transféré dans le patrimoine du débiteur, le droit de propriété demeure dans le patrimoine du débiteur[514]. A défaut de

complet paiement, le Code civil prévoit en son article 2371 que *"le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer."* Toutefois, le solde de la créance garantie est imputé sur la valeur du bien repris. Cette règle applicable à la réserve de propriété mobilière s'étend à notre avis à la réserve de propriété immobilière.

La propriété mobilière ou immobilière peut en outre être cédée. On parle alors de la fiducie qui est une garantie particulière régie par le titre 14 du Livre III du Code civil. En effet, l'article 2372-1 applicable à la garantie mobilière opère un renvoi à ce titre. Il dispose que : *"La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030."* Le même renvoi est effectué par l'article 2488-1 du Code civil applicable aux garanties. L'article 2011 Créé par loi du 19 février 2007 définit la fiducie comme étant *"l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires."* Dans le même sens, M. le professeur Aynes indique que : *"la fiducie est la constitution d'un patrimoine d'affectation par le biais duquel une personne peut détacher un ou plusieurs biens pour les soumettre à un régime particulier."* [515] Le patrimoine fiduciaire n'est valable que si les six conditions énumérées par l'article 2018 du Code civil sont respectées. A défaut de paiement de la dette garantie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie. Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger la remise du bien, dont il peut alors librement disposer.

210. **L'utilité du capital social dans la constitution des sûretés réelles.** Les sûretés réelles permettent au créancier d'éviter la loi du concours sur les éléments du patrimoine social de la société. Le bien intégrant ce patrimoine et faisant l'objet de garantie est affecté en priorité au remboursement du créancier. Toutefois, le capital social reste une notion très importante dans la constitution et le maintien de ce patrimoine. En effet, aucun dispositif légal n'oblige le débiteur à constituer un patrimoine sur lequel les créanciers pourront asseoir leur garantie individuelle. Ce sont uniquement les règles régissant la formation du capital social

[514] M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL **Droit des sûretés**, op. cit.,n° 816, p. 564 et s.

[515] L. AYNES, Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi, *Rev. Lamy Dr. Civ.* n° 46, fév. 2008, n° 2879, p. 5.

qui assurent la formation d'un patrimoine minimum. Les associés sont tenus d'effectuer des apports en nature et en numéraire dont les valeurs intègrent le capital social. Et en cours de vie sociale, le capital social s'accroît outre le montant des apports, du montant des éléments internes à la société. Enfin, la société a l'obligation non seulement de respecter les principes d'intangibilité et de fixité du capital social mais également de faire correspondre le montant du capital social à des éléments d'actif. Le capital social est une notion qui permet en première ligne de former et de maintenir le patrimoine sur lequel les créanciers peuvent asseoir leur protection individuelle.

Nous relevons qu'en l'absence du capital social, l'efficacité des garanties réelles reste alors incertaine. Qu'en est-il lorsque le support sur lequel perd de valeur ou lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective ?

B. Inconvénients des sûretés réelles et utilité du capital social

211. **La variation à la baisse de valeur du bien sur lequel repose la garantie.** Le capital social correspond à la valeur des apports effectués par les associés et celle des richesses internes à la société. Sur le fondement du nominalisme monétaire, cette valeur reste intangible même si les supports disparaissent de l'actif. En effet, le montant du capital social n'est pas spécifiquement rattaché à ses supports. Ainsi, si l'un de ses supports perd de valeur, la société a l'obligation de faire correspondre le montant du capital social à un autre élément. Les créanciers de la société peuvent donc espérer se faire rembourser sur le montant du capital social affiché même si la valeur des supports diminue ou disparaît. Tel n'est pas le cas lorsque le bien sur lequel repose la garantie. Il convient de souligner que la diminution de valeur ou la disparition du bien est consécutive à une dépréciation progressive de valeur du bien dans le temps. En effet, la structure physique d'un meuble demeure fragile ce qui le soumet au risque de dépréciation matérielle. Au bout du compte, la chose objet de la garantie perd sa valeur partiellement ou totalement faisant ainsi courir au créancier la perte totale ou partielle de sa garantie. Le créancier peut toujours bénéficier d'une subrogation en cas de destruction de la chose ce qui lui permettra d'avoir des droits sur la chose de substitution[516]. Toutefois, cette

subrogation n'est pas automatique car il trouve son origine dans un contrat conclu entre le débiteur et son créancier. En outre, pour que le droit réel du créancier portant sur la chose se reporte sur le bien de substitution il faudrait que le bien détruit ait été assuré. Or, le débiteur n'assure pas systématiquement tout son patrimoine. Sur certains biens, le législateur impose l'assurance et c'est le cas du véhicule. La perte partielle ou totale du bien sur lequel repose la garantie fait perdre au créancier une possibilité de remboursement. La portée de la garantie réelle est donc limitée. Le créancier a donc intérêt à ce que la société dispose d'un capital social sur lequel il pourra assoire sa protection.

212. **Les garanties réelles face aux procédures collectives.** Les procédures collectives ont essentiellement pour but de sauver l'entreprise ou à défaut protéger certains créanciers[517]. Nombreux sont les créanciers privilégiés qui passent en premier avant les créanciers munis d'une sûreté conventionnelle. D'abord, en cas d'ouverture d'une procédure collective, les créanciers postérieurs à l'ouverture bénéficient d'une priorité de paiement par rapport aux créanciers antérieurs même munis d'une sûreté conventionnelle. En effet, l'article L622-17 du Code de commerce dispose que : *"Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance."* Toutefois, ces créanciers sont primés par les privilèges des salaires, des frais de justice et de conciliation. Ainsi, peu importe la procédure ouverte, une priorité de paiement est faite au super privilège des salaires, puis vient le privilège des frais de justice antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective et enfin le privilège de conciliation prévu à l'article L611-11 du Code de commerce. Le privilège des créances munis d'une sûreté réelle n'apparaît qu'en quatrième position. En cas de vente d'un bien grevé d'une sûreté réelle, les créanciers munis d'une sûreté conventionnelle seront primés par les supers privilégiés. Ils peuvent donc perdre totalement ou partiellement leur garantie sauf dans l'hypothèse où l'actif est suffisant pour faire face au passif. Les juges décideront de la liquidation de la société lorsque la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise. L'actif étant le plus souvent insuffisant à faire face à l'actif, certains créanciers seront laissés pour compte. Compte tenu de la priorité de paiement, l'actif réalisé et disponible permettra de

[516] La subrogation est une opération par laquelle une personne (subrogation personnelle) ou une chose (subrogation réelle) est substituée à une autre.

[517] R. HOUIN, Exposé introductif *in* L'évolution du droit des sûretés, *RJ com.* 1982, p. 11.

désintéresser d'abord les créanciers munis d'un privilège légal. La procédure collective apparaît comme un véritable tsunami des sûretés conventionnelles. La priorité de paiement instituée par le législateur vient balayer la protection conventionnelle du créancier.

213. **L'utilité d'un capital social élevé.** Le capital social élevé et en adéquation avec le niveau des obligations de la société, évite à cette dernière l'ouverture de la procédure collective. En effet, la cessation de paiement est la condition d'ouverture d'une procédure de redressement et de liquidation[518]. Cela suppose alors que la société ne dispose pas d'un capital social suffisant pour faire face au passif exigible. Or, si la société dispose d'un capital social important, elle ne risque pas l'ouverture d'une procédure. Les créanciers ont donc intérêt à ce que la société dispose d'un capital social important comme garantie de leur créance pour éviter la priorité de paiement instituée légalement en cas d'ouverture d'une procédure collective.

*

* *

214. **L'utilité du capital social par rapport aux autres garanties des créanciers.** Nous pouvons faire remarquer que les sûretés restent des garanties individuelles et limitées. Or, l'élément fondant la protection des créanciers doit pouvoir s'appliquer à tous les créanciers. Le capital social répond à cette exigence puisqu'il peut être appréhendé par n'importe quel créancier. Il reste une protection collective organisée par le débiteur et intéressant tous les créanciers. Toutefois, le patrimoine social sur lequel s'exerce le droit au gage général comporte cette qualité de protection collective puisque l'ensemble des éléments composant le patrimoine est destiné à protéger les créanciers. Mais, le capital social reste important dans la formation et le maintien de ce patrimoine social. En effet, aucun dispositif ne permet la constitution et la conservation du patrimoine social si ce n'est celui régissant le capital social. C'est également, grâce au capital social que les créanciers ont la certitude de pouvoir asseoir leur garantie réelle.

[518] Art. L631-1 et L640-1 C. com.

Ensuite, nous constatons que l'efficacité des sûretés reste incertaine. La protection du créancier muni d'une sûreté contraste avec celle du débiteur. En effet, les obligations mises à la charge du créancier pourraient remettre en cause l'existence de cette garantie. Pour éviter ce risque, le créancier a tout intérêt à ce que la société dispose d'un capital social important. Cette solution doit aussi être envisagée pour éviter que la société ne fasse l'objet d'une procédure collective susceptible de balayer les garanties réelles. Compte tenu de la médiocrité des garanties de droit commun, le créancier doit alors privilégier et imposer le capital social adéquat comme garantie minimale de sa créance.

Section 2

L'utilité du capital social au sein des fonds propres

215. Le terme *fonds propres* a été introduit dans la nomenclature comptable par la loi du 30 avril 1983[519] et le décret du 29 novembre 1983[520]. L'article R123-190 du Code de commerce ne fait pas référence directement à la notion de fonds propres. Ce sont les *autres fonds propres* qui sont visés au passif du bilan. En effet, l'alinéa 1 de l'article R123-190 précité dispose que : *"Le passif du bilan fait apparaître successivement les éléments suivants : les capitaux propres, les autres fonds propres…"* C'est la doctrine qui utilise le terme *fonds propres* pour englober les capitaux propres et les autres fonds propres[521]. Elle définit les fonds propres comme étant *"la partie non exigible du passif"*[522]. Ces fonds sont durablement affectés à la société à tel point que les créanciers peuvent les appréhender pour obtenir satisfaction. Ce sont des ressources stables qui ne sont susceptibles d'être remboursées qu'en fin de vie sociale. Le terme *fonds propres* englobe les capitaux propres et les autres fonds propres. Le 1° de l'article R123-190 précité intègre en premier aux capitaux propres, le capital social. Puis viennent les primes, les écarts de réévaluation, le résultat de l'exercice, les subventions d'investissement et les provisions réglementées, ainsi que les réserves. Alors l'existence des fonds propres permet-elle de justifier l'inutilité du capital social ? Quelle est l'importance du capital social au sein des capitaux propres ?

Afin de distinguer les capitaux propres des autres fonds propres, cette fois le 2° de l'article R123-190 précité intègre parmi les autres fonds propres non pas le capital social mais le produit des émissions de titres participatifs et les avances conditionnées. Les autres fonds participent-ils à la garantie des créanciers ? Quelle est l'importance du capital social par rapport aux autres fonds propres ?

---

[519] Loi °83-353 relative à la mise en harmonie des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la IVe directive adoptée par le Conseil des Communautés européennes le 25 juillet 1978.

[520] Décr. n° 83-1020 pris en application de la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 et relatif aux obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés. Modifié par Décret n°2005-1757 du 30 décembre 2005 - art. 2 JORF 31 décembre 2005. Abrogé par Décret n°2007-431 du 25 mars 2007 - art. 3, JORF 27 mars 2007.

[521] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., p. 219 et s ; Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 25275, p. 1304.

[522] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220.

L'intérêt de cette étude est théorique et pratique. En effet, il n'est pas utile de maintenir le rôle de protection des créanciers du capital social alors même qu'il existe déjà des notions remplissant cette mission. D'un point de vue pratique, en supprimant l'exigence d'un capital social, la formation et le fonctionnement des sociétés pourraient être en conséquence allégés. Ainsi, afin de justifier le maintien du capital social, il convient de rechercher et de mesurer son utilité au sein des capitaux propres **(Sous-section 1)** et des autres fonds propres **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. L'utilité du capital social au sein des capitaux propres

216. La notion de capitaux propres trouve son origine dans la loi du 30 avril 1983 et le décret du 29 novembre 1983[523] dont la source se trouve dans la 4ème directive européenne en matière des sociétés[524]. Cette notion remplace désormais celle de l'actif net[525]. Introduits au Code de commerce à l'article R123-191, les capitaux propres sont définis comme étant ceux correspondant *"...à la somme algébrique des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices autres que ceux pour lesquels une décision de distribution est intervenue, des pertes, des subventions d'investissement et les provisions réglementées"*. Il en résulte une appréciation mathématique de la notion de *"capitaux propres"* par l'addition des éléments le composant. Il s'agit des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices, des pertes, des subventions d'investissement et des provisions. La définition des capitaux propres ne vise pas directement le capital social mais plutôt les apports. Or, les apports sont inscrits à l'actif du bilan et le montant correspondant à ces apports est enregistré au passif du bilan c'est-à-dire au capital social. Quelle est l'utilité du capital social par rapport à tous ces autres éléments composant les capitaux propres ? Il importe que la garantie des créanciers ait le caractère intangible puisque cela leur permet d'avoir la certitude de l'existence d'un fonds leur étant réservé. Or, le montant du capital social à cette caractéristique. Le cérémonial entourant ces

[523] Décr. n° 83-1020 op. cité et abrogé par Décret n°2007-431 du 25 mars 2007.

[524] Quatrième directive n° 78/660/CEE du Conseil du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, *JOCE*, n° L 222, 14 août 1978, p. 11.

[525] Y. REINHARD, L'actif net des sociétés, Les capitaux propres, *in* étude dédiées à RENE ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ 1984, p. 297 ; Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3151, p. 1195.

modifications reste laborieux et pourrait être dissuasif. Toutefois, il convient de distinguer cette étude d'avec celle qui sera consacrée à la protection du capital social[526]. Cette dernière analyse apportera des détails sur l'intangibilité du capital social mais par rapport aux prélèvements effectués au sein de la société. Or, le travail présent opère une comparaison entre le capital social et les autres garanties pour rechercher l'utilité du capital social afin de justifier son maintien. Ainsi, l'étude actuelle se contentera d'indiquer les atouts du capital social c'est-à-dire son caractère intangible pour l'élever en première ligne par rapport aux éléments composant les capitaux propres puisque l'accent sera également mis sur les caractéristiques des éléments composant les capitaux propres. Nous avons indiqué que la garantie des créanciers doit être intangible pour rassurer les créanciers. Mais, au sein au sein des capitaux propres, certains éléments sont également intangibles. Il conviendra alors de démontrer le caractère fondamental du capital social par rapport à ces éléments afin de justifier son utilité **(§ 1).** Pour les autres capitaux propres, ils sont susceptibles d'être distribués en cours de vie sociale. Autrement dit, ils sont tangibles contrairement au capital social **(§ 2)**.

§ 1. Le caractère fondamental du capital social

217. Parmi les ressources composant les capitaux propres, il y a celles qui comme le capital social ne peuvent être distribuées aux associés. Il s'agit des plus-values dégagées soit lors de l'évaluation des éléments d'actif immobilisé et financier soit lors de l'évaluation des droits sociaux d'une société contrôlée. Certes, ces éléments sont intangibles mais leur apparition reste aléatoire au sein des comptes de la société. En effet, l'évaluation des éléments composant les capitaux propres peut faire apparaître une moins value. Or, une moins value ne peut constituer une garantie dans la mesure où ce montant est négatif. Il est impératif que le fonds réservé à la garantie des créanciers soit positif et le capital social répond à cette exigence. C'est en cela que le montant du capital social reste fondamental par rapport aux plus values **(A)**. A côté des plus values, il y a en outre les réserves légales et statutaires qu'il faut inclure au sein des capitaux propres. L'article R123-191 du Code de commerce ne les vise pas

[526] V. Chapitre 2. Le maintien du capital social en cours de vie sociale, Titre 1, Partie 1 de ces travaux.

directement mais elles composent les bénéfices n'ayant pas été distribués. Ces réserves ont la particularité tout comme le capital social d'être frappés d'intangibilité. Elles pourraient constituer une garantie des créanciers dans les sociétés à risque limité mais leur constitution est subordonnée aux bénéfices contrairement au capital social. Or, la garantie des créanciers ne peut reposer sur des fonds incertains. Ici, également, le capital social ne comporte pas cet inconvénient puisqu'il représente un impératif légal dès la formation de la société et en cours de vie sociale. C'est en cela que le montant du capital social reste fondamental par rapport aux réserves **(A)**.

A. Le caractère fondamental du capital social par rapport aux plus values

218. Le caractère fondamental du capital social par rapport aux plus values doit être apprécié aussi bien par rapport aux écarts de réévaluation **(1)** que par rapport aux écarts d'équivalence susceptibles de composer les capitaux propres **(2)**.

1. Les écarts de réévaluation

219. **L'origine de l'écart de réévaluation : les supports des éléments composant le capital social.** Certes, les immobilisations doivent être enregistrées à leur coût d'entrée ou valeur d'origine, cependant l'article L123-18 du Code de commerce donne la possibilité aux commerçants de réviser leur bilan à raison des variations postérieures. Le législateur indique expressément que la réévaluation ne peut porter que sur l'ensemble des immobilisations corporelles et financières sans pour autant interdire explicitement la réévaluation des immobilisations incorporelles[527]. L'écart de réévaluation constate l'augmentation de valeur, la plus-value des éléments d'actif résultant d'une réévaluation libre ou réglementée du bilan[528]. Cet actif reste constitué notamment d'éléments composant le capital social.

[527] Cette absence de précision légale ne doit pas pour autant être traduite comme laissant la possibilité de les réévaluer. *Bull. CNCC,* n° 55, sept. 1984, p. 367 et s.

[528] A l'inverse de la réévaluation légale de 1976, celle instituée depuis 1983 ne fait plus de distinction entre les immobilisations amortissables ou non. L'ensemble de l'écart est donc comptabilisé dans un seul compte; v. Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3305 et s.

220. **L'intangibilité des écarts de réévaluation par rapport aux distributions des associés.** Pour pouvoir garantir la solvabilité de l'entreprise, le législateur impose que certaines valeurs soient non distribuables. Il précise que la plus value dégagée à l'occasion de la réévaluation ne doit donc pas être portée au crédit du compte résultat. En effet, l'alinéa 4 de l'article L123-18 du Code de commerce dispose que : *"La plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée."* Le législateur interdit l'intégration des écarts de réévaluation aux bénéfices pour éviter que les associés n'opèrent leur partage. Si l'écart de réévaluation est inclus au bénéfice, il y a risque de distribution. Or, le législateur indique que *"L'écart de réévaluation n'est pas distribuable"*[529]. Pour empêcher cette distribution, l'écart de réévaluation doit être inscrit indistinctement au passif du bilan dans un poste spécifique des capitaux propres à savoir le compte 1052 *"écarts de réévaluation libre"*[530]. L'inobservation de l'interdiction de distribution des écarts constitue un délit de distribution de dividende fictif sanctionné par la loi[531]. Et fiscalement, le montant correspondant à l'écart de réévaluation est réintégré dans le bénéfice imposable en cas de distribution puisque les plus-values de réévaluation des immobilisations sont enregistrées comptablement en franchise d'impôt[532].

221. **L'intangibilité des écarts de réévaluation par rapport aux pertes sociales.** Contrairement aux méthodes relatives aux provisions et amortissements qui ne permettent qu'une constatation approximative des pertes subies par les biens composant l'actif social, l'évaluation de l'ensemble des immobilisations corporelles créé une sorte de réserve déguisée qui grossit artificiellement l'actif. La société peut être tentée d'imputer ses pertes sur ce bénéfice afin d'assainir ses comptes. Au vrai, la plus value ainsi dégagée ne se réalisera qu'au jour de la vente. En effet, compte tenu des variations des éléments de l'actif, rien ne certifie en plus que la vente fera apparaître une plus value. C'est pour prévenir ce risque que le législateur à travers l'alinéa 4 de l'article L123-18 interdit d'imputer les pertes sur le montant

[529] Art. 232-11 al. 4 C. com. et art. 238 bis I-II CGI.

[530] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3357, p. 1247.

[531] Art. L232-12 al. 3, L242-6 applicable aux sociétés anonymes et L241-3 al. C. com. applicable aux sociétés à responsabilité limitée. Sur les développements concernant ces sanctions v. supra n° 207.

[532] Art. 238 bis I-II et 238 bis J-II CGI.

correspondant à l'écart de réévaluation. Il est même interdit d'incorporer la réserve de réévaluation au capital dans le but d'opérer sa réduction pour apurer les pertes[533].

222. **Le caractère fondamental du capital social par rapport aux écarts de réévaluation.** Le capital social est intangible dans la mesure où le législateur interdit aussi aux associés d'opérer des distributions sur ce montant. C'est l'alinéa 3 de l'article L232-11 du Code de commerce qui interdit cela. En effet, le texte précise que : *"Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer."* Le capital est donc intangible. Ainsi tout comme les écarts de réévaluation, le capital social ne peut faire l'objet d'une distribution aux associés. Mais, la garantie des créanciers résultant de l'intangibilité du capital social doit être privilégiée par rapport à celle des écarts de réévaluation. Cette dernière garantie reste incertaine dans la mesure où les supports faisant apparaître la plus value intangible peuvent aussi engendrer une moins value. L'apparition des plus values reste donc aléatoire. Or, la garantie des créanciers doit correspondre à un chiffre positif. En effet, il est impossible de rembourser les créances avec du négatif. La société doit disposer d'un montant positif à même de satisfaire les exigences des créanciers. Le montant du capital social répond à cette exigence. Certes, il n'est pas exclu que son montant tombe à zéro ou que les pertes l'absorbent entièrement mais, le législateur impose aux associés de recapitaliser le capital social afin de lui permettre de jouer de son rôle.

2. L'écart d'équivalence

223. **Le champ d'application de l'évaluation par équivalence.** Dans le cadre de la consolidation comptable, l'article L233-21 al 1 du Code de commerce énonce que : *"les comptes consolidés doivent être réguliers et sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation".* Dans le respect des principes énoncés par l'article L233-21 al 1 précité, l'article 332-4 du PCG énonce que les titres des sociétés

[533] Position contraire : Comm. COB, nov. 1978, *Bull. Joly* 1978, p. 726 et s. spéc. p. 729 .

contrôlées peuvent être évalués par équivalence. L'utilisation du verbe *"pouvoir"* sous-entend que toutes les sociétés ne sont pas soumises obligatoirement à cette méthode d'évaluation. Dans l'ensemble des sociétés, on distingue les sociétés civiles des sociétés commerciales et pour cette dernière catégorie de sociétés, l'article L233-16-I du Code de commerce recommande la méthode d'évaluation par équivalence. En effet selon cet article : *"Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année…des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe."*. Toutefois, l'article L233-17 du Code de commerce apporte une limite d'application de l'article L233-16-I précité. Ainsi, seules les sociétés qui émettent des valeurs mobilières admises aux négociations sur un marché réglementé ou des titres de créances négociables sont tenues par les dispositions de l'article L233-16-I précité. Les autres sociétés peuvent donc choisir ou pas la méthode d'évaluation par équivalence. A notre avis, c'est pour cette raison que l'article 332-4 du PCG énonce que les titres des sociétés contrôlées peuvent être évalués par équivalence. Lorsque la méthode est choisie, elle s'applique à l'ensemble des titres et il est fait mention de l'option dans l'annexe[534].

224. **Que faut-il entendre par écart d'équivalence ?** Il s'agit de la plus-value qui résulte de l'évaluation des titres d'une société contrôlée. La valeur d'équivalence des titres détenus par la société mère sur une société contrôlée correspond certes aux capitaux propres de la société contrôlée. Pour dégager la plus value d'équivalence, il faut aussi prendre en compte le prix d'acquisition des titres. Lorsque la différence entre la valeur actuelle et la valeur d'acquisition des titres est positive, le résultat correspond à l'écart d'équivalence.

225. **La question du caractère permanent de l'écart d'équivalence.** Peut-on alors étendre le caractère intangible des écarts de réévaluation aux écarts d'équivalence ? Le législateur n'est pas très explicite sur cette question. Le Plan comptable général indique que le bilan doit faire apparaître distinctement au poste des capitaux propres, le compte 107 *"écart d'équivalence"*. Ce compte enregistre la plus value constatée lorsque la valeur globale des titres évalués par équivalence est supérieure à leur prix d'acquisition[535]. Même si rien n'indique qu'elle ne peut être distribuée, il apparaît que le compte 107 *"écart d'équivalence"* reste distinct des autres comptes capitaux propres. De ce fait, au même titre que l'écart de

[534] Le plan comptable annoté, *la revue fiduciaire* 2006, p. 36.

[535] Art. 441-10 PCG.

réévaluation, il semble que l'écart d'équivalence ne puisse être inclus dans les bénéfices. Ces sommes ne peuvent alors être distribuées.

226. **Le caractère fondamental du capital social par rapport aux écarts d'équivalence.** La garantie des créanciers ne peut reposer sur l'intangibilité des écarts d'équivalence. Cette protection reste trop limitée. Cette plus value n'est susceptible d'apparaître que dans les comptes des sociétés mères ayant optés pour la consolidation des comptes. En outre, il est tout à fait possible que la valeur des titres détenus par la société mère soit négative. Il n'est donc pas possible de faire reposer la garantie des créanciers sur l'écart d'équivalence. Cette valeur reste aléatoire. Ce qui n'est pas le cas du capital social. Le capital social reste un impératif légal applicable à toutes les formes sociales.

Ainsi, bien que le capital social ne soit pas l'unique élément intangible, il demeure toutefois, une notion essentielle dans la mesure où sa valeur reste un impératif légal applicable à toutes les formes sociales aussi bien en cours de formation de la société qu'en cours de vie sociale. Or, la constitution des plus values reste incertaine. Ainsi, il nous semble que la garantie des créanciers ne peut uniquement reposer sur ces valeurs. En est-il de même des réserves ?

B. Le caractère fondamental du capital social par rapport aux réserves

227. **L'origine des réserves légales et statutaires.** L'obligation de constituer des réserves peut résulter de la loi mais également des statuts[536]. Dans le premier cas, l'article L232-10 du Code de commerce impose à toutes les sociétés à risque limité de constituer un fonds *"réserves légale"*. Cette réserve à pour origine le bénéfice de l'exercice. Sur ce résultat, un prélèvement d'un vingtième doit être effectué et celui-ci cesse d'être obligatoire lorsque la réserve légale a atteint le dixième du capital social. La constitution d'un fonds réserve peut aussi résulter des statuts. Les associés prévoyant peuvent s'imposer d'autres réserves en les stipulant dans les statuts. Ainsi, par exemple, lorsque le prélèvement cesse d'être obligatoire, la société peut s'imposer à faire une saisie sur le bénéfice pour constituer d'autres réserves

[536] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 366, p. 179.

selon les modalités statutaires. Dans ce dernier cas, la société est tenue de respecter le pourcentage statutaire avant de procéder au partage du bénéfice. Toutes les formes sociales peuvent introduire au sein de leurs statuts une clause prévoyant ce prélèvement. Mais il est souligné qu'en pratique de telles sont rares[537].

228. **L'intangibilité des réserves légales et statutaires au même titre que le capital social.** L'intangibilité des réserves légales et statutaires résulte de l'article L232-11 du Code de commerce. D'abord pour la détermination du bénéfice distribuable, l'alinéa 1 de l'article L232-11 exclut de ce bénéfice les *"sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts"*. Les réserves légales et statutaires ne peuvent donc être distribuées aux associés au même titre que le capital social. L'alinéa 3 de l'article L232-11 apporte une précision à ce sujet en indiquant que : *"Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer."*

229. **Le caractère essentiel du capital social.** La constitution des réserves légales et statutaires permet d'assurer la protection des créanciers[538]. En effet, au même titre que le capital social, ces fonds sont intangibles et indisponibles pendant la vie sociale[539]. La société n'est pas obligée de rembourser ces fonds aux associés. A ce titre, les réserves légales et statutaires renforcent le capital social dans son rôle de garantie des créanciers[540]. Toutefois, contrairement au capital social, les réserves légales et statutaires trouvent leur source dans l'apparition des bénéfices. Une société générant des pertes ne peut donc constituer ce fonds de garantie des créanciers. C'est donc une protection aléatoire et médiocre. Il n'est pas possible de constituer une société dans l'espoir de faire des réserves destinées à assurer la protection des créanciers. Ainsi, le capital social reste la première ligne de la garantie des créanciers. En effet, dès le démarrage de l'activité, la société offre une protection minimale aux créanciers. Et en cours de vie sociale, cette protection est maintenue ou renforcée.

---

[537] Ibidem.

[538] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 223, p. 236.

[539] Ibidem.

[540] Ibidem.

Contrairement aux autres éléments intangibles composant les capitaux propres, le capital social apparaît comme étant le seul montant impératif dès la formation de la société. Ce n'est pas le cas des plus values ou encore des réserves dont les constitutions semblent hypothétiques.

Après avoir comparé les éléments intangibles composant les capitaux propres, il convient maintenant d'analyser ceux qui ne le sont pas et de préciser le rôle du capital social.

§ 2. Le caractère tangible des autres éléments des capitaux propres

230. L'intangibilité doit être rattachée à la garantie des créanciers puisque c'est cette caractéristique qui rassure les créanciers du maintien d'un fonds au sein des comptes de la société leur étant uniquement réservé. Or, contrairement au capital social qui reste intangible, les autres éléments composant les capitaux propres ont d'une pérennité médiocre[541].

L'étude de ces éléments sera faite en distinguant les capitaux propres d'origine interne **(A)** de ceux d'origine externe **(B)**.

A. Les capitaux propres d'origine interne

231. Les capitaux propres d'origine interne susceptibles d'être entamés par rapport au capital social sont ceux qui sont produits par la société elle-même. Il s'agit principalement des bénéfices de l'entreprise **(1)** et des provisions réglementées **(2)**.

1. Les bénéfices de l'entreprise

232. **La prise en compte unique des bénéfices non distribués pour la comptabilisation des capitaux propres.** Pour la détermination des capitaux propres, l'article R123-191 du Code de commerce prend en compte les *"bénéfices autres que ceux pour*

[541] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 345, p. 169.

lesquels une décision de distribution est intervenue". Cette disposition exclue alors des capitaux propres les bénéfices distribués. Cette solution est logique puisque les bénéfices distribués disparaissent des capitaux propres. Parmi ces bénéfices, il faut intégrer non seulement les réserves facultatives, les bénéfices de l'exercice mais en plus les reports à nouveau bénéficiaire.

233. **L'intangibilité du capital social par rapport aux réserves facultatives.** Comme leur non l'indique, la constitution de ces réserves reste facultative. Elles sont prélevées sur le bénéfice de l'exercice. Lorsque ce fonds est constitué, cela suppose qu'il n'est pas distribué. Il constitue alors une garantie des créanciers. Toutefois, la distribution de ces réserves n'est pas interdite. En effet, l'alinéa 2 de l'article L232-11 du Code de commerce autorise à la société la distribution des réserves dont elle a la disposition. Or, la valeur du capital social n'est pas affectée aux capitaux propres en attendant d'être distribuée. Cette valeur constitue un minimum dont la société ne pourra en disposer[542]. Elle est intangible et indisponible sur le fondement des dispositions de l'article L232-11 du Code de commerce. Les associés ne peuvent exiger le remboursement du capital avant la dissolution de la société[543]. C'est une créance de dernier rang. Ainsi, contrairement au capital social, les réserves facultatives ne constituent donc pas une garantie fiable pour les créanciers puisqu'elles peuvent disparaître des comptes de la société à n'importe quel moment. Ce ne sont pas des ressources stables des capitaux propres contrairement au capital social. Toutefois, sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des associés, les réserves facultatives peuvent être incorporées au capital social. C'est uniquement dans ce cas qu'elles perdent la faculté d'être distribuées aux associés. Le capital social apparaît alors comme un élément participant à la stabilité des capitaux propres.

234. **L'intangibilité du capital social par rapport au bénéfice de l'exercice.** Il provient du résultat de l'exercice et celui-ci est défini à l'article 230-1 du PCG comme étant *"... égal tant à la différence entre les produits et les charges qu'à la variation des capitaux propres entre le début et la fin de l'exercice sauf s'il s'agit d'opération affectant directement le*

---

[542] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 347, p. 171.

[543] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220 ; F. GORE, La notion de capital social**,** op. cit., p. 85 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 13, p. 10 ; C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance***,* op. cit., n° 250.

montant des capitaux propres.". De cet article, il en résulte une double définition du résultat de l'exercice. La première définition reste mathématique dans le sens où le bénéfice de l'exercice résulte d'une soustraction entre deux postes à savoir les produits et les charges. Les produits comprenant les sommes ou valeurs reçues ou à recevoir[544] et les charges sont des sommes ou valeurs versées ou à versées[545]. La seconde définition permet d'apprécier le bénéfice de l'exercice en fonction de la variation des capitaux propres entre le début et la fin de l'exercice[546]. L'ancien Plan comptable général de 1982 faisait allusion à la variation brute diminuée des apports nouveaux et augmentée des répartitions aux ayants droit aux capitaux propres. Le bénéfice de l'exercice peut être positif ou négatif. D'un point de vue de l'enregistrement comptable, le *"résultat de l'exercice"* représenté par le compte 12 enregistre le solde soit du compte *"charges"* soit du compte *"produits de l'exercice"*[547]. Lorsque les produits l'emportent sur les charges, le solde du compte 12 représente un bénéfice. Et lorsque les charges l'emportent sur les produits, le solde du compte 12 représente une perte. Le plan comptable général fait une distinction entre le bénéfice et les pertes. Celles-ci sont certes enregistrées au compte 12 mais elles ne peuvent être considérées comme des bénéfices. Le bénéfice se dégage lorsque les produits sont plus importants que les charges. Les pertes sont donc exclues des bénéfices de l'exercice car sous la rubrique *"bénéfices autres que ceux pour lesquels est intervenue une décision de distribution"* l'article R123-191 du Code de commerce vise d'abord le bénéfice de l'exercice qui traduit l'enrichissement de l'entreprise contrairement aux pertes. Le bénéfice de l'exercice pourrait ainsi constituer une véritable garantie des créanciers puisqu'il vient accroître les capitaux propres. Mais contrairement au capital social, les bénéfices ne sont pas intangibles. Les associés peuvent décider de sortir ces fonds des capitaux propres à leur profit. C'est ce caractère tangible des bénéfices qui fait qu'ils ne puissent constituer une garantie fiable des créanciers contrairement au capital social. Il en est également de même du report à nouveau créditeur. Toutefois, sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des associés, les bénéfices peuvent être incorporés au capital social. C'est uniquement dans ce cas qu'ils perdent la faculté d'être distribués aux associés. Le capital social apparaît alors comme un élément participant à la stabilité des capitaux propres.

---

[544] Art. 222-1 PCG.

[545] Ibidem.

[546] A moins qu'il s'agisse d'opération affectant directement le montant des capitaux propres.

[547] Art. 441-1 PCG.

2. Les provisions réglementées

235. **La raison d'être des provisions réglementées.** Contrairement aux provisions comptables, les provisions réglementées ne constatent pas la diminution de valeur des éléments d'actif non amortissables [548] ou encore l'augmentation d'un passif exigible lié à un risque ou à une charge attendue[549]. Par conséquent, elles ne sont pas destinées à faire face à des moins values probables[550]. Il ne s'agit donc pas de surveiller l'évolution d'une moins-value probable et de solder la provision lorsque cette moins-value se réalise. Il suffit ici de respecter les prescriptions incluses dans les textes. Les provisions réglementées sont constituées par les sociétés en vue d'assurer le financement de certaines opérations. Autrement dit, une entreprise doit pouvoir mettre de côté une partie de son résultat actuel pour être en mesure de financer les investissements futurs et probables. Les provisions réglementées fonctionnent alors comme les réserves en vue de faire face aux dépréciations des biens de l'actif social.

236. **L'intégration des provisions réglementées au sein des capitaux propres.** L'article 434-1 du plan comptable général vise les provisions réglementées parmi les éléments composant les capitaux propres. L'argent mis de côté par la société dans le but d'investir renforce les capitaux propres. La fiscalité est même favorable à cela. La société bénéficie d'une réduction de sa base d'imposition lorsqu'elle pratique les provisions réglementées[551]. En effet, en affectant une partie de leur résultat au compte *"provisions réglementées"*, l'entreprise diminue le bénéfice comptable qui sert de base au calcul de l'impôt sur les bénéfices. Le fisc ne réintégrera pas cette somme à la base imposable. La note fiscale que l'entreprise doit payer s'allège ainsi[552]. La comptabilisation de ces provisions diminue donc le résultat sans traduire un appauvrissement et l'entreprise réalise parallèlement une économie notable d'impôt.

---

[548] Cas des provisions pour dépréciation.

[549] Cas des provisions pour risque et charge.

[550] Bien que les provisions réglementées ne soient pas destinées à faire face à une perte probable, elles peuvent toutefois, couvrir une dépréciation d'élément d'actif, dans ce cas, comme le souligne l'OEC : "*lorsque ces provisions réglementées couvrent une dépréciation réelle, elles doivent pour la quote-part correspondant à la dépréciation réelle, être portées en diminution de l'actif*" , OEC, Rec. 18, n° 1 : " Les provisions".

[551] J.-P. CASIMIR, B. CASPAR et M. COZIAN, **Comptabilité générale de l'entreprise**, op. cit., n° 1390, p. 412.

[552] L. KILIG, **Compta finance comprendre, construire et faire parler les comptes**, op. cit., p. 149.

237. **La stabilité et l'intangibilité du capital par rapport aux provisions réglementées.** Le capital social représente une valeur stable dont la variation est strictement encadrée. C'est la garantie minimale des créanciers. Or, les provisions réglementées sont constituées en vue d'assurer le financement de certaines opérations. Elles ne sont donc pas affectées prioritairement à la garantie des créanciers. En outre, contrairement au capital social, aucune disposition ne frappe les provisions réglementées d'intangibilité. Elles sont destinées à sortir des capitaux propres.

Au regard de l'étude qui vient d'être menée sur les capitaux propres d'origine interne, il apparaît que le capital social reste l'unique montant ne pouvant faire l'objet de distribution. Cette caractéristique reste essentielle pour la protection des créanciers. En effet, ils peuvent avoir la certitude qu'un fonds de garantie leur est destiné et qu'il ne sera pas soumis aux prélèvements effectués notamment au profit des associés. Le capital social n'est donc pas inutile au sein des capitaux propres puisque grâce au principe d'intangibilité, il stabilise les capitaux qui sont par nature variables. Mais qu'en est-il des capitaux d'origine externe ?

B. Les capitaux propres d'origine externe

238. Les éléments des capitaux propres d'origine externe sont ceux qui proviennent soit des associés comme les primes **(1)** soit d'autres personnes comme les subventions d'investissement**(2)**.

1. Les primes

239. **La notion de primes.** L'article R123-191 du Code de commerce ne vise que les apports, parmi les éléments composant les capitaux propres. Mais le 1° de l'article R123-190 du même Code apporte plus de détail en visant juste après le capital social, les primes d'émission et les primes assimilées. Il n'y a aucune contradiction entre ces deux articles dans le sens où le législateur assimile les primes tout comme les éléments composant le capital social aux apports. Cette assimilation est également faite par la jurisprudence et la doctrine

qui considèrent la prime comme un supplément d'apport[553]. En effet, les primes correspondent à la fraction des apports non incorporée dans le capital social[554] et elles sont effectuées par un souscripteur d'actions en supplément de la valeur nominale de son titre[555]. C'est un supplément d'apport car il s'agit du *"ticket d'entrée"* payé par les nouveaux actionnaires pour pouvoir prétendre aux mêmes droits que les anciens actionnaires notamment en ce qui concerne les réserves. La prime reste liée au capital social car elle est exigée en cours de vie sociale lors d'une augmentation de capital social et son montant est déterminé en fonction du niveau des réserves de la société. La prime d'émission est la terminologie retenue pour le complément d'apport correspondant à une valeur financière et celle de prime d'apport correspond au complément d'apport en nature lors d'une augmentation de capital, d'une fusion ou scission[556].

D'un point de vue de l'enregistrement comptable, lorsque les apports effectués par les associés ne sont pas inclus dans le capital social, ils sont retracés dans le compte 104 *"primes liées au capital social"*. Ce compte enregistre les primes d'émission, de fusion. Cependant, dans la catégorie primes liées au capital, le Plan comptable général intègre non seulement les primes de conversion d'obligations en actions qui représentent l'excédent résultant de la différence entre la valeur nominale des obligations converties et celle des actions alors échangées mais également les bons de souscription d'actions. Cette affectation est maintenue en cas de péremption des bons. Le caractère de l'émission de ces bons, qui impose à la société une augmentation de capital, ainsi que celui de la souscription, qui rend les sommes versées définitivement acquises à la société explique l'assimilation comptable des bons de souscription à des capitaux propres.

240. **L'intangibilité du capital social par rapport aux primes.** La prime constitue un complément d'apport. Elle vient donc augmenter la valeur des capitaux propres. De ce fait, elle constitue ainsi un élément de détermination de la solvabilité de l'entreprise. Elle pourrait alors constituer une garantie des créanciers. Cependant, aucune règle n'interdit de disposer des

---

[553] Cass. Com. 9 juill. 1952, préc. ; J. CI MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés,** th. préc., p. 1.

[554] P. COUDIN, Prime et capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, n° 1, p. 31.

[555] J.- F. ARTZ, *Rép. soc. D.* 2009*,* v. Primes d'émission.

[556] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., p. 274.

primes. Les associés peuvent sans inquiétude décider de se répartir les primes[557]. C'est ce caractère tangible des primes qui fait qu'elles ne puissent constituer de véritables garanties des créanciers contrairement au capital social. Toutefois, leur distribution en période de pertes ne peut avoir pour conséquence d'entamer le capital social. En effet, le montant du capital social reste indisponible. Même s'il correspond à un chiffre, les distributions des associés ne doivent pas entamer ce montant. Les associés ne peuvent exiger le remboursement du capital avant la dissolution de la société[558]. C'est une créance de dernier rang. Toutefois, sur décision de l'assemblée générale extraordinaire des associés, les primes peuvent être incorporées au capital social. C'est uniquement dans ce cas qu'elles perdent la faculté d'être distribuées aux associés. Une fois incorporées, elles perdent leur individualité pour composer le capital social. Le capital social apparaît alors comme un élément participant à la stabilité des capitaux propres. C'est la meilleure garantie minimale des éléments composant les capitaux propres.

2. Les subventions d'investissement

241. **Définition.** Les subventions constituent des aides apportées aux entreprises et le Plan comptable les classe en trois catégories à savoir les subventions d'exploitation, d'équilibre et d'investissement. Ces subventions ne sont plus définies dans le Plan comptable général parce que les anciennes définitions n'ont pas été reprises. Néanmoins, comme le souligne les auteurs du Mémento comptable, tant que de nouvelles définitions n'auront pas été proposées par les organismes compétents, il parait utile de rappeler ces définitions et de continuer à les appliquer[559]. Ainsi, on peut définir les subventions d'investissement comme étant des aides dont bénéficie l'entreprise en vue d'acquérir ou de créer des valeurs immobilisées ou de financer des activités à long terme[560]. Elles sont accordées par l'Etat, les

---

[557] Avis de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, Bull. CNCC, n°108, déc. 1997, chron. 224, p. 551.

[558] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220 ; F. GORE, La notion de capital social**,** op. cit., p. 85 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 13, p. 10 ; C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance***,* op. cit., n° 250.

[559] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3245, p. 1238.

[560] Le plan comptable annoté, op. cit., p. 51 ; J.-P. CASIMIR, B. CASPAR et M. COZIAN, **Comptabilité générale de l'entreprise**, op. cit., n° 884, p. 259.

collectivités publiques ou les tiers et sont non-assorties d'une obligation de remboursement. Elles se distinguent des subventions d'équilibre accordées en fonction du résultat de l'exercice et des subventions d'exploitation destinées à faire face à des charges d'exploitation ou à compenser l'insuffisance de certains produits d'exploitation. Toutes ces subventions sont donc accordées à la société en fonction d'un objectif précis.

242. **L'intégration des subventions d'investissement au sein des capitaux propres.** Faut-il les intégrer au résultat de l'exercice ou encore dans des postes autonomes au sein des capitaux propres ? D'un point de vue juridique, les subventions sont considérées comme un enrichissement et donc des profits devant être intégrés au résultat de l'exercice. Cependant, en comptabilité, les trois subventions sont enregistrées dans des comptes différents. Ainsi, les subventions d'exploitation constituent des produits enregistrés directement au crédit du compte 74 *"subventions d'exploitation"* alors que les subventions d'équilibre sont enregistrées au crédit du compte 77 *"subventions d'équilibre"*. Ces deux subventions sont enregistrées dans les comptes de la classe 7 qui regroupent les comptes relatifs aux produits par nature. La comptabilisation des subventions d'investissement dépend de la société. Elles peuvent être enregistrées soit en produit au compte 77[561] soit au compte 13. Ce compte 13 fait apparaître au bilan les montants des subventions d'investissement jusqu'à ce qu'elles remplissent leur objet. La société échelonnera sur plusieurs exercices la constatation de l'enrichissement provenant de ces subventions[562]. Dans ce cas, il y a une assimilation des subventions d'investissement aux capitaux propres car elles sont directement enregistrées au compte de la classe 1. La raison de cette assimilation est purement fiscale. En principe les subventions reçues par l'entreprise constituent un produit imposable de l'exercice au cours duquel elles sont acquises[563] car elles entraînent, dans la mesure où elles sont définitivement acquises, une augmentation de l'actif net. Par exception à cette règle d'imposition immédiate, il est prévu un régime de faveur. En enregistrant comptablement les subventions d'investissement au compte de la classe 13 au titre des capitaux propres, l'entreprise peut ainsi échelonner le paiement de l'impôt relatif à ce gain[564]. Le montant de la subvention pour l'investissement fera l'objet

[561] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3245, p. 1238.

[562] PCG 82, p. II 23 ; le plan comptable annoté, op. cit., p. 52.

[563] Art. 38-2 CGI.

[564] J.-P. CASIMIR, B. CASPAR et M. COZIAN, **Comptabilité générale de l'entreprise**, op. cit., n° 410, p. 126.

chaque année d'une reprise dans le résultat pour un montant égal à celui de la dotation aux comptes d'amortissement des immobilisations qu'elles ont permis d'acquérir ou de créer. Si le bien acquis ne constitue pas une immobilisation amortissable, la réintégration s'effectuera par fraction égale sur une durée de 10 ans[565]. Les fractions seront enregistrées au débit du compte 139 *"subventions d'investissement inscrites au compte de résultat"* par le crédit du compte 777 *"quote-part de subventions d'investissement virées au résultat de l'exercice"*. Au bilan figurera seulement le solde du compte 13 et à la fin de la période de réintégration de la subvention, les comptes 131 et 139 seront soldés l'un par l'autre. Lorsque la société décide d'enregistrer les subventions d'investissement au compte 13 des capitaux propres, ce compte est progressivement débité vers un compte de produit à intégrer au résultat imposable. Peu importe le compte dans lequel la subvention a été enregistrée, cette somme accroît le patrimoine social qui s'enrichi lorsque la société acquiert le bien par conséquent la solvabilité de la société pourrait être appréciée à partir de ces montants.

243. **L'intangibilité du capital social par rapport aux subventions d'investissement.** La société qui reçoit des subventions d'investissement n'est pas tenue de rembourser cette somme en cours de vie sociale. Il s'agit donc des fonds affectés durablement à l'exploitation de l'activité sociale. Les subventions d'investissement sont donc de véritables richesses venant de l'extérieur. Elles accroissent nécessairement la valeur des capitaux propres. De ce fait, elles peuvent constituer de véritables garanties des créanciers. Toutefois, la garantie des créanciers ne peut reposer sur des aides extérieures. Surtout aucune mesure ne frappe les subventions d'investissement d'intangibilité comme c'est le cas pour le capital social.

Les atouts et forces du capital social apparaissent au regard de cette étude. En effet, contrairement aux autres éléments intangibles, il constitue un montant impératif légal dans la mesure où toutes les formes sociales sont sommées de constituer un capital social dès leur formation. En outre, par rapport aux autres éléments composant les capitaux propres, son intangibilité peut être brandit comme une force au sein des capitaux propres. En effet, les éléments des capitaux propres qui ne font pas partie du capital social sont susceptibles d'être distribués aux associés en cours de vie sociales sans que les créanciers ne puissent

[565] Art. 362-1 PCG.

s'opposer[566]. Or, grâce au capital social, les créanciers sont assurés qu'un fonds composant les capitaux propres leur est réservé en garantie de remboursement de leurs créances. Pour cela, il a été dit que : *"le capital social reste un des éléments les plus fiables du patrimoine de la société"*[567].

Mais, qu'en est-il des autres éléments composant les autres fonds propres ?

Sous-section 2. L'utilité du capital social par rapport aux autres fonds propres

244. Il y a quelque temps au passif du bilan, ne figurait uniquement que la rubrique *"fonds propres"* représentant le total des capitaux propres. Mais, la diversification des valeurs mobilières a favorisé la naissance des titres de nature hybrides puisqu'ils ne sont ni des titres de créance ni des titres de capital[568]. C'est l'émission de ces titres hybrides qui a conduit à l'apparition d'une nouvelle rubrique comptable appelée *"autres fonds propres"*[569]. Le terme *"autre"* signifie ce qui est différent, distinct[570]. En utilisant ce terme, le législateur a voulu opérer une distinction entre les capitaux propres et ces ressources. Quels sont ces éléments ? Est-il possible de les considérer comme des garanties efficaces des créanciers au point de justifier la suppression du capital social? Si la réponse à cette interrogation est négative, alors quelle est l'utilité du capital social ? Les éléments intégrés aux autres fonds propres ne sont pas définis et délimités par la loi. Mais, ils sont réalisés sur la base de supports juridiques et financiers divers et le plus souvent il s'agit de contrat d'emprunt ou d'émission de titre de créance. Le 2° de l'article R123-190 du Code de commerce intègre parmi les autres fonds propres le produit des émissions de titres participatifs et les avances conditionnées. En outre, le compte courant d'associés, les prêts participatifs, les titres subordonnés à durée indéterminée et les obligations remboursables en actions pourraient être intégrés sous cette

---

[566] P. COUDIN, Prime et capital, art., n° 4, p. 33.

[567] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 347, p. 171.

[568] N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, op. cit., p. 28.

[569] Art. 13 du décret du 29 novembre 1983 inséré dans le Code comptable à art D 13, éd. *Francis Lefebvre* 2007. V. Art. R123-190 C. com.

[570] Dictionnaire Hachette, v. *"autre"*.

rubrique. Les autres fonds propres incorporent des ressources intermédiaires comprises entre certaines dettes non risquées et les capitaux propres. Ils font partie d'une rubrique comptable classée après les capitaux propres et avant les provisions pour risques et charges, elles-mêmes placées avant les dettes.

La garantie des créanciers doit être appréciée en fonction de l'absence d'exigibilité de son montant en cours de vie sociale et en fonction également de la disparition des rémunérations des titres émis en contrepartie pour manque des bénéfices distribuables.

En effet, sur cette garantie, les intérêts des créanciers doivent primés ceux des autres. Ainsi, il convient alors de voir si chaque élément composant les autres fonds propres possède ces caractéristiques **(§ 1)** Avant d'opérer une analyse d'ensemble de ces caractéristiques **(§ 2)**.

§ 1. Les caractéristiques de chaque élément composant les autres fonds propres

245. La question qui se pose ici est de savoir si les éléments composant les autres fonds possèdent-ils des caractéristiques attachées à la garantie des créanciers à savoir l'absence d'exigibilité en cours de vie sociale et la disparition de la rémunération en l'absence de bénéfices distribuables ? C'est ce que nous allons découvrir en analysant les éléments visés par le 2° de l'article R123-190 du Code de commerce **(A)** et les autres éléments pouvant composer les autres fonds **(B)**.

A. Les éléments visés par le 2° de l'article R123-190 du Code de commerce

246. Le 2° de l'article R123-190 du Code de commerce énumère deux éléments susceptibles d'intégrer les autres fonds propres. Il s'agit des titres participatifs **(1)** et des avances conditionnées **(2)**.

1. Les titres participatifs

247. **Le champ limité de la création des titres participatifs.** C'est la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 relative au développement des investissements et à la protection de l'épargne qui

créé les titres participatifs[571]. En 1983, le gouvernement s'était aperçu que les besoins de financement des nouvelles entreprises publiques étaient de loin supérieurs à la capacité de l'Etat à y faire face. C'est ainsi qu'il crée ce titre pour financer le développement industriel des sociétés du secteur public, des sociétés anonymes coopératives et des compagnies d'assurance[572]. L'article 20 de la loi de 1983 précité par la suite introduit au Code de commerce à l'article L228-36. Celui-ci dispose que : *"Les sociétés par actions appartenant au secteur public et les sociétés coopératives constituées sous la forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée peuvent émettre des titres participatifs."* La possibilité de créer des titres participatifs n'est pas reconnue à toutes les formes sociales. Cette limitation empêche de considérer ces titres comme une garantie des créanciers. Or, les titres de capital social doivent apparaître dans toutes les formes sociales puisque le législateur leur impose la formation d'un capital social minimum.

248. **La rémunération des titres participatifs en l'absence des bénéfices distribuables.** Les modalités de rémunération des titres participatifs justifient qu'ils ne peuvent être considérés comme une garantie des créanciers. L'utilisation par le législateur du terme *"participatif"* étant en relation avec la participation financière, le porteur d'un titre participatif perçoit une rémunération attachée aux titres. Mais cette rémunération se distingue de celle des titres de capital. En effet, l'article L228-36 du Code de commerce dispose que la rémunération des titres participatifs *"comporte une partie fixe et une partie variable calculée par référence à des éléments relatifs à l'activité ou aux résultats de la société et assise sur le nominal du titre."* Alors que l'article 232-11 du même Code soumet la rémunération du dividende aux bénéfices distribuables. Le bénéfice distribuable ne comporte pas le montant du capital social. Celui-ci reste indisponible par rapport aux rémunérations des titres de capital. Or, le porteur d'un titre participatif touche à la fois une rémunération fixe et participe aux bénéfices de la société. La partie fixe se rémunère indépendamment d'un résultat bénéficiaire et celle dite variable peut être fonction du bénéfice, de la croissance du chiffre d'affaires ou encore de la production et du résultat net. Ainsi, peu importe le résultat de la société, le détenteur d'un titre participatif peut exiger le paiement de la partie dite fixe. Cette

[571] Ce produit est toutefois en voie de disparition, et les sociétés ayant émis des titres participatifs, proposent souvent à leurs actionnaires de les échanger contre des actions ordinaires.

[572] Art. L213-32 à L213-35 C. mon. fin. Ces titres s'apparentent à des obligations, tout comme les obligataires, les porteurs de titres participatifs sont réunis de plein droit en une masse dotée de la personnalité morale, art. L228-37 C. com.

rémunération est susceptible de fragiliser les capitaux propres ce que ne permettent pas les titres de capital.

249. **Le remboursement en cours de vie sociale des sommes investis en contrepartie des titres participatifs.** Contrairement au contrat d'émission des titres du capital, le contrat d'émission des titres participatifs peut prévoir une date de remboursement. Sur le délai de remboursement, l'article L228-36 du Code de commerce précise que les titres participatifs ne sont remboursables qu' *"à l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à sept ans et dans les conditions prévues au contrat d'émission."* Cela dit, la contrepartie donnant droit à des titres participatifs ne peut être remboursée qu'à l'expiration d'un délai de sept ans. Il semble que cette durée soit un minimum dans le sens où le contrat d'émission peut prévoir une durée supérieure et non une durée inférieure. Le caractère permanent des fonds investis est médiocre au point de justifier la protection des créanciers. L'arrivée du terme avant la dissolution de la société, l'oblige à rendre les sommes investis. C'est cette faculté de remboursement en cours de vie sociale des fonds investis en contrepartie des titres participatifs qui justifie qu'ils ne peuvent être considérés comme la garantie des créanciers. Or, comme le souligne un auteur : *"L'une des caractéristiques essentielles des titres de capital est qu'ils confèrent à la société la certitude de ressources stables"*[573]. De ce fait, ils représentent la meilleure garantie minimale des créanciers.

2. Les avances conditionnées

250. **Le champ limité des avances conditionnées.** La notion d'avance conditionnée n'est pas définie par les textes. Toutefois, la doctrine s'efforce de lui donner un sens et considère qu'il s'agit de fonds consentis à des entreprises du secteur public destinées à être capitalisés ou d'avances allouées par l'Etat[574]. Un rapprochement peut être fait avec les subventions d'investissement car il s'agit aussi des aides notamment de l'Etat destinées à l'investissement. Cependant, une distinction doit être faite entre les deux notions. Les

[573] F. - X. LUCAS, La distinction des titres de capital et des titres de créance, dans, *in* Quel avenir pour le capital social *?* Sous la direction de A. COURET, H. et LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 23.

[574] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3163, p. 1198 ; S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 242, p. 261.

subventions d'investissement sont octroyées à une entreprise privée en vue d'acquérir ou de créer des valeurs immobilisées ou de financer des activités à long terme alors que les avances conditionnées sont des aides de l'Etat accordées en vue de faciliter le lancement du développement de la recherche et de fabrication de certains matériels des entreprises du secteur public. La garantie des créanciers ne peut reposer sur des aides. En plus, ces aides ne sont pas octroyées à toutes les entreprises. Il n'est donc pas possible de faire reposer la garantie des créanciers sur des aides.

251. **Le remboursement en cours de vie sociale des avances conditionnées.** Les avances conditionnées sont des fonds octroyés par l'Etat afin de faciliter le développement de la recherche des entreprises du secteur public. Cependant, comme toute opération d'investissement, deux issues sont possibles. Le dénouement de l'opération peut se traduire soit par un succès soit par un échec[575]. L'utilisation du terme *"conditionnée"* dans l'expression *"avance conditionnées"* veut dire alors que le remboursement des ces sommes dépend de l'issue de l'investissement. La société reste tenue au remboursement de l'avance si la recherche est positive[576]. Les avances conditionnées constituent alors de véritables dettes auxquelles la société est soumise à restitution en cours de vie sociale. Le remboursement du capital de l'Etat peut se faire sous forme de redevance en fonction du chiffre d'affaires. En ce qui concerne les intérêts, les avances peuvent ne pas être assorties d'intérêts mais seront remboursables avec primes. Contrairement aux ressources composant les capitaux propres, les avances conditionnées constituent de véritables dettes externes et c'est ce qui explique qu'elles soient exclues. L'enregistrement comptable constate cela. Les avances conditionnées sont enregistrées au compte 1674 *"Avances conditionnées"*, correspondant à la rubrique "*Emprunts et dettes assorties de conditions particulières"*. L'utilisation des termes *"emprunts et dettes"* ne laisse aucun doute. Les avances conditionnées correspondent bien aux dettes externes de la société justifiant leur exclusion des capitaux propres. Or, la garantie des créanciers ne peut reposer sur une dette. Il n'est pas possible de garantir le paiement d'une dette par une dette. Certes, *"le capital social constitue une dette de la société envers ses associés"*[577]. Pour cette raison, le montant du capital social s'inscrit au passif du bilan. Mais les associés ne peuvent

[575] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 1691, p. 724.

[576] Ibidem.

[577] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 13, p. 10.

exiger le remboursement du capital avant la dissolution de la société[578]. La restitution du capital social aux associés est subordonnée au remboursement des créances ce qui n'est pas le cas des avances conditionnées. Les associés sont des créanciers de dernier rang c'est-à-dire des créanciers résiduels. En cela, la situation particulière des apports constituant le capital social est en soi une garantie pour les créanciers contrairement aux autres fonds propres.

Nous pouvons faire remarquer qu'en l'absence du capital social, les créanciers peuvent se retrouver sans fonds de garantie puisque les fonds investis en contrepartie des titres participatifs et les avances conditionnées ont la caractéristique d'être remboursables en cours de vie sociale. Ces deux éléments ont la caractéristique de ne rester que passagèrement au sein du patrimoine[579]. Or, le capital social est voué à demeurer durablement au sein du patrimoine de la société. En effet, il a la nature d'une dette hypochirographaire[580]. Et l'impossibilité pour les créanciers d'exiger le remboursement du capital social en cours de vie social confirme ce caractère. En outre, nous avons indiqué que la garantie des créanciers doit être non rémunérée en l'absence des bénéfices distribuables. Or, cette caractéristique est quasi-inexistante au sein des deux éléments composant les capitaux propres venant d'être appréciés. Ce qui n'est pas le cas du capital social dont la rémunération des titres de capital ne peut se faire que sur le bénéfice distribuable[581].

Il convient de souligner que c'est l'absence des deux caractéristiques censées être attachées à la garantie des créanciers qui a amené à s'interroger sur l'intégration possible des autres fonds propres au sein des fonds propres. En effet, il a été dit qu'il vaudrait mieux : *" considérer les titres participatifs comme des quasi-fonds, et non comme des autres fonds propres"*[582]. Ce souhait vaut également pour les avances conditionnées.

Qu'en est-il des autres éléments ?

---

[578] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220 ; F. GORE, La notion de capital social**,** op. cit., p. 85 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 13, p. 10 ; C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance***,* op. cit., n° 250.

[579] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 207, p. 221.

[580] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 38, p. 30.

[581] V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1 de ces travaux.

[582] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 241, p. 261.

B. Les autres éléments composant les autres fonds propres

252. Il s'agit des avances en compte courant, des prêts participatifs et des titres subordonnés à durée indéterminée ou encore les obligations remboursables en actions. Les deux premiers éléments peuvent être regroupés dans la catégorie de fonds investis sous forme de prêt sans contrepartie de titres **(1)** et les deux derniers éléments sont investis en contrepartie de titre **(2)**.

1. Les fonds investis sans contrepartie de titres

253. Les avances en compte courant **(a)** et les prêts participatifs ne comportent pas les caractéristiques d'une garantie des créanciers **(b)**.

a). *Les inconvénients des avances en compte courant*

254. **La nature juridique du compte courant.** La doctrine parle de compte courant d'associés[583]. Les entreprises peuvent solliciter leurs associés personnes physiques ou dans le cadre de groupes de sociétés leurs associés personnes morales afin qu'ils puissent laisser des fonds à leur disposition[584]. Le compte courant regroupe les sommes avancées, prêtées et les dividendes que les associés s'abstiennent d'exiger en paiement[585]. Ces fonds viennent accroître la valeur du patrimoine. De ce fait, ils pourraient être considérés comme une garantie des créanciers. Il en sera ainsi si le remboursement des avances est bloqué par une convention de blocage. Ainsi, il a été dit qu' : *"en cas de blocage, le compte courant présente la même vertu d'intangibilité que le capital, ce qui est de nature à renforcer le droit de gage des*

---

[583] Pour une étude complète v. I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc.

[584] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 12.
Il ressort de cet arrêt que la créance, dont ('associé est titulaire par ses avances consenties, trouve son origine dans un contrat de prêt. Il est ainsi possible de céder un compte courant, l'opération s'analysant alors en une cession de créance :

[585] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 218, p. 232.

créanciers."[586] Toutefois, la jurisprudence[587] et la doctrine assimilent ces fonds à des prêts[588]. La garantie des créanciers ne peut reposer sur un prêt. Le prêteur est un créancier qui a droit au remboursement de sa créance. Dans le cadre du compte courant ouvert par un associé, celui-ci prend en plus la qualité de créancier et réalise de la sorte un dédoublement fonctionnel[589]. Il a donc droit au remboursement de sa créance dans la mesure où la société n'a pas le pouvoir unilatéral d'imposer une convention de blocage[590]. Or, c'est la société doit offrir une autre garantie sérieuse pour assurer le remboursement de sa créance. Or, même si le montant du capital social est inscrit au passif du bilan, il n'a pas la nature d'un prêt. Les associés ne prêtent des fonds à la société en effectuant des apports dont le montant est affiché au capital social. Ils apportent des biens afin de constituer un montant minimum pour assurer la protection des créanciers.

255. **La rémunération en l'absence de bénéfices distribuable et le remboursement en cours de vie sociale.** Contrairement au capital social rémunéré par le bénéfice distribuable, les avances en compte courant peuvent être rémunérées par le capital social. L'associé titulaire d'un compte courant peut prétendre à une rémunération calculée sur la base d'un taux d'intérêt non limité même si la société ne réalise pas de bénéfice[591]. Reposant sur la liberté contractuelle, la fixation du taux d'intérêt dépend de l'associé et de la société et le risque est celui d'une rémunération excessive fragilisant la surface financière réservée aux créanciers. En cas d'absence ou d'insuffisance de bénéfice, la dette relative aux intérêts est comptabilisée au passif du bilan. En conséquence, il n'est pas possible de considérer le compte courant d'associés comme une garantie des créanciers. De plus, comme toute dette, le capital du compte courant doit être remboursé à l'échéance stipulée dans le contrat. C'est cette possibilité de remboursement du compte courant en cours de vie sociale qui permet de l'exclure comme garantie des créanciers.

---

[586] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 241, p. 118.

[587] Cass. corn. 18 nov. 1986, *Rev. soc.* 1988, p. 581 et s ; CA. Paris, 30 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 861, p. 743 et s.

[588] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 12 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit. n° 738 ; Lamy, **Sociétés commerciales** op. cit., n° 2358.

[589] Lamy, **Sociétés commerciales** op. cit., n° 2358.

[590] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 241, p. 118.

[591] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., p. 122.

b). Les inconvénients des prêts participatifs

256. **Raison d'être des prêts participatifs.** Ils ont été créés par la loi du 13 juillet 1978 pour assurer aux entreprises un crédit global. Ce texte a été abrogé [592] mais introduit au Code monétaire et financier à l'article L313-13. La recherche d'une amélioration de la structure financière ne se limitant pas au renforcement des capitaux propres, le législateur met en place un titre de financement qui contribue à l'accroissement de la capacité d'endettement. Au travers des aménagements conventionnels, statutaires ou non, les opérations de prêts sont ainsi transformées en apports revêtant des caractéristiques de fonds propres[593]. Les prêts sont accordés aux entreprises industrielles et commerciales par une catégorie de prêteurs notamment l'Etat, les établissements financiers, de crédit, les sociétés d'assurance, les sociétés commerciales et ne sont remboursables qu'après désintéressement complet des autres créanciers privilégiés ou hypothécaires[594]. Les organismes prêteurs ne sauraient, en principe prendre une garantie sur l'actif social de l'entreprise bénéficiaire du prêt dans la mesure où le prêt participatif reste une créance de dernier rang. Ils peuvent solliciter une garantie de la part des organismes de cautionnement mutuel. La rémunération des prêts participatifs n'est pas réglementée. Elle est négociable entre le prêteur et l'entreprise emprunteuse.

257. **La nature juridique des prêts participatifs.** L'utilisation des termes opposés *"prêt"* et *"participatif"* entraîne une confusion dans la nature juridique des prêts participatifs. En effet, le prêt est le contrat par lequel une personne met à la disposition d'une autre, une chose pour son usage à charge de restitution[595]. La restitution de la chose peut se faire en cours de vie sociale. Cette mise à disposition n'est pas gratuite. La société doit payer des intérêts sur son actif. La participation quant à elle l'article L233-1 du Code de commerce la définit comme étant le fait pour une société de détenir plus de la moitié du capital social d'une autre société. Au sens large, la notion de participation renvoie à *"l'ensemble des parts qu'une personne détient dans le capital d'une société en vue d'y exercer une influence ou de la*

---

[592] Loi n° 78-741 du 13 juill. 1978, art. 24 modifié par Loi n°94-678 du 8 août 1994 - art. 14 JORF 10 août 1994 et abrogé par Ordonnance 2000-1223 2000-12-14 art. 4 I JORF 16 décembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2001.

[593] N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, op. cit., p. 71.

[594] Art. L. 313-13 C. mon. fin.

[595] Lexique des termes juridiques, dict. préc. v. *Prêt*.

contrôler."[596] La participation au capital social d'une société suppose que son détenteur ait effectué un apport soit au moment démarrage de l'activité soit en cours de vie sociale lors d'une augmentation de capital. La rémunération de l'actif n'est possible que sur le bénéfice distribuable conformément aux dispositions de l'article L232-11 du Code de commerce. L'assimilation des prêts participatifs aux prêts ou à une participation dépend du contrat d'émission. Lorsqu'il ne stipule pas une convention de participation de l'investisseur aux résultats de la société, le prêt participatif s'identifie à un prêt qu'à une participation. Il s'agit dans ce cas d'un crédit global consenti à la société pour améliorer et accroître leur structure financière. L'emploi du terme *"participatif"* n'est qu'imparfait car il s'agit de véritables dettes. Or, la garantie des créanciers ne peut reposer sur des prêts puisque ceux-ci sont destinés à être remboursé en cours de vie sociale. Le détenteur d'un prêt doit avoir une garantie sérieuse. Il n'est pas logique qu'il puisse compter sur son investissement pour obtenir satisfaction. Ainsi, la nature juridique des prêts participatifs justifie qu'il ne soit pas possible de les ériger en garantie des créanciers.

258. **Le remboursement possible des prêts participatifs en cours de vie sociale.** Le contrat d'émission des prêts participatifs peut prévoir un terme. Rien n'exclut l'application du délai prévu par l'article L228-36 du Code de commerce. Ainsi, le délai contractuel du paiement des fonds investis ne peut être inférieur à 7 ans. Cette possibilité de remboursement des prêts participatifs en cours de vie social justifie leur exclusion des capitaux propres[597]. La question de l'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres s'est notamment portée sur leur intégration au sein des capitaux propres[598]. A notre, avis, ils ne peuvent incorporer les capitaux propres puisqu'ils ne sont pas visés dans la définition de l'article R123-191 du Code de commerce. En outre, c'est cette possibilité de remboursement des prêts participatifs en cours de vie social qui justifie leur exclusion comme garantie des créanciers.

---

[596] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Participation.

[597] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3155, p. 1197 ; Rép. Min. *AN* 8 août 1983, p. 3488.

[598] Rép. min., *JOANQ* 8 août 1983. V. également les débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 13 juill. 1978 *JOANQ* 23 juin 1978.

2. *Les fonds investis en contrepartie de titres*

259. Les apports investis au capital social donnent droit aux titres de capital social représentant une garantie pour les tiers[599]. Il n'en est pas de même des fonds investis au sein du patrimoine social en contrepartie des titres **(a)** et des obligations remboursables en actions **(b)**.

a). Les inconvénients des titres subordonnés à durée indéterminée

260. **Détenteurs de titres subordonnés à durée indéterminée : détenteurs hybrides par rapport aux détenteurs de titres de capital.** Depuis 1985, les conventions de subordination qui caractérisent les titres subordonnés à durée indéterminée (TSDI) ont été légalisées par la loi du 14 décembre 1985 qui consacre le principe de la liberté contractuelle dans le domaine de l'émission de titres de financement[600]. Ce texte introduit dans le Code de commerce à travers l'article L228-97 reconnaît ainsi la pratique contractuelle qui consiste à transformer les titres de créance en titres subordonnés. En effet, ce texte dispose que : *"Lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts participatifs et de titres participatifs, nonobstant les dispositions de l'article L. 228-36 du présent code et celles des articles L. 313-13 et suivants du code monétaire et financier."* Du fait de la transformation de la créance en titre subordonné, le détenteur de la créance devrait en principe changer de qualité. Mais, il reste difficile de le qualifier. Il n'est en réalité ni créancier au sens strict du terme ni associé. En effet, les titres subordonnés à durée indéterminée ne donnent pas droit à la valeur résiduelle de l'actif de la société ce qui est le cas des titres de capital. Et la transformation du titre de créance en titre subordonné lui fait perdre la qualité de créancier de la société.

---

[599] F. - X. LUCAS, La distinction des titres de capital et des titres de créance, art. préc., p. 24.

[600] Loi 85-1321 du 14 juillet 1985.

261. **L'exclusion des titres subordonnés des capitaux propres.** D'abord, la définition comptable des capitaux propres ne prend pas en compte les titres subordonnés. Puisque la liste de l'article R123-191 du Code de commerce reste limitative, les titres subordonnés sont alors exclus des capitaux propres. Ensuite, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Expertes-Comptables (CSOEC) a laissé entendre dans son avis du 7 juillet 1994 que les titres subordonnés ne pouvaient être assimilés aux capitaux propres[601] car aucun instrument financier ne peut être classé dans ceux-ci lorsqu'une rémunération est due en l'absence de bénéfice.

262. **Inconvénients des titres subordonnés comme garantie des créanciers.** D'abord, la rémunération des TSDI[602] est maintenue même en l'absence de résultat bénéficiaire. La rémunération des titres subordonnés n'est donc pas fonction de la situation économique et financière de l'entreprise. Peu importe si l'entreprise dégage un bénéfice distribuable ou pas la rémunération des titres subordonnés est due et c'est ce qui permet de justifier qu'ils ne peuvent être considérés comme la garantie des créanciers. Ensuite, d'un point de vu comptable, la créance transformée en titres subordonnés doit être comptabilisée dans le compte 167 *"emprunts et dettes assortie de conditions particulières"*[603]. Et lorsque le bénéfice ne peut satisfaire le détenteur des titres subordonnés, la société doit comptabiliser le report du paiement en dette. Or, les titres rémunérant le capital social sont rémunérés qu'en présence du bénéfice distribuable. En l'absence de bénéfice distribuable aucune rémunération n'est due. Les titres de capital assurent alors la stabilité des fonds propres. Cette stabilité est importante pour la sécurité des créanciers.

---

[601] Avis du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables approuvé par décision du Conseil supérieur l 7 juillet 1994.

[602] Celle-ci est calculée sur la base d'un taux dont les éléments constitutifs et les règles de calcul sont consignés dans le contrat d'émission. Les éléments constitutifs sont la référence à un taux d'intérêts de base et le choix d'une marge à ajouter au taux de référence. Le taux d'intérêt de base peut être un taux variable indexé, un taux fixe ou la combinaison de plusieurs taux.

[603] En principe, ils doivent être comptabilisés dans le compte 167 *"emprunts et dettes assortie de conditions particulières"*, cependant en pratique, certaines sociétés les classent sous la rubrique *"TSDI"* entre les capitaux propres et les dettes. Le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables (CSOEC), dans son avis du 7 juillet 1994 précité, propose une classification différente selon qu'il s'agisse des TSDI reconditionnés ou non. Ainsi les TDSI ne faisant pas l'objet d'un reconditionnement doivent être classés au sein des *"fonds non remboursables ou assimilés"* appellation synonyme des *"autres fonds propres"*. Sa position s'appuie principalement sur l'argument selon lequel les TDSI non reconditionnés ne sont pas remboursables. Sur les TDSI faisant l'objet d'un reconditionnement, le CSOEC propose qu'ils soient classés sous la rubrique *"dettes"*.

b). Les inconvénients des obligations remboursables en actions

263. **La transformation de l'obligation en action.** Les actions proposées en remboursement doivent exister à l'émission obligataire. Ce qui n'est pas le cas des titres subordonnés à durée indéterminée dans le sens où le fait réalisant la créance n'est pas conditionné par la création de ce titre. Le créancier ne sait pas forcément qu'il sera remboursé en titre. Or, lorsque la société émettrice propose ses propres actions en paiement des obligations, l'opération implique l'intervention d'un tiers détenteur des actions proposées en paiement. Généralement, l'acte est réalisé à l'intérieur d'un groupe de sociétés. La société mère étant alors détentrice temporaire des actions créées par la fille devant servir au remboursement.

264. **Inconvénients des obligations remboursables en actions comme garantie des créanciers.** Les fonds apportés en contrepartie des obligations remboursables en actions ne sont pas assimilables aux capitaux propres puisque la définition comptable des capitaux propres n'intègre pas ces obligations[604]. Ensuite, tant que le remboursement en actions ne s'est pas produit, les fonds apportés en contrepartie des obligations remboursables en actions sont restituables à tout moment. Ils ont la nature de prêts et ceux-ci ne peuvent être considérés comme la garantie des créanciers. Enfin, la rémunération des obligations remboursables en actions est due même en l'absence de bénéfice distribuable. Lorsqu'elle n'est pas versée, elle doit être comptabilisée au passif du bilan en dette de rémunération. La nature juridique des obligations et la possibilité de remboursement de ces titres en cours de vie sociale justifient qu'ils ne puissent être considérés comme la garantie des créanciers au même titre que le capital social qui lui possède des attributs inverses.

[604] Ce qui n'est pas le cas des bons de souscription autonome (BSA) qui doivent être intégrés aux capitaux propres. En effet, la réforme du Plan comptable général, intervenue en 1999 a introduit, suite à un avis du Conseil national de la comptabilité, un compte 1045 *"Bons de souscription d'actions"* et rattaché au compte 104 *"primes liées au capital social"*. : Règlement n° 99-03 du Comité de la réglementation comptable en date du 29 avril 1999, homologué par un arrêté du 22 juin 1999, publié au *J.O.* du 20 et 21 septembre 1999. Le Conseil national de la comptabilité justifie ce traitement comptable par le caractère définitivement acquis des sommes reçues lors de la souscription des BSA, ainsi que par l'obligation à une augmentation de capital à laquelle engage l'émission des BSA Les bons autonomes de souscriptions d'actions sont donc considérés par le droit comptable comme de véritables apports contrairement aux obligations remboursables en actions qui sont susceptibles d'être remboursées en cours de vie sociale : Avis n° 35 du C.N.C. du 17 novembre 1988, doc. n° 75, décembre 1988.

L'introduction de tous ces éléments à la rubrique *"autres fonds propres"* est contestée par la doctrine[605] à juste titre. En effet, l'utilisation de la notion *"autres fonds propres"* porte à confusion puisqu'elle laisse supposer que les fonds ainsi regroupés sont des fonds propres au même titre que le capital social. Or, le capital social constitue la première *"partie non exigible du passif"*[606]. C'est une créance de dernier rang ayant vocation à n'être remboursé aux associés qu'après la satisfaction de tous les créanciers. Autrement dit, Le montant du capital social est voué à rester dans les comptes de la société et ce jusqu'à sa dissolution. Or, les éléments composant les *"autres fonds propres"* sont remboursables en cours de vie sociale. En outre, ils ont la nature d'un prêt. Pour éviter la confusion, il est préférable de parler de *"quasi-fonds propres"* et de substituer cette appellation à celle de *"autres fonds propres"*[607]. Cette appellation permet de distinguer les éléments composant les capitaux propres dont le capital social avec les titres ou les fonds ne pouvant être considérés comme garantie des créanciers. Toutefois, ils sont susceptibles d'être risqués et capitalisés et c'est ce qui les rapproche du capital social[608]. C'est ce que nous verrons dans le point qui suit consacré à une étude d'ensemble des caractéristiques des autres fonds propres.

§ 2. Etude d'ensemble des caractéristiques des autres fonds propres

265. Contrairement au capital social, les autres fonds restent des garanties incertaines. En effet, c'est par la volonté des personnes qu'ils peuvent être des créances de dernier rang au même titre que le capital social. Mais, contrairement au capital social, le créancier peut toujours revenir sur sa décision en exigeant le remboursement de ses fonds en cours de vie sociale. Toutefois, l'incertitude de ces garanties **(A)** prend fin lorsqu'elles sont capitalisées. En effet, en les convertissant en capital social, les autres fonds propres acquièrent le caractère intangible[609] **(B)**.

---

[605] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 242, p. 261 ; N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, op. cit., p. 29.

[606] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220.

[607] Ibidem ; N. MOURGUES, **Capitaux propres et quasi-fonds propres**, op. cit., p. 29.

[608] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 242, p. 261.

[609] Il en est également ainsi des autres éléments composant les capitaux propres.

A. L'incertitude des autres fonds propres

266. **L'exigibilité faible des fonds investis en contrepartie des titres participatifs.** Le remboursement des fonds apportés en contrepartie des titres participatifs peut être reporté à la liquidation de la société[610]. Ce sont donc des créances de dernier rang[611]. En effet, l'article L228-97 du Code de commerce dispose que : *"Lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers..."* Les détenteurs de ces titres ne seront désintéressés qu'après remboursement des véritables créanciers. Le report du remboursement est prévu ici par le législateur lors de la création de titres participatifs. Il semble alors que l'affectation des fonds investis en contrepartie des titres participatifs soit définitive puisque la restitution n'est possible qu'à la liquidation de la société tout comme le capital social. C'est cette condition qui justifie l'inscription des titres participatifs sous la rubrique *"autres fonds propres"*. Ainsi, tout comme le capital social, les fonds investis en contrepartie des titres participatifs constituent les fonds propres de la société. C'est cette condition de créance de dernier qui justifie que les fonds investis en contrepartie des titres participatifs soient considérés comme la garantie des créanciers. Toutefois, cette exigibilité réduite des titres participatifs n'est pas absolue. Si le contrat d'émission ne le prévoit pas, le créancier peut exiger le remboursement des fonds investis en cours de vie sociale. Or, le capital social est frappé d'intangibilité par nature. Son remboursement est différé à la dissolution de la société. Il n'est pas possible de faire reposer la garantie des créanciers sur des fonds incertains.

267. **L'exigibilité faible du compte courant.** Le titulaire du compte courant ne peut être considéré comme un simple créancier au même titre qu'une banque par exemple puisqu'il est nécessairement un associé. Dans ce sens la loi du 24 janvier 1984 insérée au Code monétaire et financier à l'article 312-2 1° indique que ne sont pas considérés comme des fonds émanant du public: "*Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au*

[610] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 241, p. 260.

[611] Ibidem.

moins 5% du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs". Le texte vise les personnes susceptibles d'ouvrir un compte courant. Il s'agit principalement des associés en dehors des personnes en charge de la direction de la société. Ainsi, parce que les titulaires des comptes courants ne sont pas seulement que des créanciers, les banques imposent le blocage du remboursement du capital lié au compte courant. Dans ces conditions, les dirigeants ou associés principaux titulaires de compte courant ne pourront réclamer le remboursement des fonds investis en compte courant avant l'arrivée du terme du prêt bancaire[612]. Une clause de *"dernier rang"* peut être adjointe à la convention relative au compte courant. Il s'agit de stipulations contractuelles qui consistent pour l'essentiel à interdire tout remboursement avant une échéance fixée ou avant la dissolution de la société. Dans ce dernier cas, les prêteurs associés deviennent des créanciers de derniers rangs. C'est dans ces conditions que le compte courant participe à la solvabilité de la société de manière durable puisque le remboursement du compte courant est reporté à la liquidation. Les créanciers chirographaires et ceux munis de sûretés seront donc privilégiés par rapport aux associés détenteurs de compte courant. C'est ainsi que les fonds issus de ces avances acquièrent suffisamment de permanence pour pouvoir être considérées comme des fonds propres ou comme une garantie des créanciers au même titre que le capital social. Toutefois, cette exigibilité réduite du compte courant n'est pas absolue. Le report du remboursement résulte de la convention donc de la volonté du créancier associé. Si le contrat d'ouverture ou un créancier n'exige pas son blocage, l'associé peut exiger le remboursement des fonds en cours de vie sociale. Il n'est pas possible de faire reposer la garantie des créanciers sur des fonds incertains.

268. **L'exigibilité faible des fonds investis en contrepartie des *"prêts participatifs"*[613].** L'article 25 de la loi du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises assimile les prêts participatifs aux fonds propres. En effet, il indique que le montant des prêts participatifs est inscrit à une ligne particulière du bilan de la société qui les consent et de celle qui les reçoit. Le bilan de l'entreprise emprunteuse fera donc apparaître les prêts participatifs au compte 1675 *"emprunts participatifs"*. Or, il s'agit d'un sous-compte du compte *"emprunts et dettes assorties de conditions particulières"*,

[612] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 244, p. 117.

[613] Pour leur assimilation aux fonds propre v. O. CREMIEUX - ISRAËL, L'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres, *Rev. Soc.* 1984, p. 751 et s. ; Lamy, **Droit du financement**, éd. 2010, n° 579.

rubrique qui retrace normalement les apports correspondant aux *"Autres fonds propres"*[614]. Les prêts participatifs assimilés à des fonds propres sont donc exclus des capitaux propres[615]. Ce qui paraît logique, car les comptes de la classe 1 comptes des capitaux distinguent les capitaux propres des autres fonds propres. Cette assimilation des prêts participatifs aux fonds propres est réitérée par l'article L313-14 al. 2 du Code monétaire et financier qui énonce que les prêts participatifs sont *"au regard de l'appréciation de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, assimilés à des fonds propres."* En outre, les prêts participatifs sont des fonds propres car leur remboursement est reporté à la liquidation de la société. En effet, l'alinéa 4 de l'article L228-36 du Code de commerce dispose que : *"les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des propriétaires de titres participatifs."* Ces fonds ont donc un caractère perpétuel. La solvabilité de la société peut donc être appréciée sur ces fonds car ce sont des créances de dernier rang dans le sens où ils ne sont remboursés qu'après désintéressement complet des créanciers privilégiés ou hypothécaires. Toutefois, l'intégration des prêts participatifs à la rubrique *"Autres fonds propres"* a suscité des débats[616]. Il est vrai, qu'à l'image du porteur de titres subordonnés, le titulaire d'un prêt participatif accepte d'être remboursé après d'autres créanciers d'où le nom de créance de dernier rang. Néanmoins, la condition de permanence applicable aux fonds propres est ici singulièrement amoindrie, dans la mesure où le prêteur peut toujours demander le remboursement anticipé du prêt participatif à titre de sanction ou au regard d'une clause d'exigibilité[617]. L'incertitude d'une telle garantie apparaît par rapport au capital social qui reste intangible.

269. **L'exigibilité faible des fonds investis en contrepartie des titres subordonnés.** Le remboursement de la créance transformée en titres subordonnés à durée indéterminée peut être reporté à la dissolution de la société. Cette possibilité est prévue par les dispositions de l'alinéa 1 de l'article L228-97 du Code de commerce. En effet, le contrat d'émission des titres

---

[614] J. STOUFFLET, Les capitaux propres, art. préc., p. 549.

[615] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 3155, p. 1197.

[616] O. CREMIEUX - ISRAËL, L'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres, *Rev. Soc.* 1984, p. 751 et s. ; Lamy, **Droit du financement**, 1997, n° 579.

[617] Lamy, **Droit du financement**, op. cit., n° 592.

subordonnés peut stipuler que ces titres ne seront remboursés qu'après désintéressement des autres créanciers. Dans ce cas, les titres subordonnés à durée indéterminée ont un caractère perpétuel[618]. C'est cette condition qui justifie que la créance abandonnée au profit de la création d'un titre soit assimilée à des fonds propres de la société. La subordination portant sur le remboursement du principal est appelée à jouer que lorsque l'entreprise est en difficulté. Une priorité de paiement est accordée aux créanciers ordinaires par rapport aux détenteurs des titres subordonnés à durée indéterminée. Toutefois, cette garantie est précaire dans la mesure où la protection des créanciers est subordonnée à la volonté du créancier. Il suffit que le contrat d'émission ne prévoie pas une clause de dernier rang pour ne pas compter sur cette garantie insuffisamment risquée.

270. **L'exigibilité faible des avances conditionnées.** La société reste tenue au remboursement de l'avance si la recherche est positive ce qui n'est pas le cas lorsque l'opération financée se solde par un échec[619]. L'Etat est obligé d'abandonner sa créance. Il y a là une sorte de remise de dette automatique du fait de l'échec de l'opération qui profite à la société puisque celle-ci n'est plus tenue au remboursement du capital. La remise de dette de l'avance conditionnée en cas d'échec est son trait caractéristique qui la distingue d'une dette classique. En effet, les prêteurs classiques ne supportent le risque social qu'en fin de vie sociale lorsque l'actif social est insuffisant en cas de liquidation. En cours de vie sociale, la société reste tenue au remboursement d'une dette classique même si l'investissement auquel les fonds ont été octroyés est un échec. Il en sera ainsi en cas de prêt bancaire. Or, le prêteur des avances conditionnées, donc l'Etat, supporte le risque de l'investissement en cas d'échec en cours de vie sociale. Autrement dit, lorsque l'investissement sur le développement de la recherche se solde par un échec, la société n'a pas à rembourser les fonds même si elle est solvable. C'est cette caractéristique des avances conditionnées qui justifie leur inscription sous la rubrique *"Autres fonds propres"* comme l'indique l'article 434-1 PCG. Toutefois, s'il faut considérer les avances conditionnées comme une garantie des créanciers, celle-ci reste précaire. La garantie des créanciers ne peut reposer sur l'issue d'un investissement qui plus est l'échec.

---

[618] Mémento Pratique Francis LEFEBVRE, **Comptable**, op. cit., n° 1691, p. 724.

[619] Ibidem.

Les éléments composant les autres fonds propres constituent des garanties incertaines. Les caractéristiques d'une garantie peuvent les échapper à moins de les convertir en capital social.

B. La capitalisation des autres fonds propres par conversion

271. **La stabilisation des autres fonds propres du fait de leur conversion en capital.** La capitalisation par conversion opère un changement de nature des fonds. Les éléments composant les autres fonds propres aussi appelés *"quasi-fonds propres"* deviennent des fonds propres[620]. *"L'augmentation de capital n'emportera pas création de nouvelles ressources financières pour la société car il n'y a pas d'apports nouveaux en numéraire ou en nature. Mais elle va avoir un impact sur le degré d'exigibilité des ressources financières déjà apportées en quasi-capital, qui vont concourir à l'augmentation de capital et ainsi quitté la catégorie juridique des créances pour devenir des éléments du patrimoine personnel de la société"*[621]. C'est le cas du compte courant. Toutefois, la terminologie d'augmentation de capital social par incorporation de compte courant doit être écartée au profit de celle de conversion de compte courant en capital. En effet, il faut faire une distinction entre les augmentations de capital par incorporation des éléments de capitaux propres notamment les réserves qui n'apportent pas de nouvelles ressources à la société et celles des autres fonds propres[622]. Dans ce dernier cas, la conversion opère un changement de nature. Les éléments composant les autres fonds propres sont considérés comme étant le *"quasi-capital"*[623] c'est-à-dire *"l'antichambre du capital social"*[624]. Ils constituent *"le capital social potentiel"*[625]. *"Tant que la transformation en capital n'est pas intervenue, il est erroné de considérer les éléments de quasi-capital comme éléments des Autres fonds propres"*[626]. *"Elles n'appartiennent pas à*

---

[620] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 231, p. 244.

[621] Ibidem.

[622] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 555, p.284.

[623] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, **t**h. préc., n° 208, p. 222.

[624] Ibidem.

[625] Ibidem.

la société, étant encore par principe remboursables"[627]. C'est leur capitalisation c'est-à-dire leur transformation en capital social qui garantira la solidité de ces fonds. Les éléments du quasi-capital ne constitueront de solides garanties des créanciers que lorsqu'ils auront été convertis en capital social. Ainsi, les obligations remboursables en actions (ORA) sont des titres remboursés que par la remise d'actions ou certificats d'investissement de la société émettrice[628]. Elles ne sont donc pas remboursables en espèce. L'obligataire un futur associé car le principal emprunté représente le futur apport. Cet apport accroît dans l'immédiat le patrimoine social et participera définitivement à l'exploitation de l'activité sociale. Cette affectation durable des sommes empruntées érige le patrimoine investi au rang des fonds propres participant à la solvabilité de la société. Il en est également de même du compte courant susceptible d'être converti en capital social[629]. Toutefois, si la situation de la société est obérée à tel point que le passif a absorbé l'actif, la conversion est susceptible d'entraîner la fictivité du capital social. La réalité du capital social sera mise en cause[630].

*

* *

272. **Conclusion**. **L'utilité du capital au sein des garanties de droit commun.** La garantie des créanciers doit être collective pour assurer un même traitement aux créanciers. Or, le droit commun organise plus les garanties individuelles des créanciers. Le capital social offre une protection minimale à tous les créanciers, c'est donc une bonne garantie minimale des créanciers. Toutefois, le patrimoine social sur lequel s'exerce le droit au gage général comporte cette qualité de protection collective. Mais, le capital social est important dans la formation de ce patrimoine social. C'est sur les supports du capital social que les créanciers pourront asseoir au minimum leur protection individuelle. L'utilité du capital social apparaît ainsi. Ensuite, les sûretés personnelles restent trop contraignantes pour le créancier au point

[626] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 242, p. 261.

[627] Ibidem.

[628] F. PELTIER, La nature juridique des obligations remboursables en actions, *JCP* E 1992, L, n° 155.

[629] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, **t**h. préc., n° 233, p. 246.

[630] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, **t**h. préc., p. 247.

d'être paradoxalement risquées. En effet, les obligations mises à la charge du créancier pourraient remettre en cause l'existence de cette garantie. Pour éviter ce risque, le créancier a tout intérêt à ce que la société dispose d'un capital social suffisant. Cette solution doit aussi être envisagée pour éviter que la société ne fasse l'objet d'une procédure collective. Compte tenu de la médiocrité des garanties de droit commun, le créancier doit alors privilégier et imposer le capital social adéquat comme garantie minimale de sa créance. Ainsi, le capital social est une véritable source de protection des créanciers. Il n'est à point douter que l'élaboration d'un système de remplacement serait une tâche difficile. Toutefois, afin de lui permettre de garantir au mieux la sécurité minimale des créanciers, il convient de réaménager certaines règles régissant sa formation : d'où le chapitre qui suit.

273. **L'importance du capital social au sein des fonds propres.** L'analyse des fonds propres ne permet pas de conclure à l'inutilité du capital social. Il n'est donc pas nécessaire de le détruire puisqu'il a des qualités qu'aucune autre notion ne regroupe. D'abord, il représente un montant impératif pour l'ensemble des formes sociales. Ensuite, grâce au principe d'intangibilité, *"le capital social protège"*[631] les fonds propres *"de la société… de l'appétit des associés"*[632]. En effet, les associés ne peuvent exiger le paiement des titres rattachés au capital social en l'absence de bénéfices distribuables et le remboursement du capital ne peut être réclamé avant la dissolution de la société[633]. Le capital social permet d'affermir les fonds propres et c'est comme ça qu'il est utile. Car, en son absence, rien n'interdirait aux associés *"de manger"*[634] les fonds propres *"en le mettant en distribution sous forme de dividendes"*[635]. Dans ces conditions, les créanciers peuvent se retrouver sans garantie. Enfin, une société qui offre son patrimoine en garantie ne peut compter sur ses dettes pour assurer la protection des créanciers. Or, certains éléments composant les fonds propres constituent des dettes.

---

[631] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 45, p. 34.

[632] Ibidem.

[633] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 206, p. 220 ; F. GORE, La notion de capital social**,** op. cit., p. 85 ; R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 13, p. 10 ; C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance***,* op. cit., n° 250.

[634] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 237, p. 114.

[635] Ibid

Chapitre 2

LA RENOVATION DES REGLES INSUFFISANTES DU CAPITAL SOCIAL

274. Nous avons constaté dans les développements précédents que les règles régissant le capital social n'assurent que sa formation partielle. Or, le capital social comme garantie minimale des créanciers est essentiel dans la mesure où il participe à la formation du patrimoine social sur lequel les créanciers peuvent espérer le remboursement de leurs créances. En l'absence du capital social, la limitation de responsabilité des associés pourrait faire écran à l'action des créanciers[636]. Ainsi, il n'est pas logique que les créanciers supportent les risques sociaux à la place des associés. La société ne peut fonctionner sans capital minimum[637] parce qu'il faut assurer un minimum de protection aux créanciers. Pour cela, il est important que les règles régissant le capital social ne lui permettant pas de remplir sa mission soient rénovées. Parmi les règles garantissant la formation du capital, il y a l'exigence du minimum légal qui a subi des entorses au sein des SARL et des SAS. Cette évolution législative ne peut être qu'approuvée dans la mesure où elle devrait permettre la détermination du montant du capital en fonction des engagements de la société. En effet, le minimum légal peut être dérisoire pour une société qui désire prendre des engagements importants. Ainsi, au détriment des créanciers, elle pourrait se contenter de ce minimum. Il peut aussi être trop abondant et donc coûteux pour une société qui n'envisage pas de trop s'endetter. La règle exigeant aux associés de fixer librement le minimum est intéressante[638]. Toutefois, il n'en est pas de même des textes prévoyant la libération échelonnée des apports en numéraire et interdisant l'incorporation de l'apport en industrie au capital[639]. Cette interdiction reste discutable et si, on considère le capital social comme garantie des créanciers, sa libération intégrale peu importe la nature de l'apport devrait s'entrevoir. Mais, avant d'apporter des contributions sur les règles régissant la formation du capital social **(Section 2)**, il nous importe de consacrer une étude à l'analyse du droit communautaire parce qu'il représente le fondement même de l'exigence du capital social au sein des Etats membres **(Section 1)**.

---

[636] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 237, p. 114.

[637] Y. REINHARD, préf. **Le capital social**, th. préc., S. DANA - DEMARET ; Lamy, **Sociétés commerciales** op. cit., n° 288.

[638] Art. 1835 C. civ.

[639] Art. 1843-2 al. 2 C. civ.

Section 1.

Le fondement de l'exigence du capital social : le droit communautaire

275. La liberté d'établissement des sociétés dans l'espace communautaire ne doit pas être freinée pas des garanties différentes. Cela implique une certaine communauté des principes du droit des sociétés. Ainsi, le législateur communautaire utilise la notion de capital social légal comme garantie des créanciers à travers toutes les formes juridiques qu'il réglemente pour l'imposer à tous les Etats membres. Le législateur communautaire possède deux instruments juridiques prévus par l'article 189[640] du Traité de Rome du 25 mars 1957 en matière des sociétés. L'article 189 du Traité de Rome dispose que : *Pour l'accomplissement de leur mission, ... le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis"*. L'alinéa 3 de l'article 189 précité dispose que : *"La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."*. L'alinéa 2 de l'article 189 dispose que : *"Le règlement a une portée générale. II est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre."* Ces supports ont été plusieurs fois utilisés pour instituer le capital social, garantie des créanciers. Et plusieurs Etats membres[641] comme la France étaient favorables à ce mode de protection des créanciers déjà avant l'adoption de ces textes communautaires **(Sous-section 1)**. D'autres au contraire, ne considéraient plus le capital social comme garantie des créanciers. Alors, ils ont été contraints de conformer leur législation au droit communautaire sur le capital social. Toutefois, l'application du capital social comme garantie des créanciers n'a été que réduite. La jurisprudence communautaire a approuvé cette position. C'est ce qui a amené certains Etats à revoir la réglementation du capital social des sociétés à risque limité autres que la société anonyme. Cette situation ne peut être traduite comme un abandon du

[640] L'article 189 du Traité de Rome dispose que : *Pour l'accomplissement de leur mission, ... le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis."*

[641] La communauté européenne est composée de 27 États née le 7 février 1992, lors de la signature du traité sur l'Union européenne à Maastricht par les douze États membres de la CEE. Les pays membres actuels sont : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie, Suède.

capital social au sein de l'espace communautaire puisque plusieurs Etats ont maintenu leur ancienne législation sur le capital légal **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. Les supports communautaires instituant le capital et son adoption dans l'espace communautaire

276. Le droit communautaire possède deux instruments juridiques prévus par l'article 189 du Traité de Rome du 25 mars 1957 en matière des sociétés. C'est l'utilisation des directives[642] et règlements[643] par le Conseil. Le législateur communautaire a utilisé plusieurs fois ces instruments pour instituer le capital social comme garantie équivalente des créanciers en droit communautaire. La notion d'équivalence *"implique une certaine similitude dans la protection accordée aux associés et aux tiers à travers les Etats membres. Il s'agit, en effet, de garanties à rendre non pas "égales" ou "identiques" mais "équivalentes, ce qui signifie que l'on doit rapprocher les divers systèmes juridiques en vigueur dans les pays de la communauté, afin d'assurer que la protection qu'ils offrent est comparable"*[644]. Ainsi, la réglementation communautaire sur le capital social est adoptée dans ce sens c'est-à-dire coordonner les législations des Etats membres de manière à ce qu'ils exigent le capital social légal comme garantie des créanciers. C'est l'objectif que poursuit l'article 54 du traité de Rome du 25 mars 1957. Ce texte prévoit la *"suppression des restrictions à la liberté d'établissement qui existent à l'intérieur de la communauté"*. En effet, la liberté d'implantation des sociétés dans l'espace communautaire ne doit pas être freinée par des exigences différentes sur le capital social.

Pour mieux appréhender tout ceci, il conviendra dans un premier temps d'analyser le contenu des instruments visant le capital social afin de mesurer l'importance de la notion en droit communautaire **(§ 1)**. Ensuite, nous verrons comment les Etats membres ont adopté le contenu de ces instruments **(§ 2)**.

---

[642] L'alinéa 3 de l'article 189 dispose que : "La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."

[643] L'alinéa 2 de l'article 189 dispose que : *"Le règlement a une portée générale. II est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre."*

[644] B. LECOURT, **Droit communautaire et constitution de sociétés**, th. Paris 1990.

§ 1. Les instruments communautaires instituant le capital social

277. Quels sont les instruments juridiques fondant le capital social en droit communautaire ? La réponse à cette interrogation permettra d'apprécier l'importance du capital social en droit communautaire. Il importe à cette étude d'effectuer cette recherche pour renforcer l'idée que le capital social est essentiel au sein des sociétés qui n'offrent que leur patrimoine en garantie des dettes sociales.
Sur la liste des textes communautaires en droit des sociétés[645], nous avons recensé treize directives dont deux qui s'appliquent au capital social **(A)** et quatre règlements instituant des formes juridiques communautaires[646], dont trois qui imposent un capital social minimum légal **(B)**.

A. Les directives du capital social

278. La première directive, adoptée le 9 mars 1968[647] qui impose la formation d'un capital social dans toutes les sociétés à risque limité **(1)** et la deuxième directive, adopté le 13 décembre 1976[648], qui consacre l'exigence d'un capital social légal au sein des sociétés anonymes **(2)** constituent les fondements juridiques du capital social en droit communautaire.

1. L'exigence d'un capital social aux sociétés à risque limité par la première directive

279. **L'exigence du capital social, garantie des créanciers, découlant de sa publicité obligatoire.** La première directive du 9 mars 1968 s'applique aux sociétés à risque

[645] Sur cette liste v. B. LECOURT, Annexe I**,** Liste des textes communautaires en droit des sociétés, *Rép. Dr. com. Société*, février 2010.

[646] V. B. LECOURT, **L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements**, préf. Y. GUYON, LGDJ 2000, p. 354.

[647] Première directive du Conseil des Communautés européennes adopté le 9 mars 1968 *JOCE* 14 mars 1968, p. 8, *Rev. soc.* 1969, p. 393.

[648] Deuxième directive du Conseil des Communautés européennes adopté le 13 décembre 1976, n°77/91, JOCE n° L. 26, 31 janv. 1977, *Rev. soc.* 1977, p. 313 ; *JCP* 1977, II,I 45383 ;

limité. Pour la France[649], ces sociétés sont composées de sociétés anonymes, de sociétés en commandite par actions et des sociétés à responsabilité limitée. La société par actions simplifiées n'est pas concernée car elle n'existait pas encore à cette époque. Cette forme sociale à risque limité voit le jour avec la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994. Certes, le domaine d'application de la directive est limité à la publicité, la validité des engagements de la société et la nullité des sociétés mais la formation du capital social dans les sociétés à risque limité est implicitement réglementée. L'article 2 de la section I intitulé *"Publicité"* prévoit plusieurs cas dans lesquels la publicité est obligatoire. Le texte dispose au 1 que : *"Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que la publicité obligatoire relative aux sociétés porte au moins sur les actes et indications suivants :"* Au e) le législateur vise le capital social. La formulation est assez vague : *"au moins annuellement, le montant du capital souscrit, lorsque l'acte constitutif ou les statuts mentionnent un capital autorisé, à moins que toute augmentation du capital souscrit n'entraîne une modification des statuts"* Mais, il ne fait aucun doute : le montant du capital social des sociétés à risque limité doit faire l'objet d'une publicité obligatoire. La publicité obligatoire du capital social suppose sa formation obligatoire dans les sociétés à risque limité. En effet, il ne peut y avoir publicité du capital social en l'absence de sa formation. Ainsi, la directive impose implicitement la formation d'un capital social dans les sociétés à risque limité. La publicité est faite d'abord auprès des autorités publiques *soit d'un registre central, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés.* Elle doit aussi être faite au *"bulletin national désigné par l'État membre".* Ensuite le législateur communautaire prescrit une publicité constante dans les documents sociaux. En effet, l'article 4 de la même section prévoit que "*Les États membres prescrivent que les lettres et notes de commande portent" "l'indication ... sur le capital souscrit et versé."* La multiplication des supports d'information garantie l'information à son destinataire. En indiquant le montant du capital social sur les lettres et notes de commandes, il est certain que le créancier sera informé de l'étendue de sa garantie minimale. Le législateur utilise plusieurs supports d'information afin de garantir au mieux la protection des créanciers. Le législateur utilise le capital social comme moyen de protection des créanciers. Même si le domaine d'application de la directive est limité à la publicité, la validité des engagements de la société

[649] Pour l'Allemagne, la directive s'applique Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Pour l'Italie, elle concerne la società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilit à limitata et pour les Pays-Bas, elle s'applique à de naamloze vennotschap, de commanditaire vennootschap op aandelen.

et la nullité des sociétés. Le texte s'intitule : *"Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers"* Le capital social réglementé par cette directive est donc considéré comme une garantie des créanciers dans les sociétés à risque limité.

280. **L'exigence du capital social, garantie des créanciers, découlant des conditions de nullité de la société.** La section III titrée *"Nullité de la société"* prévoit la sanction en cas d'inobservation des règles prévues par la directive. Le législateur indique que : *"La législation des États membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes:"* Parmi ces conditions, figure au c) *"l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet ... du montant du capital souscrit"* La formation du capital social dans les sociétés à risque limité est imposée implicitement. Une société à risque limité ne peut donc se constituer sans capital social. Les statuts doivent indiquer le montant du capital social. L'absence d'indication de ce montant entraîne la nullité de la société. Le législateur communautaire est attaché à la notion de capital social au moment de la formation de la société. Il considère le capital social comme garantie des créanciers au regard de l'intitulé de la directive. Les sociétés à risque limité n'offrent que leur patrimoine comme garantie. C'est la raison pour laquelle, le législateur s'assure de la formation d'un capital social. Il n'impose pas la libération d'un minimum au moment du démarrage de l'activité sociale. Mais, il s'en tient à la législation nationale. Cela dit, il prévoit la nullité de la société à risque limité en cas d' d) : *"inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social"*. Les fondateurs des Etats membres doivent alors se soumettre à la législation des Etats membres quant au montant minimum à libérer. Toutefois, il en est autrement en ce qui concerne la société anonyme.

2. L'exigence d'un capital social minimum légal aux sociétés anonymes par la deuxième directive

281. **L'importance du capital social en droit communautaire.** Certains auteurs ont critiqué la méthode communautaire de coordination adoptée par la deuxième directive de

1976. Ils indiquent que les instances communautaires *"ont fait de l'unification, non de l'harmonisation"*[650]. En effet, la deuxième directive impose aux Etats membres de modifier leur législation afin de tenir compte du capital social minimum de la société anonyme[651]. Il est souligné que cette méthode contraignante est contraire à celle initiée par la première directive. En effet, celle-ci dicte uniquement des devoirs sous forme d'objectifs à atteindre par les Etats membres[652]. Malgré ces critiques, le capital social minimum légal est considéré comme un des *"piliers"* du droit européen des sociétés et que la deuxième directive du 13 décembre 1976 est aussi qualifiée par la Commission européenne de *"pierre angulaire"* du droit européen[653]. Le Conseil des communautés européennes a adopté sa seconde directive le 13 décembre 1976[654]. L'intitulé de la directive révèle l'importance du capital social en droit communautaire. Il précise clairement la mission que doit remplir le capital social à savoir *"la protection des intérêts tant des associés que des tiers".* Son domaine d'application semble être restreint par rapport à la première directive de 1968 car la loi communautaire ne vise plus toutes les sociétés à risque limité. Le législateur exclut du champ d'application les sociétés à responsabilité limitée et en commandite par actions. Ainsi, seules les sociétés anonymes sont touchées par cette norme communautaire[655]. Contrairement à la première directive de 9 mars 1968, la deuxième directive de 1976 réglemente la formation du capital social minimum légal à la constitution de la société anonyme et son maintien en cours de vie sociale. Le législateur communautaire prescrit des règles non seulement au moment de la constitution de la société mais également en cours de vie sociale en parlant du maintien et des modifications apportées sur le capital social. Le capital social est donc au cœur du dispositif légal communautaire des sociétés.

---

[650] R. RODIERE, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre du C.E.E, *RTD Europ.* 1965, p. 351.

[651] J. DENECKER, La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, art. préc., p. 666.

[652] R. RODIERE, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre du C.E.E, art. préc., p. 352.

[653] M. MENJUCQ, Perspectives européennes du capital social *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 145.

[654] Deuxième directive du Conseil des Communautés européennes adopté le 13 décembre 1976, n°77/91, JOCE n° L. 26, 31 janv. 1977, *Rev. soc.* 1977, p. 313 ; *JCP* 1977, II,I 45383 ; J. DENECKER, La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, art. préc., p. 661 ; Y. GUYON**,** La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social (L. 30 déc. 1981), art. préc., 3067.

[655] Pour le Danemark : aktieselskabet ; pour l'Irlande et le Royaune- Uni : the public company limited by shares et the public company limited by guarantee and having a share capital.

282. **La formation d'un capital social minimum légal.** L'article 6 de la directive de 1976 prescrit la formation d'un capital social légal qui ne peut être fixé à un montant inférieur à 25 000 unités de compte européennes. La société anonyme ne peut être autorisée à se constituer si la législation de l'Etat ne prévoit pas cette exigence. Pour assurer la réalité du capital social, l'article 7 de la directive exclut les apports en industrie du capital social et plus généralement des sociétés anonymes. Seuls les apports susceptibles d'évaluation sont possibles au sein de cette forme sociale. Le législateur prescrit le principe de libération fractionnée pour tous les apports du capital social. Cette mesure pourrait surprendre dans la mesure où le capital social est considéré en droit communautaire comme la garantie des créanciers. Le législateur aurait pu prévoir la libération intégrale des apports au capital social. En ce qui concerne les apports en numéraire, l'alinéa 1 de l'article 9 de la directive dispose que : *"Les actions émises en contrepartie d'apports doivent être libérées au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités, dans une proportion non inférieure à 25 % de leur valeur nominale ou… de leur pair comptable."* Pour les apports en nature, l'alinéa 2 du même texte indique que : *"Toutefois, les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à partir du moment de la constitution ou du moment de l'obtention de ladite autorisation."* Le législateur communautaire prévoit en outre l'évaluation des apports en nature par un expert à l'article 10.

Nous constatons que deux directives sont effectivement consacrées au capital social. Ainsi, il apparaît que le capital social reste une notion très importante en droit communautaire. En est-il de même avec les règlements.

B. Les règlements consacrant le capital au sein des nouvelles sociétés

283. **L'exigence du capital social légal à la société européenne prévue par le Règlement du Conseil de l'Europe sur la société européenne (SE)[656].** Ce Règlement a été

[656] Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE), *JO* L294 du 10 nov. 2001, p. 1, tel que modifié par la directive 2001/86/CE du Conseil, du 8 octobre 2001,

adopté le 8 octobre 2001 par le Conseil et ne régit pas des formes sociales préexistantes. Il institue une nouvelle forme sociale, la société européenne, dont l'activité n'est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux mais s'étend au niveau communautaire[657]. La société européenne est une sorte d'hybride dans le sens où elle est le fruit d'un croisement entre le droit communautaire et les droits nationaux. La société européenne est ainsi une société anonyme entretenant des liens privilégiés avec son Etat de constitution. Elle est donc une société dans laquelle la responsabilité des associés reste limitée aux montants des apports investis au capital social[658]. Le capital social y est alors institué comme garantie minimale des créanciers. En effet, le considérant n° 13 indique que : *"Pour assurer que ces sociétés ont une dimension raisonnable, il convient de fixer un capital minimum de sorte qu'elles disposent d'un patrimoine suffisant."* Ce capital social légal est précisé au 2 de l'article 4 du Règlement sous les termes suivant : *"Le capital souscrit doit être d'au moins 120000 euros."* Le législateur communautaire confirme ainsi son attachement profond à la notion de capital légal. Il impose même un capital social légal à cette structure. Un capital social légal aussi important ne s'est jamais vu car en plus il laisse la possibilité aux Etats membres de fixer un capital social plus élevé pour les sociétés exerçant certains types d'activités.

C'est la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie qui a harmonisé le droit français avec le règlement de 2001. L'article 11 de cette loi créé un nouveau chapitre IX intitulé *"De la société européenne"* au titre II du Livre II. Les dispositions de l'article 11 précité commencent par la numérotation L229-1 au Code de commerce. Aucun texte ne fait référence au capital social de l'article 4 du Règlement. Ce silence ne doit pas être compris comme un refus du législateur français de soumettre la société européenne à l'exigence d'un capital social minimum. L'article L229-1 du Code de commerce opère un renvoi aux dispositions du règlement du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne. C'est dire alors que la société européenne française ne peut se constituer qu'avec un capital social minimum de 120.000€[659].

complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JO* L 294 du 10 nov. 2001, p. 22.

[657] H. SYNVET, Enfin la société européenne ? *RTD europ.* 1990, p. 253

[658] Mais contrairement aux structures juridiques locales, la société européenne à un usage prédéterminé parce que son choix n'est pas libre. Elle est mise au service, soit d'une concentration communautaire, soit de l'essaimage des groupes de sociétés par voie de création de filiales.

284. **L'exigence du capital social légal à la société coopérative européenne (SCE) prévue par le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003.** Le législateur communautaire étend sa palette de formes sociales en créant la société coopérative européenne. Elle est adoptée par le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003. Il définit la SCE comme étant une *"société ayant la personnalité juridique et dont le capital souscrit par ses membres est divisé en parts."* Il poursuit en indiquant que *"son siège, fixé par les statuts, doit être situé à l'intérieur de la Communauté et doit correspondre au lieu où se trouve son administration centrale."* Il limite l'objectif principal de cette forme sociale *"à la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses membres, notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la SCE exerce ou fait exercer."* La société coopérative est créée pour permettre aux entreprises dont les activités ne sont pas destinées à répondre exclusivement à des besoins existant au niveau local que le Conseil a crée cette nouvelle structure juridique de personnes physiques ou morales à l'échelle européenne. Ainsi, l'Union européenne facilite, en tenant compte de leurs spécificités, le développement des activités transnationales des coopératives en les dotant d'instruments juridiques adéquats.

Le règlement n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 prévoit que la société coopérative européenne ne peut se constituer qu'avec un capital minimum de 30 000 euros[660]. La législation d'un État membre pourrait prévoir un capital souscrit plus élevé pour certains types d'activités. Une augmentation ou une diminution du capital ne nécessite ni modification des statuts, ni publicité, sous réserve de respecter le montant minimal et la publicité annuelle du montant du capital. Une fois par an, l'assemblée générale doit constater, par résolution, le montant du capital à la clôture de l'exercice et sa variation par rapport à l'exercice précédent.

285. **L'exigence du capital social légal au sein de la société privée européenne à venir (SPE).** Elle a été présentée le 25 juin 2008 par la Commission européenne[661] et le

[659] En ce qui concerne le règlement du 8 oct. 2001, c'est la loi du 22 déc. 2004 relative à la société européenne qui a transposé en droit allemand les dispositions de cette loi communautaire. V. http://www.avocat-droit-allemand.de/pdf/janfev05.pdf.

[660] C'est la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 qui introduira cette forme communautaire en droit français.

[661] B. LECOURT, Proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne, note sous Cass. Com. 25 juin 2008, *Rev. soc.* 2008, p. 684 ; M. MENJUCQ, La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? *D.* 2008, p. 2954 ; R. DAMMANN et D. WEBER-REY, La société privée européenne : un outil novateur, *Bull. Joly* 2008, p. 811 ; B. LECOURT,

10 mars 2009, le Parlement européen a approuvé cette proposition tout en suggérant quelques aménagements afin que la société privée européenne[662] justifie d'une dimension transfrontalière[663]. Dans l'exposé des motifs, la Commission explique pourquoi elle propose cette nouvelle forme sociale en droit communautaire. Elle indique que : *"Les petites et moyennes entreprises (PME) représentent plus de 99% des entreprises dans l'Union européenne, mais seules 8% d'entre elles exercent des activités commerciales transfrontalières et 5% possèdent des filiales ou des entreprises communes à l'étranger."* Elle poursuit en disant ceci : *"S'il est devenu plus facile ces dernières années de créer son entreprise dans l'UE, des progrès supplémentaires doivent encore être accomplis pour améliorer l'accès des PME au marché unique, favoriser leur croissance et libérer leur potentiel."* Cela dit, l'objectif de la mise en place de la société privée européenne *"est de faciliter les activités des PME dans le marché unique et partant, d'améliorer leurs performances."* Le législateur communautaire vise *"en se fondant sur des dispositions du droit des sociétés identiques dans l'ensemble des États membres, caractérisées à la fois par leur simplicité et leur souplesse" "à réduire les coûts de mise en conformité afférents à la création et au fonctionnement des entreprises du fait des disparités entre les règles nationales en matière de constitution et de fonctionnement des sociétés."* Cette nouvelle société complétant la palette des formes sociales européennes se définit comme étant une société dans laquelle la responsabilité des actionnaires reste limitée au montant de leurs apports. Son statut juridique se rapproche des sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées françaises dans la mesure où ses actions ne peuvent être offertes au public et ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé[664].

En ce qui concerne le capital social, la proposition de règlement contient des règles originales en son chapitre 4. Elle s'écarte en effet de l'approche traditionnelle qui considère l'exigence du capital social minimum comme moyen de protection des créanciers[665]. En effet, contrairement

Modalités d'application du droit communautaire des sociétés, ch. 3, Règlements sect. 2, *Rép. Dr. com. Soc*. février 2010, n° 213.

[662] *"la SPE peut se révéler une menace pour le droit des sociétés de certains États membres, notamment pour la SAS ou la SARL françaises la GmbH allemande, voire la private company limited anglaise"* v. A. BOTTIAU et M. MARTINEK, La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH, *Bull. Joly*, 01 sept. 2009, n° 165.

[663] B. LECOURT, Société privée européenne : approbation par le Parlement européen de la proposition de règlement, *Rev. soc.* 2009, p. 431

[664] B. LECOURT, Proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne, art. préc., p. 684

au 2 de l'article 4 du règlement du 8 octobre 2001 sur la société européenne qui prévoit l'exigence d'un capital social minimum fixé à 120.000€, la proposition fixe le montant minimum de son capital social à un euro. Des études montrent que les créanciers cherchent de plus en plus d'autres formes de protection que celle assurée par le capital social. Le législateur remplace la règle du capital social légal par l'établissement d'un test de bilan qui permet de vérifier qu'une fois les distributions réalisées, l'actif de la société privée européenne couvrira le passif dans son intégralité. Toutefois, le 10 mars 2009, le Parlement européen a approuvé cette proposition tout en suggérant quelques aménagements[666]. En effet, les députés européens ont ajouté une exigence si la société privée européenne n'est pas en mesure de signer un certificat de solvabilité attestant qu'elle peut payer ses dettes. Dans cette condition, le législateur communautaire revient à l'approche traditionnelle du capital social gage minimum des créanciers en imposant 8000€.

Au regard de l'étude qui vient d'être menée, le triomphe du capital social apparaît clairement en droit communautaire. En effet, le législateur communautaire n'a pas hésité à consacrer toute une directive sur la notion[667]. En outre, bien qu'il semble un peu s'écarter de la conception traditionnelle du capital social pour la nouvelle société privée européenne à venir mais, pour les formes sociales déjà consacrées, il n'a pas omis d'instituer le capital social comme garantie des créanciers. L'importance du capital social en droit communautaire se traduit ainsi et s'étend également au niveau des Etats membres qui n'ont pas hésité à adopter les textes communautaires.

§ 2. L'adoption par les Etats membres des textes communautaires sur le capital social

286. Les pays membres doivent transposer les textes communautaires adoptés par le parlement et le conseil de l'Europe[668] pour rendre effectif la garantie équivalente des

[665] Ibidem.

[666] B. LECOURT, Société privée européenne, art. préc., p. 431.

[667] Deuxième directive du Conseil des Communautés européennes adopté le 13 décembre 1976, n°77/91, JOCE n° L. 26, 31 janv. 1977, *Rev. soc.* 1977, op. cit.

[668] Au risque de faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice : Art. 169 à 171 du traité de Rome ; R. SINEY, Source, base et objet de la directive, *Gaz. Pal.* 1971, n° 3, p.1.

créanciers sociaux au sein de l'espace communautaire à savoir le capital social. Parmi ces Etats, la France **(A)** et l'Allemagne peuvent être présentées comme de bons élèves car elles imposaient déjà de manière anticipée le capital social à toutes leurs sociétés qui n'offraient que le patrimoine social en garantie **(B)**.

A. L'anticipation du droit français sur le capital social par rapport au droit communautaire

287. **L'anticipation du droit français sur le capital social par rapport à la première directive.** La plupart des textes français régissant les sociétés était par anticipation déjà conforme aux prescriptions communautaires avant même l'adoption finale de la première directive. En effet, la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967 ont permis au droit français d'être en grande partie en harmonie avec la vision juridique communautaire. Toutefois, ces lois ont été prises en fonction du projet de première directive de 1964[669]. La première directive du Conseil de 1968 n'est introduite en France que par une ordonnance[670] et un décret. Aucune modification n'est apportée sur la publicité du capital social des sociétés à risque limité. En effet, l'article 2 de la loi de 1966 inséré dans un chapitre préliminaire sur les dispositions générales prévoyait déjà la mention du capital social dans les statuts. Et le décret du 23 mars imposait à son article 6 la publicité du capital social au registre du commerce et des sociétés comme condition de constitution de la société. Cela dit, les sociétés à risque limité ne pouvaient se constituer sans capital social. Ainsi, le droit français sur le capital social est apparu conforme au droit communautaire de manière anticipée.

288. **L'anticipation du droit français sur le capital social par rapport à la deuxième directive.** Pour ce qui est de la deuxième directive de 1976, la France avait tout de même pris du retard pour se mettre en harmonie. L'alignement aux dispositions communautaires a été fait 5 ans après avec la loi du 30 décembre 1981[671]. Le législateur français avait compris la nécessité d'aligner son droit des sociétés sur la législation

[669] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, section 1, *Rép. Dr. com. soc*. 2010, n° 70.

[670] Ordon. n° 69-1176 du 20 déc. 1969, *Gaz. Pal.* 1970, 1, Législ., p. 37.

[671] Loi n° 81-1162 du 30 déc. 1981, *JCP* 1982, III, 52152.

communautaire compte tenu du vieillissement d'une partie de ses textes. La refonte du droit des sociétés par rapport à la deuxième directive a donc constitué un facteur de modernisation. Mais les modifications étaient mineures puisque la loi du 24 juillet 1966 imposait déjà un capital social minimum aux sociétés anonymes. En effet, l'article 71 de la loi disposait que : *"Le capital social doit être de 500.000 F au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 100.000 F au moins dans le cas contraire."* Le droit français sur le capital social apparaît comme un exemple. En effet, le montant minimum légal est même plus élevé que celui fixé par la directive. Il est même maintenu[672]. Les dispositions de ce texte étaient intégrées au chapitre IV applicable à toutes les sociétés par actions. Autrement dit, le capital social minimum était imposé aussi aux sociétés en commandite par actions. Le législateur français est ainsi allé au-delà de la prescription communautaire en imposant un capital social minimum à la société en commandite par actions. Cette rigueur a été également étendue aux sociétés par actions simplifiées lorsqu'elles sont créées par la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994. La loi de 1996 prescrivait également un capital social minimum aux sociétés à responsabilité limitée. En effet, l'article 35 de la même loi imposait un capital social minimum de 20.000 F au moins. L'effet modernisateur de la directive européenne de 1976 a été maximal dans la mesure où la législation nationale française a été au-delà des prescriptions communautaires[673]. Le droit français des sociétés à risque limité est apparu comme un model. Toutes les sociétés n'offrant que le patrimoine comme garantie des créanciers étaient soumises à l'exigence d'un capital social légal. Le droit africain s'est inspiré de ce droit pour offrir une protection aux créanciers.

Nous constations que le législateur français a transposé de manière anticipée la première directive en se basant sur les travaux préparatoires. C'est la loi du 24 juillet 1966 et le décret du 23 mars 1967 qui ont institué le capital social, garantie des créanciers, dans toutes les sociétés à risque limité.

La France n'était pas l'unique Etat qui exigeait déjà le capital social à ses sociétés avant l'adoption des directives, il y avait aussi l'Allemagne.

---

[672] Y. GUYON, La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social (L. 30 déc. 1981), art. préc., n° 9.

[673] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n° 70.

B. L'anticipation du droit allemand sur le capital social par rapport au droit communautaire

289. **L'anticipation du droit allemand sur le capital social de l'*Aktiengesellschaft* (l'AG).** Tout comme en droit français, le droit allemand se trouvait déjà être en grande partie en conformité avec les deux directives européennes. Le droit allemand classe les sociétés en deux catégories. Il y a d'un côté les sociétés de capitaux[674] et de l'autre les sociétés de personnes. Tout comme en France, les sociétés de capitaux constituées en considération des capitaux apportés par les associés étaient déjà régies par la loi du 6 septembre 1965. Autrement dit, le droit allemand des sociétés anonymes était déjà en harmonie avec la directive de 1968. Mais, il a été élaboré en fonction de l'esprit européen en vigueur[675]. En effet, pour la constitution l'*Aktiengesellschaft* (l'AG), l'équivalent de la société anonyme en France, la loi du 6 septembre 1965 prévoyait déjà la publicité de son capital social. La mention du capital au sein de *satzung*, pour désigner les statuts de l'AG[676], était déjà obligatoire pour obtenir l'immatriculation[677]. L'immatriculation de l'AG s'effectue au registre du commerce tenu par le tribunal d'instance à la demande des associés signataires des documents authentifiés par un notaire[678]. Elle a un effet constitutif dans le sens où l'AG n'existe qu'à compter de cette formalité. La société acquiert la personnalité morale et les associés peuvent ainsi se prévaloir de leur limitation de responsabilité à l'égard des tiers. Sur ce point, l'article 1er de la loi du 6 septembre 1965 définit l'AG comme étant la société dans laquelle : *"seul le patrimoine répond à l'égard des créanciers des engagements de la société et dont le capital est divisé en actions".* Ainsi, les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence du montant de leurs apports. La personnalité des participants s'efface derrière la caractéristique essentielle de l'AG qui est d'être une société de capitaux. Les associés ne sont pas tenus personnellement des dettes sociales. Pour ce qui est de la deuxième directive de

---

[674] Sur le dualisme des deux sociétés de capitaux en Allemagne v. P. HOMMELHOFF, Le dualisme des sociétés de capitaux en droit allemand ou la coexistence de l'AG et de la Gmbh, Droit et vie des affaires, *in* Etudes à la mémoire d'ALAIN SAYAG, Litec 1997, p. 131.

[675] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n° 70.

[676] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne juridique fiscal social comptable**, 7ème éd. 2004, n° 425, p. 56.

[677] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne**, op. cit., n° 428, p. 57.

[678] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne**, op. cit., n° 425 et s., p. 56 et s.

1976, le droit allemand était également en harmonie car il imposait déjà un capital social minimum à l'AG. En effet, la loi du 6 septembre 1965 prescrivait déjà à cette forme sociale un capital social légal. Ce capital social correspondait à DM 100 000 et aujourd'hui il est équivalent à 50.000€ depuis le 1er janvier 1999. Il se compose uniquement d'apports en numéraire et en nature. Comparé au capital social de la société anonyme française, celui prescrit en Allemagne reste supérieur à 37.000€.

290. **L'anticipation du droit allemand sur le capital social de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH).** Parmi les sociétés visées par la première directive de 1968, le droit allemand pouvait inclure la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH) l'équivalent de la société à responsabilité limitée en France. Cette forme sociale fut créée par la loi du 20 avril 1892 modifiée par la loi du 28 octobre 1994. Elle est très ancienne par rapport à la société à responsabilité limitée française. Cette antériorité reste logique puisque le législateur français s'en est inspiré en adoptant la loi du 7 mars 1925 créant la société à responsabilité limitée. La loi du 20 avril 1892 prescrivait déjà à la GmbH la publicité du capital social au sein de *Gesellschaftvertrag* (littéralement *"contrat de société")* pour désigner ses statuts[679]. Son existence juridique était déjà également conditionnée par les formalités d'immatriculation au registre du commerce[680]. Parmi ces formalités, la production de *Gesellschaftvertrag* était déjà obligatoire[681]. A défaut, la société ne pouvait déjà être constituée. La nullité pour non-respect de la mention obligatoire du capital social pouvait déjà se prononcer[682]. L'immatriculation a un effet constitutif dans le sens où la GmbH n'existe qu'à compter de cette formalité. La société acquiert la personnalité morale et les associés peuvent ainsi se prévaloir de leur limitation de responsabilité à l'égard des tiers. En effet, tout comme la société à responsabilité limitée française, les associés d'une GmbH sont responsables à hauteur de leur participation au capital social. La GmbH connaît aujourd'hui encore un succès incontestable[683]. Au 1er janvier 2005, 975.000 GmbH étaient enregistrées en Allemagne[684].

---

[679] Ibidem.

[680] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne**, op. cit., n° 609, p. 71.

[681] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne**, op. cit., n° 612, p. 72 et s.

[682] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Allemagne**, op. cit., n° 616, p. 74.

[683] G. HOHLOCH, Sources juridiques et règles applicables aux divers types de sociétés à responsabilité limitée à l'échelle européenne, *P. A.* 17 août 2006, n° 164, p. 9.

Pour ce qui est du capital social légal de la deuxième directive de 1976, le droit allemand étendait déjà cette exigence à la GmbH. Le législateur allemand s'est comporté comme le législateur français en élargissant l'exigence d'un capital social minimum aux GmbH. Le capital social minimum était de 50.000 DM. Aujourd'hui il correspond à 25 000€[685].

Le capital social est apparu comme une notion fondamentale dans la garantie des créanciers aussi bien au niveau de certaines législations internes qu'au niveau communautaire. Mais, pour certains pays membres, le capital social n'avait qu'une importance relative. Ils ont illustré cela en consacrant tardivement les textes communautaires et c'est cette réticence qui alimentera les critiques sur le capital social[686].

Sous-section 2. L'introduction tardive du capital social au sein des législations nationales

291. Nous ne pouvons fermer les yeux sur le fait que l'importance du capital social ne fasse pas l'unanimité. En effet, plusieurs Etats dont l'Angleterre n'imposaient plus le capital social aux sociétés à risque limité. C'est ainsi que l'on pourrait justifier l'introduction tardive du capital social au sein de certains Etats mais, également parce que plusieurs législations se caractérisaient, à la veille de l'adoption de la première directive, par un certain archaïsme[687]. En prenant deux directives sur le capital social, le législateur communautaire a contraint la plupart des Etats membres à reconsidérer le capital social comme garantie des créanciers[688]. Il ne s'agira pas de faire une étude exhaustive de tous les Etats ayant adopté une attitude méfiante à l'égard des textes communautaires mais, de montrer à partir de quelques exemple comment et pourquoi le capital social a été introduit ou réintroduit au sein de ces Etats membres **(§ 1)**.

[684] Ibidem.

[685] En ce qui concerne le règlement du 8 oct. 2001, c'est la loi du 22 déc. 2004 relative à la société européenne qui a transposé en droit allemand les dispositions de cette loi communautaire. V. http://www.avocat-droit-allemand.de/pdf/janfev05.pdf.

[686] A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes**, Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 4ème éd. 1997.

[687] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n° 71.

[688] Au risque de faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice : Art. 169 à 171 du traité de Rome ; R. SINEY, Source, base et objet de la directive, *Gaz. Pal.* 1971, n° 3, p.1.

Toutefois, profitant du vide juridique communautaire sur l'exigence d'un capital social minimum légal à l'ensemble des sociétés à risque limité, ces pays n'appliqueront que de manière limitée cette règle. Cela a entraîné des disparités au sein de l'Union obligeant les autres Etats à revoir leur législation **(§ 2)**.

§ 1. Les pays ayant introduit tardivement le capital au sein leurs législations

292. Plusieurs Etats membres ont introduit tardivement les directives européennes sur le capital social au sein de leurs législations. Ce fut le cas de l'Italie, le Luxembourg, Danemark, la Grèce, l'Espagne, les Pays-Bas, la Belgique **(A)**. Le cas de l'Angleterre sera traité séparément pour deux raisons. Ce pays avait abandonné toute référence au capital social au sein des sociétés anonymes[689] ce qui le rapprochait du droit américain[690] en ce qu'il laissait le soin aux statuts de prévoir l'essentiel des règles relatives aux capital social[691]. Mais aussi, parce qu'il est à l'origine des entorses sur le capital social minimum légal des SARL voire des SAS françaises **(B)**.

A. L'Italie, le Luxembourg, le Danemark, la Grèce, l'Espagne, les Pays-Bas et la Belgique

293. **L'introduction tardive des directives européennes dans les législations nationales.** Hormis notamment la France, plusieurs législations se caractérisaient, à la veille de l'adoption de la première directive, par un certain archaïsme[692]. C'était le cas de la *'loi italienne du 21 avril 1942, loi luxembourgeoise du 10 octobre 1915 pour la société anonyme et du 18 septembre 1933 pour la SARL, loi danoise de 1930 sur la société anonyme…loi*

---

[689] A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes**, Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 4ème éd. 1997.

[690] I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. Paris 1990.

[691] V. MAGNIER, **Rapprochement des droits dans l'Union européenne et variabilité d'un droit commun des sociétés**, préf. P. DIDIER, LGDJ 1999, p. 91, n° 253.

[692] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n° 71.

grecque de 1920 sur la société anonyme et de 1955 sur la SARL, loi espagnole du 17 juillet 1951 sur la société anonyme et du 17 juillet 1953 sur la SARL"[693]. Ces Etats ont profité des normes communautaires pour réformer leurs textes archaïques[694]. En effet, *"l'Italie réforme son droit des sociétés par un décret-loi du 29 décembre 1969, les Pays-Bas par les lois de 1970 et 1971, le Danemark par la loi du 13 juin 1973, l'Espagne par la loi du 25 juillet 1989."*[695]. *"La loi espagnole du 17 juillet 1951 ne prévoyait aucun capital minimum pour la constitution de la SA. Ainsi, dans l'avant-projet de 1978, il était prévu d'instaurer un capital minimum de cinq millions de Pesetas (250 000 francs)"*[696]. Il en était également de même aux Pays-Bas, *"avant l'introduction de la deuxième directive, sauf en ce qui concerne les sociétés d'assurance vie, la loi ne prévoyait aucun montant minimum du capital social"*[697]. Le droit belge des sociétés, auparavant éclaté dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (LCSC) et diverses lois annexes, se trouve depuis peu concentré dans le Code des sociétés[698]. Ce Code est le fruit de quatre réformes successives en droit des sociétés entré en vigueur le 6 février 2001[699]. Il tient compte du droit communautaire[700]. Le capital est un élément essentiel de la loi qui fixe le montant minimal requis pour pouvoir constituer la société anonyme (SA). L'article 437 du Code des sociétés belges la définit comme étant celle dans laquelle les actionnaires n'engagent qu'une mise déterminée. A sa constitution, un capital social minimum 61.500€ est imposé[701]. Chaque action est libérée à concurrence de 25% minimum. Tout

---

[693] Ibidem.

[694] Certes, ces pays n'avaient pas le choix car les deux directives communautaires en matière des sociétés adoptées en 1968 et en 1976 trouvent leur fondement dans l'article 189 du Traité de Rome. Ce texte dispose que : Pour l'accomplissement de leur mission, … le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis." L'alinéa 2 du même texte précise que : "Le règlement a une portée générale. II est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre." Et l'alinéa 3 du même texte poursuit en indiquant que : "La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens."

[695] B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n° 71.

[696] B. LECOURT, **Droit communautaire et constitution de sociétés**, th. préc., n° 144, p. 109.

[697] Ibidem.

[698] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Belgique juridique fiscal social comptable**, 6ème éd. 2002, n° 100, p. 43.

[699] Ibidem.

[700] Ibidem.

comme en France, en Allemagne, le législateur belge est allé au-delà des prescriptions communautaires en appliquant le capital social minimum à la société privée à responsabilité limitée (SPRL)[702]. C'est la loi belge du 5 décembre 1984 qui a profité de la deuxième directive pour réaliser de nouvelles extensions sur l'exigence d'un capital social minimum. Il est actuellement de 18.550€ et doit être intégralement libéré au moment de la constitution de la société en ce qui concerne les apports en nature[703]. En ce qui concerne les apports en numéraire, le principe est la libération échelonnée. A la création, chaque action est libérée à concurrence d'au moins 20% par action et au total au moins 6.200€[704].

Malgré leur retard, nous constatons que les pays membres de l'Union ont profité des normes communautaires pour moderniser leurs législations. Ces réformes sont passées par la prise en compte du capital social comme garantie des créanciers. Ainsi, les directives européennes liant les Etats membres ont permis l'extension du capital social au sein de l'espace communautaire. Le capital social, garantie des créanciers, triomphe ainsi même au sein des législations ayant précédemment abandonnées le capital social comme l'Angleterre.

B. L'Angleterre

294. Avant de se conformer au droit communautaire, le droit anglais a été longtemps sous l'influence du droit américain[705]. L'histoire de la considération puis de l'abandon du capital social en droit anglais trouve sa source dans l'évolution du droit américain. En effet, les législations américaines considéraient le capital social comme la garantie des créanciers.

---

[701] Art. 439 CSB.

[702] *"le droit communautaire a permis à certains États de connaître de nouvelles formes sociales. En effet, plusieurs États membres ne connaissaient pas, avant l'élaboration de la première directive ou avant leur adhésion à la Communauté, la SARL. C'est le cas des Pays-Bas qui, à la suite de la première directive, ont institué la SARL par une loi du 3 juin 1971, et du Danemark qui, après son adhésion à la Communauté, a introduit cette forme de société dans sa législation par une loi du 13 juin 1973. De même, à la suite de leur adhésion à l'Union européenne, la Finlande et la Suède ont introduit en droit interne une nouvelle forme de société afin de distinguer les sociétés privées des sociétés cotées"* : B. LECOURT, Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, art. préc., n°75.

[703] Art. 214 CSB.

[704] Art. 223 CSB.

[705] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 26, p. 19.

En effet, là où la limitation de responsabilité des associés était reconnue[706], les textes imposaient un capital social minimum légal[707]. Et en 1824, le célèbre arrêt *Wood* contre *Dummer* consacra définitivement le capital social en instrument de protection des créanciers des sociétés à risque limité. Cette jurisprudence énonce que la part de capital d'un actionnaire constitue *"un fonds de garantie pour le paiement des dettes de la société"*[708]. Ce système eut des répercussions en droit anglais lors de l'adoption du premier *Companies Act* en 1862[709]. Le droit anglais s'aligna à nouveau au droit américain lorsqu'il abandonna le capital social gage des créanciers sociaux[710] **(1)**. Ainsi, ce sont les directives communautaires liant tous les Etats membres de l'Union qui ont amené l'Angleterre à reconsidérer le capital social **(2)**.

1. La source de l'abandon en droit anglais du capital social minimum légal

295. **L'inexistence du capital social minimum à la formation des sociétés américaines à risque limité.** Les Etats-Unis étant organisés en un système fédéral, chacun des 50 Etats et le District of Columbia qui correspond à la capitale de Washington D.C., a sa propre législation dans un nombre important de domaine dont le droit des sociétés[711]. Parmi les sociétés à risque limité, il y a la *"Limited Liability Company "(*LLC) et la *"Corporation"*. C'est l'équivalent de la société à responsabilité limitée française ou encore de *the private company limited (Ltd)* anglaise. La LLC est apparue pour la première fois en 1977 dans la législation de l'Etat du Wyoming[712] et depuis qu'elle bénéficie du régime de la transparence

---

[706] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes,** op. cit., p. 30 et 31.

[707] D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme, *Banque et droit* 2004, p. 3.

[708] *Wood* v. *Dummer* 30 F Cas 435 (n° 17.944) (C.C.D. Me. 1824) cité par D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme, op. cit., p. 3, note n° 24.

[709] Sur la manière dont le droit anglais a été initialement transféré aux Etats-Unis d'Amérique , v. S. TUNC et A. TUNC, **Le droit des Etats-Unis d'Amérique : Sources et techniques**, Dalloz 1955, n° 18 à 29.

[710] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes,** op. cit., n° 35 et s, p. 52 ; I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. Paris 1990.

[711] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Etats-Unis juridique fiscal social comptable**, 7ème éd. 2001, n° 400, p. 69.

fiscale depuis 1988, cette forme sociale a été consacrée dans tous les Etats. C'est le régime fiscal de la LLC qui fait qu'elle se distingue de la société à responsabilité limitée française qui elle est soumise au régime fiscal de sociétés opaques. Toutefois, tout comme *the private company limited (Ltd)* anglaise, la LLC est dotée de la personnalité juridique, la responsabilité des associés est limitée aux apports et surtout aucun capital social n'est imposé. En ce qui concerne les sociétés par actions, le droit américain ne connaît qu'une seule forme sociale à but lucratif et c'est la *Corporation*[713]. Cette forme sociale pourrait être rapprochée de l'ancienne *the public company limited* (PLC) anglaise. C'est une forme sociale caractérisée par la souplesse et dont l'objet est de faciliter la vie des affaires[714]. Le droit applicable à sa formation n'est certes pas harmonisé dans le sens où chaque Etat prévoit sa législation. Cependant, il existe un point commun sur le capital social. Tout comme l'ancien régime anglais applicable à *the public company limited* (PLC), aucun Etat n'impose l'exigence d'un capital social minimum [715]. Par exemple, il n'est pas imposé à l'article 402 (a) de la loi New York ou encore à l'article 106 de la loi du Delaware. Mais comme le droit anglais *the public company limited* (PLC) s'est aligné à la deuxième directive européenne de 1976, il n'est donc plus possible d'opérer un rapprochement entre cette forme sociale et la *Corporation*. Aux Etats-Unis, il n'y a alors aucune exigence légale du capital social minimum dans les formes sociales[716]. La notion a totalement disparu du *Model Business Corporation Act* (MBCA), loi de référence des législations d'une trentaine d'Etats[717]. Il semble que la notion soit considérée comme un *vestige* dont le contenu est *flou*[718]. Le capital social n'est pas imposé comme condition de constitution de la société. Les législateurs américains ne sont pas attachés à la

[712] R. TURCON, Etude de droit comparé, *P. A.* n° 43, 9 avr. 1997, p. 28 à 31 ; Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Etats-Unis juridique fiscal social comptable**, op. cit., n° 500, p. 77.

[713] Le droit des affaires, Etats-Unis d'Amérique, société, collection Jupiter *LGDJ* 1987, p. 3 et s ; Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Etats-Unis juridique fiscal social comptable**, op. cit., n° 600, p. 82 et s.

[714] La "*Close corporation"* est en quelque sorte une SARL mais elle n'est pas une forme sociale autonome distincte c'est une variante de la "*Corporation".*

[715] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Etats-Unis juridique fiscal social comptable**, op. cit., n° 401, p. 67.

[716] Le droit des affaires, Etats-Unis d'Amérique, op. cit., n° 3, p. 1.

[717] Une évolution analogue a été un temps perceptible Outre-Manche.

[718] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes,** op. cit., n° 35 et s, p. 52 ; I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. préc. ; M. GERMAIN, Le capital de la société commerciale, *in* L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992, *RJ com*, n° spécial, nov. 1987, p. 28 et s.

conception traditionnelle européenne du capital social gage minimum des créanciers. D'ailleurs, il n'y a pas de contrôle légal de l'évaluation des apports en nature. Les droits étatiques sont donc généralement très souples quant à la réglementation du fonctionnement des sociétés. Cette liberté reconnue aux actionnaires traduit par ailleurs un laxisme légal qui a conduit au mouvement de *corporate governance.* En effet, face à l'internationalisation des investissements posant la question d'une meilleure protection des intervenants au sein de la société, l'organisation d'une plus grande rationalisation des pouvoirs au sein de la société afin de garantir non seulement la sécurité des actionnaires mais également celle des créanciers s'est imposée.

296. **La détermination statutaire du capital social de la corporation américaine.** Même si le capital social n'est pas imposé lors de la constitution d'une *corporation*, la notion n'est pas inexistante. En effet, en droit américain, on distingue le capital social autorisé *authorized capital* du capital social émis *issued capital.* Le certificat de constitution doit indiquer le nombre d'actions que la société sera autorisée à émettre ce qui correspond au capital social autorisé. Une fois le nombre maximal d'actions déterminé, le Conseil doit procéder à l'émission effective de ces actions. Ainsi, le droit américain applicable à la *corporation* reste de nature contractuelle ce qui n'est plus le cas de *the public company limited* (PLC) depuis la loi 1980 ayant mis en harmonie le droit anglais avec la deuxième directive européenne. *Le droit anglais des sociétés anonymes*[719] s'est institutionnalisé. Par exemple, *le droit américain des sociétés anonymes*[720] se contractualise de la façon suivante : les actions de la *corporation* n'ont pas nécessairement une valeur nominale en outre elles peuvent ne pas être libérées dès la constitution de la société. Tout ceci traduit la souplesse de la législation applicable à la *Corporation*. En plus, il n'existe aucune obligation de publier les statuts de la société car c'est un document purement interne à la société. A ce niveau, la *Corporation* peut être rapprochée de la société en participation française, qui conformément à l'article 1871du Code civil, n'est pas immatriculée au registre du commerce et des sociétés ou encore de l'ancienne société anonyme d'avant le Code de commerce de 1807. Toutefois, l'absence de publicité de la *Corporation* n'entraîne pas l'inexistence de la société qui reste dotée de la personnalité morale. Elle acquiert personnalité morale dès son enregistrement auprès du

[719] A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes**, op. cit.

[720] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes**, op. cit.

Secretary of state. La mention du capital social dans le dossier n'est pas une condition pour obtenir le certificat de constitution. Une fois la personnalité morale acquise, une assemblée constitutive *organization meeting* est tenue pour organiser la souscription du capital social. La souscription doit se faire par un contrat dûment signé comme le prévoit l'article 166 de la loi du Delaware par exemple. Toutefois, certaines législations distinguent entre les souscriptions préalables à *l'incorporation* et celles qui sont postérieures. Par un accord préalable à la constitution de la société, les futurs actionnaires peuvent convenir qu'une fois la société formée chacun d'entre eux se portera acquéreur d'un certain nombre d'actions. L'accord préalable de souscription est ferme et irrévocable pendant une période donnée. Ce qui permet d'éviter qu'une des parties ne se dérobe une fois la société constituée alors que les autres comptaient sur sa participation. Les actions souscrites peuvent être libérées soit entièrement dès leur souscription soit par versement successif prévu par le contrat de souscription ou fixé par le conseil d'administration. En cas de défaut de souscription, la société peut poursuivre le souscripteur défaillant pour recouvrer les sommes dues. Le conseil peut aussi révoquer la souscription ou encore la part non libérée peut être revendue aux enchères.

2. La reconsidération du capital social

297. **Le capital minimum légal *the public company limited* (PLC) .** Contrairement aux législations française et allemande notamment, le droit anglais n'était pas conforme de manière anticipée à la deuxième directive de 1976. La législation anglaise en matière des sociétés était assez libérale. Le capital social n'était plus considéré comme le gage des créanciers. Alors il n'était pas imposé même aux plus grosses structures juridiques[721]. De ce fait, la législation communautaire est apparue comme étant rigide. C'est probablement ce qui justifie sa transposition tardive par l'adoption de la loi de 1980. Ainsi contrairement aux autres pays européens qui connaissaient déjà l'application du capital social légal, les anglais ont considéré cette notion comme garantie des créanciers qu'à partir de 1980. Toutes les règles continentales relatives au capital social minimal, la souscription intégrale, la libération du

[721] B. LECOURT, **Droit communautaire et constitution de sociétés**, th. préc.., n° 144, p. 109 ; V. MAGNIER, **Rapprochement des droits dans l'Union européenne et variabilité d'un droit commun des sociétés**, op. cit., p. 93-92.

quart, la vérification des apports en nature s'appliqueront[722]. Ces règles s'appliquent aux sociétés à risque limité à savoir *the public company limited* (PLC) qui comporte des modalités à savoir *the public company limited by guarantee* et *the public company limited by* shares[723]. Dans cette dernière modalité, la responsabilité des associés est limitée au montant non libéré des parts qu'ils détiennent. Le *memorandum* doit indiquer le capital autorisé (*authorised share capital*) d'au moins 50 000 £[724]. La distinction entre le capital autorisé et le capital émis (*issued Capital*) permet de procéder à une nouvelle émission d'actions (*unissued Capital*) sans avoir à recourir à une assemblée d'actionnaires[725]. Avec le nouveau texte de loi, le Companies Act de 2006, c'est la *Constitution de la société*, document unique regroupant l'ensemble des informations obligatoires qui indique désormais le montant du capital social[726]. Avant le début de l'activité, il doit avoir été souscrit des parts sociales pour une valeur d'au moins 50 000 £. Un quart soit 12 500 £ doit être libéré. Pour le décompte de la libération du quart, il est pris en compte la libération de chaque actionnaire dans le sens où ils doivent individuellement libérer le quart de la valeur nominale des actions souscrites. Le droit anglais s'est conformé au droit communautaire en exigeant même un capital social minimum beaucoup plus important que celui imposé en France et même en Allemagne. Une PLC nouvellement constituée ne peut exercer une activité tant que le certificat n'a pas été obtenu. Ce certificat atteste que la société a émis des parts sociales à hauteur du capital social minimum obligatoire. L'obtention par le Registre des Sociétés (*Companies House*) d'un certificat en complétant le formulaire nº 117 est la preuve que la société a le droit d'exercer une activité. Le droit anglais impose désormais le capital social aux sociétés anonymes. Même si tel n'est pas le cas dans les autres sociétés à risque limité.

---

[722] A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes**, op. cit.,.

[723] La première mesure autorisant l'immatriculation de sociétés était le *joint stock companies Act* de 1844. Le principe de la limitation de la responsabilité a été consacré par le *limited Liability Act* de 1855. Cette loi a été très vite abrogée, pour être remplacée par le *joint stock companies Act* de 1856, qui est le précurseur des lois modernes sur les sociétés. V. Le droit des affaires dans les pays de la CEE, Grande Bretagne, société, collection Jupiter *LGDJ* 1991.

[724] Dossiers internationaux Francis Lefebvre, **Royaume-Uni, juridique fiscal social comptable**, 3ème éd. 2003, n° 405, p. 51.

[725] K. JESTIN, La réforme du droit anglais des sociétés opérée par le Companies Act 2006 : analyse et perspective, *Bull. Joly*, 01 août 2008, n° 8, p. 727.

[726] Ibidem.

298. **La détermination du capital social au sein *the private company limited* (Ltd).** Au Royaume-Uni, on retrouve également une autre catégorie de sociétés à risque limité la *private company limited* l'équivalent de la société à responsabilité limitée en France. C'est une société privée dotée de la personnalité morale et qui n'est pas une société publique. Ici également, on retrouve des modalités qui sont *the privat company limited by guarantee* et *the privat company limited by* shares. Dans la *private company limited by shares,* la responsabilité des associés est limitée au montant non libéré des parts qu'ils détiennent alors que la *private company limited by garantee*, la responsabilité des associés est limitée au montant auquel ils se sont engagés à contribuer si la société est liquidée. En ce qui concerne le capital social, l'ancien *compagnies Act* de 1985 n'imposait aucun minimum. Le nouveau Companies Act de 2006 maintient cette absence d'exigence de minimum légal. Toutefois, l'obligation de prévoir lors de la création de la société un capital autorisé (*authorised share Capital*) a été supprimée[727].

Grâce aux directives européennes, le capital social rayonne même au sein des législations des Etats membres qui avaient abandonné toute référence à cette notion. En effet, le droit anglais astreint toutes les sociétés à risque limité (Ltd et PLC) à l'exigence d'un capital social conformément à la première directive de 1968 et il exige un minimum légal à sa société anonyme conformément à la deuxième directive de 1976. Mais, en dehors de ces formes sociales à risque limité, le législateur anglais s'est autorisé une liberté quant à l'exigence d'un capital social. Cette attitude a eu un impact sur la législation des Etats membres qui avaient étendu l'application des directives européennes à toutes les sociétés à risque limité.

§ 2. Les conséquences de l'absence de réglementation communautaire sur le capital minimum légal à l'ensemble des sociétés à risque limité

299. La France s'est montrée en exemple avec sa loi du 24 juillet 1966 qui avait remarquablement anticipé sur le capital social légal au sein de toutes les sociétés à risque limité. Mais, l'Angleterre n'introduit que limitativement l'exigence du capital social au sein de son droit des sociétés. Ainsi, elle n'a pas cherché à étendre l'exigence d'un minimum légal aux sociétés à risque limité qui n'étaient pas visées par la deuxième directive. Cette situation a

[727] Ibidem.

entraîné des différences de législations au sein de l'espace communautaire réduisant la compétitivité des certaines sociétés à risque limité. L'attitude du législateur anglais n'aurait probablement pas engendré des conséquences sur les législations des Etats favorables au capital social si la Cour de justice n'avait pas mis en avant la liberté d'établissement au détriment de l'exigence d'un minimum légal dans l'affaire Centros[728]. En effet, c'est suite à cette jurisprudence que certains législateurs ont été influencés toutefois en ne franchissant pas le rubicon dans la mesure où la première directive astreint les SARL à l'exigence d'un capital social statutaire. Il nous semble alors que le recul du capital social dans l'espace communautaire reste donc un semblant malgré l'influence produit par l'arrêt Centros. C'est dire que cette influence reste limitée **(A)** bien qu'une partie de la doctrine évoque sans cesse l'inutilité du capital social. En effet, après avoir précédemment mené une étude qui a permis de comparer le capital social aux autres garanties possibles des créanciers au sein d'une société[729], l'inutilité du capital social n'a pu être démontré. Cette étude nous permet dès à présent de faire prévaloir ses conclusions. Celles-ci rejoignent l'avis des auteurs favorables au capital social, garantie des créanciers. Cela dit, l'inutilité du capital social reste discutable[730] **(B)**.

A. L'influence limitée de la jurisprudence communautaire

300. **Le choix de la liberté d'établissement au détriment de l'exigence d'un capital social légal.** Le champ territorial d'application de la deuxième directive est plus vaste car les pays comme le Royaume-Uni sont visés. La directive européenne a pour but de *"coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés"*. La protection des créanciers doit être assurée par les mêmes garanties. C'est le capital social qui est utilisé comme garantie équivalente des créanciers et des associés. Cette même exigence permet de supprimer les *"restrictions à la liberté d'établissement qui existent à l'intérieur de la communauté"*. Toutefois, le législateur communautaire n'impose pas un

[728] CJCE. 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Bull. Joly* 1999, p. 705, § 157, note J.-PH. DOM ; *D.* 1999, p. 550, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 1999, p. 386, note G. PARLEANI ; *JCP* E 1999, p. 1285, n° 3, obs. Y. REINHARD.

[729] V. Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2 , Partie 1 de ces travaux.

[730] G. ANDRIEUX, **Capital social et protection des créanciers. Approche comparative France/Etats-Unis**, Global Jurist Topics, 2002, vol. 2, issue 2, art. 3.

capital social minimum légal aux autres formes sociales à risque limité. Cette absence de texte a donné naissance à des litiges. En effet, alors que certains membres ont étendu les dispositions de la deuxième directive de 1976 aux autres sociétés à risque limité en leur imposant la formation d'un capital social légal, d'autres au contraire ont laissé le choix à ces formes sociales de déterminer librement le montant du capital social minimum. Par l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999[731], la Cour de justice s'est prononcée en faveur du principe du libre établissement des sociétés commerciales dans l'espace communautaire au détriment de l'exigence d'un capital social minimum. Dans les faits, la législation du Royaume-Uni ne soumettant les sociétés à responsabilité limitée à aucun capital social légal, le capital social de Centros, Ltd the private limited company enregistrée en 1992 en Angleterre, qui s'élève à 100 UKL, n'a été ni libéré ni mis à la disposition de la société. C'est ainsi que les autorités danoises ont refusé de procéder à l'immatriculation de la succursale de Centros au motif qu'elle cherchait à éluder les règles nationales relatives à la libération d'un capital minimal fixé à 200 000 DKR. Or, la loi danoise n° 886 du 21 décembre 1991 avait étendu le dispositif communautaire à la société à responsabilité limitée afin de protéger les créanciers publics ou privés et les cocontractants mais également pour lutter contre les faillites frauduleuses. Pour le gouvernement danois, le contour de l'application du droit national régissant la constitution de sociétés à responsabilité limitée constituait un usage abusif du droit d'établissement. Après de nombreux recours non fructueux, Centros a porté son recours devant le Højesteret qui surseoit à statuer pour poser à la Cour de justice une question préjudicielle[732]. A cette question, la Cour de justice répond que : *"La pratique consistant, dans un État membre, à refuser, dans certaines circonstances, l'immatriculation d'une succursale d'une société ayant son siège dans un autre État membre, aboutit à empêcher des sociétés constituées en conformité avec la législation de cet autre État membre d'exercer le droit d'établissement qui leur est conféré par les articles 52 et 58 du traité."* Elle remet en cause l'application de la législation danoise en contraignant les autorités à procéder à l'immatriculation de la succursale anglaise malgré

[731] CJCE. 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Bull. Joly* 1999, op. cit.

[732] *"Est-il compatible avec l'article 52, ainsi qu'avec les articles 56 et 58, du traité CE de refuser l'immatriculation d'une succursale d'une société établie dans un autre État membre et qui, sur la base d'un capital social de 100 UKL (environ 1 000 DKR), a été constituée légalement et existe en conformité avec la législation de cet État membre lorsque la société en cause n'exerce pas elle-même d'activités commerciales, mais qu'il est envisagé de constituer ladite succursale pour exercer l'ensemble de l'activité dans le pays où elle est constituée, et qu'il y a lieu de considérer que la méthode utilisée vise à éviter de constituer une société dans ce dernier État membre dans le but de se soustraire à la libération du capital minimum de 200 000 DKR (à présent 125 000 DKR)?"*

l'exigence d'un capital social minimum. En effet, selon la Cour : *"les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement visent précisément à permettre aux sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, d'exercer par l'intermédiaire d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale, des activités dans d'autres États membres."* Dans ces conditions poursuit le juge communautaire, *"le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité."* Cet arrêt a été confirmé par un arrêt du 30 septembre 2003[733]. C'est cette jurisprudence qui a obligé les Etats membres à revoir le capital social des autres sociétés à risque limité.

301. **Le recul en apparence du capital social au sein des législations nationales.** L'arrêt *Centros* du 9 mars 1999 consacrant la liberté d'établissement au détriment de la règle du capital social légal a obligé les Etats membres à *"réfléchir en terme d'attractivité du droit national"*[734]. L'harmonisation du droit communautaire des sociétés à risque limité autres que les sociétés anonymes s'est faite vers *"le bas"* en réaction de défense par rapport à la *Ltd the private* anglaise. Les législations des Etats membres sur le capital social se sont orientées *"vers le moins disant ou le moins exigeant"*[735]. Il en est ainsi du droit français avec loi sur l'initiative économique du 1er août 2003 supprimant l'exigence du capital social minimum au sein des sociétés à responsabilité limitée et la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 excluant le capital social minimum légal des sociétés anonymes aux sociétés par actions simplifiées. Toutefois ce recul ne concerne que l'exigence du minimum légal puisque ces formes sociales sont tenues sur le fondement de l'article 1835 du Code civil de constituer un

[733] CJCE. 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Bull. Joly* 2003, p. 1296, § 272, note M. MENJUCQ ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note J.-PH. DOM.

[734] M. MENJUCQ, Perspectives européennes du capital social *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 147.

[735] Ibidem.

capital social statutaire. Les principes de souscription intégrale, de libération intégrale et d'évaluation des apports en nature leurs sont applicables. Il en est également de même des principes d'intangibilité et de fixité du capital interdisant toute reprise du capital en cours de vie sociale. Si le législateur français s'est laissé influencer par la jurisprudence de la Cour de justice et le droit anglais des sociétés à responsabilité limitée, il n'en est pas de même des autres législateurs. Le législateur allemand voulait exiger un capital minimum de seulement un euro puis un capital social réduit à 10 000€ pour la GmbH dans son projet de loi relatif à la modernisation du droit de la GmbH et de lutte contre les abus[736]. Au final, il a laissé à 25 000€ le capital social de la GmbH. Mais, une solution transitoire pour la GmbH a été tout de même trouvée en introduisant la ***"Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)"*** avec un capital d'un euro. Plusieurs autres pays ont volontairement maintenu le capital social minimum des sociétés à responsabilité limitée. C'est le cas de l'Autriche avec 35 000 €, la Pologne avec 13 000 €, le Portugal 5 000 €, la Slovaquie 5 000 € ou encore l'Espagne 3 012 € etc. [737]. Les législations des Etats membres sont attachées au capital social minimum légal. Certaines d'entre eux comme la France ont supprimé l'exigence du minimum sans pour autant se départir totalement du capital social au sein des autres sociétés à risque limité. Toutefois, cette suppression a engendré l'absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence du capital social légal.

Cette étude permet de constater que les législations nationales qui avaient étendu l'exigence d'un capital social minimum aux sociétés à risque limité non visées par la deuxième directive ont certes supprimé cet impératif mais, elles ne sont pas allées au-delà de cette atteinte. En effet, la première la directive impose encore l'exigence d'un capital social statutaire au sein des SARL. En outre, cette simple exigence du législateur communautaire semble favorable aux petits entrepreneurs. En effet, il n'est pas nécessaire de leur imposer un minimum légal qui pourrait se révéler trop coûteux. La société est obligée de rémunérer des titres de capital social dont elle n'a pas besoin mais que la loi exige. En l'absence de cet impératif, la société aurait fixé un capital social moindre. Il s'agit là de l'une des conséquences justifiant qu'il ne soit pas nécessaire d'imposer un minimum légal au sein de toutes les sociétés à risque limité. Nous aurons l'occasion d'en dire un peu plus dans la section qui suit. Mais, la

[736] A. BOTTIAU et M. MARTINEK, La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH, *Bull. Joly*, 01 sept. 2009, n° 165.

[737] Ibidem.

suppression de cet impératif au sein des législations a suscité des controverses sur l'utilité du capital social.

B. Les controverses sur l'utilité du capital social

302. **Les critiques relatives du groupe d'expert.** Le Groupe du haut niveau d'experts en droit des sociétés créé par la Commission européenne en septembre 2001 a formulé des critiques sur le capital social légal dans son Plan d'action du 4 novembre 2002. Au chapitre IV intitulé *"constitution et maintien du capital"*, il a souligné qu'en pratique le capital social légal ne permet pas "*d'atteindre de manière efficace ces objectifs"*. Il indique en outre que *" Le régime européen du capital légal…n'est pas non plus un avantage concurrentiel"*. Il reconnaît les critiques qui sont proférées à l'encontre de la notion pour *"son incapacité à protéger les créanciers"*. Il pense que *"le régime actuel est à la fois trop rigide et coûteux"*. C'est dans ces conditions qu'il a proposé trois solutions pour améliorer le régime actuel du capital social. La deuxième solution proposait *"une rupture radicale avec la notion de capital légal, ainsi qu'avec nombre de règles sur la constitution et le maintien du capital"*. La dernière approche proposait la suppression tout simplement de la notion de capital légal. Toutefois, avant ces critiques le Groupe du haut niveau d'experts en droit des sociétés a d'abord reconnu que : *"la notion de capital légal est considérée comme un des piliers du droit européen des sociétés. Sa principale fonction est de protéger les intérêts des créanciers et des actionnaires."* Très peu d'intervenant ont été favorables à la deuxième solution. Les avis étaient plutôt partagés entre la première et la troisième approche. La première solution préconisait le maintien du capital légal en l'améliorant. Le groupe indique que *"le capital minimum obligatoire ne doit être ni supprimé, ni augmenté"*. Tout ceci dit, malgré les critiques formulées par le Groupe, celui-ci reconnaît l'importance du capital légal institué par la deuxième directive. Pourtant, la doctrine s'est montrée très hostile à la méthode de coordination de cette directive comme en témoigne les développements qui vont suivre.

303. **L'hostilité doctrinale envers la méthode communautaire de coordination adoptée par la deuxième directive de 1976 et mise en avant de la position du législateur national par rapport au capital social.** Les réceptions nationales de la norme communautaire n'ont pas toujours été accueillies favorablement par la doctrine. Ainsi,

certains auteurs ont critiqué la méthode communautaire de coordination adoptée par la deuxième directive de 1976. Ainsi, il a été dit que les instances communautaires *"ont fait de l'unification, non de l'harmonisation"*[738]. Il est souligné que cette méthode est contraire à celle initiée par la première directive. En effet, celle-ci dicte uniquement des devoirs sous forme d'objectifs à atteindre par les Etats membres[739]. Il est alors reproché au législateur communautaire d'avoir unifier les législations nationales en leur imposant un capital social pour la constitution de la société anonyme[740]. C'est pourquoi le droit communautaire est apparu comme un élément perturbateur du droit des sociétés interne. Dans ce sens, il a été dit que *: "l'intrusion du droit communautaire ne facilite pas la cohérence du droit.* Ainsi, il : *" donne parfois aux juristes britanniques l'impression d'une invasion de barbares qui, faute d'avoir de bonnes institutions, multiplient des règles mesquines et peu efficace"*[741]. Les pays anglo-américains étaient considérés comme ceux *"emprunts de pragmatisme"*[742] puisque le capital social ne représentait *"qu'une réalité comptable et non économique, notamment du fait de l'inflation"*[743]. Ainsi, la notion ne sert à rien dans le sens où les missions qui lui sont assignées peuvent se faire sans y recourir[744]. C'est ce qui a justifié son effacement aux Etats-Unis en 1980 du *« Model Business Corporation Act »,* loi de référence dont s'inspirent les législations d'une trentaine d'Etats[745]. La notion est devenue floue aux Etats-Unis d'Amérique[746]. Ainsi, la doctrine a permis de comprendre que la norme communautaire n'a pas toujours été accueillie favorablement. Toutefois, toutes les législations des Etats membres se sont conformées au droit communautaire. Cela a permis d'harmoniser les législations des

---

[738] R. RODIERE, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre du C.E.E, *RTD Europ.* 1965, p. 351.

[739] R. RODIERE, L'harmonisation des législations européennes dans le cadre du C.E.E, art. préc., p. 352.

[740] J. DENECKER, La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, art. préc., p. 666.

[741] A. TUNC, **Le droit anglais des sociétés anonymes,** op. cit., p. 21.

[742] V. MAGNIER, **Rapprochement des droits dans l'Union européenne et variabilité d'un droit commun des sociétés**, op. cit., p. 93-92.

[743] Ibidem.

[744] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes,** op. cit., n° 35, p. 52.

[745] Ibidem ; I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes**, th. Paris 1990 ; M. GERMAIN, Le capital de la société commerciale, op. cit., p. 28 et s.

[746] Ibidem.

Etats membres. Le capital social légal est utilisé comme garantie équivalente malgré les criques formulées contre ce mode de protection illustrées dans les développements qui vont suivre.

304. **L'hostilité doctrinale envers la réglementation communautaire sur le capital social légal et mise en avant de la doctrine favorable à la notion.** La doctrine a également illustré son hostilité envers le capital social légal communautaire en l'assimilant à un *"mythe"*[747] *"ancré au cœur du droit continental des sociétés anonymes"*[748]. Certains estiment que la réglementation communautaire freine et empêche les initiatives des agents économiques tout en allant à l'encontre de la renaissance de la liberté contractuelle en droit des sociétés[749]. D'autres auteurs ont exprimé leur *douleur* en indiquant qu': *"il est assez piquant qu'à l'heure où des juristes de divers pays s'interrogent sur l'utilité et l'avenir du capital social, le Conseil des Communautés européennes proclame la nécessité de préserver le capital, gage des créanciers"*[750]. Alors même que le capital social est présenté comme *"une institution qui parait vieillotte et dépassée… "*[751]. Ces multiples attaques portées au capital social *"reflète un certain désenchantement"* voire *"une certaine désillusion"*[752] dans la mesure où les entorses législatives ont, en plus, engendré une absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence d'un capital social légal dans les sociétés à risque limité. C'est probablement pour répondre à ces critiques que le législateur communautaire s'écarte de l'approche traditionnelle qui considère l'exigence du capital social minimum comme moyen de protection des créanciers dans son règlement sur la création d'une société privée européenne. Le législateur remplace la règle du capital social légal par l'établissement d'un test de bilan qui permet de vérifier qu'une fois les distributions réalisées, l'actif de la société

[747] G. PARLEANI, Réflexions sur l'utilité de la notion et son avenir, *Rev. soc.* 2005, p. 19 ; D. CARAMALLI et E. CAFRITZ, Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme, op. cit., p. 3.

[748] G. PARLEANI, Réflexions sur l'utilité de la notion et son avenir, op. cit., p. 19.

[749] B. LECOURT, L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? *Rev. soc.* 2004, n° 42. Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés ; Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés Bruxelles, le 4 novembre 2002 : http://ec.europa.eu/old-address-ec.htm.

[750] J. DENECKER, La deuxième directive du Conseil des Communauté européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, op. cit., p. 661.

[751] Y. GUYON, La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social art. préc., 3067.

[752] A. PIETRACOSTA, Capital zéro ou zéro, art. préc. p. 127.

privée européenne couvrira le passif dans son intégralité. La proposition fixe le montant minimum de son capital social à un euro alors même que la société privée européenne rentre dans la catégorie société à risque limité. Malgré tout, le capital social reste une notion importante en droit communautaire. D'ailleurs, le Parlement européen a ajouté une exigence si la société privée européenne n'est pas en mesure de signer un certificat de solvabilité attestant qu'elle peut payer ses dettes. Le législateur communautaire propose de revenir sur l'approche traditionnelle du capital social en imposant 8000€. Le capital social permet de satisfaire au minimum les intérêts des créanciers. Il a été dit que : *"presque tout les systèmes aboutissent à des résultats à peu près comparables*[753].

305. **L'hostilité doctrinale sur le capital social comme garantie des créanciers et mise en avant de la doctrine favorable à la notion.** L'adoption de plusieurs lois modifiant la loi du 24 juillet 1966 par rapport au capital social a conduit la doctrine à s'interroger sur l'utilité du capital. Dans une séance du 18 mars 1948, certains membres de la Commission de réforme du Code de commerce et du Droit des sociétés français ont émis des doutes de l'utilité du capital[754]. En effet, M. LAGARDE, membre de la Commission, estimant que *"la loi est destinée à édicter des commandements et non des principes"*[755], pour cette raison il est d'avis *"de supprimer de la rédaction précédemment adoptée que le capital est le gage exclusif des créanciers"*. M. RAULT, quant à lui, *" doute de l'utilité d'une définition du capital"*[756]. La doctrine observe *"qu'il y a bien longtemps que le capital social a perdu de sa signification"*[757] et que *"chacun sait aujourd'hui qu'il ne constitue en aucun cas le gage des créanciers, qu'il disparaîtra d'ailleurs vraisemblablement le lendemain de l'immatriculation…"*[758]. Elle observe qu'il est *"un élément ne servant plus à grand chose"*[759]

---

[753] H. LE NABASQUE, La fin de la connexion apports/capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 124.

[754] V. Travaux de la Commission de réforme du Code de commerce et du Droit des sociétés, séances du 18 mars 1948 et 4 novembre 1949, LGDJ, 1952, 2ème vol. p. 126 et 127.

[755] Ibidem.

[756] Ibidem.

[757] Y. REINHARD, Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004, *in* Des lois Initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées, op. cit., p. 6.

[758] Ibidem

[759] T. MASSART, La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus, op. cit., p. 632.

et qu' *"Il se présente comme une contrainte inutile susceptible de freiner l'initiative économique"*[760]. L'insolvabilité du Crédit Lyonnais est citée en exemple alors même qu'il avait un capital social d'environ 9 milliards de francs[761]. La doctrine constate aussi que *"l'utilité pratique du capital est nulle si l'actif social est tombé à zéro, car le capital ne correspond alors plus à rien de concret"*[762]. Et elle évoque aussi un *"attachement fétichiste du droit français"* à un *"relique barbare"*[763]. Ces critiques ont conduit certains auteurs à s'interroger sur *"la grandeur et la décadence" "du capital social"*[764]. D'autres à se questionner sur l*'avenir du capital social* en organisant un colloque[765]. Ceux qui ont préparé ce colloque avaient envisagé de lui donner un titre prophétique, la *"mort du capital"*[766]. Compte tenu du fait qu'ils considèrent le capital social inutile, il est proposé de le réduire à zéro[767]. Une autre partie de la doctrine est allée au-delà de la critique en proposant de l'exclure définitivement du système juridique français[768]. Un auteur estime que puisque le capital social ne remplit plus sa mission de garantie des créanciers, il doit être supplanté par une notion plus concrète qu'est l'actif social[769]. Il a aussi été proposé de substituer la situation nette comme garantie des créanciers au capital social[770]. Alors même qu'il a été relevé que la notion de situation nette *" semble être une erreur à éviter"*[771] dans *"l'évaluation correcte"*[772] du patrimoine social[773].

---

[760] Ibidem.

[761] K. J. HOPT, Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés, *Rev. soc*. 2009, p. 313.

[762] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 110.

[763] P. COUDIN, Prime et capital, art. préc. p. 31.

[764] Le capital social : grandeur ou décadence ? colloque des 3, 4 et 5 mars 1977 de Paris II, de l'Association française des juristes d'entreprises, de l'I.D.A et de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires.

[765] A. COURET et H. LE NABASQUE, Quel avenir pour le capital social ? préc.

[766] P. LE CANNU, les rides du capital social, art. préc., p. 3.

[767] A. PIETRACOSTA, Capital zéro ou zéro capital art. préc., p. 134.

[768] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc., n° 9, p. 24 à 27. p. 211

[769] B. BRIGNON, **L'actif social. plaidoyer pour la reconnaissance de la notion**, th. Aix - Marseille 2009, n° 367.

[770] Ibidem.

La notion de situation nette est aussi considérée comme étant *"un peu plus étroite"*[774] et *"exclut les éléments susceptibles d'être réintégrés aux résultats soumis à l'impôt, subventions d'investissement et provisions réglementées"*[775]. C'est la raison pour laquelle d'autres auteurs substituent les capitaux propres comme garantie des créanciers. Ils représentent les moyens de financement que l'entreprise n'aura pas à rembourser avant sa dissolution et *"leur montant est une indication essentielle dans l'appréciation de la situation de l'entreprise. "*[776]. Il a été dit dans ce sens que *"les paramètres opérationnels du droit des sociétés sont en vérité les capitaux propres et le patrimoine social"*[777]. Toutefois, la doctrine reconnaît aussi l'utilité du capital social dans la protection des créanciers. *"institution inadaptée, inefficace, bref inutile : ces critiques sont pour le moins excessives et doivent être reconsidérées"*[778] relève Mme Dana - Demaret. Il est affirmé que : *"le capital social joue bien le rôle de garantie, ce qui n'est jamais le cas des capitaux propres. Mécanisme destiné à bloquer des fonds – certes si les pertes n'ont pas réduit ces derniers à néant, mais, comment empêcher les pertes – le capital joue à la manière d'une sûreté. On ne peut pas en dire de même des capitaux propres, car les richesses d'un débiteur ne constituent pas en elles-mêmes, pour le créancier, une sûreté. Il faut davantage, et parfois tout autre chose : le capital social joue ce rôle de sûreté sur capitaux propres."*[779] M. le professeur Le Cannu, dans son article intitulé : *"Les rides du capital social"* reconnaît l'utilité du capital social en indiquant qu'il : *"reste un indice de solvabilité"*[780]

---

[771] F. BRUCK, La notion de situation nette, réalité ou chimère ?, *Rev. soc.* 1962, p. 15 ; contra. A. DALSACE, A propos de l'article de M. BRUCK, "La notion de situation nette, réalité ou chimère ?", *Rev. soc.* 1962, p. 18 ; A. DALSACE, La notion de situation nette et le droit des sociétés, *Rev. franç. comptabilité*, 1961,

[772] F. BRUCK, La notion de situation nette, réalité ou chimère ?, *Rev. soc.* 1962, p. 15.

[773] Ibidem.

[774] D. VIDAL, **Droit des sociétés**, 5ème éd. LGDJ 2006, n° 500, p. 259; v. également J. STOUFFLET, Les capitaux propres, art. préc., p. 550.

[775] Ibidem.

[776] J. STOUFFLET, Les capitaux propres, art. préc., p. 542.

[777] Y. REINHARD, L'actif net des sociétés (Les capitaux propres), Etude dédiées à RENE ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ 1984, p. 7.

[778] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. conclusion, p. 358.

[779] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 34, p. 26 et 27.

[780] P. LE CANNU, les rides du capital social, op. cit., n° 11, p. 63.

L'inutilité du capital social n'est pas avérée au regard de ces critiques. En effet, il convient de rappeler que le capital social participe à la stabilité des fonds propres grâce à son principe d'intangibilité. La société constitue une valeur correspondant au capital social qu'elle bloque à l'actif, pendant toute son existence, pour garantir la protection des créanciers. C'est la raison pour laquelle, le droit communautaire tout comme le droit français attache une importance à cette notion dans les sociétés qui n'offrent pas le patrimoine privé des associés en garantie.

*

* *

306. Nous constatons que le capital social, garantie des créanciers trouve sa source dans la législation communautaire. Ayant utilisé deux directives sur le capital social, le législateur communautaire a volontairement voulu que le capital social soit considéré comme une garantie équivalente dans l'espace communautaire. Et M. le professeur Mortier a indiqué que : *"le symbole le plus criant du triomphe de la notion de capital social fut sans nul doute l'adoption de la deuxième directive européenne, en date du 13 décembre 1976, dite aussi directive capital"*[781]. Comme l'a affirmé le Groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés *"la notion de capital légal est considérée comme un des piliers du droit européen des sociétés"*[782]. Le Groupe reconnaît en outre que *"Sa principale fonction est de protéger les intérêts des créanciers et des actionnaires."*[783]. Pour lui permettre de remplir efficacement cette mission, il convient alors de rénover les règles l'empêchant d'atteindre cet objectif. D'où les contributions sur les règles régissant la formation du capital social

[781] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 26, p. 19.

[782] Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés Bruxelles, le 4 novembre 2002 : http://ec.europa.eu/old-address-ec.htm.

[783] Ibid.

Section 2.

Contributions sur les règles régissant la formation du capital social

307. Le capital social reste une notion essentielle du droit des sociétés pour la garantie des créanciers au sein des formes sociales qui n'offrent pas le patrimoine privé de leurs associés en garantie des créances sociales. Ainsi, les règles qui lui sont applicables doivent permettre de remplir cette mission. Nous avons constaté que là où le législateur a supprimé l'exigence du capital social minimum, les règles relatives à la détermination statutaire du capital, à la souscription, à la libération et à l'évaluation des apports en nature subsistent[784]. Toutefois, si le principe de souscription intégrale du capital social garantit la formation théorique du capital social, il en est autrement du principe de libération échelonnée des apports en numéraire. Mais, il n'y a pas d'inconvénient que l'exigence d'un capital social minimum statutaire soit maintenue mais en compensation, il serait possible d'envisager tout comme les apports en nature, la libération immédiate des apports en numéraire **(Sous-section 1)**.

Les droits communautaire et français donnent une priorité aux apports susceptibles d'évaluation et ceux représentés en monnaie et négligent considérablement les apports en industrie. En effet, ces apports sont toujours exclus des sociétés anonymes et là où ils sont autorisés, leur valeur ne peut composer[785]. Or, les raisons qui fondaient cette dernière interdiction ne sont pas valables. En raison de cela, il serait possible d'envisager l'intégration de la valeur des apports en industrie au capital social sous la condition de leur évaluation **(Sous- section 2)**.

[784] V. Chapitre 1. La formation du capital social en phase de constitution de la société, Titre 1. Partie 1 de ces travaux.

[785] Art. 7 de la deuxième directive de 1976 et art. 1843-2 C. civ.

Sous-section 1. La compensation du maintien du capital social statutaire

308. Les règles régissant la formation du capital social au sein des sociétés à risque limité doivent lui permettre de remplir efficacement son rôle de garantie des créanciers puisque les associés n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des créances sociales. Pour cela, il importe de compenser le maintien du capital social minimum statutaire **(§ 1)** par la règle de la libération immédiate des apports en numéraire **(§ 2)**.

§ 1. Le maintien du capital social minimum statutaire

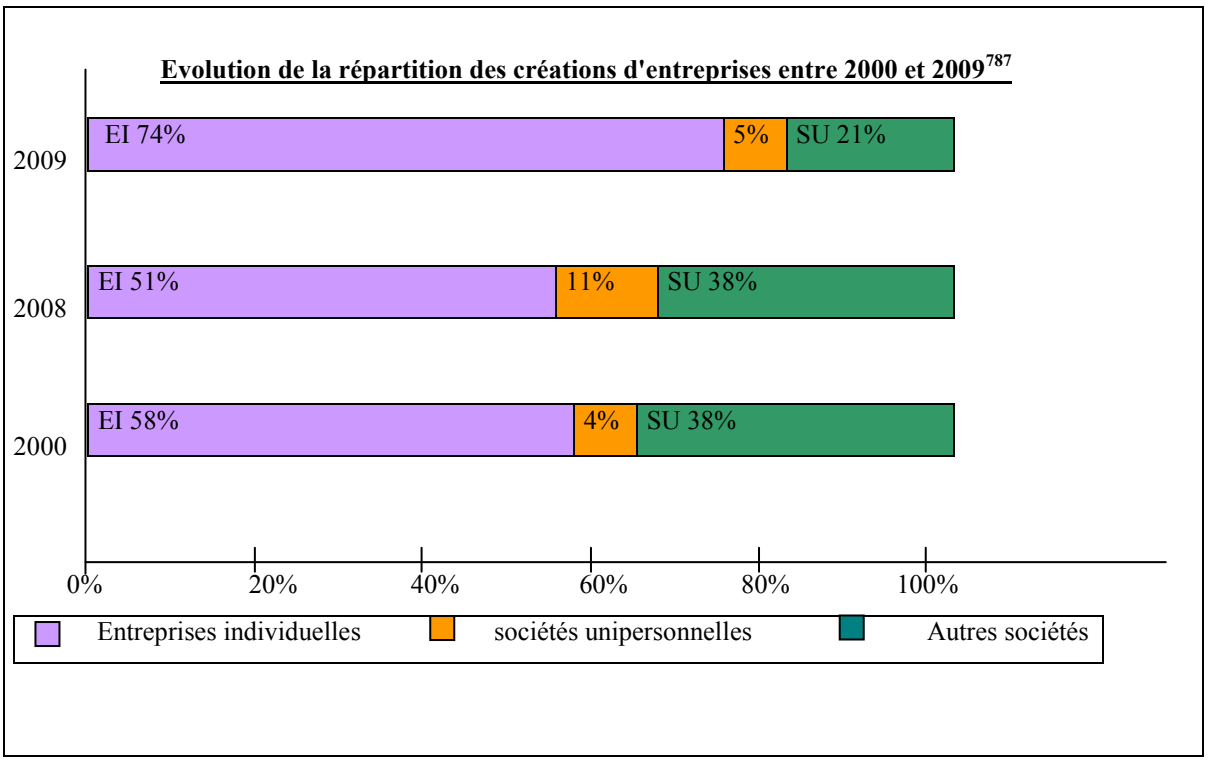
309. Pourquoi faut-il maintenir le principe de libre détermination du capital social au sein des sociétés à risque limité ? Au vrai, la garantie des créanciers ne doit pas non plus freiner l'initiative entrepreneuriale. Il importe alors de trouver un équilibre entre la nécessité d'encourager la création des sociétés et celle de protéger les créanciers. Le maintien du capital social au sein des petites sociétés à risque limité répond à cela. En laissant la liberté aux associés de déterminer librement le bon niveau du capital social correspondant à leurs engagements, on supprime une barrière à l'initiative entrepreneuriale **(A).** Mais, cela a pour conséquence de remettre en cause la classification : sociétés à risque/ sociétés à risque illimité **(B)**.

A. Suppression d'une barrière à l'initiative entrepreneuriale

310. **L'accroissement quantitatif de l'entreprise individuelle par rapport à la forme sociale en 2009.** En 2009, les autorités françaises ont immatriculé en majorité les entreprises individuelles. La base de données de l'Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE) recense 74% des créations comme le montre le tableau ci-dessous[786]. 21% des structures immatriculées représentent les formes sociales. Parmi les formes sociétales, les catégories les plus représentées sont : les sociétés à responsabilité limitée avec 67% de créations, les sociétés unipersonnelles avec 18% de créations

[786] http://www.apce.com/cid105164/creation-entreprises-chiffres-mai-2010.html.

d'entreprises unipersonnelles à responsabilité limité et 2% des créations de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles puis les sociétés par actions simplifiées avec 8% des créations. Toutes, les formes sociales y compris les sociétés anonymes ne représentent que 5% des immatriculations sociétales de 2009.



311. **L'accroissement quantitatif des formes sociales par rapport à l'entreprise individuelle entre 2008 et 2009.** Comme l'illustre le tableau ci dessous, entre 2003 et 2008, l'évolution du nombre de créations d'entreprises révélait l'importance de la forme sociale par rapport à l'entreprise individuelle. Elle représentait plus de 54,5% de créations alors que l'entreprise individuelle comptait 26,5% de créations. Cette évolution des structures juridiques sociétales se justifie par l'adoption de la loi sur l'initiative économique du 1 août 2003 et la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui ont facilité les conditions de constitution des sociétés en supprimant le capital social minimum dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées. Mais entre 2008 et 2009, la tendance s'inverse. L'entreprise individuelle était préférée à la forme sociale avec un pourcentage de 152,2% de créations contre un pourcentage négatif de 6% pour les sociétés.

[787] http://www.apce.com/cid105164/creation-entreprises-chiffres-mai-2010.html.

La création par nature juridique de 2003 à 2009[788]

Nature juridique	Nombre de créations en 2009	Evolution du Nombre de créations entre 2008 et 2009	**Evolution du Nombre de créations entre 2003 et 2008**
Entreprise individuelle	427 890	+ 152,2%	**+ 26,5%**
Sociétés	152 303	- 6,0%	**+ 54,5%**
• Sociétés unipersonnelles	29 673	- 17,5%	+ 93,9%
• SARL (hors EURL)	102 326	- 9,0%	+ 29,2%
• SAS (hors SASU)	11 879	+ 119,8%	+ 7,1%
• Autres sociétés	8 425	+ 2,1%	+ 54,1%
Ensemble des entreprises	580193	+ 74,9%	+38,8%

312. **Justification de l'accroissement quantitatif de l'entreprise individuelle par rapport à la forme sociale en 2009.** Comment expliquer cette régression des formes sociales par rapport à l'entreprise individuelles entre 2008 et 2009 ? La loi de modernisation de l'économie n'a pas seulement allégé les conditions de constitution de la société par actions simplifiées. Elle a également créé le statut d'auto-entrepreneur en supprimant les complications inutiles de constitution de l'entreprise[789]. Cette loi a aussi permis au chef d'entreprise d'isoler en plus de sa résidence principale, ses biens fonciers bâtis et non bâtis. Autrement dit, c'est la loi de modernisation de l'économie qui est à l'origine de l'évolution positive de l'entreprise individuelle. Cet accroissement du nombre d'entreprise individuelle s'est fait au détriment de la forme sociale. L'entrée en vigueur du projet de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée risque de mettre à nouveau en danger l'existence des formes sociales. Car, comme l'illustre le tableau ci-après, l'entreprise individuelle est toujours en nette augmentation par rapport aux formes sociales. De janvier à mai 2010, on compte environ 217.968 entreprises individuelles immatriculées contre seulement 70 733 sociétés.

[788] http://www.apce.com/cid105164/creation-entreprises-chiffres-mai-2010.html.

[789] L. NURIT- PONTIER, Dispense d'immatriculation de l'auto- entrepreneur : une simplification non dénuée de risque, *D.* 2009, p. 585.

Evolution du nombre de créations entre les périodes de janvier à mai 2009 et de janvier à mai 2010 selon la nature juridique[790]

	Mai 2009	Mai 2010	Janvier-mai 2009	**Janvier-mai 2010**	Evolution
Entreprises individuelles	36 615	37 295	174 427	**217 968**	+ 25,0 %
Sociétés	10 707	12 189	64 278	**70 733**	+ 10,0 %
Entreprise unipersonnel à responsabilité limitée	2 106	3 293	13 065	12 970	- 0,7 %
Ensemble	47 322	49 484	238 705	288 701	+ 20,9 %

Alors que l'un des buts de la loi pour initiative économique était de faciliter la création de sociétés directement sous forme sociale, cet objectif a été contredit par le statut de l'auto-entrepreneur et encore aujourd'hui par l'EIRL. Face à l'attraction de la diversité des avantages des formes non sociétales, il convient ainsi de maintenir le capital social minimum statutaire pour espérer une recrudescence des formes sociales. Toutefois, cette solution a pour conséquence de mettre en cause la classification sociétés à risque limité/sociétés à risque illimité.

B. La conséquence du maintien du capital social minimum statutaire

313. **L'absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence légale d'un capital social minimum au sein des sociétés.** Avant l'année 2003, il était possible d'opérer une distinction entre sociétés à risque limité et sociétés à risque illimité. La première catégorie composait les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés par actions simplifiées et les sociétés de capitaux. L'exigence d'un capital social minimum compensait la limitation de responsabilité des associés dans ces formes sociales. Les créanciers pouvaient alors compter

[790] Ibidem.

sur la formation d'un gage minimum. Dans le deuxième classement des sociétés, le législateur n'imposait aucun minimum parce que les créanciers pouvaient étendre leur protection en mettant en œuvre la responsabilité des associés sur leur patrimoine privé. Mais la loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique[791] est venue introduire un trouble dans la classification sociétés à risque limité/sociétés à risque illimité. Le droit français ne détermine plus la garantie des créanciers en fonction de la responsabilité des associés. Les sociétés à responsabilité limitée ne sont plus soumises à un capital social minimum alors même que les associés sont responsables dans la limite de leur apport. Le législateur confirme cette absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence d'un capital social minimum avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008[792]. Le capital social minimum de la société par actions simplifiées est supprimé alors même que les actionnaires sont responsables à hauteur de leur participation au capital social.

314. **L'absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence légale d'un capital social minimum au sein des structures non sociétales.** L'absence d'induction entre la responsabilité limitée et l'exigence d'un capital social vient à nouveau d'être confirmée dans le nouveau statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Le projet de loi adopté successivement par l'assemblée nationale le 17 février 2010 puis par le Sénat le 08 avril 2010 ne fait référence ni au capital social ni à son minimum alors même qu'il entend limiter la responsabilité du chef d'entreprise au patrimoine affecté à l'exploitation de l'entreprise.

315. **L'absence d'induction entre le risque encouru et l'exigence légale d'un capital social minimum en droit communautaire.** Le droit communautaire européen a déjà également posé le principe selon lequel la responsabilité limitée n'induit pas nécessairement l'exigence d'un capital social minimum. En effet, si la première directive de 1968 vise toutes les formes sociales à risque limité, il n'en est pas de même de la deuxième directive qui ne vise que la société anonyme. En effet, le capital social minimum de ce texte ne s'applique qu'à cette dernière forme sociale. Autrement dit, le droit communautaire n'impose donc pas de capital social minimum aux autres formes sociales à risque limité. En France, il s'agit de la société à responsabilité limitée, la société par actions simplifiées et la société en commandite

[791] Loi n°2003-721 du 1 août 2003 - art. 1 JORF 5 août 2003. M. BANDRAC et J-P. DOM, **Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés**, Ed. Joly 2002 ; **Dossiers pratiques Francis Lefebvre, Sociétés et loi NRE, Mode d'emploi après 1 an d'application**, 2ème éd. 2002.

[792] Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 59

par actions. Le silence du législateur communautaire est révélateur de cette absence de rapport entre capital social minimum et responsabilité limitée.

Ainsi, bien que le maintien du capital social minimum statutaire ait pour conséquence de mettre en cause la classification sociétés à risque limité/ sociétés à risque illimité, il permet surtout de maintenir la structure sociale fortement concurrencée par les structures non sociétales. Mais la libéralisation de l'accès à la forme sociale ne peut se faire au détriment des créanciers. Ils participent à l'essor des sociétés et pour cette raison, il n'est pas logique de leur faire supporter les risques sociaux. Le capital social pourrait être librement déterminé tout en servant de garantie aux créanciers. Il serait possible de lui permettre cela en compensant le maintien du capital social minimum statutaire par l'extension du principe de libération immédiat des apports en nature aux apports en numéraire.

§ 2. L'extension de la libération immédiate aux apports en numéraire

316. Pourquoi faut-il étendre le principe de libération immédiate des apports en nature aux apports en numéraire ? Le législateur astreint déjà les sociétés à risque limité à apporter intégralement l'apport en nature dont la valeur intègre le capital social. La mise en œuvre de ce principe a l'avantage d'éviter la fictivité du capital social en cours de vie sociale. En effet, il dispose à l'actif, le bien correspondant à valeur. En ce qui concerne les apports en numéraire, c'est le principe de libération échelonnée qui s'applique. Or, contrairement au principe précédent, celui-ci à l'inconvénient de retarder le transfert intégral d'apport faisant ainsi correspondre le capital social à une valeur n'ayant pas à l'actif son support. Ainsi, c'est pour assurer la formation du capital social que l'extension du principe de libération immédiate aux apports en numéraire devrait pouvoir s'entrevoir au sein des sociétés à risque limité **(A)**.
Il faut toutefois veiller à ce que les règles régissant le capital social ne soient pas trop contraignantes pour les petites sociétés. Au-delà d'un seuil, l'accès à la forme sociale doit toujours être possible aux petits entrepreneurs. C'est la raison pour laquelle, il serait peut-être possible d'envisager une exception à cette règle en prévoyant un seuil au-delà duquel la résurgence de la libération échelonnée serait possible **(B)**.

A. Justification et champ d'application du principe de libération immédiate

317. **Justification de l'extension.** Le droit français connaît deux principes régissant la libération des apports au capital social. La libération échelonnée applicable aux apports en numéraire et la libération immédiate applicable aux apports en nature. Pour plusieurs raisons, il pourrait être possible d'admettre l'extension de la libération immédiate des apports en nature aux apports en numéraire. D'abord, l'apport libéré immédiatement pourrait avoir à l'avantage de garantir la formation du capital social statutaire. Le capital social mentionné dans les documents sociaux correspondrait à la réalité des comptes. Le problème de la fictivité du capital social découlant de la libération échelonnée serait ainsi réglé. Ensuite, l'extension de la libération immédiate des apports en nature aux apports en numéraire pourrait permettre d'harmoniser le régime juridique applicable aux apports. Tous les apports seraient soumis à un même régime : celui de la libération immédiate. Cette solution pourrait avoir l'avantage de placer les associés sur un même pied d'égalité. Les apporteurs en nature et en numéraire seraient soumis à la même obligation de libérer immédiatement le capital promis. Aussi, la libération intégrale des apports en numéraire ne devrait pas surprendre. En effet, en cours de vie sociale, le législateur impose actuellement la libération immédiate de ces apports[793]. Les apports souscrits pour l'augmentation de capital social d'une société à responsabilité limitée doivent être intégralement libérés. Le législateur français n'a fait que maintenir les anciennes dispositions de l'article 61 de la loi du 24 juillet 1966. Ce texte indiquait que : *"En cas d'augmentation de capital par souscription de parts sociales en numéraire, les dispositions de l'article 38, alinéa 2, sont applicables."* Or, l'article 38 de la même loi prévoyait la libération intégrale de tous les apports intégrables au capital social. En outre, la libération intégrale des apports en numéraire en phase de constitution de la société à responsabilité n'est pas une nouveauté puisque l'article 38 de la loi du 24 juillet imposait ce principe. Ce texte disposait que : *"Les parts sociales doivent être souscrites en totalité par les associés et intégralement libérées, qu'elles représentent des apports en nature ou en numéraire."*

Enfin, les sociétés de capitaux italiennes connaissent déjà la libération intégrale du capital. En effet, depuis la réforme du droit des sociétés entrée en vigueur le 1er janvier 2004, le capital social des sociétés à responsabilité limitée (SRL)[794] et celui de la société par actions (SPA)

[793] Nos développement v. supra n° 138 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1069, p. 472 ; P. LE CANNU, Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (art. 124 de la loi NRE, L. 223-7 et L. 231-5 du Code de commerce), art. préc., p. 635.

doivent être entièrement libérés à défaut l'associé unique pourrait perdre le bénéfice de la responsabilité limitée[795].

318. **Le champ d'application de l'extension de la libération immédiate aux apports en numéraire.** La libération intégrale des apports en numéraire s'appliquerait aux sociétés pour lesquelles il est prévu expressément le principe de libération fractionnée au moment du démarrage des activités. Sont exclues de cette proposition, les sociétés pour lesquelles le législateur continue d'imposer le capital social légal à savoir les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés européennes. En effet, la libération intégrale des apports en numéraire compenserait la suppression de l'exigence du capital social légal. Sont également exclues de cette proposition, les sociétés à risque illimité parce qu'elles offrent le patrimoine privé des associés comme protection aux créanciers. Cette solution pourrait s'envisager pour les apports en numéraire effectués au sein des sociétés à responsabilité limité et les sociétés par actions simplifiées.

La libération intégrale du capital social pourrait être instituée au sein des sociétés qui n'offrent pas le patrimoine privé des associés comme garantie aux créanciers. Cette règle permet de compenser la suppression de la règle qui exigeait un capital social minimum légal. Mais, elle ne pourrait être conçue sans exception.

B. L'exception au principe de libération immédiate

319. **Les seuils de libération immédiate.** Les associés ne doivent pas être asphyxiés par la règle de libération intégrale du capital social. Aussi, il est nécessaire de protéger les créanciers contre les risques de la société. Pour cela un compromis pourrait s'entrevoir en faisant dépendre l'application de la libération intégrale au montant du capital social fixé statutairement. Lorsque que celui-ci est fixé en dessous des anciens minima, la libération intégrale pourrait s'imposer. L'ancien capital social minimum de la société par actions simplifiées était de 37.000€[796] et celui de la société à responsabilité limitée était de 7.500€[797].

[794] Pour les sociétés à responsabilité limitée, cette mesure ne s'applique qu'aux associés personnes morales.

[795] A. - M. GAILLET, Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie, *JPC* E 2004, I, 200 ; art. 2425, 2328, 2342, 2362, 2462, 2463 du C. civ. italien tel que modifié par la réforme.

Pour la société par actions simplifiées, lorsque le capital social statutaire est inférieur à 37.000€, celui-ci pourrait être libéré intégralement peu importe la nature de l'apport. Pour la société à responsabilité limitée, lorsque le capital social statutaire est fixé en dessous de 7.500€, les associés pourraient apporter intégralement les apports promis au capital social. Cette solution a l'avantage de garantir la formation intégrale du petit capital social surtout lorsque le capital social est fixé à un montant symbolique. En dessous du minimum, il n'est pas asphyxiant d'exiger la libération intégrale des apports promis pour assurer la formation réelle du capital. Les associés peuvent facilement libérer 1000€ par exemple.
Pour la société à responsabilité limitée, le législateur prévoit déjà sans condition la libération intégrale des apports en numéraire en cas d'augmentation du capital social en cours de vie sociale[798]. L'ancien minimum de la société à responsabilité limitée pourrait être introduit ici comme seuil dans le but d'harmoniser la législation. Ainsi, tout comme en période de formation de la société, les associés pourraient être tenus de libérer intégralement le capital social promis que dans le cas où le capital social statutaire serait inférieur à 7.500€. En ce qui concerne la société par actions simplifiées, la libération fractionnée instituée par l'article L225-129 du Code de commerce s'applique. L'application de ce principe pourrait être écartée au profit de la libération immédiate des apports en numéraire dans les mêmes conditions qu'en période de formation de la société. L'ancien minimum exigé serait également la limite. Si le montant destiné à augmenter le capital social est inférieur à 37.000€, alors les associés pourraient libérer intégralement les apports promis. Dans le cas contraire, les dispositions de l'article L225-129 précité pourraient s'appliquer.

320. **Le maintien du délai de l'appel du non-versé et le montant à libérer.** La suppression de l'exigence d'un capital social n'entraîne pas l'abandon des règles régissant sa formation. Le capital social déterminé statutairement pourrait être libéré immédiatement lorsque son montant est inférieur à 37.000€ pour la société par actions simplifiées et à 7.500€ pour la société à responsabilité limitée. Dans le cas du dépassement de ces seuils, le principe de libération échelonnée pourrait être maintenu dans les conditions prévues actuellement par le législateur. Pour la société à responsabilité limitée, l'article L223-7 du Code de commerce

[796] Art. L224-2 C. com.

[797] Art. L223-2 C. com.

[798] Nos développement v. supra n° 138 et s.

dispose que : *"Les parts représentant des apports en numéraire doivent être libérées d'au moins un cinquième de leur montant."* Pour la société par actions simplifiée, l'article L225-3 du même code précise que : *"Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale."* En ce qui concerne les délais de libération, l'article L223-7 du Code de commerce applicable aux sociétés à responsabilité limitée prévoit que : *"La libération du surplus intervient en une ou plusieurs fois sur décision du gérant, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés."*. L'article L225-3 du même Code applicable aux sociétés par actions prévoit également ce délai de 5 ans. A l'intérieur de ce délai légal, les associés peuvent aménager contractuellement les montants à libérer et les périodes pour l'appel du non-versé. Cette solution reste favorable aux associés dans la mesure où ils n'ont pas nécessairement tous les fonds promis au moment de la constitution et surtout, la société n'a pas toujours besoin de la totalité de son capital pour faire face ses engagements. Le capital social libéré pourrait être suffisant pour garantir la protection des créanciers.

Parce qu'il est apparu que le principe de libération échelonnée ne permet pas la formation réelle du capital social dans le sens où il le rend fictif, il nous a semblé utile d'apporter une contribution sur ce point. En effet, le but de cette étude consiste à rénover les règles régissant le capital social afin de lui permettre de remplir sa mission principale de garantie des créanciers au sein des sociétés à risque limité. Pour cela, cette étude a jugé utile de substituer, pour la libération des apports en numéraire, le principe de libération échelonnée par le principe de libération immédiate. Cette règle permet de compenser la suppression de la règle de l'exigence d'un capital social minimum légal. Toutefois, nous avons également jugé utile d'envisager des assouplissements pour faciliter l'accès aux sociétés dès lors que les entrepreneurs envisagent de créer des entreprises de tailles financières importantes. Ainsi, dans l'hypothèse où le capital social minimum statutaire serait fixé au-dessus des anciens minima pour chaque forme sociale concernée, le principe de libération échelonnée pourrait ressurgir.

En plus du principe de libération des apports, cette étude se propose d'apporter une contribution sur les apports en industrie. D'où l'étude qui suit.

Sous-section 2. L'intégration des apports en industrie au capital social

321. Le législateur ne donne aucune définition de l'apport en industrie. Cependant, la doctrine le définit comme étant le fait pour un associé de mettre à la disposition de la société ses connaissances techniques, son travail et ses services[799]. Certes, le législateur communautaire ne définit pas non plus cet apport, néanmoins les termes utilisés par l'article 7 de la deuxième directive de 1976 renvoient à la définition proposée par la doctrine. Selon ce texte : *"Le capital souscrit ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique. Toutefois, ces éléments d'actif ne peuvent être constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services."* L'apporteur en industrie est donc un *travailleur* qu'il ne faut pas confondre avec un salarié. En effet, il n'est pas subordonné à un employeur et n'est pas régi par les dispositions du Code du travail. Surtout, il ne faut pas le confondre au salarié parce qu'il a en réalité le même statut qu'un apporteur classique dans le sens où sa rémunération est régie par le titre 9 du Livre III du Code civil. En effet, l'article 1843-2 précise que : *"Les apports en industrie ...donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net..."*

Les apports en industrie n'ont pas fait l'objet d'une étude approfondie au sein des développements précédents pour la simple raison que nous avons d'abord tenu à apporter plus de précision sur les apports dont la valeur intègre le capital social à savoir les apports en numéraire et en nature. Or, là où le législateur admet la possibilité d'apporter l'industrie, l'article 1843-2 du Code civil vient préciser que : *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"*. Alors, pourquoi le législateur interdit-il l'incorporation au capital social de la valeur de ces apports ? L'étude en cours se propose de voir dans quelle mesure la valeur de ces apports peut être intégrée au capital social. Pour ce faire, il convient de mettre d'abord en avant les arguments favorables à cela **(§ 1)** avant d'entrevoir les conditions **(§ 2)**.

[799] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 690, p. 85 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 118, p. 57.

§ 1. Arguments mettant en cause l'exclusion des apports en industrie au capital social

322. L'alinéa 2 de l'article 1843-2 du Code civil précise que : *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"*. Le législateur français ne donne pas les caractéristiques des apports en industrie qui permettent de justifier leur exclusion du capital social. C'est la jurisprudence[800] et la doctrine[801] qui les appréhendent. Le but de l'étude consiste justement à les mettre en avant pour mieux les contrecarrer. Il s'agit principalement de la difficulté à évaluer un tel apport **(A)** et son insaisissabilité **(B)**.

A. Mise en cause de leur difficulté d'évaluation

323. **La difficulté d'évaluation des apports en industrie.** Contrairement au législateur français, le législateur communautaire précise implicitement la caractéristique obstacle des apports en industrie. En effet, l'article 7 de la deuxième directive de 1976 indique que : *"Le capital souscrit ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique"*. Puis, tout comme le législateur français[802], il rejette clairement les apports en industrie du capital social par la formulation : *"Toutefois, ces éléments d'actif ne peuvent être constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services."* C'est donc dire que les apports en industrie ne sont pas susceptibles d'évaluation. Les textes ne le disent pas clairement mais, c'est leur exclusion au capital social après avoir indiqué qu'il ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique qui permet d'affirmer cela. Toutefois, la doctrine n'évoque que la difficulté à évaluer de tels apports sous les termes suivants : *"Ces éléments ne peuvent consister en apports en industrie, c'est-à-dire en engagements de travailler pour la société…parce qu'ils sont difficiles à évaluer"*[803]. Ainsi, la valeur des apports en industrie n'apparaît pas à l'actif parce qu'elle est difficile à déterminée.

---

[800] CA. Lyon, 15 mars 1935, *D.* 1938, 2, 49, note P. PIC.

[801] L. NURIT - PONTIER, Repenser les apports en industrie, art. préc., p. 4 ; S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. p. 72 et s.

[802] Art. 1843-2 al 2. C. civ.

Toutefois, ce qui est difficile n'est pas impossible. D'ailleurs, il est relevé à juste titre que *"l'incertitude quant à la durée n'est pas une donnée exclusivement rattachée à l'apport en industrie"*[804]. Or, seul l'apport en industrie n'intègre pas le capital social. C'est dire que le législateur surmonte cette difficulté lorsqu'il s'agit d'autres apports spécialement les apports en nature. Il en est ainsi des apports en jouissance et des apports en usufruit. En effet, la doctrine révèle que : *"La difficulté d'évaluation d'une prestation échelonnée dans le temps se retrouve de la même manière lorsqu'on envisage l'apport en usufruit ou l'apport en jouissance"*[805]. Pourtant, en dépit de cette difficulté d'évaluation, la valeur des ces apports est belle et bien prise en compte au capital social. Il en est également ainsi de la valeur de la clientèle. Pour cette catégorie d'apport en nature, la doctrine indique qu' : *"Il n'est pas moins difficile en effet d'évaluer les éléments incorporels d'un cabinet, auxquels la loi après la jurisprudence reconnaît une valeur patrimoniale qui peut être prise en considération pour la formation du capital social"*[806]. La difficulté d'évaluation n'est donc pas propres aux apports en industrie pourtant les autres apports ayant cette caractéristique sont admis au capital social. Les apports en industrie sont alors injustement discriminés par rapport à certaines catégories d'apports en nature.

324. **La difficulté d'évaluation liée au critère d'apport successif non justifiée.** La doctrine justifie cette difficulté par le fait que le travail effectué par l'associé à un caractère successif. En effet, elle souligne que *"n'étant pas réalisé de manière instantanée, il se prêterait difficilement à une évaluation précise au moment de sa prise en considération pour la formation du capital"*[807]. Ainsi, on pourrait comprendre que l'apport dont la valeur est intégrée au capital social doit pouvoir se libérer immédiatement. Or, ce principe ne peut s'entrevoir pour l'apport en industrie se concrétisant par un travail, une prestation. Le travail fourni par l'apporteur ne peut être apprécié que successivement en fonction de sa réalisation. Il ne serait donc pas possible de fixer une valeur du travail par avance. En outre, même si la durée de la réalisation de l'apport est connue par avance, ce n'est qu'à la fin de la prestation

[803] A. SAYAG et A. PALMADE, Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes, *Rev. soc*. 1983, 699.

[804] Ibid.

[805] Ibid.

[806] J. BARDOUL, Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, *Rev. soc.* 1973, n° 9.

[807] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 69, p. 75.

qu'il sera possible de chiffrer un tel apport. De ce fait, c'est le caractère successif de l'apport en industrie qui rend difficile l'évaluation de cet apport. Or, c'est dès la formation de la société que le capital social doit être déterminé. Comme, il a été dit : "*L'incertitude sur la durée de l'apport constitue alors une variable jugée incompatible avec la fixation d'une valeur certaine et réelle*"[808].

Mais, les auteurs qui affirment que le caractère successif de l'apport en industrie est un critère incompatible avec la réalité du capital social reconnaissent également que l'application de ce critère aux seuls apports en industrie est discriminatoire[809]. En effet, il n'est pas juste d'interdire l'incorporation de la valeur de l'apport en industrie au capital social pour cette raison et d'admettre l'intégration de la valeur des autres apports ayant cette caractéristique tout simplement parce qu'ils représentent des apports en nature. Pour cela Mme Dana Demaret envisage deux solutions liées à la difficulté d'évaluation d'un apport successif peu importe qu'il soit en industrie ou pas. *"Ou bien on estime que le caractère successif empêche toute évaluation sérieuse préalable : la conséquence est que faute d'estimation, l'apport, quel qu'il soit, ne concourra pas à la formation du capital. Ou bien on estime que le caractère successif ne constitue pas un empêchement définitif concernant l'évaluation, et alors rien ne justifie, du moins sur ce point, la discrimination entre l'apport en jouissance qui concourt à la formation du capital, et l'apport en industrie, non formatif de ce même capital"*[810]. Ce choix nous semble pertinent pour justifier l'intégration des apports en industrie au capital social.

Nous constatons ainsi que l'évaluation des apports en industrie, si elle est jugée difficile n'est toutefois pas impossible. Qu'en est-il de l'insaisissabilité ?

B. Mise en cause de leur caractère insaisissable

325. **Le caractère insaisissable des apports en industrie.** Pour justifier l'exclusion de la valeur des apports en industrie au capital social, la doctrine affirme qu' : *"Il est certain que, pour pouvoir concourir à la formation du capital social, tout apport quel qu'il soit, doit avoir*

[808] Ibid.

[809] Ibid.

[810] Ibidem.

une contrepartie qui figurera dans le montant du capital"[811]. Or, même lorsque l'apporteur en industrie a entièrement réalisé son apport, la valeur de celui-ci n'apparaît pas à l'actif en tant que tel. Cette absence résulte de l'absence d'évaluation de cet apport. Cela dit, contrairement aux apports en nature et en numéraire, il n'est pas possible de saisir directement la valeur correspondant à l'apport en industrie puisque cette valeur n'existe pas concrètement. Or, le capital social correspond à un chiffre dont les supports à l'actif sont saisissables.

En outre, l'apporteur en industrie tout comme les autres apporteurs *"est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter"*[812]. Sur ce fondement juridique, il doit en principe libérer l'apport promis. Mais, il est difficile de contraindre l'apporteur en industrie à exécuter sa prestation dans la mesure où celle-ci porte exclusivement sur une activité personnelle. Cette situation traduit également le caractère insaisissable de cet apport. Or, les apports en nature et en numéraire sont des biens patrimoniaux que les créanciers peuvent appréhender qu'ils aient été libérés ou pas. Lorsqu'ils sont libérés, le patrimoine social sert de base à la saisie et lorsqu'ils ne sont pas libérés, c'est le patrimoine privé de l'associé qui permettra d'opérer la saisie.

Enfin, l'apport en industrie se rapproche de *"la catégorie fondamentale des droits extra-patrimoniaux dont les caractéristiques généraux sont justement cette intransmissibilité et cet attachement à la personne"*[813]. Cela dit, cet apport reste rattaché exclusivement à la personne de l'apporteur. La conséquence en est qu'il n'est pas possible de transmettre un tel apport. L'apporteur meurt avec sa promesse d'apport même si elle n'est pas effectuée. Or, lorsque les apporteurs en nature et en numéraire décèdent, la dette d'apport se transmet aux héritiers. Ainsi, les créanciers peuvent les contraindre à libérer le non-versé. Ce qui n'est pas le cas de l'apport en industrie qui disparaît avec le décès de l'apporteur. Les créanciers ne pourront pas contraindre les héritiers à exécuter à la place de cujus sa prestation promise. L'intransmissibilité de l'apport en industrie traduit aussi son insaisissabilité.

Pour toutes ces raisons, il est dit et enseigné que : *"le travail d'un associé n'est pas susceptible de servir de garantie aux créanciers sociaux. Il ne peut donc constituer une partie du capital social, seul gage des créanciers"*[814]. En intégrant les apports en industrie au capital social, le

---

[811] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 68, p. 74.

[812] Art. 1843-3 C. civ.

[813] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 70, p. 77.

gage des créanciers serait privé d'une partie de sa consistance réelle compte tenu de l'insaisissabilité de cet apport. C'est dont ce caractère insaisissable qui justifie l'interdiction faite par le législateur de prendre en compte la valeur de l'industrie au capital social. C'est la réalité du capital social qui est recherchée et sa fictivité que l'on évite en excluant ces apports. Or, le capital social doit correspondre à une valeur réelle pour être à même de remplir son rôle principal de garantie des créanciers.

326. **L'insaisissabilité injustifiée des apports en industrie**. Il a été dit que : *"la saisissabilité d'un apport ne présume en rien de son intégration au capital social"*[815]. Cette étude souscrit entièrement à cette approche. En effet, elle a démontré que le capital social n'était pas nécessairement rattaché à ses supports. Il en est ainsi lorsque la valeur du capital social correspond aux apports en jouissance et en usufruit. En effet, ces apports ont la caractéristique d'être des apports temporaires qui n'ont qu'une durée réduite au sein du patrimoine social. Cela dit, ils pourraient ne pas participer à la garantie des créanciers en tant que supports saisissables. Les créanciers ne pourront dont pas saisir ces supports puisqu'ils auront disparu des comptes de la société. Pourtant, bien que pouvant être insaisissables, ces apports participent belle et bien à la formation du capital social. A nouveau les apports en industrie sont discriminés par rapport aux apports en nature et cela n'est pas logique. Le droit des sociétés gagne en logique s'il interdit tous les apports insaisissables au capital social ou s'il autorise tous les apports insaisissables à intégrer le capital social.

Au vrai, le capital social correspond à la valeur des apports effectués en phase de constitution et en cours de vie sociale. Après détermination de cette valeur, le capital social se détache de ses supports qui pourraient être utilisés par la société sous forme de financement de l'activité social. Cependant, le capital social doit avoir à l'actif sa contrepartie peu importe qu'il s'agisse du support initial ou pas. En effet, la doctrine affirme que *"le chiffre du capital social inscrit au passif du bilan bloque à l'actif des valeurs d'un montant correspondant"*[816]. C'est en cela que le capital social constitue la garantie minimale des créanciers. Le blocage à l'actif *"ne porte pas sur des biens individualisés mais sur un montant en valeur"*[817]. Ainsi, *"le capital est*

---

[814] D. B. note sous CA Amiens, 25 mars 1954, *JCP* 1954, II, 11003.

[815] L. NURIT - PONTIER, Repenser les apports en industrie, *P. A.* 3 juill. 2002, n° 132, p. 4.

[816] F. GORE, La notion de capital social, op. cit., n° 22.

[817] Ibidem.

une somme de valeurs chiffrables, mais non saisissables."[818] Si le capital social n'est pas une valeur saisissable alors pourquoi interdire l'intégration des apports en industrie ?
Il garantit une protection minimale aux créanciers dans la mesure où il constitue *"une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif sans identifier des valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports"*[819]. Le montant du capital social n'est pas un bien directement saisissable. Ainsi, l'insaisissabilité des apports en industrie ne devrait pas pouvoir justifier leur interdiction au capital social.

327. **Les apports en industrie augmentent la valeur patrimoniale.** On admet l'incorporation de la valeur des apports en jouissance et en usufruit au capital social parce qu'ils participent à l'enrichissement du patrimoine social. La même idée devrait sous-tendre l'apport en industrie puisque le travail fournit par l'apporteur en industrie augmente la valeur patrimoniale de la société. Le fait que la valeur fournie provienne de l'industrie ne devrait pas non plus justifier l'interdiction. En effet, le capital social correspondant à un chiffre pourrait bien avoir en contrepartie la valeur fournie par le travail. Le législateur consacre à la sous-section 2 du chapitre V du Code de commerce, la souscription et de l'achat d'actions par les salariés. Il s'agit du régime juridique favorisant la participation financière des salariés aux profits de la société. L'augmentation du capital social qui en résulte est opérée dans la limite de 10% et ne peut durer 38 mois. Ainsi, les sociétés de capitaux peuvent permettre aux salariés de souscrire, d'acheter dans de meilleures conditions les actions de la société. Elles peuvent en outre distribuer gratuitement leurs actions. Dans le cas d'une souscription d'actions[820], le conseil d'administration ou le directoire autorisé par l'assemblée générale extraordinaire augmente le capital social par le paiement en numéraire effectué par le salarié ou par compensation avec une de ses créances. Autrement dit, le salarié libère son apport par du numéraire. Mais c'est différent dans le cas d'une attribution gratuite d'actions. En effet, il a été dit que *"la technique de l'attribution gratuite d'actions aux salariés, inspiré de la théorie américaine de l'agence permet une transformation de ces derniers en actionnaires, sans pour autant qu'ils aient effectués un quelconque apport"*[821]. Comme on peut l'imaginer, la société

[818] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 86, p. 96.

[819] E. THALLER, De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, op. cit., p. 177.

[820] Art. L225-177 C. com.

distribue gratuitement ces titres dans la limite de 10% du capital social. On suppose qu'il n'y a alors aucune contrepartie financière. L'augmentation de capital est définitivement réalisée du seul fait de l'attribution définitive des actions aux bénéficiaires. Peut-on parler de fictivité du capital social dans ce cas ? En effet, les salariés deviennent ainsi des associés sans avoir fourni un apport et sans avoir manifesté leur volonté de s'associer[822]. Le capital social n'a donc pas à l'actif un support correspondant au montant qu'il affiche. En réalité, la contrepartie ne peut être matérialisée par un apport du capital social mais par le travail fourni par le salarié. Plus exactement, l'attribution gratuite des actions de capital rémunère la plus value apportée par le travail des salariés sur le résultat annuel de la société.

Nous constatons que l'apport en industrie est un apport discriminé. Pour justifier son exclusion au capital social, on lui rattache des critères qui ne lui sont pas exclusifs. Ainsi, au même titre que certains apports en nature, les apports en industrie pourraient être un peu plus valorisés en admettant leur valeur au capital social sous certaines conditions qu'il convient de préciser.

§ 2. Les conditions de l'incorporation de l'apport en industrie au capital

328. L'intégration des apports en industrie au capital social permet non seulement de les valoriser en évitant de les isoler par rapport aux autres apports mais en outre elle permet de prendre en compte une valeur supplémentaire susceptible de grossir la valeur qui doit être bloquée à l'actif. C'est pourquoi, nous souscrivons à l'idée d'intégrer ces apports au capital social. Toutefois, cela ne doit pas se faire au détriment de la réalité du capital social. Ainsi, l'intégration des apports en industrie ne doit pas mettre en cause le rôle principal du capital social. Pour éviter cela, il importe que l'intégration de la valeur des apports en industrie se fasse sous certaines conditions. Tout comme les apports en nature, les apports en industrie doivent faire l'objet d'une évaluation **(A)**. En outre, étant par nature des apports successifs, la libération échelonnée pourrait s'entrevoir comme de mode de libération **(B)**.

[821] J.-PH. DOM, L'attribution gratuite d'actions, *Bull. Joly* 2005, § 3, p. 188 ; A. VIANDIER, La loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés, *Rev. soc.* 1981, p. 475.

[822] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 137, p. 72

A. Leur évaluation

329. **L'évaluation des apports en industrie au sein des sociétés par actions simplifiées.** En ce qui concerne les sociétés par actions simplifiées, l'article 59 de la loi du 4 août 2008 intégré au Code de commerce à l'article L227-1 al. 4 étend déjà la procédure d'évaluation des apports en nature aux apports en industrie. Ce texte dispose que : *"La société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du code civil. Les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition de ces actions. Ils fixent également le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions font l'objet d'une évaluation dans les conditions prévues à l'article L. 225-8".* Les textes soumettent alors l'évaluation des apports en industrie aux dispositions de l'article L225-8. Cette procédure garantit l'impartialité de l'expert puisqu'il est désigné par décision de justice. Ensuite, les actionnaires n'étant pas concernés par l'apport doivent donner leur accord sur la valeur retenue par le professionnel de l'évaluation.
Cette solution à l'avantage de soumettre tous les apports au même régime juridique. En effet, le même texte s'applique déjà aux apports en nature, aux quasi-apports[823]. Cette solution pourrait s'entrevoir au sein des SARL.

330. **L'extension de la procédure d'évaluation des apports en nature aux apports en industrie au sein des sociétés à responsabilité limitée.** Pour pouvoir intégrer le capital social, il serait possible d'étendre la procédure de l'article L223-9 du Code de commerce aux évaluations des apports en industrie. Cette procédure prévoit la nomination à l'unanimité du commissaire aux apports par les associés lorsque la valeur de l'apport excède 7.500€ et que le total des apports en nature est supérieur à la moitié du capital social. Pour la détermination de ce seuil, les associés pourraient prendre en compte les apports évaluables à savoir les apports en nature mais aussi les apports en industrie.

823 En effet, lorsque la société acquiert un bien appartenant à l'un des associés dans un délai de 2 ans à compter de l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés, la société est tenue de faire évaluer cet apport par un expert désigné par décision de justice. Après évaluation, les actionnaires non concernés par l'apport doivent donner leur avis sur la valeur retenue. C'est l'article L225-101 du Code de commerce qui prévoit cette extension à condition que la valeur du bien soit au moins égale à un dixième du capital social. L'évaluation de l'apport en nature par le commissaire aux apports pourrait être évitée en ayant recours aux quasi-apports. L'actionnaire apporte dans un premier temps du numéraire qui permettra à la société d'acquérir par la suite l'apport en nature déguisé. L'article L225-101 précité permet d'éviter que les fondateurs, les actionnaires et les administrateurs n'éludent l'évaluation de l'apport en usant de leur situation pour faire acquérir par la société un bien leur appartenant à un prix surévalué.

L'extension de la procédure d'évaluation des apports en nature aux apports en industrie ne serait possible que si les dispositions de l'article L223-33 du Code de commerce sont modifiées. On pourrait rajouter à la première phrase de l'alinéa 1 que *"Les statuts doivent contenir l'évaluation de chaque apport en nature"* et en industrie. L'alinéa 2 pourrait être modifié comme suivant : *"Toutefois, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature"* et en industrie "n'excède un montant fixé par décret et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature" et en industrie "*non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital."*
L'article L223-33 pourrait être réécrit comme ceci : *"Si l'augmentation du capital est réalisée, soit en totalité, soit en partie par des apports en nature"* et en industrie *"les dispositions du premier alinéa de l'article L. 223-9 sont applicables".*

331. **La méthode d'évaluation des apports en industrie.** Pour connaître la valeur de l'apport en industrie, deux solutions seraient envisageables. D'abord, *une valeur subjective*[824] pourrait être attribuée à l'apport par *anticipation*[825]. La valeur subjective de l'apport en industrie devrait correspondre à : *"celle que lui reconnaissent les autres associés à travers l'intérêt qu'ils portent à un tel apport et le besoin qu'en a la société pour fonctionner"*[826]. Il en sera ainsi, lorsque la libération du travail promis à un caractère futur. Cette solution permettrait de fixer à l'avance dans les statuts, le montant de l'apport en industrie souscrit.
Ensuite, une autre solution admettrait une évaluation *à posteriori* des apports en industrie[827]. Cette évaluation ne serait possible qu'après la prestation de l'apporteur et elle conviendrait aussi bien aux apports en industrie exécutés instantanément qu'aux apports en industrie exécutés successivement. Dans les deux cas, la valeur de l'apport ne pourra être connue qu'après exécution de la prestation. L'évaluation à posteriori présente un caractère de certitude puisque la valeur retenue sera celle qu'aurait exigée un prestataire, un créancier pour le service rendu. Le travail fourni est effectué, il vise un service passé et en quelque sorte déjà

[824] L. NURIT - PONTIER, Repenser les apports en industrie, art. préc., n° 132.

[825] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, th. préc. n° 69, p. 75.

[826] Ibidem.

[827] Ibidem.

consommé[828]. L'activité du fondateur a fait naître une créance à son profit, c'est un avantage acquis, un bien existant qui peut être évalué de façon définitive et certaine, quelle que soit la difficulté que puisse présenter cette évaluation[829].

Pour l'apport exécuté successivement, l'évaluation pourrait être successive. Après réalisation annuelle de la prestation, les associés pourraient prévoir une évaluation de la valeur fournie. Ainsi, la valeur fournie à la société ne s'appréciera qu'au fur et à mesure de l'exécution de la prestation promise.

Les deux évaluations nous paraissent utiles. La première permettrait de déterminer le montant de l'engagement souscrit. Toutefois, pour garantir le sérieux de cet engagement et surtout pour offrir aux créanciers une garantie efficace, l'apporteur en industrie pourrait souscrire à une police d'assurance ou offrir une caution bancaire du montant de la souscription[830]. La deuxième évaluation permettrait de déterminer le capital social effectivement libéré. La valeur de l'apport en industrie exécuté instantanément à intégrer au capital social libéré pourrait être celle correspondant à l'honoraire qu'aurait perçu le fondateur s'il avait presté en tant que créancier. Et celle de l'apport exécuté successivement pourrait être la valeur retenue lors de l'évaluation. De la sorte, la réalité du capital sociale est garantie. Dans ces conditions, il est certain que le capital social aurait une contrepartie à l'actif.

Le droit italien des sociétés de capitaux valorise déjà de la sorte les apports en industrie. En effet, depuis la réforme du droit des sociétés entrée en vigueur le 1er janvier 2004, le capital social des sociétés à responsabilité limitée (SRL) peut être constitué de la valeur du travail y compris celle d'une prestation[831]. Il serait peut-être temps que le législateur français fasse autant.

---

[828] Mais certains auteurs estiment, qu'en raison de son caractère passé, un tel apport ne peut être qualifié d'apport en industrie C. REGNAUT - MOUTIER, **la notion d'apport en jouissance**, op. cit., n° 166, p. 171.

[829] L. NURIT - PONTIER, Repenser les apports en industrie, art. préc., n° 132.

[830] A. - M. GAILLET, Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie, op. cit., p. 215 ; art. 2464 du C. civ. italien tel que modifié par la réforme.

[831] Ibid.

B. Leur libération selon le principe de libération échelonnée

332. **La libération successive de l'apport en industrie.** La libération fractionnée est inhérente à l'apport en industrie et non à l'apport en numéraire. C'est une facilité accordée aux associés pour permettre la création des entreprises. Rien ne leur empêche de libérer la totalité des fonds promis. Ce qui n'est pas le cas de l'apport en industrie à exécution successive. L'apporteur ne peut libérer en un seul jour la prestation promise lorsque l'apport est successif. La libération ne peut être qu'échelonnée dans le temps. Pour cela, la libération échelonnée des apports en industrie devrait pouvoir se concevoir. C'est la même solution qui est envisagée pour les apports en numéraire souscrits au-dessus de 7.500€ et 37.000€[832].

*

* *

333. **Le fondement du capital social.** Le capital social, garantie des créanciers, trouve son fondement dans la législation communautaire. En dépit des critiques, le capital social vit encore et même qu'il est difficile de s'en débarrasser dans la mesure où les supports l'instituant lient tous les États membres destinataires.
Le Groupe à haut niveau d'experts en droit des sociétés créé par la Commission européenne en septembre 2001 avait affirmé que : *"la notion de capital légal est considérée comme un des piliers du droit européen des sociétés. Sa principale fonction est de protéger les intérêts des créanciers et des actionnaires"*[833].

334. **Contribution sur la règle régissant la libération des apports en numéraire au capital social.** Si l'on considère le capital social comme la garantie des créanciers, on peut admettre sa libération intégrale dès la formation de la société. Ce principe pourrait être institué comme règle régissant les apports en numéraire au sein des sociétés à risque limité non soumises à l'exigence d'un capital social minimum légal. L'application de cette règle pourrait s'entrevoir uniquement en dessous des anciens minimum imposés aux SARL et SAS.

[832] V. nos développements supra n° 319.

[833] Rapport du groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés Bruxelles, le 4 novembre 2002 : http://ec.europa.eu/old-address-ec.htm.

Au-dessus de ces seuils, le principe de libération échelonnée pourrait resurgir. En cours de vie sociale, cette règle pourrait s'étendre en cas d'augmentation de capital dans les mêmes conditions.
La libération intégrale du capital social en dessous d'un minimum n'est pas défavorable pour les associés. En effet, elle répond au besoin d'assouplissement des règles de constitution parce qu'aucun capital social légal n'est imposé.

335. **Contribution sur la règle régissant les apports en industrie.** L'article 1843-2 du Code civil dispose que : *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"*. Autrement dit, les apports en industrie n'intègrent pas le capital social. Or, les raisons qui justifient cette interdiction ont été battues en brèche dans nos développements. Les apports en industrie ne sont certes pas saisissables mais, il se trouve que les apports qui intègrent déjà le capital social n'ont pas tous cette caractéristique. Il est difficile de chiffrer la valeur des apports en industrie mais, certains apports incorporés au capital sont également difficilement évaluables. Il n'est donc pas juste d'exclure les apports en industrie de la composition du capital social. C'est un élément en plus qui pourrait accroître la *ligne d'arrêt* en dessous duquel les associés n'ont pas le droit d'opérer les distributions.
Puisque le capital social correspond à un chiffre, les apports qui y sont incorporés doivent être évalués. C'est la condition pour pouvoir admettre l'intégration des apports en industrie au capital social. Le législateur étend déjà la procédure d'évaluation des apports en nature aux apports en industrie effectués au sein des sociétés par actions simplifiées. Il devrait en être de même pour la société à responsabilité limitée. Pour ce qui est de la méthode d'évaluation, la valeur de l'apport en industrie pourrait être celle attribuée par les associés au moment du démarrage des activités ou en cours de vie social lors des opérations d'augmentation du capital. Elle pourrait également être celle attribuée par un expert ou les associés après exécution de la prestation de l'apporteur. Dans tous les cas, la libération effective de l'apport ne se fera qu'au fur et à mesure de l'exécution de la prestation.

336. **Conclusion Titre 2. L'utilité du capital social par rapport aux autres garanties.** L'inutilité du capital social n'est pas avérée. En effet, il reste la première garantie que la société puisse offrir à ses créanciers puisque cette garantie reste offerte dès la formation de la société. Ce qui n'est pas le cas du patrimoine en lui-même ou des autres éléments le composant puisque aucune règle ne prévoit leur formation.

En outre contrairement aux garanties de droit commun, le capital reste une protection collective organisée par la société. Il garantit la formation du patrimoine minimale sur lequel le droit au gage général pourra s'exercer. C'est également sur les supports du capital social que les créanciers pourront asseoir leur garantie individuelle.

Enfin, En cours de vie sociale, contrairement aux autres éléments composant les fonds propres, le capital social reste intangible, insusceptible de distribution et constitue une créance de dernier rang. C'est ainsi qu'il participe utilement à renforcer la stabilité des fonds propres qui sont par nature variable.

337. **Contribution sur les règles régissant le capital social.** Parce que le droit communautaire n'astreint pas toutes les sociétés à risque limité à un capital social minimum légal, le législateur français s'est alors permis de supprimer cette exigence au sein des SAS et des SARL. Cependant, pour permette au capital social de remplir efficacement son rôle principal de garantie des créanciers, l'étude propose de compenser cette suppression par la libération immédiate des apports en numéraire. Une condition pourrait permettre de déclencher l'application de cette règle : c'est la détermination du capital social statuaire en dessous de 7500€ pour la société à responsabilité limitée ou en dessous de 37000€ pour la société par actions simplifiées. Toutefois, pour éviter que le capital social ne soit trop contraignant pour les entrepreneurs, la libération échelonnée pourrait ressurgir au-delà de ces seuils. La règle de la libération immédiate des apports en numéraire pourrait également s'étendre en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation de capital.

En ce qui concerne les apports en industrie, il serait possible d'entrevoir leur intégration au capital social. Pour éviter que le capital social ne soit fictif, il faudrait incorporer la valeur réelle des apports en industrie. Pour ce faire, une évaluation au fur et à mesure de l'exécution de la prestation pourrait s'envisager.

CONCLUSION PARTIE I

338. **L'utilité du capital social dans la protection des créanciers.** L'étude de cette première partie entièrement consacrée à la mission principale du capital social ne permet pas de conclure à l'inutilité du capital social. Le capital social pourrait parfaitement jouer le rôle d'une garantie minimale au sein des sociétés qui n'offrent pas le patrimoine privé des associés en garantie des dettes sociales. Tout se joue au niveau des règles régissant le capital social. Elles doivent lui permettre de remplir cette mission.

Le droit français des sociétés à risque limité considère toujours cette notion comme la garantie des créanciers. Malgré quelques atteintes, le législateur français régit encore la notion de manière à lui permettre de remplir ce rôle. En effet, plusieurs règles prévoient encore la formation du capital social. Le montant minimum est soit légal soit statutaire. Dans tous les cas, il doit être entièrement souscrit et libéré. Afin de garantir la réalité du capital social, l'évaluation des apports en nature est imposée. La volatilité de certains apports n'a aucun impact sur la formation du capital social puisqu'il correspond à un chiffre. Mais, pour assurer la réalité de la notion, la société doit en principe conserver à l'actif des éléments de valeur équivalente. En cours de vie sociale, le capital social pourrait être augmenté de nouveaux apports ou d'autres éléments internes à la société.

Le capital social constitué en phase de constitution et augmenté en cours de vie sociale est maintenu grâce aux principes d'intangibilité et de fixité. Ces principes ont pour corollaire de soumettre les modifications du capital à une réglementation très rigoureuse[834]. Le non-respect de ces règles entraîne la nullité de l'opération.

La formation et le maintien du capital social sont institués pour assurer une garantie minimale des créanciers. En effet, ces derniers peuvent avoir la certitude qu'un fonds de garantie leur est réservé dans les comptes de la société. Et c'est ce fonds qui assure la stabilité des capitaux propres ou des fonds propres. En effet, le capital social a la particularité d'être le premier élément des fonds propres regroupant à la fois les caractéristiques d'intangibilité et de fixité qui lui permettent d'assurer une stabilité car il constitue une créance de dernier rang.

Les textes régissant le capital permettent à la société de bloquer à l'actif certains éléments dont la valeur correspond à celle du capital social. Les créanciers ont ainsi l'assurance que leurs créances pourront être remboursées.

---

[834] M. COZIAN, A. VIANDIER ET F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 237, p. 114. S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 441, p. 217.

339. **Propositions sur le capital social.** Qu'il soit légal ou statutaire, le capital social doit être déterminé en fonction des engagements de la société. Cela dit, les règles sur la formation et le maintien pourraient être insuffisantes si les associés ne déterminent pas le bon niveau du capital social. Le capital social ne doit pas être modique et il n'est pas non plus nécessaire qu'il soit élevé. Mais, pour lui permettre de remplir efficacement son rôle de garantie des créanciers, son montant doit être en adéquation avec les affaires. Ainsi, pour les sociétés astreintes au minimum légal, le capital social pourrait parfaitement être plus élevé.

Pour compenser la suppression du capital social légal au sein des sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées, l'étude se propose de renforcer la libération du capital social dès la formation de la société. La libération du capital pourrait être intégrale. Pour ce faire, nous proposons de prendre les anciens minima des sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées comme seuils. C'est en dessous de 75000€ et de 37000€ que la libération intégrale du capital social promis pourrait se concevoir au sein des sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées.

En ce qui concerne les apports en industrie, nous proposons de les prendre en compte dans la composition du capital social. Cette solution à l'avantage de traiter tous les apports sur le même pied d'égalité par rapport à la formation du capital social. Pour ce faire, tout comme les apports en nature, les apports en industrie devrait faire l'objet d'une évaluation. Compte tenu du caractère successif de certains apports en industrie, leur évaluation pourrait se concevoir après l'exécution de la prestation. La valeur de l'apport en industrie intégrée au capital social devrait correspondre à la valeur de la prestation réellement fournie. Cela dit, l'apport futur évalué subjectivement ne pourrait pas être pris en compte qu'au capital social souscrit. L'intégration au capital social libéré de l'apport en industrie serait ainsi conditionnée à son exécution et à son évaluation. Tout ceci laisse entendre alors que la libération de l'apport en industrie ne pourrait être qu'échelonnée.

PARTIE II

LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL GARANTIE DES CREANCIERS ET L'UTILITÉ DE LA NOTION A L'EGARD DES ASSOCIÉS

340. La protection du capital social, garantie des créanciers et son utilité au profit des associés annoncerait-il le caractère central du capital social dans le sens où la notion serait doublement employée pour assurer la protection des créanciers et des associés. Cela pourrait paraître paradoxal puisque les intérêts des créanciers s'opposent à ceux des associés. Mais, c'est justement parce que le capital social se trouve au centre de ces intérêts antagonistes que la notion pourrait constituer un bon compromis. En effet, les associés ne réfléchissent qu'en termes de retour sur investissement autrement dit, ils n'ont qu'un seul désir : c'est celui du remboursement du capital social investi. Certes, ils sont certes des créanciers hypochirographaires[835] en fin de vie sociale, mais ils peuvent encore espérer récupérer leurs apports après désintéressement des créanciers. Ils ont donc intérêt à ce que le capital social soit maintenu en cours de vie social.

Quant aux créanciers, sur la base du contrat conclu avec la société, ils n'ont qu'un souci : c'est celui du remboursement de leurs créances sur le capital social. Le compromis légal est que le capital social est attribué en priorité aux créanciers aussi bien en cours de vie sociale qu'en fin de vie sociale. Pour cela, le montant correspondant au capital social doit être bloqué à l'actif pour servir les intérêts des créanciers.

Nous avons démontré comment l'intangibilité du capital social pouvait se concevoir grâce au principe du nominalisme[836]. Nous avons aussi souvent affirmé qu'il ne pouvait faire l'objet de distribution voire qu'aucun prélèvement ne pouvait s'envisager sur le capital social dans le but de comparer ses atouts aux autres garanties des créanciers[837]. Mais, nous n'avons pas précisé comment la société ne pouvait appréhender le capital social en cours de vie sociale. La question qui se pose alors est de savoir comment est-ce que le législateur garantit-il le respect

---

[835] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 38, p. 30.

[836] V. Chapitre 2. Le maintien du capital social en cours de vie sociale, Titre 1, Partie 1.

[837] V. Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2, Partie 1.

de l'intangibilité attachée au capital afin de lui permettre d'être utile dans son rôle principal de garantie des créanciers ?

Le but de cette étude consistera à démontrer comment le capital social est protégé des rémunérations effectuées au profit des associés. Parmi ces rémunérations, on peut citer le paiement du dividende, l'amortissement du capital, l'intérêt fixe, les rémunérations de compte courant y compris son remboursement. Au-delà des rémunérations profitant aux associés, le capital social pourrait également être en danger lorsque la société acquiert ses propres titres. Il est logique de protéger le montant du capital social de tous ces prélèvements dans un système juridique le considérant comme une garantie minimale des créanciers.

En outre, les règles régissant le capital social devraient être formulées sous forme d'interdiction pour que le non-respect produise des sanctions. Par exemple, la loi interdit les distributions de dividendes fictifs[838] et le non respect de cette prohibition est sanctionné civilement[839] et pénalement[840]. En cas d'inobservation, la sanction doit être prévue pour servir de dissuasion. C'est comme ça que la protection du capital social doit pouvoir s'envisager par les mesures dissuasives. Ces interdictions sont formulées pour éviter que l'associé n'appauvrisse le capital[841] afin de lui permettre d'être utile dans sa mission principale de garantie des créanciers.

Nous apporterons un peu plus de précisions dans le point consacré à la protection du capital social, garantie des créanciers **(Titre 1).**

Certes, la garantie des créanciers constitue *"le rôle premier du capital"*[842] mais, outre cette mission, il joue aussi un rôle de financement et un autre rôle de clé de répartition des droits et des obligations des associés. La fonction de financement constitue une sorte de *"capital - amorçage"*[843] qui a été traitée implicitement dans nos travaux puisque la constitution de la

---

[838] Art. L223-22 et L225-251 C. com.

[839] Art. L232-12 C. com.

[840] Art. L241-3 C. com.

[841] Ces interdictions ne sont pas expressément prévues au sein des sociétés à risque limité sans doute parce que le patrimoine privé des associés est offert en garantie supplémentaire aux créanciers. Toutefois, la jurisprudence interdit à un associé d'une société en nom de se faire consentir un nantissement sur le fonds de commerce de la société pour acquérir les parts v. Cass. com. 26 janv. 1993, *Rev. soc.* 1993, p. 396, note J. F. BARBIERIE ; *Bull. Joly* 1993, n° 4, p. 482 , note P. LE CANNU.

[842] Lamy, **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 286, p. 128.

garantie minimale des créanciers n'est possible que par le financement du capital social. En effet, les apports dont la valeur intègre le capital social participent au financement de la société. L'accent sera donc mis uniquement sur la fonction de clé de répartition des droits et obligations des associés.

Le législateur utilise autrement le capital social pour servir leurs intérêts. Lorsque la société est constituée entre plusieurs personnes, le capital social intervient principalement comme clé de répartition des droits et des obligations. Quelles sont les résultats de ce mode de répartition des droits et des obligations des associés ? Il s'agira pour cette étude de mesurer les conséquences de cette fonction par rapport aux intérêts financiers et politiques des associés afin d'apprécier l'utilité du capital social à leur attention **(Titre 2)**.

[843] J. PRIEUR, Les PME et le capital-risque, *Bull. Joly* 1998, p. 1033 ; A. COURET, L'environnement juridique de la création de start-up : les instruments de financement, *D. P.* 2001, p. 91.

TITRE I
LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL, GARANTIE DES CRÉANCIERS

341. Certes, la formation et le maintien du capital social ont été étudiés en première partie de ces travaux mais ceci sans évoquer les interdictions et sanctions encadrant le régime juridique applicable à cette notion. En effet, la protection du capital social doit être assurée par des mesures formulées sous forme de devoir ou d'interdiction pour que le non-respect produise des sanctions. Synonyme d'*obligation*, le terme *devoir* désigne aussi "*tout ce qu'une personne doit ou ne doit pas faire*"[844]. Déjà, nous pouvons constater que les règles applicables au capital social sont formulées le plus souvent sous forme de devoirs. Par exemple, les articles 38 et 40 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 emploient le verbe devoir pour imposer respectivement la souscription intégrale du capital social et l'évaluation des apports en nature au sein des SARL[845]. Les textes formulent aussi des devoirs sous forme d'interdiction et il en est ainsi notamment des articles 346, 347 et 348 de la loi du 24 juillet 1966[846]. Ces interdictions sont des précautions qui répondent au besoin de protection du capital social.

Dans les développements précédents, nous avons affirmé sans démontrer l'intangibilité du capital social par rapport aux rémunérations des associés. Il importe à cette étude de montrer précisément comment le capital social est protégé des prélèvements effectués au profit des associés pour lui permettre d'être utile dans sa mission première de garantie des créanciers. Mais, le capital social ne doit pas seulement être protégé des rémunérations des associés, la société pourrait également procéder à une gestion de ses titres l'emmenant ainsi à les acquérir. La question de la protection du capital social se pose également ici. Avec quel argent la société acquiert-elle ses propres titres ?

Lorsque la société paie un dividende, amortie son capital, rémunère le compte courant ou lorsqu'elle acquiert ses propres titres, elle effectue nécessairement un prélèvement au sein des comptes. Le terme prélèvement est utilisé ici car il permet de regrouper toutes ces opérations. Ainsi, la protection du capital social des prélèvements de la société sera abordée dans un premier point afin d'apprécier cette réalité **(Chapitre 1)**.

---

[844] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Devoir.

[845] Art. L223-7 et L223-9 C. com.

[846] Art. L232-11, L232-12 et L232-15 C. com.

Certainement, les règles formulant des devoirs peuvent paraître suffisantes dans la mesure où elles obligent déjà les personnes qui sont concernées par ces normes. Mais il importe de renforcer ce dispositif protecteur en utilisant d'autres moyens que la contrainte du devoir. Le législateur français a compris cette nécessité pour faire face à des mauvaises volontés, à des incompétences susceptibles de léser les créanciers ou *à une délinquance diversifiée utilisant des procédés ou des techniques inconnues*[847]. Ainsi, le non-respect de la plupart des dispositions régissant le capital social reste sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile et pénale. Certes, le législateur français s'est livré à une *dépénalisation* du droit des affaires[848] mais ce droit existe encore[849]. En effet, il continue d'appliquer aux affaires non seulement certaines infractions de droit commun mais aussi de nombreuses incriminations particulières que nous aurons l'occasion de relever et expliciter[850]. Ces sanctions ont un effet dissuasif pour les personnes qui sont chargées de former et de gérer le capital social. Pour échapper à la punition, elles éviteront de porter atteinte à la formation du capital social ou à son intégrité en cours de vie sociale afin de lui permettre d'être utile dans sa mission de protection des créanciers. C'est en cela que le droit protège la formation et le maintien du capital social par des mesures dissuasives **(Chapitre 2)**.

[847] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,** op. cit., n° 948, p. 468.

[848] Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques supprimant 15 infractions pénales en droit des sociétés dont celles relatives aux souscriptions fictives et frauduleuses du capital social..

[849] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,** op. cit., n° 948, p. 468.

[850] Ibid.

Chapitre 1

La protection du capital social des prélèvements de la société

342. La protection absolue du capital social a été imaginée par M. Fellus[851]. L'auteur indique que les créanciers *"auraient intérêt à ce que les associés n'effectuent aucun prélèvement pendant toute la durée de la vie sociale"*. La société créée pour une période donnée, les associés *"attendraient l'écoulement"* de cette période pour pouvoir *"jouir des fruits de l'exploitation"*. L'auteur affirme que *"C'est cette méthode qui leur assurerait la meilleure garantie"* puisqu'ils *"ne risqueraient plus de voir s'évanouir"*, le capital social. Ainsi, l'associé n'interviendrait *"qu'à deux époques exceptionnelles"* : lors de la formation du capital social en phase constitutive de la société et lors de la réalisation du capital social en phase de dissolution de la société[852]. En effet, souligne l'auteur, *"Ce n'est qu'en procédant à une liquidation de la société, que l'on peut connaître exactement les résultats de l'exploitation et remettre à chacun des ayants-droit la part d'actif qui lui revient"*. Toutefois, l'auteur admet que cette protection renforcée du capital social reste trop théorique car *"les associés ne peuvent attendre la fin des opérations sociales pour effectuer des prélèvements et pour déterminer les bénéfices. Il faut nécessairement diviser la vie sociale en période d'égale durée, dites exercices pour examiner les résultats des opérations et effectuer des distributions."*[853] Ainsi, il est impossible de priver annuellement tous les associés des revenus que procurent les apports. D'ailleurs, la cause objective du contrat de société réside dans le partage des droits financiers provenant de l'activité sociale. C'est pourquoi l'auteur relève que : *"Dans l'esprit de tous ceux qui ont contribué à la formation de la société, qu'ils soient apporteurs en numéraires, en nature ou en industrie, la société est avant tout conçu comme élément générateur de richesse et une source périodique de richesse"*[854]. C'est la raison pour laquelle, le législateur institue le partage des bénéfices comme un droit fondamental de l'associé[855].

---

[851] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. préc. p. 8

[852] Ibidem.

[853] Ibidem.

[854] Ibidem.

[855] Art. 1832 C. civ.

Tous les associés sont susceptibles de se voir attribuer à chaque exercice clos, une quote part des bénéfices réalisés en fonction des apports effectués[856]. L'attribution de cette quote-part ou dividende n'est pas limité dans sa forme, à un versement en numéraire. Elle peut ainsi se réaliser au moyen d'un paiement en nature tel que des marchandises ou des actions détenues en portefeuille par la société ou des actions de la société distributrice[857]. Mais, la question de la protection du capital social se pose alors à cette étude par rapport aux rémunérations des titres reçus en contrepartie des apports. Alors comment le capital social est-il protégé de ces rémunérations qui pourraient être annuelles ? Afin de permettre au capital social de jouer son rôle de garantie des créanciers, il importe alors que les rémunérations des titres sociaux des associés ne l'entament **(Section 1)**.

Cette protection du capital social devrait également s'étendre en dehors des ces rémunérations. En effet, les associés voire les personnes en charge des affaires sociales peuvent toujours chercher à *"manger"*[858] le capital social en ouvrant un compte courant d'associé. En effet, les sociétés sont de plus en plus dans l'incapacité de faire financer leur activité. Les fonds propres n'y parviennent pas compte tenu de leur insuffisance[859]. La possibilité d'ouvrir un compte courant par les associés reste une alternative exceptionnelle au monopole bancaire[860]. Ces fonds peuvent résulter soit d'un apport frais d'argent extérieur soit de la conservation des dividendes dus par la société. C'est un mode de financement interne très prisé des sociétés[861] dans la mesure où le degré d'exigibilité est faible contrairement à l'endettement bancaire[862]. Mais le compte courant d'associé constitue un prêt. Ainsi, il doit être rémunéré par des intérêts et surtout il doit être remboursé.

Le capital est-il protégé des rémunérations du compte courant et de son remboursement ?

---

[856] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 366, p. 179.

[857] A. DE BISSY, **La notion de dividende, aspects juridiques et fiscaux**, th. Toulouse, 1994, p. 80 à 86 ; P. ROUX, A propos du paiement du dividende en actions ou en biens de la société, *P.A.* 26 février 1992, n°25, p. 20 et s. ; G. BARANGER, *Joly Sociétés,* Traité, v. Dividendes.

[858] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 237, p. 114.

[859] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 8.

[860] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 237, p. 108 ; v. également I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 26 et s.

[861] X. DELPECH, Compte courant d'associé, *in* Ingénierie financière, fiscale et juridique, sous la direction de PH. RAIMBOURG et M. BOIZARD, n° 27-08, p. 326.
A

[862] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 218, p. 232.

Toujours en dehors des rémunérations des titres sociaux des associés, cette fois il s'agit de l'activité de la société. En effet, dans certains cas, la société est autorisée à acquérir ses titres dans le régime juridique de l'auto détention.

Il convient de souligner que l'histoire de l'auto détention du capital social s'apparente à un quasi-retour aux sources du droit des sociétés au début du XXème siècle, c'est-à-dire au droit libéral tempéré[863]. En effet, la loi du 24 juillet 1867 ne réglementait pas l'auto détention, elle admettait implicitement cette construction juridique sans condition et sans limite. C'est suite aux errements de la pratique que les juges ont d'abord condamné vers 1883 la souscription par la société de ses propres actions[864]. Au nom du principe de réalité du capital, loi du 24 juillet 1966 a donc institué l'interdiction pour la société de souscrire ses propres actions. Ainsi, l'article 217 de la loi du 24 juillet indiquait que *"L'achat de ses propres actions par une société est interdit"*. Cependant, la question du rachat des titres d'un actionnaire cédant ou sur le marché a emmené les juges à reconsidérer leur position[865]. C'est ainsi que le législateur a consacré trois hypothèses d'auto détention[866]. En 1967, d'autres hypothèses d'auto détention ont été admises[867]. Ainsi, la société est-elle autorisée à acquérir ses propres titres.

Quel argent la société utilise-t-elle pour acquérir ses propres titres ?

Dans un système juridique qui repose la protection minimale des créanciers sur le capital social, il importe que les règles prévoient sa protection afin de garantir son intangibilité. C'est cette caractéristique qui lui permet d'être utile dans cette mission. Nous allons vérifier cela en consacrant un point sur la protection du capital en dehors des rémunérations des titres des associés **(Section 2)**.

---

[863] R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux,** op. cit.

[864] CA Paris, 19 mars 1883, *Rev. soc*. 1883, p. 289 ; J. J. DAIGRE, L'auto détention du capital social, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, D. 2004, p. 12.

[865] Cass. civ. 15 mars 1927, *S* 1927, I, 209, note P. LAGARDE ; *JS.* 1928, p. 155, note C. HOUPIN.

[866] Art. 217 de la loi du 24 juillet 1966 ; art. 181 du décret du 23 mars 1967. Le rachat, dans le cas d'une réduction de capital non motivée par des pertes décidée par l'assemblée générale et profitant à tous les actionnaires. - Le rachat résultant d'un refus d'agrément d'une cession de titres, à condition que le cédant y consente expressément et que les titres soient annulés. - Le rachat en vue d'éviter le prononcé d'une nullité fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, à condition qu'il ait été décidé par une assemblée extraordinaire et autorisé par le juge.

[867] L'acquisition de ses propres titres par une société et leur auto détention en vue de permettre la mise en œuvre de la participation des salariés. - Le rachat par les sociétés cotées de leurs propres titres à hauteur de 10% du capital social.

Section 1

La protection du capital social des rémunérations des titres sociaux des associés

343. Le contrat de société comporte trois éléments essentiels décrits par l'article 1832 du Code civil à savoir l'associé, les apports et la participation au bénéfice[868]. Le partage du bénéfice est le principal objectif d'un associé du fait de son apport. Mais, depuis la loi du 4 janvier 1978, la société peut aussi être instituée dans le but de *"profiter d'une économie"*[869]. Dans tous les cas, l'associé n'effectue pas gratuitement son apport au sein d'une société[870]. En contrepartie, il espère s'enrichir par l'attribution d'un dividende par rapport aux titres qu'il détient. Du fait de leur mise en distribution, les bénéfices deviennent des dividendes[871]. Autrement dit, ils deviennent *"des parts de bénéfice distribuable que l'organe compétent a décidé de verser aux associés et autres ayants-droit, généralement sous forme de somme d'argent ; mais le paiement peut se faire aussi par remise d'éléments de l'actif social"*[872]. Mais, lorsque la société opère des partages au profit des associés, la question de la protection du capital se pose. Alors comment le capital social est-il protégé des partages réalisés entre associés afin de lui permettre d'être utile dans son rôle principal de garantie des créanciers ? Sur quel fonds, le dividende est-il prélevé ? Il importe de protéger le capital social des rémunérations des titres des associés parce qu'il est considéré comme la garantie des créanciers[873]. Le capital social ne peut ainsi constituer le fonds sur lequel les rémunérations des associés doivent être prélevées. Cette idée s'oppose aux principes de fixité et d'intangibilité du capital social. Certes, le principe de fixité connaît des tempéraments évoqués

---

[868] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales**, op. cit., n° 69, p. 127.

[869] Sur la notion de recherche de bénéfices ou d'économie v. Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 111 et s. ; Les coopératives avec la loi du 10 sept. 1947, les sociétés de construction avec la loi du 16 juill. 1971, les sociétés d'intérêt collectif agricole, les sociétés d'aménagement foncier ou les sociétés de moyens sont des structures juridiques dont le but n'est pas le partage des bénéfices.

[870] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 169.

[871] CA Rouen 23 mai 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1188, § 253, note A. COURET.

[872] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 173.

[873] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 110.

précédemment notamment lorsque l'activité sociale génère des pertes[874]. Mais est-ce que ces exceptions s'étendent-elles aux rémunérations des associés ? Il semble que la réponse à cette interrogation soit négative. En effet, dans les développements qui suivent nous verrons que les textes limitent strictement les rémunérations des associés au montant du bénéfice distribuable qui se distingue nettement du montant du capital social **(Sous-section 1)**. En outre cette limitation est encadrée par une règle indiquant que *"La société ne peut distribuer aucune somme aux associés par prélèvement sur le capital"*[875]. Plus exactement, il est interdit aux associés d'opérer des prélèvements sur le capital social **(Sous-section 2).**

Sous-section 1. La limitation des rémunérations des titres

344. Le capital social est destiné à assurer la protection minimale des créanciers principalement dans les sociétés à risque limité parce qu'elles n'offrent pas le patrimoine privé des associés en garantie des dettes sociales. Pour ce faire, nous avons déjà indiqué que la société doit prendre l'engagement de bloquer à l'actif une valeur qui correspond au montant du capital social. Il convient dans cette étude de préciser comment la société prend cet engagement. Au vrai, celle-ci se matérialise lors des distributions des dividendes des associés. C'est à ce moment que la société doit protéger le capital social en vérifiant que les prélèvements ne sont pas effectués sur ce chiffre. Le fonds sur lequel le dividende pourrait être prélevé ne doit pas être le capital social. Alors sur quel fonds les dividendes des associés sont-ils prélevés ? Pour satisfaire les intérêts financiers des associés, la société doit vérifier qu'elle dispose d'un bénéfice distribuable susceptible de constituer le fonds sur lequel les dividendes seront prélevés **(§ 1)**. C'est de cette façon que le capital social est protégé des distributions y compris lorsqu'elles portent sur l'acompte sur dividende ou lorsque la société décide de rembourser le capital à ses membres **(§ 2)**.

[874] Section 2, Chapitre 2. Le maintien du capital social en cours de vie sociale, Titre 1, Partie 1 de ces travaux.

[875] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 110.

§1. Le fonds assurant la rémunération du dividende

345. L'article L232-12 du titre III du Livre II du Code de commerce indique que la part attribuée aux associés l'est sous forme de dividendes. L'alinéa 1 de l'article 1832 du Code civil y fait référence implicitement en utilisant l'expression *"partager le bénéfice"*. La doctrine quant à elle indique que le dividende correspond à *"la part de bénéfices ; quote-part attribuée à chaque associé, pendant la durée de la société, au prorata de ses droits dans les bénéfices"*[876]. Ainsi, le dividende est un droit financier reconnu à tout détenteur de titre peu importe la forme sociale et le titre détenu. Il correspond à la rémunération que le détenteur des droits sociaux peut revendiquer sur le bénéfice de la société. Le dividende résulte alors du partage du bénéfice. C'est une notion extrêmement liée aux bénéfices de la société.

Ce point permettra de démontrer comment le montant correspondant au capital social est isolé du fonds qui servira de base de prélèvements des dividendes distribués aux associés. En effet, pour permettre au capital social de remplir efficacement sa mission de garantie des créanciers, son caractère intangible doit être protégé de toutes les rémunérations possibles effectuées au sein de la société. Le dividende n'est pas en reste. Il constitue certes un droit financier reconnu à tout détenteur de titre, mais les intérêts des créanciers sur le capital social priment sur ce droit. C'est pourquoi, le fonds sur lequel le dividende est prélevé à savoir le bénéfice distribuable doit être nettement distingué du capital social. Pour ce faire, il doit être déterminé plus particulièrement au sein des sociétés qui n'offrent pas le patrimoine privé des associés en garantie des dettes sociales **(A)**. Cette solution n'est pas celle que connaissent les Etats américains. Le capital social ayant perdu toute signification, aucune règle n'assure sa protection des rémunérations des associés[877]. Cette notion est substituée dans sa fonction principale de garantie des créanciers par des testes de solvabilité. Il convient de consacrer un point sur ces alternatives du capital social car leur introduction en droit communautaire a été proposée[878] **(B)**.

---

[876] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Dividende.

[877] I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. préc. p. 100.

[878] Supra n° 285 ; B. LECOURT, Proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne, note sous Cass. Com. 25 juin 2008, op. cit. ; M. MENJUCQ, La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? op. cit. ; R. DAMMANN et D. WEBER-REY, La société privée européenne : un outil novateur, op. cit.

A. La détermination du bénéfice distribuable

346. **Les prélèvements légaux.** La doctrine définit le bénéfice comme étant le résultat positif de l'entreprise consécutif à la différence entre les ressources créées et les ressources consommées[879]. Plus simplement, le bénéfice de l'exercice correspond aux produits de l'exercice moins les charges de l'exercice[880]. Le droit des sociétés soumet ce résultat comptable à des prélèvements avant d'obtenir le bénéfice dit *"distribuable"*[881] susceptible d'être appréhendé par les associés sous forme de dividende. Selon l'article L232-11 du Code de commerce, le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice de l'exercice diminué des pertes antérieures et des réserves légales et augmenté du report bénéficiaire. La législation française sur les distributions de bénéfice est bien conforme à l'article 15 de la deuxième directive européenne applicable à la société anonyme. Le législateur français parle de la notion de bénéfice distribuable pour évoquer *"le montant d'une distribution faite aux actionnaires"* qui *"ne peut excéder le montant des résultats du dernier exercice clos, augmenté des bénéfices reportés ainsi que des prélèvements effectués sur des réserves disponibles à cet effet et diminué des pertes reportées ainsi que des sommes portées en réserve conformément à la loi ou aux statuts"*. D'abord, en ce qui concerne la constitution des réserves, il s'agit ici de la *"réserve légale"*[882]. Le fonds de réserve est constitué à partir du bénéfice de la société par prélèvement d'un vingtième par exercice. La société ne peut prévoir une saisie inférieure tant que la réserve n'a pas atteint le dixième du capital social. Ensuite, en ce qui concerne les déficits antérieurs, les associés ne peuvent appréhender le résultat comptable de l'exercice tant qu'ils n'ont pas été épongés. En l'absence de pertes, lorsque la société possède un report bénéficiaire, elle pourra en prendre compte afin d'augmenter le bénéfice distribuable.

347. **Les prélèvements décidés par les associés.** L'obligation de constituer des réserves peut résulter de la loi mais également des statuts[883]. Dans ce dernier cas, la société

---

[879] H. STOLOWY, M. J. LEBAS et G. LANGLOIS, **Comptabilité et analyse financière : une perspective globale,** Business School, De Boeck, 1er éd. 2006, p. 69.

[880] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 171.

[881] Art. L232-11 C. com.

[882] Art. L232-10 al. 1 C. com.

est tenue de respecter le pourcentage statutaire avant de procéder au partage du bénéfice. Le bénéfice distribuable est constitué après prélèvement de ce fonds. Toutes les formes sociales peuvent introduire au sein de leurs statuts une clause prévoyant ce prélèvement. Mais il est souligné qu'en pratique de telles sont rares[884]. En ce qui concerne la réserve facultative, celle-ci reste moins contraignante que la précédente. En effet, la constitution de ce fonds de réserve est décidée librement par les associés au moment de l'affectation du bénéfice. Ces derniers ne sont donc pas obligés de prélever un montant sur le bénéfice comptable pour constituer les réserves facultatives.

348. **Les sociétés soumises à la détermination d'un bénéfice distribuable.** L'article L232-11 du Code de commerce est intégré dans un titre III intitulé : *"Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales"*. Cela dit, on pourrait étendre l'application de ce texte à toutes les formes commerciales régies par le Code de commerce. Mais l'article L232-10 apporte des restrictions en ne visant que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. L'obligation de déterminer un bénéfice distribuable selon les dispositions de l'article L232-10 et L232-11 ne s'impose qu'aux sociétés à risque limité. Toutefois, rien n'interdit aux sociétés à risque illimité de déterminer un bénéfice distribuable. La notion de capital social, garantie des créanciers, est très importante en droit français des sociétés à risque limité dans la mesure où le législateur français étend comme nous venons de le souligner l'application de l'article L232-11 précité à toutes les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés reste limitée au montant du capital social investi. Or, le législateur communautaire limite l'application de l'article 15 de la deuxième directive du 13 décembre 1976 aux seules sociétés anonymes. En effet, dans toutes les sociétés à risque limité, les associés n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des dettes sociales. C'est la raison pour laquelle, le législateur prévoit des règles garantissant l'intégrité du capital social en cours de vie sociale afin de lui permettre de protéger les créanciers. On constate également que la législation sur les distributions de bénéfices s'applique aux sociétés à risque limité non astreintes à l'exigence d'un capital social légal. Le capital social est protégé des rémunérations des associés même dans ces formes sociales. A ce niveau le législateur montre son attachement à la notion par rapport au législateur communautaire qui se limite à la société anonyme.

[883] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 366, p. 179.

[884] Ibidem.

Nous constatons que les textes isolent complètement le montant du capital social pour éviter qu'il ne fasse l'objet d'une distribution sous forme de dividende. En effet, celui-ci est prélevé obligatoirement sur le bénéfice distribuable qui sert d'écran de protection au capital social car en l'absence de cette règle, rien n'interdirait aux associés d'entamer le capital social. C'est d'ailleurs ce qui se passe là où le capital social a été substitué par des mesures alternatives à savoir les testes de solvabilité.

B. Les mesures alternatives

349. **L'opposition entre le droit français et le droit américain sur les répartitions des dividendes.** A l'évidence la législation française évite que les distributions opérées au profit des associés n'entament le capital social puisque le bénéfice distribuable opère une barrière de protection au capital social. Ce qui n'est plus le cas aux Etats-Unis puisque le capital social, garantie des créanciers, n'a plus d'importance. Dans ce sens Mme Pasquier souligne que : *"Les raisons principales pour lesquelles la notion de capital social est aujourd'hui en voie d'être abandonnée dans la plupart des lois étatiques, réside justement dans l'incapacité de leurs dispositions à préserver efficacement le capital d'être distribué"*[885]. L'auteur relève en outre que : *"le droit des sociétés, qui est du domaine législatif des Etats, non seulement n'assure pas effectivement l'intangibilité du capital, mais n'impose pas non plus le maintien pas les sociétés d'un quelconque montant d'actif net, puisqu'il leur permet finalement, soit expressément, soit indirectement, d'effectuer des distributions jusqu'au point ultime où elles se trouveraient insolvables"*[886]. En effet, le droit américain des sociétés s'est construit autour de l'idée que *"les dirigeants sociaux ont reçu la confiance des associés, et qu'en tant que tels, ils sont tenus à des devoirs fiduciaires renforcés, dont la violation permet d'engager leur responsabilité"*[887]. Le droit américain renforce la protection des associés et des créanciers par l'information et l'indemnisation[888]. Ainsi, la législation française reste à

[885] I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. préc. p. 7.

[886] Ibid.

[887] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 31, p. 24 ; A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes**, op. cit., n° 5.

l'opposée du droit américain. Le capital social est une notion importante en droit français dans la mesure où des règles existent encore pour lui permettre d'être utile dans son rôle principal de garantie des créanciers. Or, en droit américain, ce rôle est dévolu à des tests de solvabilité qui interdit toute distribution lorsqu'une société est insolvable ou sur le point de l'être[889].

350. **L'incertitude des testes de solvabilité.** Le Groupe du haut niveau d'experts en droit des sociétés créé par la Commission européenne en septembre 2001 s'est inspiré du droit américain en recommandant au législateur européen le test de solvabilité comme régime alternatif pour tout paiement de dividendes. Il indiquait que l'*"appréciation de la solvabilité serait fondée au moins sur deux tests, à réaliser préalablement à la distribution : le premier portant sur le bilan et le second sur la liquidité"*. Dans son projet actuel instituant la société privée européenne, le législateur communautaire se conforme à la recommandation du rapport Winter[890]. Le législateur remplace la règle du capital social légal par l'établissement d'un test de bilan qui permet de vérifier qu'une fois les distributions réalisées, l'actif de la société privée européenne couvrira le passif dans son intégralité. Le Parlement européen approuve certes cette proposition mais il propose que si la société privée européenne n'est pas en mesure de signer un certificat de solvabilité attestant qu'elle peut payer ses dettes, le capital social minimum légal de 8000€ pourrait resurgir. Le législateur communautaire hésite à rompre avec le capital social gage des créanciers sociaux. Pour les sociétés anonymes européennes, il indique qu' : *"aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque, à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer"*[891].

Une partie de la doctrine est certes favorable à cette approche des distributions[892] mais une autre semble émettre des doutes sur les bienfaits d'une telle approche[893]. Cette dernière

---

[888] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 31, p. 24.

[889] I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. préc. p. 100.

[890] Supra n° 285 ; B. LECOURT, Proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne, note sous Cass. Com. 25 juin 2008, op. cit. ; M. MENJUCQ, La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ? op. cit. ; R. DAMMANN et D. WEBER-REY, La société privée européenne : un outil novateur, op. cit.

[891] Art. 15 de la deuxième directive du 13 décembre 1975.

attitude nous semble justifiée au regard de l'incertitude de l'efficacité des autres garanties en l'absence du capital social[894]. Il n'est pas prudent de contraindre les créanciers sociaux à compter uniquement sur des garanties conventionnelles. On ne peut oublier que la société, avec la mise en œuvre de ses moyens humains et matériels de production n'est constituée d'abord que dans le seul but d'enrichir les associés. Elle a même été présentée comme une structure juridique *"fermée"*[895]. Le droit des sociétés ne peut se désintéresser totalement de la protection des créanciers. En effet, la vie de la personne morale est subordonnée à une multitude d'influences engendrant un *"nœud de contrats"*[896]. La prise en compte de toutes les parties prenantes*"Stakeholders Theory"*[897] d'un point de vue légal est essentiel pour l'équilibre de tous.

Il est logique d'encadrer les distributions de dividende dans le but de protéger le capital social dans un système juridique qui considère cette notion comme une garantie minimale des créanciers. Pour lui permettre d'être utile dans ce rôle, c'est ce que fait le législateur français au sein sociétés à risque limité lorsqu'il impose les prélèvements uniquement sur le bénéfice distribuable pour assurer la rémunération du dividende.

Les intérêts des créanciers sur le capital social priment sur ceux des associés Ainsi, ces derniers doivent en tenir compte lors de l'approbation des comptes en fin d'exercice[898] puisque c'est à cette période qu'ils vérifient l'existence d'un bénéfice distribuable. Ainsi, au bout d'un an, les associés doivent vérifier si les distributions sont possibles grâce aux bénéfices distribuables. Le bénéfice distribuable constituant le fonds sur lequel les prélèvements de dividendes peuvent être effectués s'applique-t-il aux acomptes sur dividende et amortissement du capital ?

---

[892] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc. ; P. H. CONAC, Le capital dans le droit américain des sociétés *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, D. 2004, p. 178.

[893] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 32, p. 25

[894] Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2, Partie 1 de ces travaux.

[895] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1337.

[896] P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire de A. SAYAG, Litec, 1998, p. 227 ; du même auteur, La théorie contractualiste de la société, *Rev. soc.* 2000, p. 97.

[897] E.R. FREEMAN, **Strategic Management, a Stakeholder Approach**, 1984 ; M. CAPRON et F. QUAIREL - LANOIZELÉE, **Mythes et réalités de l'entreprise responsable**, la Découverte, Paris, 2004, p. 27 ; A.L. FRIEDMAN & S. MILES, **Stakeholders, Theory and practice**, Oxford univ. press., 2006.

[898] Art. L232-12 C. com.

§ 2. Le fonds assurant les rémunérations : l'acompte sur dividende et la valeur d'amortissement du capital

351. Lorsqu'il s'agit de distribuer le bénéfice sous forme de dividende, le législateur prévoit que celui-ci ne peut être prélevé que sur le bénéfice distribuable qu'après approbation des comptes en fin d'exercice annuel[899]. En effet, ce n'est qu'en fin d'exercice que les associés peuvent apprécier si oui ou non l'activité sociale dégage des bénéfices distribuables pour éviter d'entamer le capital social. En l'absence de cette règle, rien n'interdirait aux associés d'opérer des distributions sur le montant du capital social. La durée d'un exercice est de un an[900] et cette durée semble avoir valeur de principe compte tenu de l'annualité des comptes et de l'usage dominant[901]. Mais, la règle instituée à l'article L232-12 al. 1 du Code de commerce n'est pas absolue dans la mesure où elle connaît un tempérament prévu à l'alinéa 2 du même texte. En effet, il s'agit des acomptes sur dividende distribués en cours d'exercice. La question du compte sur lequel est prélevée cette rémunération se pose ici. Alors, sur quel fonds l'acompte sur dividende est-il prélevé ?

Cette question se pose aussi lorsque la société décide de restituer le capital social aux associés par la technique de l'amortissement. Cette restitution semble être en opposition avec la conception du capital social garantie minimale des créanciers. En effet, pour lui permettre d'être utile dans ce rôle, nous avons indiqué que contrairement aux autres éléments composant les fonds propres, il avait la particularité d'être insusceptible de distribution[902]. Alors, comment le capital social pourrait-il en même temps avoir cette caractéristique et être restitué aux associés en cours de vie sociale ?

Le bénéfice distribuable sert-il également de fonds de prélèvement dans ces deux cas ? C'est la protection du capital social qui est en jeu. Si les prélèvements sont effectués sur celui-ci, dans ces conditions, il ne pourra plus jouer efficacement son rôle de garantie. Il importe alors dans un système juridique qui considère cette notion comme pouvant satisfaire à cet impératif

---

[899] Supra n° 344 et s.; art. L232-11 et L232-12 C. com.

[900] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 170.

[901] D. RANDOUX note sous Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 458.

[902] Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2, Partie 1 de ces travaux.

que le capital social ne soit pas entamé par des distributions effectuées au profit des associés. Nous verrons si la législation française permet cela lorsqu'elle autorise l'acompte sur dividende **(A)** et l'amortissement du capital social **(B)**.

A. L'acompte sur dividende

352. **Le moment du versement de l'acompte sur dividende.** L'alinéa 1 de l'article L232-12 énonce le principe de distribution de dividendes après approbation des comptes annuels c'est-à-dire en fin d'exercice. Mais l'alinéa 2 du même texte apporte une exception. Selon ce texte : *"Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice."* Le paiement d'un acompte sur dividende est possible dans toutes les formes sociales compte tenu de l'intégration de l'article L232-12 précité au titre III du Code de commerce relatif aux dispositions communes applicables. Il s'agit d'un versement par anticipation d'une fraction du dividende à venir sur les bénéfices en cours[903]. Les sociétés peuvent alors lisser le revenu des associés par la sortie anticipée de fonds de la société.

353. **L'organe compétent pour décider de la distribution de l'acompte sur dividende.** Pour les sociétés anonymes, il revient alors au conseil d'administration ou au directoire de décider du versement de l'acompte sur dividendes. Il n'est pas nécessaire que les associés décident de la distribution de l'acompte sur dividende. En effet, à l'exception des autres formes sociales, les sociétés anonymes ne peuvent se constituer en l'absence de nomination d'un commissaire aux comptes. Il revient alors au commissaire aux comptes de donner son avis sur la faisabilité du versement de l'acompte. La certification du bilan intermédiaire constate cette possibilité de distribution d'acompte sur dividende. Le contrôle du bénéfice distribuable sous forme d'acompte sur dividende par un commissaire aux comptes

[903] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 121.

n'est pas obligatoire dans les sociétés de personnes et les sociétés hybrides[904]. En effet, la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire que lorsque deux des trois seuils relatifs au chiffre d'affaires, le total bilan et le nombre de salarié est atteint[905]. Dans ce cas, il lui revient de certifier la distribution anticipée du dividende. En l'absence de présence d'un commissaire aux comptes, on ne voit pas comment les responsables des affaires sociales peuvent décider de distribuer un acompte sur dividende sans contrôle préalable.

354. **Le bénéfice distribuable comme bouclier du capital social.** Le fonds sur lequel est prélevé l'acompte ne peut être que le bénéfice distribuable. Il correspond au bénéfice comptable amputé des amortissements, des provisions nécessaires, des pertes antérieures et des dotations aux réserves légales ou statutaires. En opérant ces prélèvements, le dirigeant s'assure qu'il ne distribue pas le capital social sous forme d'acompte sur dividende. Ainsi, le bénéfice de la période considérée doit être suffisant pour couvrir la distribution envisagée. C'est en cela que le bénéfice distribuable constitue un bouclier de protection pour le capital social.

355. **Le risque du partage d'un acompte sur dividende en cours d'exercice.** Le partage de l'acompte sur dividende en cours d'exercice comporte un risque. En effet, au moment de la distribution, la société a la certitude qu'elle n'entame pas son capital social. C'est le bénéfice distribuable qui permet de rétribuer de manière anticipée le dividende. Toutefois, rien ne certifie qu'en fin d'exercice, le résultat sera positif. Dans ce sens il a été dit que : *"même dans les sociétés les mieux établies, l'exercice commencé dans de bonnes conditions peut se terminer en perte"*[906]. Les répartitions faites avant la clôture de l'exercice ne sont fondées que sur des probabilités[907]. Le choix d'une distribution d'acompte sur dividende peut être regrettable en cours de vie sociale si l'activité en fin d'exercice se révèle déficitaire. Le capital n'est certes pas entamé au moment la répartition est faite mais il est possible que ce soit le cas en fin de vie sociale. Il n'en sera pas ainsi en fin de vie sociale en cas d'exercice déficitaire. En pratique, les dirigeants n'osent pas prendre cette décision. En

[904] Les sociétés par actions simplifiées et les sociétés à responsabilité limitée.

[905] Art. L221-9 ; L223-35 al. 2 et L227-9-1 C. com.

[906] E. FOLLIET, **Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable,** Librairie Payot & Cie 1920, p. 252.

[907] Ibidem.

2004, 19 sociétés seulement ont officiellement adopté le principe d'un acompte sur dividende dont 4 font partie de l'indice CAC 40[908]. En outre, sur les dix-neuf sociétés qui ont annoncé le paiement d'un acompte sur dividende, dix d'entre elles sont coutumières du fait. L'absence de généralisation de cette distribution pourrait s'expliquer en partie par le fait que les sociétés ont conscience des conséquences d'une telle décision sur le capital social. C'est parce que le risque de diminution du capital social n'est pas écarté en fin de vie sociale[909]. En refusant de distribuer l'acompte sur dividende, la société préserve le capital social.

D'un point de vue juridique, nous constatons que les textes français protègent toujours le capital social même lorsque les distributions sont opérées en cours d'exercice. En effet, tout comme pour les dividendes, c'est le bénéfice distribuable qui sert de fonds sur lequel l'acompte sur dividende sera prélevé au profit des associés à responsabilité limitée au montant de leurs apports. Et d'un point de vue pratique, il semble que les praticiens aient pris la mesure des risques de distribution d'acompte sur dividende car ils s'aventurent très peu sur ce chemin même si l'atteinte du capital social n'est pas systématique.
Qu'en est-il lorsque le capital social est restitué aux associés ?

B. L'amortissement du capital

356. **Définition et distinction.** Le législateur n'apporte pas de définition sur le terme *"amortissement"*. Toutefois, selon la doctrine, c'est *"une opération consistant en un remboursement aux associés de tout ou partie de leur apport au capital social, sans réduction corrélative du montant nominal de ce capital, par anticipation sur la part de l'associé dans la liquidation future de la société"*[910]. L'amortissement comme opération de restitution du capital se distingue du retrait total dans la mesure où l'associé reste associé et aucune réduction du capital social n'est constatée. Alors que le retrait total d'un associé fait perdre à l'associé cette qualité et le capital social est réduit à hauteur des apports restitués. En amortissant le capital social, la société restitue la valeur nominale des droits sociaux, ce qui n'est pas le cas du

[908] F. BERIOT Le principe de l'acompte sur dividende commence à entrer dans les mœurs, *Le journal des finances, l'hebdomadaire de la bourse et des actionnaires*, semaine du 30 octobre 2004, p. 21.

[909] Sur le dividende fictif, v. infra n° 360 et s.

[910] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Amortissement.

retrait. Le retrait permet la restitution de l'apport correspondant soit à un prix de cession soit à la valeur de l'apport soit à l'apport lui-même. Cette opération engendrant la restitution partielle de l'apport n'est expressément prévue que par les dispositions régissant les sociétés de capitaux. Toutefois, rien interdit aux autres formes sociales d'amortir leurs titres.

357. **La mise en œuvre de l'amortissement.** L'article L225-199 du Code de commerce dispose que : *"Les actions intégralement ou partiellement amorties perdent, à due concurrence, le droit au premier dividende prévu à l'article L. 232-19 et au remboursement de la valeur nominale. Elles conservent tous leurs autres droits."* D'abord, la société pourrait décider d'amortir partiellement ou totalement les titres détenus par les associés. En outre, les actions amortis entraînent la perte de deux droits à savoir le premier dividende et la valeur nominale. En amortissant le capital social au profit des associés, la société rembourse simplement la valeur nominale des titres aux actionnaires. La valeur nominale des actions correspond à une subdivision, une fraction du capital social exprimée en euro. Les titres sans valeur nominale correspondent désormais à des actions de jouissance. Le remboursement de l'apport résulte d'une stipulation statutaire prévoyant cette opération et c'est l'assemblée générale extraordinaire qui l'autorise. Ce qui suppose alors que la décision soit prise par les 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés. En restituant la valeur nominale, la société procède au remboursement de l'apport intégré au capital social.

358. **Le bénéfice distribuable protection du capital social.** Sur la question de la protection du capital social en cas de restitution du capital aux associés, l'alinéa 1 de l'article L225-198 précise que l'amortissement du capital est effectué au moyen des sommes distribuables au sens de l'article L232-11 du Code de commerce. Dans le même sens la doctrine indique que : *"l'amortissement du capital correspond à un emploi des bénéfices réalisés par la société, afin de rembourser la créance de capital des actionnaires sur la société."*[911] C'est encore le bénéfice distribuable qui assure donc la protection du capital social lorsque la société décide de restituer une partie des apports aux associés. Le montant de la valeur nominale des droits sociaux ne doit en aucun cas être prélevé sur le capital social. Autrement dit, lorsque le résultat de la société est déficitaire, la société n'a pas les moyens de restituer les apports aux actionnaires. Ainsi, tout comme la distribution du dividende, la restitution de l'apport ne peut s'opérer que sur le bénéfice distribuable. Si le déficit de la

[911] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 1224.

société absorbe les capitaux entièrement, le capital social a logiquement disparu. Dans cette hypothèse extrême, l'actionnaire ne peut prétendre à la restitution de son apport sur le fondement de l'article L225-199 du Code de commerce puisque celui-ci a disparu.
En pratique une société qui procède à l'amortissement de son capital doit être normalement prospère. En période de *"vaches grasses"*, et par suite des bénéfices importants accumulés par la société, il existe en face du capital social un actif très important constitué pour permettre la restitution du nominal. Les actionnaires pourront alors réintégrer dans leur patrimoine privé la valeur de leurs apports tout en maintenant le titre d'associé. En effet, l'associé dont les titres sont partiellement ou entièrement amortis reste titulaire des actions de jouissance[912].
Le capital social est alors considéré comme une valeur autonome à l'intérieur du patrimoine social. Les éléments composant le capital social peuvent être restitués sans incidence sur son montant[913]. C'est le compromis qui est trouvé afin de satisfaire les intérêts des actionnaires face à ceux des créanciers. La restitution de l'apport même intégré au capital social ne doit pas avoir pour effet de réduire la notion. En pratique, l'opération est tout de même rare pour des raisons fiscales. En effet, la restitution de l'apport entraîne une sortie d'élément d'actif. Ainsi, comme une répartition de dividendes, elle est imposée dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers (RCM) prévue par l'article 1A du CGI. Aussi, pour des raisons économiques, les sociétés ne procèdent pas à la restitution des apports par l'amortissement du capital social car elles sont sans cesse dans l'obligation d'augmenter leurs fonds propres.

Au regard de l'étude qui vient d'être faite, nous pouvons dire que le capital social est véritablement protégé des rémunérations effectuées au profit des associés. Ces derniers ne peuvent appréhender que les bénéfices distribuables même lorsque le capital social leur est restitué. L'institution de ce fonds empêche que le capital ne revienne *"entre les mains de ceux qui l'on apporté"*[914]. Cela dit, peu importe la rémunération qu'ils souhaitent s'attribuer, le capital social ne peut servir de fonds de rémunération. L'intangibilité du capital social se vérifie ici aussi[915], puisqu'il permet de protéger le montant du capital social *"de l'appétit des*

---

[912] Infra n° 485 et s.

[913] Art. L225-198 C. com. ; P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 1224 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 854, p. 390 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 753.

[914] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 176.

[915] Chapitre 2. Le maintien du capital social en cours de vie sociale, Titre 1, Partie 1 de ces travaux.

associés"[916] qui n'hésiteraient pas à l'entamer en l'absence des règles imposant ce principe. C'est ainsi que les textes permettent au capital social d'être utile dans son rôle principal de garantie des créanciers

Certainement, la limitation des prélèvements effectués au profit des associés est intéressante au regard de la protection du capital social. Mais, que se passe-t-il lorsque les associés opèrent des distributions en se servant du capital social ? La réponse à cette interrogation sera apportée dans le point qui suit consacré aux rémunérations interdites.

Sous-section 2. Les rémunérations interdites

359. Selon la théorie américaine de l'agence[917], l'agent détenteur de pouvoir conféré par le principal doit gérer et faire accroître le capital social investi par ce dernier moyennant rémunération[918]. Cette théorie met en lumière les intérêts des détenteurs du capital. En effet, parce que l'associé majoritaire a vocation au partage des bénéfices et à rentabiliser son capital[919], il exigera du dirigeant une rentabilité sur fonds propres en même temps que des résultats en croissance régulière. Pour satisfaire cela, le dirigeant peut être tenté de tricher sur la qualité de sa prestation pour éviter l'éjection par l'associé détenant le contrôle de la société[920].

Il importe alors de renforcer le dispositif prévoyant la limitation des rémunérations des associés en utilisant d'autres moyens tels que l'interdiction. Les textes encadrant l'intangibilité

---

[916] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 45, p. 34.

[917] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** 1976 ; PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, n° 206, p. 155 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, livre de poche 1995.

[918] PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 206, p. 155 ; A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, *Rev. soc.* 1984, p. 243 ; P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire de A. SAYAG, Litec, 1998, p. 227 ; du même auteur, La théorie contractualiste de la société, *Rev. soc.* 2000, p. 97.

[919] PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 206, p. 155 ; A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, op. cit.

[920] V. Chapitre 2. L'utilité du capital social dans la détermination des droits politiques des associés, Titre 2, Partie 2 de ces travaux.

du capital social doivent prédire les tentations, les mauvaises volontés mais également la *"délinquance diversifiée utilisant des procédés ou des techniques inconnues"*[921] susceptibles de mettre en cause l'intégrité du capital social.

Ainsi, outre la limitation des distributions, les textes prévoient également des rémunérations interdites. Quelle est l'étendue de ces rémunérations ? Il n'y a certes pas une liste de rémunérations interdites mais elles sont considérées ainsi lorsqu'elles ont été prélevées sur le capital social. Or, le montant correspondant au capital social doit être préservé des distributions effectuées au profit des associés. C'est cette contradiction qu'évitent les textes en interdisant ces rémunérations. Lorsque *"la société a pour but la réalisation de bénéfices, il faut, à la fin de chaque exercice, se demander s'il existe un bénéfice distribuable"*[922]. En l'absence de bénéfice distribuable, il y a un risque pour la société d'opérer un prélèvement sur le capital social[923]. Dans ce cas, les dividendes distribués sont considérés comme fictifs **(§ 1)**. En dehors du dividende, les associés peuvent prétendre selon une clause statutaire au paiement d'un intérêt fixe. Cette rétribution déroge à la règle du bénéfice distribuable en ce qu'elle peut être distribuée sur le capital social. C'est la raison pour laquelle, le législateur interdit, dans les sociétés commerciales le paiement d'un intérêt fixe[924] **(§ 2)**.

§ 1. Les dividendes fictifs

360. Les premiers abus relevés au niveau de la répartition des bénéfices qui ne tenait pas compte du bénéfice distribuable sont apparus dans les statuts des grandes compagnies de commerce aux XVIIème et XVIIIème siècles[925]. Pendant les premières années d'exploitation, les associés mettaient tout en œuvre pour récupérer leur mise. C'est à partir du XVIIème siècle qu'apparaissaient les premières clauses statutaires interdisant d'entamer le capital social lors

[921] S. SCHILLER, **Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,** op. cit., n° 948, p. 468.

[922] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 118.

[923] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 119.

[924] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit. n° 1904, p. 603.

[925] VERLEY, **Le bilan dans les sociétés anonymes,** p. 33 cité par H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 37.

des distributions de dividende. La Banque de Law prévoyait dans ses statuts une limitation de dividende destinée à assurer l'intangibilité du capital[926]. Cette intégrité du capital social était aussi garantie afin de permettre aux associés de récupérer leurs mises en fin de vie sociale.
Mais la liquidation de la société permet difficilement aux associés de récupérer leurs apports. Les associés pourraient alors tout mettre en œuvre en cours de vie sociale pour récupérer leurs apports. Comment le législateur protège-t-il le capital social de cette situation ? Nous avons vu que les textes évitent en amont que les associés ne récupèrent le capital social grâce au bénéfice distribuable constituant le fonds sur lequel ils peuvent espérer cela. En aval, ces textes sont formulés sous forme d'interdiction. En effet, pour permettre au capital social d'être utile dans son rôle principal de garantie des créanciers, les textes interdisent les dividendes fictifs. Cette notion s'est enrichie car elle permet de prendre en compte non seulement les atteintes portées au capital social **(A)** mais également celles qui sont faites en dehors qu'il conviendra de traiter séparément **(B)**.

A. Le dividende fictif prélevé sur le capital

361. **Le dividende fictif prélevé sur le capital social.** Le dividende fictif se caractérise par l'atteinte portée sur le capital social par les distributions faites aux associés. Cette appréciation du dividende fictif a été consacrée par l'arrêt Léonard du 22 janvier 1937 sous les termes suivants : *"Le dividende est fictif lorsque ne correspondant pas à un excédent réel de l'actif sur le passif, il est prélevé sur le capital social qui est ainsi entamé en violation de la règle essentielle de sa conservation."*[927]. Les juges utilisent les expressions *"excédent réel de l'actif"* et *"sur le passif"* car elles renvoient au bénéfice distribuable de l'article L232-11 précité. Ainsi le capital social pourrait être entamé lorsque les distributions de dividendes ont été opérées sans éponger les déficits antérieurs. Dans le même sens, la doctrine relève que : *"Si les comptes, établis à la fin de l'exercice ne font pas apparaître de bénéfice distribuable, aucun dividende ne doit être répartit entre les associés. Sinon ce dividende serait prélevé sur le capital social, au mépris des droits des créanciers."*[928].

---

[926] H. FOUCAULT, **Le capital social et la protection des créanciers de la société**, th. préc., p. 38.

[927] Cass. crim. 22 janvier 1937, *JCP* 1937 II. 299 ; *Gaz. Pal.* 1937 I. 594.

362. **Le dividende fictif prélevé sur un bénéfice distribuable frauduleux : le risque d'atteinte du capital.** Le dividende fictif est celui prélevé en l'absence de détermination d'un bénéfice distribuable[929]. Mais, un bénéfice distribuable peut être aussi déterminé frauduleusement. Il s'obtient en majorant l'actif ou en minorant le passif[930]. En ce qui concerne la majoration de l'actif, une pratique consiste à simuler l'existence d'éléments d'actifs qui sont inexistants en réalité. Les frais généraux se présentent sur le bilan comme frais et travaux de premier établissement, ce qui diffère leur passage en charges dans le compte de résultat[931]. Il est aussi possible d'inscrire à l'actif des créances appartenant à l'exercice suivant. Par exemple, le dirigeant vend à une filiale, à la fin de l'exercice, des valeurs qu'il rachète quelques jours plus tard. Le produit de la vente figure à l'actif en attendant le montant de la créance. Le dirigeant peut également inscrire à l'actif un acompte versé par un client qui a pourtant annulé sa commande. Toutes ces pratiques frauduleuses entraînent un accroissement de l'actif. En ce qui concerne la minoration du passif, le dirigeant peu scrupuleux peut diminuer les pertes de l'exercice en insérant par exemple dans les documents comptables annuels des factures non causées[932]. Il peut aussi s'agir d'une sous-évaluation ou d'une dissimulation de dettes[933]. L'actif majoré puis soustrait d'un passif minoré peut dégager un bénéfice comptable. Celui-ci soumis aux prélèvements légaux peut faire apparaître un bénéfice distribuable. Cette détermination frauduleuse du bénéfice distribuable pourrait entraîner une distribution du capital social. Ainsi, s'il est réparti entre les associés, on parlera de distribution de dividende fictif.

363. **Le dividende fictif prélevé en l'absence d'approbation de compte et de la constatation d'un bénéfice distribuable.** La notion de dividende fictif a récemment évolué et ne correspond plus uniquement aux prélèvements effectués sur le capital social ou les réserves légales. Le législateur étend la notion à la violation des alinéas 1 et 2 de l'article L232-12 du Code de commerce. Peu importe désormais de savoir si le prélèvement s'impute

[928] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 119.

[929] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 119.

[930] N. STOLOWY, Etude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de publication ou présentation de comptes annuels "infidèles" *JCP E.* 2000, p. 1896.

[931] J. LARGUIER et P. CONTE, **Droit pénal des affaires,** Armand Colin, 11ème éd. 2004, p. 369.

[932] CA Paris 30 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1983, 2, p. 636.

[933] CA Colmar 13 janv. 1981, *Bull. CNCC*. n° 46, 1982, p. 171.

sur les réserves ou le capital, le dividende est fictif lorsque les comptes annuels n'ont pas été approuvés et qu'il n'y a pas eu constatation de l'existence d'un bénéfice distribuable. Dans tous les cas en l'absence de détermination du bénéfice distribuable, il y a un fort risque de distribution du capital social au mépris des intérêts des créanciers. Toutefois, l'article L232-12 précité vise aussi la sécurité des associés contre les agissements frauduleux des dirigeants qui souhaitent se maintenir à leur poste de direction. La protection de l'associé est garantie dans la mesure où aucune distribution ne peut être faite sans son approbation des comptes annuels et sans qu'il ne constate l'existence des sommes distribuables. Cette mesure permet d'éviter qu'en l'absence d'inventaire, les dirigeants ou gérants n'effectuent une répartition de dividende entre associés sans leur accord.

L'interdiction des dividendes fictifs renforce la protection du capital social en ce qu'elle pourrait constituer une mesure dissuasive. Pour éviter la sanction du dividende fictif, il ne faut pas faire ce qui est interdit à savoir l'atteinte du capital social. Cette interdiction confirme l'idée selon laquelle la protection des créanciers est construite en droit français autour de l'idée d'un capital social minimum dans ces formes sociales[934]. En effet, c'est pour permettre au capital social d'être utile dans sa mission principale de garantie des créanciers que le dividende fictif est prohibé.

Dans nos développements précédents, nous avons relevé que le capital social n'était toutefois pas l'uniquement élément composant les capitaux propres et frappé d'intangibilité[935]. Pour assurer leur stabilité, le dividende fictif s'étend également à ces éléments qu'il conviendra de préciser dans les développements qui suivent.

[934] C. BAKER et E. GUYON ABINAL, Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 193.

[935] Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2, Partie 1 de ces travaux.

B. Le dividende fictif prélevé en dehors du capital

364. **Le dividende fictif prélevé sur les réserves légales et statutaires.** Le dividende fictif se caractérise aussi en fonction de l'atteinte portée sur les réserves légales et statutaires. Un arrêt du 4 mai 1954 avait considéré que le dividende prélevé sur les réserves légales était fictif[936]. En effet, tout comme le capital social, ces réserves sont intangibles[937]. Autrement dit, les rémunérations des associés ne peuvent avoir pour effet de les entamer. Dans ce sens il a été dit qu' : *"En l'absence… de réserves distribuables, aucune distribution ne doit avoir lieu"*[938]. Le bénéfice distribuable ayant été déterminé sans tenir compte des réserves légales est alors fictif. Celui-ci entraînera une distribution de dividende fictif. La notion de dividende fictif s'élargit et prend en compte non seulement les distributions effectuées sur le capital social mais également celles prélevées sur les réserves.

365. **Le dividende fictif prélevé sur les plus values.** Il nous semble que le dividende fictif pourrait également être celui prélevé sur les écarts de réévaluation ou les écarts d'équivalence. En effet, tout comme le capital social, nous avons précédemment indiqué que ces montants ne pouvaient faire l'objet d'aucune distribution compte tenu de leur intangibilité[939].

Certes, la prohibition de la distribution de dividende fictif va au-delà de la protection du capital social. Mais, cette extension traduit une certaine volonté de renforcer la protection du capital social en créant d'autres fonds ayant les mêmes caractéristiques. Le fonds de réserve constitue pour nous, une sorte de dernier bouclier du capital social. En effet, il y a comme plusieurs barrières empêchant d'entamer le montant du capital social. D'abord les bénéfices distribuables qui peuvent être appréhendés puis les réserves légales ayant les mêmes caractéristiques. Cependant, il convient de préciser que ce n'est pas par rapport aux distributions que les réserves constituent le dernier bouclier du capital social mais contre les

[936] Cass. crim. 4 mai 1954, *JCP* 1954. II. 8239, les juges ont simplement appliqué les dispositions de l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867 qui punissait des peines prévues par l'article 405 du Code pénal.

[937] Supra n° 346 et s.

[938] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 176. Sur la distribution de réserves occultes v. Cass. crim. 4 mai 1954, op. cit. n° 8239.

[939] V. Chapitre 1. Le capital social et les autres garanties des créanciers, Titre 2, Partie 1 de ces travaux.

pertes. En effet, nous avons indiqué que le principe de fixité soufrait d'une exception en cas d'apparition des pertes sociales[940]. Mais, lorsque la société dispose d'un fonds de réserves important, celui-ci peut éviter que le capital social ne soit amoindri pour cause de pertes. Cela dit, en protégeant les réserves des distributions fictives, on protège par-là également le capital social. En est-il de même lorsque la société procède à la distribution d'un intérêt fixe ?

§ 2. L'interdiction des clauses d'intérêt fixe

366. Le paiement d'un intérêt fixe aux associés est interdit pour préserver l'intégrité du capital social **(A)**. Mais, quelles sont les formes sociales concernées par cette règle ? Nous verrons dans un point consacré au champ d'application de la prohibition des clauses d'intérêt fixe que cette règle concernant les sociétés commerciales ne semble pas s'étendre aux sociétés civiles **(B)**.

A. L'interdiction des clauses d'intérêt fixe

367. **La validité des clauses d'intérêt fixe.** En dehors du dividende, les associés pouvaient prétendre au paiement d'un intérêt fixe sur le fondement d'une clause statutaire Cette rémunération dérogeait au principe selon lequel les prélèvements ne pouvaient être effectués au profit des associés que sur le bénéfice distribuable. En effet, ces clauses stipulaient qu'il pouvait être payé aux associés un intérêt sur le montant de leur mise même en l'absence de bénéfices et réserves libres[941]. C'était par exemple le cas d'une société qui savait qu'elle ne pouvait pas faire de bénéfices parce qu'elle devait passer par une longue période de démarrage et pour ne pas décourager ses associés, elle introduisait dans ses statuts une clause permettant à ceux-ci de percevoir au moins l'intérêt de l'argent qu'ils avaient apporté à la société[942]. Ces clauses garantissaient un rendement minimum aux apporteurs[943] même en

[940] V. Chapitre 2. Le maintien du capital social en cours de vie sociale, Titre 1, Partie 1 de ces travaux.

[941] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit. n° 1904, p. 603.

[942] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial**, op. cit. n° 476, p. 573.

l'absence de bénéfices ou de réserves disponibles. Avec la clause d'intérêt fixe, le capital social n'était plus une gêne. Il n'était plus la garantie des créanciers dans le sens où il pouvait être attribué en priorité aux associés lorsque la société ne faisait pas des gains.
Les juges ont un certain temps validé ces clauses en distinguant deux catégories de clauses. D'abord la clause d'intérêt envisagée comme une reprise éventuelle du capital dont la validité était conditionnée à sa publicité. Puis la clause d'intérêt envisagée comme un prélèvement statutaire d'intérêt qualifié expressément de charges sociales imputables sur les frais généraux. Cette dernière étant valable même en l'absence de publicité[944]. La clause était validée par les juges en période de formation de la société jusqu'à son exploitation normale. Il était considéré que sans ces clauses, il était difficile de trouver des actionnaires dans la mesure où ils ne recevraient aucune rétribution pendant plusieurs années[945]. Monsieur FELLUS a même reconnu la validité de cette clause en la considérant comme une dérogation, un assouplissement au principe de fixité du capital[946].

368. **L'interdiction légale des clauses d'intérêt fixe.** D'abord, si on considère le capital social comme étant la garantie minimale des créanciers, il n'est pas possible de valider une clause d'intérêt fixe. Celle-ci reste dangereuse par rapport à l'intégrité du capital social. C'est pourquoi l'article L232-15 du Code de commerce dispose qu' : *" Il est interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés"*. C'est une règle d'ordre public car la phrase suivante de l'alinéa 1 indiquant cette interdiction précise que *"Toute clause contraire est réputée non écrite"*. Cette interdiction est justifiée dans la mesure où les clauses d'intérêt fixe représentent un *danger évident* pour les créanciers[947]. En effet, la doctrine indique qu' : *"attribuer un intérêt en l'absence de bénéfices, c'est prélever cet intérêt sur le capital social et porter ainsi atteinte à la règle de la fixité et de l'intangibilité du capital social"*[948]. Les intérêts financiers des créanciers et des associés s'opposent. Les premiers cherchent à obtenir le remboursement de leur créance alors que les seconds désirent profiter

[943] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 256, p. 278.

[944] Cass. com. 7 mai 1878, *S.* 1880, I, 107 ; G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social et sa fixité**, th. préc., p. 58.

[945] E. FOLLIET, Le bilan dans les sociétés anonymes… op. cit. p. 255.

[946] G. FELLUS, **Etude sur la notion de capital social**, th. préc., p. 59.

[947] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 256, p. 278.

[948] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial**, op. cit. n° 476, p. 573.

d'un bénéfice rémunérant leur investissement. Il n'est pas possible de prendre en compte ces deux intérêts simultanément. Ainsi, si l'on considère le capital social comme garantie des créanciers, il n'est pas possible d'admettre que les rémunérations des associés puissent être prélevées sur le capital social. Le capital social doit uniquement servir au remboursement des créances sinon comme il a été dit : *"c'est la contrepartie du capital à l'actif qui est amoindrie : les créanciers sont alors lésés, car la société aura dû prélever sur sa substance propre pour rémunérer les associés"*[949]. L'interdiction de l'article L232-15 du Code de commerce se justifie ainsi. Le capital social ne doit donc pas être utilisé comme une caisse de rémunération des associés puisqu'il sert au remboursement des créances.

Ensuite, l'interdiction de l'article L232-15 précité est justifiée car en autorisant ces clauses, il n'y a plus de distinction entre les prêts et les apports qui sont par nature risqués. En effet, le prêt est rémunéré par un intérêt non nécessairement prélevé sur le bénéfice distribuable. Il peut alors être prélevé sur le capital social ce qui est logique car le prêteur est un créancier de la société. Ce qui n'est pas le cas de l'associé puisque son investissement est par nature risqué. En cours de vie sociale, il ne peut prétendre aux dividendes qu'en présence d'un bénéfice distribuable. Ainsi, en l'absence de bénéfice distribuable, il ne peut imposer la rémunération de son apport[950]. En outre en fin de vie sociale, il reste un créancier résiduel dans le sens où il ne peut se prévaloir du remboursement de son apport qu'après désintéressement de tous les créanciers de la société. Or, si l'on admet la validité d'une clause d'intérêt fixe, cela permettrait de rémunérer les titres même en l'absence de bénéfice au même titre que le prêt. Or, l'associé n'est pas un créancier au même titre qu'un prêteur. Il ne peut donc appréhender le capital social uniquement réservé aux créanciers.

L'interdiction des clauses d'intérêt fixe est édictée pour assurer la protection du capital social de l'appétit des associés. Il n'est pas question que les associés récupèrent le capital social sous forme d'intérêt fixe. Toutefois, il existe une exception prévue à l'alinéa 2 de l'article L232-15 précité.

369. **Tempérament à l'interdiction et protection du capital social.** Le législateur français indique que l'interdiction de l'alinéa 1 ne s'applique pas *"lorsque l'Etat a accordé aux actions la garantie d'un dividende minimal"*. Alors, comment l'exception de l'alinéa 2 de

[949] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 256, p. 278.

[950] Supra n° 346 et s.

l'article L232-15 précité se met-elle en œuvre ? Les clauses d'intérêts fixes pourront être introduites dans les statuts des sociétés de capitaux que si l'Etat se porte garant du paiement de cet intérêt pendant une période. Cette garantie de L'Etat dans les sociétés privées est intéressante car elle permet non seulement la formation du capital social et son maintien mais aussi elle permet de garantir les intérêts des actionnaires. Ces derniers pourront obtenir de l'Etat le paiement d'un dividende minimal même si la société ne génère pas de bénéfice. Le capital social n'est pas entamé par cette rémunération puisqu'elle est prélevée non sur les comptes de la société mais sur ceux de l'Etat.

En interdisant les clauses d'intérêt fixe, le législateur français manifeste à nouveau son attachement au capital social. En effet, cette interdiction le protège des rémunérations susceptibles de l'entamer afin de lui permettre de remplir sa mission de garantie des créanciers. Quelles sont les sociétés concernées par cette règle ?

B. Le champ d'application de la prohibition clauses d'intérêt fixe

370. **L'interdiction des clauses d'intérêt applicable aux sociétés commerciales.** Généralement le capital social est très protégé dans les sociétés à risque limité. Les textes sont prévus pour que les distributions opérées au profit des associés ne soient pas prélevées sur le capital social. Le capital social est protégé pour lui permette de remplir sa mission de garantie minimale des créanciers. Toutefois, rien n'empêche les sociétés à risque illimité d'organiser librement la protection du capital social. D'ailleurs, les associés ont intérêt à ce que la société le fasse pour éviter qu'ils ne soient actionnés pour le paiement des dettes sociales. Si la société dispose d'un bon capital social capable de satisfaire les créanciers, les associés seront en même temps à l'abri d'une action en responsabilité. Toutefois, en ce qui concerne les clauses d'intérêt fixe, l'interdiction semble s'appliquer à toutes les sociétés commerciales sans distinction. En effet, l'article L232-15 du Code de commerce est inclus au chapitre II lui-même intégré au titre III intitulé *"Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales"*. Sont donc également visées par l'interdiction des clauses d'intérêt fixe, les sociétés à risque illimité non astreintes à l'exigence d'un capital social minimum à savoir les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple. Toutefois, la prohibition de l'article L232-15 du Code de commerce semble ne pas s'appliquer aux sociétés civiles.

371. **La validité des clauses d'intérêt au sein des sociétés civiles.** L'article L232-15 du Code de commerce est inséré au titre III du Livre II du Code de commerce qui s'applique uniquement aux sociétés commerciales. Les sociétés civiles n'étant pas visées par ces dispositions, les associés peuvent alors introduire une clause d'intérêt fixe dans les statuts sans être inquiétés. Même si la société ne génère pas les bénéfices, elle peut mettre en application cette clause. La doctrine relève que cette *différence de traitement serait concevable si, à l'intérieur des sociétés commerciales, l'interdiction ne visait que les* seules sociétés à risque limité à savoir les sociétés de capitaux et les sociétés à responsabilité limitée[951]. Or tel n'est pas le cas puisque l'article L232-15 précité s'applique également aux sociétés en nom collectif et en commandite simple[952]. Or, les modalités de protection des créanciers dans ses deux formes sociales se rapprochent de celles de la société civile. Dans ces trois formes sociales les règles de constitution du capital social ne sont pas imposées car elles relèvent de la liberté statutaire. Ainsi aucun capital social n'est exigé et il en va de même des règles relatives à sa libération ou encore celles relatives à l'évaluation des apports en nature. En outre, dans ces trois formes sociales, la protection des créanciers est double. Ils peuvent d'abord compter sur le capital social et si celui se révèle insuffisant, ils pourront par la suite se retourner contre les associés responsables des dettes sociales sur leur patrimoine privé. Pour cela, il serait logique d'interdire les clauses d'intérêt fixe dans toutes les sociétés dotées de la personnalité morale[953].

L'interdiction expresse des clauses d'intérêt fixe au sein des sociétés à risque limité révèle l'importance du capital social au sein de ces formes sociales. C'est bien pour lui permettre de remplir utilement sa mission principale de garantie des créanciers que les associés ne peuvent décider de le reprendre sous forme d'intérêt fixe. Cette prohibition renforce efficacement la protection du capital social car en l'absence de cette interdiction, rien n'interdirait aux associés de contourner la règle de la prohibition des dividendes fictifs en utilisant les clauses d'intérêt fixe pour obtenir des restitutions du capital. C'est d'ailleurs ce qui pourrait se produire au sein des sociétés civiles. Toutefois elles peuvent aussi décider d'introduire la règle au sein des statuts par la volonté des associés. A défaut, il serait souhaitable que le législateur intervienne afin d'étendre cette règle aux sociétés civiles.

---

[951] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 256, p. 279.

[952] Ibidem

[953] Ibidem.

*

* *

372. En définitive, le régime juridique encadrant les prélèvements effectués au profit des associés pour rémunérer leurs titres protège bien le capital social. En effet, son intangibilité est assurée la règle du bénéfice distribuable. Les droits financiers des associés ne portent que sur l'excédent de bénéfices de la société et les rémunérations qui sont susceptibles d'être prélevées sur le capital social sont toutes interdites. Toutefois l'interdiction des clauses d'intérêt fixe au sein des sociétés commerciales à risque illimité devrait s'étendre également aux sociétés civiles. Cette solution a un double avantage celui d'harmoniser la législation applicable aux sociétés immatriculées et celui de protéger le capital social dans toutes les formes sociales.

L'interdiction des prélèvements sur le capital social permet de constater l'importance de la notion en droit français. La nature de la garantie offerte aux créanciers est ainsi précisée. Le capital social représente bien un cercle à l'intérieur duquel la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif[954]. Le capital social, garantie des créanciers sociaux, se mesure ainsi à son emprise sur une partie de l'actif de la société sans identifier de valeur précises. Ainsi, le capital n'est plus seulement une valeur passive inscrite au bilan, mais indique *"le montant de l'actif au-dessous duquel les associés s'interdisent tout prélèvement à leur profit"*[955]. En est-il de même en dehors des rémunérations des titres des associés ?

[954] E. THALLER, De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, op. cit., p. 177.

[955] M. VASSEUR, **Droit des affaires**, Les cours du droit, Paris 1977, p. 53.

Section 2.

La protection du capital social des prélèvements effectués en dehors des rémunérations des titres des associés

373. Ainsi, le régime juridique de l'auto détention s'alterne entre une interdiction et une autorisation. L'article L225-206 du Code de commerce modifié par l'Ordonnance du 24 juin 2004 se subdivise en deux points. Le premier point concerne l'interdiction de la souscription par la société de ses propres actions alors que le second point prévoit l'autorisation d'achat par une société de ses propres actions. Comment le capital social est-il protégé par ce dispositif applicable à l'auto-détention ? Avec quel argent la société est-elle autorisée à acquérir ses propres titres ? Ces questions intéressent cette étude car jusqu'ici, la satisfaction est telle que l'analyse des règles régissant les rémunérations susceptibles d'être effectuées au profit des associés a révélé une protection du capital social. Il serait ainsi intéressant que l'examen des règles régissant les différentes hypothèses d'autodétention aille dans le même sens **(Sous-section 1)**.

La protection du capital social en dehors des rémunérations des titres des associés se pose avec acuité lorsqu'on envisage les rémunérations du compte courant d'associé. En effet, les sommes laissées dans un compte courant d'associé peuvent être utilisées comme moyen de financement à court terme pour soulager la trésorerie de l'entreprise[956]. Les sociétés non astreintes à l'exigence d'un capital social minimum affectionnent ce mode de financement interne[957]. La société accepte alors les fonds émanant des associés personnes physiques ou personnes morales pour financer son activité. En contrepartie, elle est tenue non seulement de rémunérer les intérêts mais également de rembourser le montant des fonds investis au compte courant. Alors comment le législateur garantit-il la protection du capital social du compte courant d'associé ? Avec quel argent la société paie-t-elle les intérêts et rembourse-t-elle le des fonds investis au compte courant ? C'est ce que nous verrons en envisageant l'étude de la

[956] X. DELPECH, Compte courant d'associé, *in* Ingénierie financière, fiscale et juridique, sous la direction de PH. RAIMBOURG et M. BOIZARD, n° 27-08, p. 325.

[957] X. DELPECH, Compte courant d'associé, op. cit., n° 27-08, p. 326.

protection du capital social dans la législation encadrant le compte courant d'associé **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. La protection du capital dans le régime de l'autodétention

374. L'auto-détention pose le problème de la réalité du capital social. Mme Dana Demaret a bien relevé les dangers de l'auto-détention en indiquant que : *"L'autodétention du capital social, qu'elle soit directe ou indirecte, est en effet source de danger. Source de danger financier tout d'abord, car le capital ainsi détenu par la société elle-même ne correspond plus à une valeur certaine ni en terme de financement ni en terme de garantie, et devient donc partiellement fictif pour la fraction auto-détenue. Source de danger pour les associés également, car l'auto-détention directe ou indirecte peut entraîner un risque d'irrévocabilité des dirigeants sociaux"*[958]. Ainsi, l'auto-détention a de cela d'incongru qu'elle autorise la société à spéculer sur ses actions en permettant ainsi par une double opération d'achat et de revente, d'accroître trompeusement sa solvabilité à l'égard des créanciers.[959] Elle rend donc le capital fictif sur la fraction auto-détenue et donc illusoire la protection des créanciers sociaux par le capital social. Comment le législateur protège-t-il le capital social de l'auto détention ?

M. Coviaux souligne que : *"l'acquisition par la société de ses actions constitue…dans certains cas un impératif de gestion…tantôt facteur d'unité, tantôt facteur d'assainissement"*[960]. C'est pour garantir cet *impératif de gestion* que le législateur a consacré le principe d'auto-détention des titres. En effet, pour plusieurs raisons, la société peut être amenée à racheter ses propres titres. Il en sera ainsi dans les hypothèses de rachat de titres consécutives au refus d'agrément et à la faillite personnelle d'un associé. Ou encore pour éviter la nullité de la société fondée soit sur un vice du consentement soit sur l'incapacité d'un associé. Toutes ces hypothèses sont celles qui engendrent la réduction du capital non motivée

[958] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 132, p. 148.

[959] M. C. DE NAYER, Le rachat d'actions, *Bull. Joly* Bourse, 1998, p. 597 et s.

[960] J. C COVIAUX, L'achat par une société de ses propres actions, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978, n° 12.

par des pertes décidée par l'assemblée générale[961]. Toutefois, dans ces cas d'achat de titres avec réduction de capital social, l'auto-détention est de courte durée puisque la société a l'obligation d'annuler les titres[962]. C'est cette annulation des titres qui permet de justifier la réduction du capital social à hauteur des titres détruits. Au vrai, puisque que ces hypothèses entraînent une suppression partielle du capital social, elles ne produisent donc pas une situation d'auto-détention pour la société[963]. Au vrai, auto-détenir ses titres c'est *"lorsque la société est autorisée à acheter ses propres actions sans que l'annulation soit le but de l'opération"*[964]. Mais, en rachetant ses propres titres, la société n'utilise-t-elle pas le capital social ? Autrement dit, les titres auto détenus ne sont-ils pas acquis par le capital social de la société ?

Il importe de protéger l'intangibilité du capital social dans un système juridique l'instituant comme la garantie des créanciers. En effet, c'est cette caractéristique qui permet à la notion de remplir cette mission. Pour ce faire, il reste possible d'interdire tous les prélèvements y compris ceux effectués dans le cadre de l'auto détention ne doivent pas s'opérer sur le montant du capital social.

Cette étude prendra la mesure de la protection du capital social par l'analyse des articles L225-206[965] et L225-216[966] du Code de commerce. En effet, ces textes prescrivent des interdictions qu'il convient d'analyser **(§ 1)**. En outre, cette mesure se poursuivra dans l'analyse du régime juridique autorisant l'auto détention **(§ 2)**.

---

[961] Supra n° 147 et s.

[962] Dans l'hypothèse d'une réduction de capital postérieure à l'opération d'achat des titres, le législateur précise dans ce cas que les actions doivent être annulées un mois au plus tard après l'expiration du délai d'offre de rachat v. D. DE PARIENTE et D. BARIANI, Les actions auto détenues, *Bull. Joly* 2001 p. 130, n° 33. Pour le reste, l'achat des titres n'est encadré que par l'obligation de les annuler par réduction de capital social V. J. J. DAIGRE, L'auto détention du capital social, op. cit. p. 16.

[963] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 136, p. 152.

[964] Ibidem.

[965] Art. 217 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966.

[966] Art. 217-9 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966.

§ 1. La mesure de la protection du capital : les interdictions des articles L225-206 et L225-216 du Code de commerce

375. Le capital social est considéré en droit français comme la garantie minimale des créanciers. Pour permettre à la notion de remplir cette mission, le législateur s'assure que la gestion de la société n'aura pas d'impact sur ce montant. Ainsi, la loi du 24 juillet 1966 a institué des interdictions intégrées aux articles L225-206 **(A)** et L225-216 du Code de commerce[967] qu'il conviendra de traiter séparément compte de leur spécificité dans la protection du capital social **(B)**.

A. Les interdictions de l'article L225-206 Code de commerce

376. **L'interdiction de souscrire directement ou indirectement.** La souscription de ses propres titres par la société émettrice s'impose comme une voie logique d'intervention d'une société sur son propre capital. Une société peut entendre intervenir sur son propre capital social dès la formation de celui-ci. Cette hypothèse est bien connue du législateur. Le législateur aborde cette hypothèse d'intervention en supposant qu'elle puisse être réalisée par la société elle-même. Le régime juridique de cette opération est clairement gouverné par le principe de l'interdiction. En effet, l'article L225-206 du Code de commerce dispose qu' : *"est interdite la souscription par la société de ses propres actions, soit directement…"*. Lorsque la souscription des titres de capital est réalisée par la société elle-même, une telle opération n'a pu être exécutée que par les personnes qui sont censées la représenter. En période de formation de la société, il s'agira des fondateurs de la société. En cours de vie sociale, les personnes censées représenter la société sont les membres du conseil d'administration ou du directoire. La société peut également confier cette mission à un tiers de confiance qui agirait en son propre nom[968]. Cette hypothèse suppose alors l'interposition d'une tierce personne agissant pour le compte de la société. Ici à nouveau, le régime juridique de cette opération est

[967] Il convient toutefois, de souligner que les interdictions de l'article L225-216 *"ne s'appliquent ni aux opérations courantes des entreprises de crédit ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition par les salariés d'actions de la société, d'une de ses filiales ou d'une société comprise dans le champ d'un plan d'épargne de groupe prévu à l'article L. 444-3 du code du travail"*.

[968] Art. L225-206 C. com.

aussi gouverné par le principe de l'interdiction. En effet, l'article L.225-206 du Code de commerce dispose qu' *"est interdite la souscription par la société de ses propres actions,… soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société".*
La formulation des dispositions concernant la souscription par une société de ses propres titres, ou par un prête-nom de cette dernière, invite à penser que toutes ces souscriptions de titres sont visées par ce texte, tant s'agissant des souscriptions réalisées à l'occasion de la constitution du capital que s'agissant des souscriptions opérées à l'occasion de son augmentation[969].

377. **L'interdiction d'acheter indirectement.** Dans le but de protéger le capital social des transactions de la société, le législateur interdit également l'achat par la société de ses propres titres en passant par une personne agissant pour son compte. Cette interdiction est levée lorsque la personne agissant pour le compte de la société est un prestataire de services d'investissement ou *un membre d'un marché réglementé intervenant dans les conditions du I de l'article 43 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières*.

378. **Les dangers de l'auto détention par rapport à l'intégrité du capital social.** L'auto-détention pose le problème de la réalité du capital social. Mme Dana Demaret a bien relevé les dangers de l'auto-détention en indiquant que : *"L'autodétention du capital social, qu'elle soit directe ou indirecte, est en effet source de danger. Source de danger financier tout d'abord, car le capital ainsi détenu par la société elle-même ne correspond plus à une valeur certaine ni en terme de financement ni en terme de garantie, et devient donc partiellement fictif pour la fraction auto-détenue. Source de danger pour les associés également, car l'auto-détention directe ou indirecte peut entraîner un risque d'irrévocabilité des dirigeants sociaux"*[970]. Ainsi, l'auto-détention a de cela d'incongru qu'elle autorise la société à spéculer sur ses actions en permettant ainsi par une double opération d'achat et de revente, d'accroître trompeusement sa solvabilité à l'égard des créanciers.[971]
Ainsi, c'est pour éviter qu'une société ne soit pas à la fois créancière et débitrice d'elle-même dans la mesure où la part de capital ainsi auto détenue serait fictive et réduirait de fait le gage

[969] S. ROBINEAU, Les interventions des sociétés sur leurs propres titres de capital, *Bull. Joly* 1998 p. 1229, n° 20.

[970] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 132, p. 148.

[971] M. C. DE NAYER, Le rachat d'actions, *Bull. Joly* Bourse, 1998, p. 597 et s.

général des créanciers sociaux, que les interdictions de l'article L225-206 du Code de commerce sont instituées[972].

Nous pouvons faire remarquer que les interdictions de l'article L225-206 du Code de commerce participent à la protection du capital social en évitant sa fictivité. En effet, en interdisant à une société d'auto détenir ses propres titres, on empêche que le capital social ne serve au paiement du capital. En l'absence de ces interdictions, rien n'empêcherait cela. En dépit de cette prohibition, les sociétés françaises pourraient user de montages complexes dans le but de contourner la loi. C'est pour mieux prendre en compte toutes ces déviations que le législateur étend l'interdiction aux hypothèses d'interposition d'une tierce personne agissant pour le compte de la société.
Que peut-on dire sur les interdictions de l'article L225-216 du Code de commerce ?

B. Les interdictions de l'article L225-216 du Code de commerce

379. **L'interdiction d'avancer les fonds.** L'article L225-216 du Code de commerce indique qu'une *"société ne peut avancer des fonds…en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers."* Ainsi, une société ne peut pas utiliser ses fonds pour souscrire à son capital directement ou par personne interposée. L'interdiction vise la protection du capital social. En effet, en acquérant ses propres titres directement ou par personne interposée, la société risque d'entamer le capital social. Or, il n'y a pas de logique à ce que la société puisse acquérir le capital social par son capital social. L'opération engendrera la fictivité du capital social et c'est la raison pour laquelle le législateur interdit cette transaction. En protégeant le capital social, le législateur s'assure au mieux qu'il puisse satisfaire aux exigences des créanciers.

380. **L'interdiction de consentir un prêt.** L'article L225-216 précité étend également l'interdiction en prenant une autre possibilité. Il s'agit pour la société d'accorder un prêt à une tierce personne chargée de souscrire ou d'acheter les propres actions de la société. Là encore,

[972] P. VEAUX-FOURNERIE, **L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice,** th. Rennes, 1953 ; J.-C. COVIAUX, L'achat par une société de ses propres actions, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, Librairies techniques, 1978, p. 187 ; S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit., p. 132 et s.

le texte vise la protection du capital social. En accordant un prêt à une tierce personne, il y a un risque que les fonds prêtés soient prélevés sur le capital social. C'est donc pour éviter ce prélèvement que le législateur prévoit cette interdiction. Le capital social constitue la garantie minimale des créanciers et c'est pourquoi le législateur s'assure qu'il pourra remplir ce rôle.

381. **L'interdiction de consentir une sûreté.** L'article L225-216 précité prévoit enfin une dernière interdiction en prenant en compte la possibilité pour la société de consentir une sûreté réelle ou personnelle à l'acquéreur des actions de la société. En effet, la garantie accordée par la société pourrait être fictive. L'acquéreur fictif pourrait feindre son insolvabilité juste pour faire jouer la garantie. La société appelée en garantie serait contrainte d'avancer les fonds pour acquérir ses titres souscrit par un prête-nom. Or, le législateur interdit cette opération pour protéger le capital social. Comme le souligne Mme Dana - Demaret : *"l'idée générale est qu'il faut éviter que la société n'engage son actif et ne se dépouille ainsi pour permettre des opérations portant sur son capital"*[973]

Pour permettre au capital social d'être utile dans la protection des créanciers, les règles qui lui sont applicables doivent être formulées sous formes d'interdiction pour contraindre au respect de ces normes. Or, nous constatons que les articles L225-206 et L225-216 répondent à cet impératif. En effet, alors que le premier texte interdit aux sociétés d'auto-détenir son capital social, le second leur interdit d'utiliser les comptes de la société pour permettre les opérations sur le capital social. Ces deux textes renforcent la protection du capital social dans la mesure où ils empêchent sa fictivité et cela en tenant compte de toutes les hypothèses de contournement à savoir l'interposition, le prêt et la sûreté. En effet, en l'absence de ces interdiction, rien n'empêcherait les praticiens d'acquérir du capital social par le capital car l'argent prêté ou ayant été avancé à un prête-nom pourrait être prélevé sur le capital social. Aussi, la garantie conventionnelle donnée par la société pour permettre l'auto détention pourrait avoir pour conséquence d'entamer le capital social lorsqu'elle est mise en œuvre. Certes

Mais malgré ces interdictions, les sociétés utilisaient toujours des montages complexes contournant ainsi la loi[974]. Pour cela, le législateur s'est senti contraint d'atténuer la portée de

[973] S. DANA- DEMARET, **Le capital social**, op. cit. n° 133, p. 150.

[974] D. De PARIENTE et D. BARIANI, Les actions autodétenues, *Bull. Joly* 2001, n° 2, p. 130.

ces prohibitions afin de limiter les risques engendrés par ces montages. Egalement, les milieux financiers[975] , la COB[976] et le Parlement[977] ont reconnu l'attrait financier que présentait l'auto détention. Ainsi, avec l'article 41 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998, le régime de l'auto détention s'alterne entre interdiction et autorisation. Mais comment le capital est-il protégé lorsque la société auto-détient ses titres ? C'est ce que nous verrons dans le point qui suit.

§ 2. La mesure de la protection du capital en cas d'auto-détention

382. Dans certaines hypothèses, la société peut être autorisée à auto détenir ses propres titres sans avoir pour but de les annuler[978]. La question de la protection du capital social se pose surtout ici. Comment le montant du capital social est-il protégé lorsque la société achète ses propres titres ? Avec quel argent acquiert-elle ses propres actions ? Dans un système juridique qui considère le capital social comme la garantie minimale des créanciers, il est logique que son montant ne serve pas de fonds de prélèvements pour acquérir du capital. Est-ce que les textes autorisant l'auto détention permettent-ils cela ? C'est ce que nous verrons dans les développements qui suivent. L'étude consistera d'abord à analyser les différentes hypothèses d'autodétention avant d'entrevoir **(A)** le fonds sur lequel les prélèvements sont effectués **(B)**.

A. Les hypothèses d'auto-détention

383. **L'achat par une société de ses propres actions en vue de leur attribution à son personnel[979].** Les sociétés faisant participer leurs salariés aux fruits de l'expansion de l'entreprise peuvent auto-détenir leurs titres pour réaliser ce but[980]. Ce sont les articles L225-

[975] *Bull. ANSA*, n° 2934, Communication spéciale, 6 mars 1998.

[976] *Rapp. COB*, 1995, p. 39 et s.

[977] Rapport PH. MARINI, La modernisation du droit des sociétés, *La Documentation française*, 1996, p. 60 et s.

[978] Ibidem.

[979] Art. L225-208 C. com.

[980] Lamy **sociétés commerciales**, op. cit., n° 4707.

208 et L225-209 du Code de commerce qui instituent l'auto-détention des titres dans le but de les rétrocéder aux salariés. Le dernier texte semble être réservé uniquement aux sociétés cotées. Mais la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié a étendu le champ d'application de ce texte en prenant en compte les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. L'article L225-208 précité dispose que : *"Les sociétés qui font participer leurs salariés à leurs résultats par attribution de leurs actions, celles qui attribuent leurs actions dans les conditions prévues aux articles L. 225-197-1 à L. 225-197-3 et celles qui consentent des options d'achat de leurs actions dans les conditions prévues aux articles L. 225-177 et suivants peuvent, à cette fin, racheter leurs propres actions. Les actions doivent être attribuées ou les options doivent être consenties dans le délai d'un an à compter de l'acquisition."* Le texte semble viser trois hypothèses d'attribution : la participation aux résultats de la société, la rétrocession gratuite d'actions aux salariés[981] ou aux dirigeants et l'attribution d'option d'achat aux salariés et mandataires sociaux[982]. La société est autorisée à détenir ses titres pour permettre la participation des salariés et dans ce cas la réduction du capital social n'est pas nécessaire. La présentation du mécanisme par M. le professeur Mortier permet de comprendre pourquoi. En effet, il souligne à juste titre que : *"la société se porte acquéreur de ses propres actions, puis les détient pendant une courte période, le temps de les rétrocéder à ses salariés".* La société joue alors le rôle de plaque tournante de ses propres titres de capital[983]. Ainsi, puisque le rachat n'est envisagé que pour le compte des salariés, il n'est pas nécessaire de réduire le capital social. Le rachat d'actions en vue de l'attribution aux salariés ne nécessite pas l'autorisation de l'assemblée générale. La décision du conseil d'administration, ou selon le cas du directoire, suffit à elle seule pour déclencher la procédure[984]. Les actions achetées doivent être attribuées aux salariés dans un délai d'un an à compter de la date d'acquisition. L'absence de réduction du capital social se justifie également à ce niveau puisque du fait de la rétrocession des titres aux salariés, ces derniers deviennent

[981] J.-PH. DOM, L'attribution gratuite d'actions, art. préc. p. 188 ; A. VIANDIER, La loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés, art. préc. p. 475.

[982] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 788, p. 385.

[983] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 785, p. 384 ; R. MORTIER, Le rachat d'actions au service de l'actionnariat des salariés, *Dr. soc.* 2007, p. 8.

[984] Lamy **droit du financement**, op. cit., n° 655, p. 380.

tout simplement actionnaires de la société à hauteur des anciens titres détenus. La deuxième hypothèse d'auto-détention n'engendre pas aussi de réduction de capital social.

384. **Le rachat des titres dans la limite de 10% du capital social en vue de la gestion financière du capital.** L'une des innovations majeures de loi du 2 juillet 1998 concerne le rachat par la société de ses propres actions en vue de la gestion financière du capital. En effet, aux termes du nouvel article 217-2, alinéa 1 de la loi de 1966 intégré au Code de commerce à l'article L225-209 : *"l'assemblée générale d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à acheter un nombre d'actions représentant jusqu'à 10% du capital de la société."* Dans cette hypothèse de rachat, c'est l'assemblée générale qui décide discrétionnairement de racheter les titres de la société contrairement à l'hypothèse d'achat des titres en vue de leur attribution au personnel. C'est-elle qui définira également les finalités et les modalités de l'opération, ainsi que son plafond qui ne saurait excéder le plafond légal de 10% du capital social. L'article L225-209 précité restreignait les programmes de rachat d'actions aux seules sociétés cotées parce que cette hypothèse d'auto-détention absorbait l'ancien cas de rachat en vue de la régularisation des cours qui était par nature réservée à ces sociétés. Mais la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié a étendu le champ d'application de ce texte en prenant en compte les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. Toutefois, pour cette dernière catégorie de société, la mise en place des programmes de rachat d'actions vise uniquement à satisfaire aux impératifs d'un plan d'épargne entreprise[985]. Il n'est nullement besoin de procéder à une réduction du capital social dans la mesure où la société respecte bien le seuil de 10% de détention du capital. En ce qui concerne les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché règlement, les actions acquises dans le cadre d'un programme peuvent être utilisées à des fins innombrables[986]. M. le professeur Mortier indique ainsi qu': *"une société peut-elle utiliser les actions rachetées pour les rétrocéder aux actionnaires, payer ses dividendes en actions…"*[987]. L'achat peut être fait dans le but d'empêcher des écarts excessifs en hausse comme en baisse

[985] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 893, p. 435.

[986] Sur le panorama des finalités envisageables R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 909, p. 440.

[987] Ibidem.

et régulariser le marché de la valeur pour le plus grand bien des actionnaires. Dans tous les cas, la société n'a pas besoin de réduire son capital social dans la mesure où le seuil de 10% de détention du capital est respecté.

Certes, le régime d'auto-détention des titres corrige une imperfection du droit français au regard des législations étrangères en permettant aux sociétés cotées françaises de pratiquer la gestion financière du capital[988] mais, les différentes hypothèses qui assouplissent le principe d'interdiction d'auto détention n'entraînent aucune réduction du capital social. Cela traduit une absence d'atteinte du montant attribué à la garantie des créanciers. Celui-ci reste intact malgré les opérations d'auto détention.
Mais avec quel argent la société acquiert-elle ses propres tires ? C'est ce que nous verrons dans les développements qui suivent consacrés au fonds de prélèvement.

B. Le fonds de prélèvement

385. **L'interdiction d'utiliser le capital social comme fonds de prélèvement.** Afin de garantir la plénitude du capital social, le législateur français interdit à la société de faire des prélèvements sur le capital pour acquérir ses propres titres. Cette interdiction s'étend aux réserves légales[989] , bouclier du capital social en cas de pertes sociales. En effet, selon l'article L225-210 al. 2 du Code de commerce *: "L'acquisition d'actions de la société ne peut avoir pour effet d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital augmenté des réserves non distribuables."* Ce texte est formulé sous formes d'interdiction pour contraindre au respect de ces normes et c'est pour empêcher que la société ne finance l'acquisition de son capital par le capital social que le législateur prévoit cette disposition.

386. **L'autorisation d'utiliser les réserves libres.** Toutefois, pour garantir l'auto-détention des titres de la société[990], le législateur prend le soin de préciser que : *"La société*

---

[988] C. GOYET, N. RONTCHEVSKY et M. STORK, Bourse et Marchés financiers, commentaire de la loi n° 98- 546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *RTDCom*. 1998, p. 883.

[989] Sur l'intégrité du capital social et des réserves v. supra n° 344 et s.

[990] D. De PARIENTE et D. BARIANI, Les actions autodétenues, *Bull. Joly* 2001, n° 2, p. 130.

doit disposer de réserves, autres que la réserve légale, d'un montant au moins égal à la valeur de l'ensemble des actions qu'elle possède"[991]. Ainsi, ce sont les réserves libres disponibles qui doivent servir de fonds de prélèvements. Elles doivent être suffisantes pour couvrir l'achat sinon l'acquisition peut entamer le capital social[992]. En prévoyant ces dispositions, le législateur reconnaît par-là que l'achat par une société de ses propres titres peut être dangereux pour la société et donc pour les créanciers[993]. Des achats démesurés, non financés par des réserves libres, peuvent mettre gravement en cause le montant du capital social. Or, ce montant est destiné à apporter une sécurité minimale aux créanciers. L'interdiction de financer l'acquisition des actions par le capital social paraît justifier de ce point de vue.

387. **La protection des actionnaires en cas d'auto-détention.** L'auto détention présente aussi des dangers certains pour les actionnaires dans la mesure où elle pourrait permettre l'autocontrôle et une dilution des pouvoirs financiers et politiques[994]. Pour cela, le législateur neutralise ces risques en soumettant les actions auto détenues à un régime juridique rigoureux. Au profit, des actionnaires, les actions auto détenues sont privées des droits relatifs au vote, aux dividendes et à la priorité de souscription. La solution est radicale de ce point de vue, les dirigeants ne pourront s'opposer à la volonté des actionnaires du fait de la détention d'un certain nombre d'actions. D'ailleurs, sur ce point, le nombre de titres auto-détenus se trouve limité à 10% peu importe l'origine de la détention[995].

Nous constatons que le régime juridique encadrant l'auto détention protège efficacement le capital social. Dans une premier, il interdit, à une société de souscrire et d'auto détenir ses propres titres et cela en envisageant toutes les hypothèses. Cela empêche que le capital social ne serve pas à acquérir du capital. Puis, il autorise dans certains cas l'auto détention mais en protégeant strictement le montant du capital social. En effet, la société qui souhaite acquérir ces titres ne peut utiliser le capital social dans la mesure où ce fonds est réservé à la protection des créanciers.

[991] Art. L225-210 al. 3 C. com.

[992] J. J. DAIGRE, L'auto détention du capital social, op. cit. p. 18.

[993] J. J. DAIGRE, L'auto détention du capital social, op. cit. p. 11.

[994] J. J. DAIGRE, L'auto détention du capital social, op. cit. p. 11.

[995] L'auto-détention peut aussi résulter d'une transmission universelle de patrimoine.

Au regard de l'étude qui vient d'être faite, nous pouvons dire d'un point de vue légal, que la protection du capital social est totale pour tous les prélèvements susceptibles d'être effectués au sein d'une société à savoir le paiement du dividende, l'acompte sur dividende, l'amortissement du capital, le paiement des titres auto détenus. C'est pour lui permettre d'être utile dans sa mission principale que le législateur renforce la protection du capital social. En est-il de même du compte courant ?

Sous-section 2. La législation encadrant le compte courant d'associé

388. L'ouverture d'un compte courant est un moyen alternatif de financement de la société[996]. Ce compte peut être alimenté soit d'un apport frais d'argent extérieur soit de la conservation des dividendes dus par la société. Ce mode de financement interne de la société reste très affectionné des sociétés[997] dans la mesure où il peut se révéler moins coûteux que le prêt bancaire[998]. Néanmoins, ce mode de financement reste un prêt. Or, le prêt par nature engendre des charges pour la société qui pourraient être lourdes de conséquence pour le capital social. En effet, il doit être rémunéré par des intérêts et surtout il doit être remboursé à l'échéance. Alors comment les textes protègent-ils le capital social des rémunérations et du remboursement du compte courant ?

En recherchant les textes régissant le compte courant, nous avons pu recenser les articles L223-21 et L225-43 du Code de commerce qui interdisent le fonctionnement à découvert du compte courant. Autrement dit, en l'absence des fonds alimentant le compte courant d'associé, l'associé ne peut exiger le paiement des intérêts. On peut dire que ces deux textes formulés sous forme d'interdit participent à la protection du capital social. En effet, en l'absence de ces textes, rien n'interdirait à l'associé d'exiger des paiements. Or, dans l'hypothèse où la société ne disposerait que du capital social, cette rémunération pourrait être prélevée sur le montant du capital social. C'est pour éviter cela, que les articles L223-21 et L225-43 précités sont institués au sein des sociétés à responsabilité limité.

---

[996] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 237, p. 108 ; I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 26 et s.

[997] X. DELPECH, Compte courant d'associé, op. cit., n° 27-08, p. 326.

[998] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 218, p. 232.

Mais que se passe-t-il lorsque le compte est alimenté ? Avec quel argent les intérêts sont-ils rémunérés ? Quel est le fonds qui sert au remboursement du compte courant ?
Il importe de protéger le capital social face à tous ces prélèvements pour lui permettre de remplir efficacement son rôle principal de garantie des créanciers. Cette étude se propose d'examiner les textes régissant le compte courant d'associé afin de mesure l'étendue de la protection du capital social si protection il y a. En effet, la législation très éparse sur le compte courant prédit l'absence d'un dispositif régissant sérieusement cette protection. Au vrai, cette protection reste faible en droit des sociétés **(§ 1)**. Toutefois, pour avoir une idée sur ce que pourrait être le régime de protection du capital social en droit des sociétés, l'étude s'est proposée d'étendre son champ de recherche en droit fiscal. Ainsi, c'est en dehors du droit des sociétés, que la protection du capital social des rémunérations et du remboursement du compte courant s'entrevoit **(§ 2)**.

§ 1. La faiblesse de la réglementation juridique sur la protection du capital social en cas d'ouverture de compte courant

389. Dans un système juridique qui considère le capital social comme la garantie des créanciers, il est logique que les règles encadrent le fonctionnement des prélèvements effectués dans les comptes de la société de manière à éviter qu'ils ne l'entament. L'ouverture d'un compte courant d'associé a pour conséquence le paiement des intérêts et le remboursement des fonds investis à l'échéance. Avec quel argent, la société fait-elle face à ces engagements ? En l'absence de protection du capital social, le montant de la garantie des créanciers pourrait servir au paiement des intérêts et au remboursement des fonds investis. Or, il a été dit que le titulaire du compte courant d'associé *"ne serait pas un prêteur comme un autre, mais la possibilité de mettre en œuvre ses droits nés de sa qualité de créancier, et en particulier son droit de demander le remboursement de sa créance de prêt, devrait être apprécié au regard de sa qualité d'associé, dont on sait qu'elle exige d'agir dans le respect de l'intérêt social et de celui des autres associés"*[999]. Il importe alors de prévoir juridiquement un fonds sur lequel pourrait être prélevé les sommes pour payer et rembourser le compte courant d'associé. Le droit des sociétés prévoit-il ce fonds ? Interdit-il d'opérer des prélèvements sur le

[999] X. DELPECH, Compte courant d'associé, op. cit., n° 27-22, p. 330.

capital social pour rémunérer et rembourser le compte courant d'associé ? La faiblesse du dispositif est tel que nous n'avons pu trouver des règles répondant à cet impératif si ce n'est celles relatives aux conventions réglementées[1000]. En effet, constituant une convention conclue entre une société et ses associés, l'ouverture du compte courant d'associé doit être soumise à la procédure des articles L223-19 et L225-38 et suivants du Code de commerce. Cette procédure pourrait permettre de limiter l'ouverture des comptes courants **(A)**.
C'est en examinant les règles applicables à la société d'exercice libérale[1001] que des solutions s'entrevoient. En effet, le décret du 23 juillet 1992 pris en application de la loi 31 décembre 1990 apporte des limites sur l'ouverture du compte courant d'associé dans cette structure juridique **(B)**.

A. La limitation du compte courant d'associé par la procédure des conventions réglementées

390. **La procédure de l'article L223-19 applicable aux sociétés à responsabilité limitée.** Au vrai cette procédure n'est pas instituée dans le but de protéger directement le capital social, garantie des créanciers, mais elle peut engendrer des conséquences intéressantes sur ce son montant. Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'article L223-19 institue un contrôle à posteriori lorsque la convention est conclue par un gérant associé et notamment un associé. Dans ce cas, l'invalidation de la convention n'a aucun effet sur l'acte qui est maintenu. A ce niveau, la procédure de contrôle des conventions montre sa limite puisque le risque que l'associé privilégie son intérêt personnel au détriment du maintien du capital social n'est pas écarté. Toutefois, l'associé pourrait supporter individuellement ou solidairement avec le gérant les conséquences du préjudice subi par la société[1002] du fait de l'ouverture du compte. A ce niveau, la condamnation des personnes concernées par le compte pourrait permettre de réparer l'atteinte portée au capital social si atteinte il y a du fait soit de la rémunération excessive des intérêts soit du remboursement du compte courant d'associé.

[1000] Dans le même sens V. D. VIDAL, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 959, p. 464 ; X. DELPECH, Compte courant d'associé, op. cit., n° 27-14, p. 328.

[1001] Elle reste une modalité des sociétés à risque limité.

[1002] Cass. com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 523, note B. SAINTOURENS.

En outre, ce compte pourrait également être annulé sur le fondement de l'abus de majorité[1003]. Cette solution pourrait permettre d'éviter que le compte courant d'associé du fait de ses rémunérations voire son remboursement n'entame le capital social. En effet, cela reste possible dans la mesure où aucun texte n'interdit cela. Or, en annulant ce compte sur le fondement d'abus de majorité, c'est ce risque qui est écarté.

L'article L223-19 prévoit également un contrôle préalable lorsque la convention est conclue par un gérant non associé d'une société à responsabilité limitée n'ayant pas nommée un commissaire aux comptes[1004]. Dans ce cas, la procédure de contrôle pourrait permettre d'éviter les conflits d'intérêt révélés par la théorie de l'agence[1005]. En effet, en l'absence de ce dispositif, le gérant non-associé pourrait chercher à obtenir un maximum de rémunération au détriment de l'investissement des associés. Certes, ils sont des créanciers résiduels mais rien n'exclut la possibilité pour eux de récupérer leurs apports. En donnant leur avis sur le compte courant d'associé que souhaite ouvrir le gérant non associé, les associés protègent certes leur investissement mais, ils protègent par-là également le capital social, garantie des créanciers.

391. **La procédure des articles L225-38 et suivants applicable aux sociétés de capitaux.** Le champ d'application des conventions réglementées dans les sociétés de capitaux s'est élargi depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Il est apparu au législateur que les risques de conflits d'intérêts ne se situaient pas seulement au niveau des dirigeants de la société. Un associé disposant d'une part importante des droits de vote peut en effet également imposer à la société dont il est actionnaire une convention préjudiciable. Cependant, contrairement à l'article L223-19 qui vise tous les associés, l'article L225-38 apporte des restrictions. Seules les actionnaires personnes physiques ou morales disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % sont visées par le contrôle. Autrement dit, un actionnaire possédant moins de 10% des droits de vote peut conclure une convention avec la société en l'absence de tout contrôle.

L'article L225-40 institue l'application simultanée du contrôle préalable et du contrôle à posteriori. En effet, l'associé ou le dirigeant intéressé par la convention doit au préalable

[1003] Cass. com. 21 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 312, § 125, note P. LE CANNU.

[1004] D. VIDAL, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 960, p. 464.

[1005] Infra n° 446.

informé le conseil d'administration qui par la suite doit procéder au vote au préalable[1006]. L'impartialité de cette première procédure est également garantie dans la mesure où l'intéressé ne peut prendre part aux délibérations du conseil s'il est membre.

Certes, le capital social n'est pas directement concerné par ce dispositif mais, celui-ci peut engendrer des conséquences positives sur le montant du capital social. En effet, on peut espérer que les dirigeants ne puissent accepter l'ouverture d'un compte courant d'associé susceptible d'engendrer des conséquences néfastes sur le capital social. D'ailleurs, la procédure prévoit que la méconnaissance de l'autorisation du Conseil d'administration peut entraîner la nullité de la convention lorsqu'elle engendre des conséquences préjudiciables pour la société[1007]. Cette solution pourrait permettre d'arrêter les entorses opérées par les rémunérations du compte courant d'associé sur le capital social. En effet, cela reste possible dans la mesure où aucun texte n'interdit des prélèvements sur ce montant.

La convention autorisée est portée à la connaissance du Commissaire aux comptes et c'est ce dernier qui établira le rapport qui sera par la suite soumis à l'assemblée générale annuel des actionnaires pour approbation finale. Ce contrôle ne peut être valable que si les droits de vote de l'intéressé ne sont pas pris en compte pour le calcul de la majorité et du quorum. Par contre, les conventions non approuvées par l'assemblée générale produisent leurs effets. Toutefois, si la convention entraîne des conséquences préjudiciables à la société, la responsabilité civile de l'intéressé peut être engagée. Ces conséquences peuvent aussi être mises à la charge des membres du conseil d'administration. A ce niveau, la condamnation des personnes concernées par le compte pourrait permettre de réparer l'atteinte portée au capital social si atteinte il y a du fait soit de la rémunération excessive des intérêts soit du remboursement du compte courant d'associé.

392. **Conséquence de l'approbation de l'ouverture du compte courant en cours de vie sociale : le remboursement possible du compte courant par le capital social.** La personne détentrice d'un compte courant cumule la qualité d'associé et de créancière. En cette dernière qualité, elle peut exiger le remboursement du compte à tout moment sans que la société ne puisse l'opposer des restrictions qui caractérisent le régime particulier de l'apport en

---

[1006] CA Paris, 23 nov. 1955, *D*. 1956, 290, note F. GORE ; Cass. com. 16 juin 1959, *D.* 1959, 44, note A. DALSACE ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1648.

[1007] Cass. com. 15 juin 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 189, obs. H. LE NABASQUE ; *Rev. soc*. 1993, 806, note B. SAINTOURENS.

capital. Le titulaire du compte courant d'associé, en sa qualité d'associé, bénéficie d'une information renforcée sur l'état de solvabilité de la société Il peut ainsi demander le remboursement de son compte courant parce qu'il a connaissance de la situation médiocre de la société. Il est alors privilégié par rapport aux créanciers externes qui n'ont pas nécessairement la bonne information au bon moment. Dans tous les cas, il pourra bénéficier du capital social pour obtenir le remboursement du compte courant en cours de vie sociale. Le capital social pourrait donc être entamé pour assurer le remboursement du compte courant d'associé. Est-il possible de limiter ces atteintes portées au capital social afin de réserver cette surface uniquement aux vrais créanciers ?

393. **L'insuffisance des conventions de blocage et de dernier rang.** La société peut empêcher ce remboursement en cours de vie sociale par le biais des stipulations contractuelles spécifiques relatives aux clauses de blocage. Le contrat peut également prévoir une clause de dernier rang dans laquelle l'associé prend l'engagement d'être remboursé en fin de vie sociale. Mais ces solutions ne sont pas satisfaisantes dans la mesure où rien n'oblige l'associé à accepter ces conditions. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point[1008] et elle est suivie par nombre de juridictions du fond[1009]. Ainsi selon cette jurisprudence, l'assemblée générale n'a aucune autorité pour intervenir dans les relations de la société avec l'un de ses créanciers pour bloquer par exemple le remboursement du compte courant même si cette demande a pour conséquence l'entamation du capital social. La société ne peut donc imposer à l'associé d'accepter une convention de blocage[1010]. La protection du capital social par les conventions de blocage reste donc aléatoire. Certes, les banques arrivent à obtenir cette protection du capital en imposant le blocage du compte avant l'échéance du prêt bancaire[1011]. Mais, elles disposent des moyens de pression autrement dit : pas de convention de blocage pas de crédit. Or, tous les créanciers n'ont pas les moyens pour contraindre la société. La protection du capital social par les conventions de blocage reste donc restrictive.

[1008] Cass. com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, 336, note A COURET ; Cass. com. 24 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, 871, note B. SAINTOURENS ; *RTD Com*. 1998, 153, note CL. CHAMPAUD.

[1009] CA Paris, 12 nov. 1991, *RTD Com*. 1992, 820, note CL. CHAMPAUD ; CA Paris, 15 janv. 1999, *RTD Com*. 1999. 422 note CL. CHAMPAUD.

[1010] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 241, p. 118.

[1011] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés** 15e éd. op. cit. n° 242, p. 111.

Au vrai l'analyse des règles juridiques révèle la faiblesse de la protection du capital social du compte courant d'associé. Toutefois, étant une convention conclue avec la société, l'ouverture du compte courant est soumise à la procédure de contrôle instituée aux articles L223-19 et L225-38 et suivants du Code de commerce. Cette procédure pourrait toujours empêcher l'ouverture d'un compte courant d'associé jugé dangereux pour l'intégrité du capital social. Mais cette protection reste incertaine en l'absence de texte interdisant les prélèvements sur le montant du capital social puisque l'ouverture du compte d'associé pourrait tout aussi être approuvée. Dans ce cas, le paiement des intérêts et le remboursement du compte courant d'associé pourraient se faire avec le capital social. Les associés pourraient ainsi profiter de l'ouverture du compte courant pour récupérer le capital social.

Ainsi, contrairement aux rémunérations précédemment étudiées, nous constatons pour la première fois que le capital social n'est pas protégé lorsqu'il s'agit du compte courant. Toutefois, il existe des limitations en ce qui concerne les sociétés d'exercice libéral qu'il convient d'analyser maintenant.

B. Les limitations au sein des sociétés d'exercice libéral

394. **La limitation des sommes laissées en compte courant d'associé.** Le législateur n'est jamais intervenu pour réglementer l'alimentation du compte courant jusqu'en 1990. En effet, le décret du 23 juillet 1992 pris en application de cette loi 31 décembre 1990 a apporté des limites. Mais, le champ d'application de ce texte reste encore borné aux sociétés d'exercice libéral. Ainsi, l'article 1 du décret du 23 juillet 1992[1012] indique que : *"L'associé exerçant sa profession au sein d'une société d'exercice libéral ... ainsi que ses ayants droit devenus associés…ne peuvent mettre à la disposition de la société, au titre de comptes d'associés, des sommes dont le montant, fixé par les statuts, ne peut excéder trois fois celui de leur participation au capital. Tout autre associé peut mettre au même titre à la disposition de cette société des sommes dont le montant, fixé par les statuts, ne peut excéder celui de sa participation au capital"*[1013]. Il existe ainsi deux limitations en fonction des associés : la

[1012] Modifié par Décret n°2007-932 du 15 mai 2007 - art. 24 JORF 16 mai 2007.

première s'applique aux associés exerçant une activité professionnelle au sein de la société. Les sommes laissées en compte ne peuvent excéder plus de trois fois celui apporté au capital social. Cette règle vient dont interdire l'apport excessif en compte courant par rapport au capital social. Un associé exerçant une activité au sein de la société ne peut apporter de manière excessive au compte courant. Si par exemple il décide d'apporter 1000€ au capital social, il ne peut apporter au maximum que 3000€ au compte courant. L'associé est libre d'apporter le montant qu'il veut dans les différents comptes mais à condition que le compte courant ne soit pas un moyen de contourner l'apport en capital. Ensuite la seconde limitation s'applique aux autres associés qui n'exercent pas une activité au sein de la société. Ils ne peuvent laisser dans un compte d'associé des sommes supérieures au capital social. La limitation est proportionnelle au montant de son apport au capital social. Cette dernière solution semble être une bonne solution pour la protection du capital social. En limitant ainsi les sommes laissées en compte courant, les prélèvements sur le capital social pourraient être également atténués. En effet, plus les sommes laissées en compte courant sont importants par rapport au capital plus il y a de forte chance que le capital social rémunère le compte courant d'associé. C'est la raison pour laquelle, il serait souhaitable d'étendre la seconde limitation de l'article 1 précité à toutes les sociétés à risque limité.

La discrimination opérée par le législateur n'est pas justifiée. En effet, la société d'exercice reste une société à risque limité. C'est une modalité des formes commerciales créées pour permettre aux membres des professions libérales d'exercer leur activité sous forme de sociétés à risque limité. Il ne s'agit donc pas d'une nouvelle structure juridique. Ainsi, la société d'exercice libéral peut prendre la forme d'une société à responsabilité limitée on parle alors de la société d'exercice libéral à responsabilité limitée. Pour les sociétés de capitaux on parlera de société d'exercice libéral à forme anonyme ou de société d'exercice libéral en commandite par actions et enfin la société d'exercice libérale par actions simplifiées. Les conditions générales de formation et de fonctionnement prévues par la loi du 24 juillet 1966 s'appliquent également à la société d'exercice libéral sauf dispositions spéciales prévues par la loi du 31 décembre 1990. Il serait ainsi souhaitable que le capital social des sociétés de type classique soit protégé par une réglementation sur l'ouverture du compte d'associé.

[1013] Décret n°92-704 du 23 juillet 1992 pris pour l'application de l'article 14 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé.

Au regard de l'étude qui vient d'être menée, nous constatons avec regret que le droit des sociétés offre une possibilité aux associés de contourner les interdictions de prélèvement sur le capital social grâce à l'ouverture du compte courant. En effet, la procédure des conventions réglementées et les limitations des sommes abandonnées au compte courant d'associé dans les sociétés d'exercice libéral ne protègent que faiblement voire pas du tout le montant du capital social réservé à la garantie des créanciers. Le capital social pourrait alors servir de fonds de prélèvement pour rembourser le compte courant. Plus les fonds investis sont importants plus il y a ce risque. Certes, le patrimoine social se compose également des capitaux propres susceptibles de faire face à cette rémunération mais, il est regrettable que le capital social ne soit plus protégé notamment par la règle juridique interdisant d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital social.

Toutefois, l'extension des limitations prévues pour les sociétés d'exercice libéral à toutes les sociétés est souhaitée.

Le droit des sociétés ne protège pas complètement le capital social des rémunérations du compte courant d'associé. Qu'en est-il des autres branches du droit ?

§ 2. La protection du capital en dehors du droit des sociétés

395. Le capital social doit en principe être protégé de toutes les rémunérations susceptibles d'être effectuées au profit des associés afin de lui permettre de remplir utilement son rôle principal de garantie des créanciers. Cette protection doit être prévue en interdisant tout prélèvement sur le capital social pour éviter que les associés ne remettent en cause le privilège des créanciers sur le capital social. En effet, ce montant leur est réservé en priorité dans une société qui n'offre pas le patrimoine privé de ses membres en garantie des dettes sociales. Mais la faiblesse des règles régissant le compte courant d'associé en droit des sociétés nous oblige à voir ce qui existe dans d'autres branches du droit pour éventuellement combler cette lacune. C'est précisément en droit fiscal que nous reposerons notre examen. Ainsi, avant de voir les solutions envisagées dans cette matière **(B)**, il convient d'abord de mette en lumière les risques d'un taux anormalement élevé sur le montant du capital social **(A)**.

A. Position du problème des taux d'intérêt élevés

396. **Le risque d'un taux d'intérêt anormalement élevé : l'atteinte du capital social.** De manière générale, les associés tirent des avantages en laissant des sommes en compte courant par rapport à l'apport au capital. Dans ce sens il a été dit que : *"la rémunération des comptes d'associés est très généralement plus avantageuse que le produit des actions ou parts"*[1014]. L'apport en capital obéit au principe dégagé par l'article 1832 dans le sens où l'apporteur s'engage pour la durée de la société et contribue aux pertes éventuelles. Or, le titulaire du compte courant reste un créancier soumis aux dispositions de l'article 1134 du Code civil[1015]. Ainsi, c'est le contrat relatif à l'ouverture du compte courant qui s'appliquera entre la société et l'associé sans que le statut d'associé du titulaire du compte n'ait d'influence. En effet, les avances en compte courant d'associé sont des prêts productifs d'intérêt[1016] et conférant à ce titre la qualité de créancier au titulaire du compte et la qualité de débiteur à la société[1017]. L'associé se procure une rémunération complémentaire en plus des dividendes. Toutefois, *"le risque d'une rémunération excessive n'est du reste pas négligeable lorsque le titulaire du compte est un associé dirigeant ou contrôlaire. Sa position au sein de l'entreprise peut lui permettre d'imposer ses conditions"* [1018]. Il pourrait imposer un taux anormalement élevé. Or, la rémunération de ce taux pourrait être dangereuse pour l'intégrité du capital social. La personne détentrice d'un compte courant cumule la qualité d'associé et de créancière. En cette dernière qualité, elle peut bénéficier de la garantie du capital social. Ainsi, le capital social pourrait être utilisé pour garantir le paiement des intérêts. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'obéir aux dispositions de l'article L232-11 du Code de commerce qui assure une protection au capital social. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'activité sociale dégage un bénéfice distribuable pour payer les intérêts. En l'absence de bénéfice

---

[1014] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., n° 403, p. 246.

[1015] Sur la dissociation radicale entre le régime juridique du compte courant d'associé et celui de l'apport voir D. DANET, Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique, *RTD Com* 1993, p. 69 et s. ; Cass. com. 15 juill. 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 75, note J.- P. SORTAIS ; Cass. com. 18 nov. 1986, *Rev. soc*. 1987, p. 308, note I. URBAIN - PARLEANI.

[1016] Lamy **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 2358 ; I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., p. 12.

[1017] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 738.

[1018] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., n° 403, p. 246.

distribuable, le capital social pourrait parfaitement servir au paiement des intérêts du compte courant. La réduction du capital social découlant de ces paiements serait alors logique dans la mesure où l'associé est rémunéré ici en tant que créancier.

Les taux d'intérêt anormalement élevés renforcent les possibilités d'atteinte du capital social. En effet, aucun texte ne prévoit le fonds sur lequel les rémunérations des intérêts pourraient être prélevées. Ainsi, le capital social pourrait parfaitement servir de fonds de prélèvement pour rémunérer ces intérêts car plus les intérêts sont élevés, plus il y a ce risque. Certes, le patrimoine social se compose également des capitaux propres susceptibles de faire face à cette rémunération mais, le capital social n'est pas protégé par la règle juridique interdisant d'abaisser les capitaux propres à un montant inférieur à celui du capital social. Qu'en est-il des solutions fiscales ?

B. Solutions envisagée en droit fiscal

397. **La limitation de déductibilité des intérêts du compte courant d'associé.** Sur la limitation des taux d'intérêt rémunérant le compte courant, le législateur fiscal apporte une solution qui ne remet pas en cause la libre détermination du taux d'intérêt. L'article 39-1-3° Code général des impôts organise la limite de la déductibilité des intérêts rémunérant les comptes d'associés quelle que soit la forme sociale. En effet, ceux-ci sont déductibles du résultat imposable dans la limite de ceux calculés à un taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans. Au-delà de ce taux, la société supporte une charge sans gain d'impôt. L'article 39-1-3° précité organise tout simplement la limitation de la déductibilité des intérêts de comptes courants d'associés. Cette mesure reste dissuasive pour la société. Ainsi, pour bénéficier de l'avantage fiscal, la société a intérêt à ce que le taux rémunérant le compte ne soit pas supérieur au taux légal. Cette mesure permet de limiter la rémunération du compte courant pour autant les prélèvements sur le capital ne sont que partiellement limités.

398. **La libération intégrale du capital social.** Le législateur fiscal subordonne la déduction des intérêts à la libération complète du capital social par tous les associés. En effet, la société emprunte auprès des associés alors que ceux-ci n'ont pas encore intégralement

libéré le capital social. La libération intégrale du capital social n'est qu'une condition pour pouvoir bénéficier de la déduction intégrale des intérêts dans la limite du taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements. Toutefois, cette condition intéresse particulièrement cette étude au regard du droit des sociétés. En subordonnant l'ouverture du compte courant d'associé dans les sociétés à risque limité à la libération intégrale du capital social, cela permettrait d'éviter les détournements des apports alors même que le capital social n'est pas encore constitué. Il serait ainsi souhaitable que le législateur commercial s'inspire de son confrère en conditionnant l'ouverture du compte courant d'associé à la libération intégrale du capital social.

La protection du capital social des rémunérations et du remboursement du compte courant d'associé reste incertaine. On peut alors craindre que les associés ne profitent de cette possibilité pour vider le capital social de sa substance. Pour garantir l'intégrité du capital social des risques du compte courant d'associé, la solution serait que le législateur intervienne en exigeant des restrictions. Dans ce sens, n'est-il pas possible de prévoir légalement le blocage des sommes laissées en compte courant jusqu'à la dissolution de la société ? En outre, n'est-il pas possible de limiter les sommes laissées en compte courant ? Enfin, pourquoi ne conditionnerait-on pas l'ouverture du compte courant d'associé à la libération intégrale du capital social ?

*

* *

399. **La protection du capital social des rémunérations des titres des associés.** La protection du capital social est assurée lorsque la société effectue des prélèvements. Le législateur utilise soit le bénéfice distribuable soit les réserves libres comme fondement des prélèvements de la société. L'interdiction des prélèvements sur le capital social est clairement formulée par la loi. Cette protection du capital social témoigne l'importance que le législateur accorde à la notion. Le capital social est vraiment conçu pour garantir la protection des créanciers c'est la raison pour laquelle les prélèvements ne doivent pas entamer la notion. Le règne du capital social se mesure ainsi à son emprise sur une partie de l'actif de la société. La garantie des créanciers sociaux réside sur cette valeur abstraite de l'actif gelée à leur profit.

La définition du capital social proposé par Thaller se vérifie ici. En effet, cet éminent auteur a très bien exprimé en quoi le capital social est un élément important dans la garantie des créanciers. Selon lui, ce n'est pas contre les pertes, *"les mauvaises affaires"* mais contre les distributions des associés que le capital social joue un rôle important. Il indique précisément que le capital social constitue :

"une ligne d'arrêt toute idéale, tracée dans l'actif sans identifier des valeurs précises autour du cercle de la valeur primitive des apports. Dans l'intérieur de ce cercle, la société prend l'engagement de ne pas retirer cet actif et elle le rend indisponible au regard des créanciers, tout ce qui déborde de ce cercle demeure disponible, les associés gardant la faculté d'en faire la distribution"[1019].

400. **L'absence de protection du capital social des prélèvements effectués en dehors des rémunérations des titres des associés.** En ce qui concerne le compte courant d'associé, l'étude relève que la législation française n'assure pas une protection du capital social. Certes, les articles L223-21 et L225-43 du Code de commerce interdisent le fonctionnement à découvert du compte courant d'associé mais les rémunérations excessives et le remboursement prématuré avant la fin de vie sociale ne sont pas écartés. Or, ceux-ci peuvent se faire sur le capital social compte tenu de l'absence de texte l'interdisant. En outre, bien que les professionnelles n'hésitent pas à appliquer le contrôle des articles L223-19 et L225-38 et suivants du Code de commerce[1020] mais, ces procédures n'écartent pas les risques d'atteinte du capital social. Enfin, les conventions de blocages ou de dernier rang sont insatisfaisantes dans la mesure où l'associé n'est pas obligé se soumettre à la volonté de la société ou encore à celle du banquier. Toutes ces protections sont médiocres. Or, le législateur français considère le capital social comme la garantie minimale des créanciers. Il importe alors d'organiser sa protection de manière à éviter que les associés ne prennent la qualité de créancier pour vider le capital social de son contenu. Le but n'étant pas non plus d'interdire l'ouverture des comptes courants d'associés mais de permettre simplement au capital social de remplir sa mission de garantie des créanciers. Ainsi, l'étude se propose de limiter les conséquences du compte courant d'associé sur le capital social.

[1019] E. THALLER, De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, *An. dr. com.* 1907, p. 177.

[1020] I. URBAIN - PARLEANI, **Les comptes courants d'associes**, th. préc., n° 187, p. 123.

Pour ce faire, il serait souhaitable de conditionner l'ouverture du compte courant d'associé à la libération intégrale du capital social.

Ensuite, l'alimentation du compte courant d'associé pourrait être plafonnée au montant de l'apport effectué au capital social.

Puis, le remboursement du compte courant d'associé pourrait être prévu en fin de vie sociale.

Chapitre 2

LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL PAR DES MESURES DISSUASIVES

401. Les règles régissant le capital doivent être formulées sous forme de devoirs et d'interdit pour que le non-respect entraîne une sanction. C'est cette sanction opère un effet dissuasif et ce terme vient du verbe dissuader qui voudrait dire amener à renoncer à faire quelque chose[1021].

Quelles sont les sanctions susceptibles d'entraîner un effet de dissuasion ? Cette sanction peut être civile et elle consistera à engager la responsabilité des associés ou des personnes agissant pour le compte de la société. La mise en œuvre de l'action en responsabilité devrait aboutir à plusieurs sanctions pécuniaires notamment l'obligation de libérer le capital instituée à l'article 1843-3 du Code civil[1022]. Cette sanction peut aussi être spéciale. En effet, compte tenu de l'importance du capital social, la responsabilité des auteurs de la sous capitalisation lors de la création de la société doit aussi être envisagée. Cette sanction peut également être pénale et celle-ci devrait permettre une double punition c'est-à-dire le paiement d'une amende et l'emprisonnement des personnes non-respectueuses des règles du capital social.

Il importe de prévoir ces sanctions renforçant la protection du capital social pour lui permettre de jouer efficacement son rôle principal de garantie des créanciers. En effet, ces mesures devraient permettre aux personnes de se détourner des actes susceptibles de lui porter atteinte par crainte des conséquences. Ces textes doivent avoir un effet décourageant et c'est en cela que la formation et le maintien du capital social pourraient être protégés.

La question qui se pose alors est celle de savoir si les règles régissant le capital social sont-suffisamment dissuasives ? C'est ce que nous verrons en analysant successivement les mesures prévues lors de sa formation **(Section 1)** et de son maintien **(Section 2)**.

[1021] Dictionnaire Robert, v. Dissuader.

[1022] Le texte prévoit que : *"Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie"*.

Section 1

La protection de la formation du capital social par des mesures dissuasives

402. Si l'on considère le capital social comme la garantie minimale des créanciers, il n'est pas logique que la souscription, la libération et l'évaluation du capital social ne soient pas respectées. Ce sont ces principes institués légalement au sein des sociétés à risque limité qui entraînent la formation du capital social aussi bien en phase de constitution de la société qu'en cours de vie sociale. Certes, d'un point de vue théorique, ces règles sont formulées sous une forme impérative, par exemple, l'article L224-2 prescrit sous la forme suivante la règle du capital social minimum légal : *"Le capital social doit être de 37 000 € au moins"*. Mais d'un point de vue pratique, rien ne contraint une personne peu scrupuleuse et très peu encline au respect des lois de respecter ces règles.

Mais, qu'est-ce qui pourrait amener à respecter cette règle ?

Pour amener au respect de ces principes, les règles encadrant le capital social devraient être sanctionnées pour contraindre à la formation du capital social. Les personnes concernées par ces mesures doivent être clairement identifiées. Il s'agit des personnes intervenant à la formation du capital social à savoir les associés qui déterminent, souscrivent et libèrent le capital social, les commissaires aux apports chargés d'évaluer les apports et les personnes en charge des affaires sociales chargées de faire appliquer les dispositions légales et statutaires relatives au capital social. Pour ces derniers par exemple, les textes prévoient une sanction pénale en cas d'évaluation frauduleuse des apports en nature ou de distribution du capital social en cours de vie sociale[1023]. Rien n'empêche qu'ils soient condamnés civilement.

Ces personnes doivent craindre d'être sanctionnées lors des souscriptions et de l'évaluation du capital social **(Section 1)** ou lors de la libération du capital social **(Sous-section 2)**.

[1023] Art. L241-3 et L242-2 C. com.

Sous-section 1. La menace d'une sanction lors des souscriptions et de l'évaluation du capital

403. La souscription du capital social est le contrat par lequel, une personne physique ou morale prend l'engagement d'effectuer un apport[1024]. Pour assurer la formation du capital social l'article L225-3 du Code de commerce dispose par exemple que : *"Le capital doit être intégralement souscrit"*. Mais est-ce que le caractère impératif de cette règle suffit-il à entraîner son respect si aucune sanction n'est prévue derrière ? Aussi, l'article L225-206 du même Code indique que : *"Est interdite la souscription par la société de ses propres actions, soit directement, soit par une personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société"*. La même question se pose de savoir si l'interdiction suffit-elle pour s'assurer du respect de cette règle en l'absence d'une sanction ?

L'intégration des apports en nature au capital social passe par leur évaluation puisque le capital social correspond à un chiffre. Or, *"l'apporteur n'est pas un bienfaiteur, mais un homme d'affaires légitimement attiré par le bénéfice"*[1025], pour cela il pourrait être tenté d'attribuer une valeur excessive à son apport. Pour empêcher cela, la simple recommandation de l'évaluation des apports en nature est-elle suffisante[1026] ?

Il ne doit pas être choquant de renforcer la formation du capital social par des mesures sanctionnatrices dans un système juridique basant la protection des créanciers sur cette notion. Il convient, au contraire, de mettre tout œuvre pour que le capital social soit à même de remplir utilement son rôle principal de garantie des créanciers. Outre l'obligation et l'interdiction des règles régissant le capital social, il importe aussi de prévoir un autre dispositif sanctionnant tout acte susceptible d'empêcher sa formation. Alors, le législateur français prévoit-il un tel dispositif ? C'est ce que nous verrons en analysant successivement les mesures condamnant les souscriptions fautives englobant les souscriptions fictives du capital social et celles effectuées en méconnaissance de l'interdiction de l'article L225-206 du Code de commerce **(§ 1)** et celles punissant les évaluations frauduleuses **(§ 2)**.

[1024] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 103.

[1025] J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, *D.* 1974, Chron. p. 99.

[1026] Art. L225-8 C. com.

§ 1. Les mesures sanctionnant les souscriptions fautives

404. En amont de la formation du capital social, il existe des règles qui obligent à la souscription intégrale et qui interdisent dans certains cas de souscrire au capital social pour éviter qu'il ne corresponde à rien. Toutefois, il ne sert à rien de prévoir ces mesures, si en aval aucune règle n'est prévue pour sanctionner tout comportement déviationniste. Des mesures sanctionnatrices pour protéger la formation du capital de tout acte susceptible de l'empêcher doivent être prévues. Elles doivent être suffisamment dissuasives pour contraindre au respect des règles régissant la souscription du capital social. Alors, est-ce que les règles sanctionnant les souscriptions fautives du capital social répondent-elles à cette exigence ? C'est ce que nous allons vérifier en analysant successivement les mesures punissant les souscriptions fautives englobant les souscriptions effectuées en méconnaissance de l'interdiction de l'article L225-206 du Code de commerce **(A)** et celles dites fictives du capital social **(B)**.

A. Les sanctions de la violation de l'article L225-206 du Code de commerce

405. **La responsabilité civile des personnes enfreignant la règle de l'interdiction de souscription en cours de vie sociale.** Afin de garantir la réalité du capital social, l'article L225-206 interdit à une société de procéder à une souscription de ses titres en cours de vie sociale. En outre, la protection du capital social est renforcée par la menace d'une sanction civile à l'encontre des personnes n'observant pas l'interdiction instituée à l'article L225-206 du Code de commerce. Les personnes concernées par cette sanction sont les membres du conseil d'administration dans une société anonyme moniste. Il s'agit donc du président, des administrateurs ou des directeurs généraux. Dans une société anonyme avec conseil de surveillance, les personnes concernées par cette sanction sont les membres du directoire et ceux du conseil de surveillance. Toutes ces personnes encourent la même sanction en cas d'inobservation de la règle d'interdiction. La sanction civile consiste à libérer les actions souscrites ou acquises en violation de l'interdiction[1027]. Cette sanction permet d'éviter que la société qui a souscrit à ses propres titres ne libère l'apport promis par le capital social. Ainsi, en amont, les dirigeants ou les fondateurs n'ont aucun intérêt à violer les dispositions de

[1027] Art. L225-206 al. 2 C. com.

l'article L225-206 puisqu'en aval, ils seront amenés à libérer les actions souscrites au nom de la société. Le législateur prévoit que cette obligation de libérer les titres de capital irrégulièrement souscrits doit être exécutée dans les conditions prévues par les articles L225-251 et L225-256 du Code de commerce. Ces dispositions organisent simultanément les conditions et le régime de la responsabilité des personnes concernées par la sanction. Ainsi, parce que le capital social aura servi au paiement des titres auto-détenus, les créanciers pourront exercer une action en responsabilité civile à l'encontre des auteurs de cette opération. Ils pourront agir dans un délai de trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation[1028]. Cette action pourrait être exercée contre un seul des dirigeants dans la mesure où ils sont tenus par une garantie solidaire envers les créanciers[1029]. Toutefois, cette garantie peut aussi être individuelle. Dans ce cas, il revient au tribunal de déterminer la part contributive de chaque dirigeant dans la réparation du dommage[1030].

En plus de la sanction financière, la doctrine étend la punition des personnes enfreignant la règle de l'interdiction de souscription à la suppression des droits que confère la détention des titres. Plus exactement, les personnes sanctionnées qui libèrent le capital social irrégulièrement souscrit ne peuvent prétendre bénéficier des droits attachés à la qualité d'actionnaire de la société[1031]. Dans le cas contraire, la sanction de l'interdiction pour une société par actions de souscrire par prête-nom à son propre capital serait dénuée d'intérêt[1032].

406. **La responsabilité civile des personnes enfreignant la règle de l'interdiction de souscription en phase de constitution de la société.** Si les articles L225-251 et L225-256 du Code de commerce ne visent que la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire, ce mécanisme de responsabilité peut être étendu aux fondateurs de sociétés[1033]. Cette extension est justifiée puisqu'elle permet de régler à l'identique la question de la sanction de la violation de l'interdiction, sans opérer de distinction

---

[1028] Art. L225-254 C. com.

[1029] Art. L225-251 C. com.

[1030] Ibidem.

[1031] M. JEANTIN, *J.-Cl. Sociétés,* v. Achat par une société de ses propres titres, Fasc. 112-6, n° 22 ; V. également J.-C. COVIAUX, L'achat par une société de ses propres actions, op. cit., ; R. MORTIER, **Le rachat par la société de ses droits sociaux**, op. cit.

[1032] Ibidem.

[1033] Ibidem.

entre la violation de l'interdiction lors de la formation de la société et lors de l'augmentation de son capital. L'identification des fondateurs d'une société par actions faisant offre au public ne soulève aucune difficulté puisqu'il s'agira de toutes les personnes qui ont signé le projet de statuts[1034]. En revanche, les fondateurs d'une société par actions ne faisant pas offre au public ne sont pas tous connus du législateur qui ne les mentionne ni dans la loi ni dans son décret d'application. Toutefois, les fondateurs d'une société par actions ne faisant pas offre au public sont les personnes qui prennent l'initiative de la constitution de la société[1035]. Ils correspondent donc à une catégorie de personnes plus restreinte que celle des signataires du projet de statuts, à laquelle fait référence le législateur pour les sociétés offrant leurs titres au public et à laquelle fait référence la deuxième directive qui ne distingue pas selon que les sociétés font appel au public ou non.

407. **La responsabilité civile du prête-nom.** En cas de souscription par prête-nom, la sanction s'applique directement au prête-nom[1036]. Les textes précisent que : *"Lorsque les actions ont été souscrites par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, cette personne est tenue de libérer les actions solidairement avec les fondateurs ou, selon le cas, les membres du conseil d'administration ou du directoire. Cette personne est en outre réputée avoir souscrit ces actions pour son propre compte"*. Cette solution reste logique si on considère que l'opération a été réalisée par le prête-nom lui-même. Ainsi, il libèrera les titres de capital souscrits en son propre nom pour le compte de la société émettrice. Toutefois, il reste solidaire de cette dette d'apport avec selon le cas les fondateurs, les membres du conseil d'administration ou du directoire.

408. **La responsabilité pénale des personnes enfreignant la règle de l'interdiction de souscription.** La protection du capital social en aval est en encore plus poussée par des mesures de répression pénale. L'inobservation de l'interdiction de la souscription par une société de ses propres actions est sanctionnée sur le terrain de la responsabilité pénale[1037]. Le législateur prévoit uniquement une amende d'un montant de 9 000€. Cette sanction s'applique

---

[1034] S. ROBINEAU, Les interventions des sociétés sur leurs propres titres de capital, op. cit., p. 1229, n° 20.

[1035] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., p. 245, n° 257.

[1036] Art. L225-206 al. 3 C. com.

[1037] J. LARGUIER et P. CONTE, **Droit pénal des affaires,** Armand Colin, 11ème éd. 2004, n° 409, p. 386.

en outre aux auteurs de la violation de l'interdiction non seulement de la prise en gage par une société de ses propres actions[1038] mais également des avances de fonds, de prêts et sûretés en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers[1039].

Ces différentes sanctions civiles et pénales ont une portée considérable dans la protection du capital social. En effet, les personnes susceptibles d'être condamnées éviteront d'enfreindre l'interdiction. La réalité du capital social est ainsi garantie en amont par la menace d'une sanction civile ou pénale en aval. Cette menace est-elle prévue en cas de souscription fictive du capital social ?

B. La sanction des souscriptions fictives

409. **La protection du capital social des souscriptions fictives**. Les souscriptions fictives constituent des infractions pénales relatives à la formation du capital social. La souscription du capital social est un principe très important dans la formation de la garantie des créanciers. Elle assure la formation théorique du capital social par les engagements des apporteurs. Pour que la société soit valablement constituée, il est nécessaire que le capital soit totalement, réellement et définitivement souscrit[1040]. L'absence de souscription intégrale pourrait être considérée comme un délit[1041]. Il pourrait en être ainsi en cas de souscription fictive ou frauduleuse. C'est pour prévenir ce risque que le législateur protège le capital social des souscriptions fictives sur le terrain pénal. La loi du 24 juillet 1966 ne donnait pas de définition de ce délit. Pour protéger le capital social, l'article 433 prévenait les personnes tentées d'affirmer sincères et véritables des souscriptions qu'ils savaient fictives ou encore celles qui auraient une envie de remettre au notaire une liste des actionnaires mentionnant des souscriptions fictives. Le texte prévenait également les personnes qui, sciemment, par

[1038] Art. L225-215 C. com.

[1039] Art. L225-216 C. com. ; supra n° 379 et s. ; CA Chambéry, 28 mai 1998, *Rev. sci.* 1998, p. 568, obs. J. RIFFAULT; Cass. crim. 19 déc. 2001, *Rev. sci.* 2003, p. 346, obs. D. REBUT

[1040] A. TOUFFAIT, J. ROBIN, A. AUDUREAU et J. LACOSTE, **Délits et sanctions dans les sociétés**, Sirey 2ème éd. 1973, n° 9, p. 12 ; A. COLOMER, Le délit d'émission *in* Le droit pénal des sociétés anonymes, Etude de droit commercial, 1955, p. 78.

[1041] A. TOUFFAIT, J. ROBIN, A. AUDUREAU et J. LACOSTE, **Délits et sanctions dans les sociétés**, op. cit., n° 10, p. 13.

simulation de souscriptions auront obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou encore celles qui seraient tentées de publier les noms de personnes désignées contrairement à la vérité comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. Ainsi, dès la formation de la société, le législateur prévoyait des infractions pénales sanctionnées par la loi du 24 juillet 1966[1042]. Les juges ne manquaient d'ailleurs pas l'occasion de mettre en application ces textes[1043]. Depuis la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001, le législateur s'est livré à une phase de dépénalisation de certains comportements punissables et la souscription fictive n'a pas été épargnée.

410. **La dépénalisation du droit des sociétés et le fondement juridique de la sanction des souscriptions fictives.** La loi NRE a supprimé l'infraction relative à la souscription fictive qui était prévue à l'article 242-2, 2° et 3° du Code de commerce. Les souscriptions fictives ne constituent plus alors des infractions pénales au sens du droit des sociétés. La question se pose alors de savoir si la suppression des dispositions qui permettaient de sanctionner les souscriptions fictives entraîne une absence de sanction à l'encontre des auteurs de ces souscriptions ? Certes, le Code de commerce régissant les sociétés commerciales ne reconnaît plus certes ces souscriptions comme des infractions pénales, mais ces infractions restent punissables par le droit pénal général. Au vrai, la loi NRE a supprimé dans une certaine mesure uniquement les doublons contenus dans le Code de commerce[1044]. *"Cette abrogation traduit la volonté de revaloriser la place du droit commun"*[1045]. En effet, c'est à nouveau sur le fondement des dispositions pénales que les souscriptions fictives et frauduleuses pourront être sanctionnées. Certes, il est dit qu' "*il n'est pas certain que le recours au droit commun (escroquerie) pourra répondre aux besoins que satisfaisaient les dispositions disparues"*[1046] puisqu'elles avaient l'avantage d'apporter une précision en visant expressément les souscriptions fictives. Mais, en 1963, avant l'adoption de la loi du 24 juillet 1966, les juges sanctionnaient bien les souscriptions fictives en ayant

[1042] C. MASCALA, Dispositions pénales in La loi NRE et le droit des sociétés, Centre de droit des affaires, Université de Toulouse I, Collection Grands Colloques, Montchrestien 2003, p. 115.

[1043] Cass. crim. 11 mars 1937, *Gaz. Pal.* 1937, 1, p. 943 ; T. corr. Seine 13 juill. 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 325.

[1044] C. MASCALA, Dispositions pénales in La loi NRE et le droit des sociétés, op. cit., p. 117.

[1045] Ibidem.

[1046] B. BOULOC, Brèves remarques sur les aspects de droit pénal de la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Rev. soc*. 2001, p. 645

recours aux dispositions de droit commun[1047]. La dépénalisation en droit des sociétés des souscriptions fictives permet tout simplement de réduire le nombre de dispositions pénales éparses en se limitant au texte général d'incrimination[1048]. Le droit pénal reste alors le fondement juridique de la répression des souscriptions fictives. Il n'est pas possible de laisser impunies les infractions relatives à la formation du capital social. En effet, la souscription du capital social est un principe très important dans la formation de la garantie des créanciers.

Ainsi, les souscriptions du capital social sont protégées par la loi pour éviter qu'elles ne soient fautives et qu'elles ne rendent fictives le capital social. En effet, les souscripteurs ont intérêt à ce que le capital social soit formé normalement pour éviter d'être condamnés. En est-il de même des évaluateurs lorsqu'ils surévaluent la valeur des apports intégrés au capital social ?

§ 2. La sanction de l'évaluation frauduleuse

411. Dans la première partie de ces travaux, nous avons étudié les règles régissant l'évaluation des apports en nature afin de déterminer la valeur qui sera intégrée au capital social puisque ce dernier correspond à un chiffre[1049]. Ces règles sont instituées en amont de la formation du capital social sous forme d'obligation. La règle imposée est que l'évaluation doit être aussi précise que possible *"non seulement lors de la constitution, mais aussi chaque fois qu'un apport en nature est réalisé au cours de la vie sociale"*[1050]. Or, il importe également de renforcer la réalité de la formation du capital social en prévoyant des mesures sanctionnatrices en aval pour lui de permettre de remplir efficacement son rôle de garantie des créanciers. Ces mesures constituent de bonnes solutions pour pousser les personnes au respect des règles de l'évaluation des apports. En effet, pour éviter d'être condamné civilement et ou pénalement, il suffit de ne pas enfreindre la règle. C'est comme ça que le capital social pourrait être protégé

[1047] T. corr. Seine 13 juill. 1963, op. cit., p. 325.

[1048] C. MASCALA, Dispositions pénales in La loi NRE et le droit des sociétés, op. cit., p. 118.

[1049] V. Chapitre 1. La formation du capital social en phase de constitution de la société, Titre 1, Partie 1 de ces travaux.

[1050] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 105.

des évaluations fautives. Alors comment le législateur sanctionne les évaluations frauduleuses ? Ces mesures sont-elles suffisamment dissuasives ? C'est ce que nous verrons en analysant successivement les condamnations pénale **(A)** et civile des évaluateurs **(B)**.

A. La sanction pénale des évaluateurs

412. **La responsabilité pénale des évaluateurs au sein des sociétés à risque limité.** Cette responsabilité pénale a été consacrée par la l'article 433 de la loi du 24 juillet 1966. Introduit au Code de commerce à l'article L242-2, la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques a laissé subsister l'infraction relative à la surévaluation frauduleuse. En effet, le 4° de ce texte dispose qu' : *"Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9000 euros le fait, pour toute personne - De faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle"*. Le législateur prévoit ainsi une sanction privative de liberté et une sanction financière. Cette double correction reste à notre avis dissuasive et assure la protection du capital social. En effet, pour éviter ces punitions, *"il faut s'abstenir de faire ce qui les déclenche"*[1051]. Ainsi, la crainte de la menace d'une responsabilité pénale pourrait assurer la formation du capital social. Cette menace est salutaire dans la mesure où elle permet d'obtenir la sincérité du capital social[1052]. L'article L242-2 du Code de commerce s'applique aux sociétés anonymes. Sur le fondement des articles L243-1 et L244-1 du même Code, l'application de ce texte s'étend aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées. Aussi, l'article 11 de la loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 prévoit l'application de l'article L242-2 précité aux sociétés européennes. Cela dit, le législateur français protège la formation du capital social par des mesures dissuasives dans toutes les sociétés de capitaux. Il en est également de même dans la société à responsabilité limitée. Le législateur prévoit également une double sanction à savoir la privation de liberté et la sanction pécuniaire. La durée de privation de liberté est la même mais il n'en est pas de même du montant de l'amende porté à 375 000 euros. Cette lourde sanction dissuasive est certainement prévue parce que dans cette forme sociale, les associés peuvent

[1051] PH. DIDIER, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux *Rev. soc*. 2003, p. 238.

[1052] C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et les majorations frauduleuses d'apports, *in* Le droit pénal des sociétés anonymes, Etude de droit commercial, 1955, p. 57.

non seulement se passer des services d'un expert mais en plus ils peuvent aussi refuser de maintenir la valeur retenue par le commissaire aux apports. Pour éviter cette sanction, les associés ont intérêt à s'en remettre à la prudence et à la conscience d'un commissaire aux apports[1053]. Dans ce sens Mr. René Pleven indiquait à l'Assemblée nationale que : *"les apports doivent être évalués par des hommes qui possèdent une très bonne formation technique, une grande expérience industrielle…. Je souhaite que ce soit un commissaire aux apports compétent et qualifié qui engage pleinement sa responsabilité."*[1054]

413. **Les éléments constitutifs du délit de majoration frauduleuse d'apport en nature.** Les personnes responsables pénalement sont celles à qui la faute est imputable. La formulation légale *"toute personne"* implique que tous les associés y compris les apporteurs en numéraire ou encore les commissaires aux apports peuvent être concernés par cette sanction. Cette sanction suppose l'accomplissement d'un élément intentionnel dit encore élément psychologique c'est-à-dire la connaissance par les intéressés de la fraude[1055]. Autrement dit, c'est le fait d'attribuer frauduleusement en toute connaissance de cause une valeur inexacte à l'apport. L'élément intentionnel requiert ainsi la mauvaise foi[1056] des associés et ou du commissaire aux apports. Cette mauvaise foi résulte uniquement de la seule conscience de la majoration : le but que poursuit l'auteur de l'infraction est sans influence[1057]. L'élément matériel se caractérise par la majoration d'apports. Ainsi, l'infraction est réalisée dès lors qu'il y a évaluation frauduleuse consistant dans la majoration des apports en nature par rapport à leur valeur réelle[1058] destinée à tromper les coassociés ou les tiers[1059]. L'élément matériel suppose alors l'accomplissement d'un acte positif. Toutefois, la jurisprudence a condamné le simple mensonge par omission[1060]. L'élément matériel peut aussi être constitué

[1053] J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, art. préc. p. 98.

[1054] Débat du 11 juin 1966 relevé par J.-M. ROBERT, Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, art. préc. p. 98.

[1055] Y. REINHARD, Délit de majoration frauduleuse des apports, *RTD Com*. 1990 p. 417.

[1056] C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et les majorations frauduleuses d'apports, op. cit., p. 59.

[1057] Ibidem.

[1058] Y. REINHARD, Délit de majoration frauduleuse des apports, art. préc. p. 417.

[1059] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1450.

lorsqu'il y a dissimulation des éléments de dépréciation du bien[1061]. Il en serait ainsi en cas de dissimulation d'une sûreté grevant le bien apporté qui normalement ampute considérablement la valeur du fonds de commerce[1062]. L'appréciation de la majoration frauduleuse d'apports doit se faire en se plaçant au jour du transfert de propriété de l'apport[1063].

Nous constatons que la législation assure la protection du capital social afin de lui permettre de remplir sa mission principale de garantie des créanciers. En effet, pour ne pas être condamné à une peine d'emprisonnement et à payer une forte amende, on peut espérer que l'évaluateur ne puisse pas se livrer à une évaluation frauduleuse des apports en nature. La réalité de la formation du capital social est ainsi garantie par des mesures répressives. La fictivité du capital social est ainsi garantie en aval. Qu'en est-il de la sanction civile ?

B. La sanction civile des évaluateurs

414. **La nature de la responsabilité des intervenants à l'évaluation des apports.** Dans les sociétés à responsabilité limitée, les associés sont tenus par une garantie solidaire envers les créanciers[1064] parce qu'ils peuvent faire le choix de ne pas nommer un commissaire aux apports ou de ne pas suivre les instructions de celui-ci[1065]. Le mensonge sur la valeur attribuée aux apports en nature n'est donc pas écarté dans ce cas. C'est ainsi que le législateur prévoit une responsabilité solidaire des associés envers les créanciers. En effet, l'évaluation inexacte d'un apport en nature est susceptible de leur causer un dommage en les trompant sur la consistance exacte du capital social. Dans les sociétés de capitaux, le législateur ne prévoit pas de responsabilité expresse à l'encontre des associés. En effet, l'alinéa 2 de l'article L225-8

[1060] CA Paris, 3 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, p. 8, note A. P. S ; Cass. crim. 12 avr. 1976, *RTD Com*. 1976, p. 577, obs. R. HOUIN ; *Rev. Soc.* 1977. p. 293, note B. BOULOC ; *JCP* 1977, II, n° 18523, note Y. GUYON.

[1061] Cass. crim. 22 janvier 1990, *Rev. Soc.* 1990. p. 456, note B. BOULOC ; *Bull. Joly* 1990. 543, note D. RANDOUX.

[1062] Y. REINHARD, Délit de majoration frauduleuse des apports, art. préc. p. 417.

[1063] C. GAVALDA, Les délits concernant les fausses déclarations et les majorations frauduleuses d'apports, op. cit., p. 57.

[1064] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1283.

[1065] Supra n° 85 et s.

du Code de commerce dispose que : *"Les commissaires apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers"*[1066]. Et l'article L225-14 prévoit que : *"Les statuts contiennent l'évaluation des apports en nature. Il y est procédé au vu d'un rapport annexé aux statuts et établi, sous sa responsabilité, par un commissaire aux apports"*[1067]. La responsabilité solidaire des associés n'est pas instituée parce que l'évaluation des apports en nature relève uniquement de la compétence d'un expert[1068]. Toutefois, la loi leur autorise à ne pas approuver systématiquement la valeur retenue par le commissaire aux apports. Dans ce cas, le législateur ne leur donne qu'un seul choix. Autrement dit, les associés ne peuvent pas augmenter la valeur retenue par l'expert mais ils peuvent tout de même la diminuer[1069]. En cas de surévaluation des apports en nature provenant du commissaire aux apports, la loi donne alors la possibilité aux actionnaires de réduire ce risque. Ainsi, seule la responsabilité civile du commissaire aux apports peut être relevée. Dans ce sens il a été dit que : *"Quant la valeur des apports a été approuvée, l'apporteur et les autres associés ne sont pas garants de cette valeur vis-à-vis des tiers"*[1070]. Le législateur prévoit la nomination d'un ou plusieurs commissaires aux apports. Dans ce dernier cas, il ne prévoit nullement une responsabilité solidaire entre les commissaires.

415. **Les personnes solidairement responsables pour évaluation excessive des apports en nature.** Ici, il ne s'agit plus de la responsabilité des évaluateurs mais des personnes qui ont été présentes à la formation du capital social. En phase de constitution de la société à responsabilité limitée, il s'agit principalement des fondateurs et des futurs associés. En cours de vie sociale, il s'agit des associés. Toutefois, la question se pose de savoir si cette solidarité s'impose également aux associés qui ont acquis cette qualité après l'évaluation et continue de l'être au jour où l'action est intentée. M. RIPERT et ROBLOT apportent une réponse satisfaisante au regard de la protection du capital social. Selon ces auteurs : *"le texte de l'art. L223-9, al. 4, fait peser la garantie solidaire sur les associés et non sur les premiers associés. Si cette garantie a pour fondement l'obligation de représenter le capital social aux*

[1066] Dispositions applicables aux sociétés offrant leurs titres au public.

[1067] Dispositions applicables aux sociétés n'offrant pas leurs titres au public.

[1068] Supra n° 91 et s.

[1069] Art. L225-8. al. 3 C. com.

[1070] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1283.

créanciers, elle doit peser sur ceux qui sont associés au jour où est demandée une nouvelle affirmation de la valeur des apports"[1071]. La doctrine étend ainsi la garantie solidaire des associés envers les créanciers. La protection du capital social est ainsi renforcée puisque toutes les personnes impliquées en qualité d'associé au moment de l'infraction pourraient être mises en cause. Cette extension de la garantie solidaire des associés envers les créanciers invite alors tous les associés à être prudent et vigilant sur la valeur attribuée au capital social. Elle pourrait aussi permettre aux associés d'imposer le recours d'un expert. Toutefois, la responsabilité de l'associé retrayant ne peut être relevée qu'en cas de faute personnelle[1072]. Dans tous les cas, le capital social fait l'objet d'une protection en droit pénal des sociétés empêchant ainsi toute tentative de fraude et de mensonge.

416. **La mise en œuvre de la garantie solidaire des évaluateurs**. Dans une société à responsabilité limitée, le choix des associés de ne pas nommer un commissaire aux apports ou de ne pas suivre les instructions de celui-ci pourrait être dangereux pour eux. Ils pourraient engager leur responsabilité civile pour mensonge sur l'évaluation de l'apport puisqu'ils sont tenus de garantir aux créanciers l'existence réelle du capital social[1073]. Ainsi, sur le fondement de l'article L223-9 al. 4 du Code de commerce, ils peuvent être poursuivis. Les créanciers sont les principaux bénéficiaires de cette action en responsabilité parce qu'ils pourraient être trompés sur la valeur exacte du capital social. L'action en responsabilité peut être exercée par un créancier à l'encontre que d'un seul associé même simple apporteur de numéraire[1074]. Le créancier bénéficie d'un délai de cinq pour agir en justice. Sur l'étendue de la responsabilité civile des associés, celle-ci ne porte que sur la différence entre la valeur attribuée aux apports dans l'acte de société et la valeur réelle lors de la constitution de la société. C'est l'associé le plus solvable qui offrira plus de chance de recouvrer la partie du capital social surévaluée que la société ne dispose pas dans ses comptes. Il pourra ensuite exercer une action récursoire contre l'apporteur. En effet, les associés ne sont tenus que d'une obligation de garantie[1075].

[1071] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1283.

[1072] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1283.

[1073] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1283.

[1074] H. BLAISE, *Rép. soc.,* op. cit. n° 490.

[1075] Ibidem.

Le capital social bénéficie d'une réelle protection contre les fraudes et les mensonges susceptibles d'être orchestrés lors des souscriptions des apports et l'évaluation des apports en nature. Cette protection pénale et civile du capital social a une portée dissuasive. En effet, pour éviter d'être condamnés, les évaluateurs, les souscripteurs feront le nécessaire pour offrir aux créanciers une garantie réelle et non fictive.
Cette protection du capital social est-elle étendue à sa libération ?

Sous-section 2. La menace d'une sanction lors de la libération du capital social

417. Les associés sont tenus de libérer le capital social pour lui permettre de correspondre à une valeur certaine et réelle, et non pas à une coquille vide, pour être à même de remplir efficacement son rôle de garantie des créanciers[1076]. Le principe de libération immédiate ne devrait pas poser problème puisque les associés ont l'obligation de respecter ce principe avant l'immatriculation de la société[1077]. Ce qui n'est pas le cas de la libération fractionnée des apports en numéraire. Ce principe qui permet aux associés de ne pas être obligés de tout apporter au moment de la souscription pourrait être une source de non-libération du capital social. Le législateur prévoit un délai maximum de 5 ans pour libérer le capital social promis. A l'intérieur de ce délai, les associés ou les dirigeants peuvent aménager librement les délais d'appel du non-versé. Les personnes en charge des affaires sociales sont tenues de procéder à l'appel du non-versé et les associés doivent s'exécuter.
Le législateur les contraint-il par des normes sanctionnatrices au respect de la règle de l'appel du non-versé ? Ces mesures sont-elles suffisamment dissuasives au point où elles annihilent toute tentative de négligence ?
La dette d'apport est difficile à faire acquitter par les associés lorsque la société rencontre des difficultés. Le liquidateur a toujours le plus grand mal à recouvrer ces apports non libérés. La réticence des souscripteurs à s'exécuter se justifie par le fait qu'ils savent que la fraction non libérée du capital social ne servira pas à l'exploitation de l'activité sociale mais viendra grossir le gage des créanciers sociaux[1078]. Le législateur ne prévoit pas une législation spéciale de la

[1076] S. DANA - DEMARET, **Le capital social**, th. préc., n° 131.

[1077] Art. L223-7 ; L225-3 C. com. et art. L225-147 al. 5 C. com., v. supra n° 49.

libération du capital social lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective. C'est le délai légal de cinq ans prévu pour les sociétés à risque limité[1079] et les aménagements à l'intérieur de ce délai qui s'appliqueront même en phase de liquidation de la société. Les associés pourraient être tentés d'invoquer ces délais pour refuser de libérer le capital social alors même que la notion est censée jouer son rôle de garantie des créanciers à ce moment. C'est aussi en phase de liquidation de la société que les associés pourraient être tentés de se prévaloir de la compensation de la dette d'apport avec une créance sur la société.

Les textes sanctionnent-ils les associés qui refusent de libérer les apports promis lorsque la société rencontre des difficultés ?

Il est normal dans un système juridique basant la protection des créanciers sur le capital social que les règles régissant sa formation soient assorties de sanctions. Ces mesures renforcent l'efficacité du capital social dans son rôle principal. Surtout, en prévoyant ces sanctions, c'est le capital social qui est protégé des comportements déviationnistes.

Afin de prévenir la négligence, le laxisme ou la mauvaise volonté, il doit peser sur les personnes concernées par la libération du capital une sanction lorsque l'appel et la libération du capital social ne sont pas effectués. En effet, la menace d'une sanction pourrait avoir un effet dissuasif **(§ 1)**.

Pour permettre au capital social de jouer pleinement son rôle de garantie, des sanctions doivent également être prévues contre les associés qui refusent de libérer le capital social lorsque la société fait l'objet d'une procédure de liquidation **(§ 2)**.

§ 1. La menace d'une sanction à l'encontre des personnes concernées par la libération du capital social

418. En amont des règles régissant la formation du capital social, il est prévu des règles formulées sous forme d'obligation. C'est le cas notamment de l'article L225-3 du Code de commerce formulé ainsi : *"Les actions de numéraire sont libérées, lors de la souscription, de la moitié au moins de leur valeur nominale. La libération du surplus intervient en une ou*

[1078] A. MARTIN-SERF, Compensation de plein droit avant le jugement d'ouverture entre la créance de libération du
capital social et la créance d'avance en compte courant, *RTD Com*. 2002, p. 371.

[1079] Art. L225-3 C. com et Art. L223-7 C. Com.

plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire selon le cas, dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés"[1080]. Les textes imposant de libérer fraction par fraction le capital social intéressent non seulement les associées qui doivent s'exécuter au moment où ils sont appelés à verser le capital social non libéré mais, également les personnes en charge des affaires sociales qui sont tenues de procéder à l'appel du non-versé aux dates fixées.

Cependant, il ne sert à rien d'envisager cette mesure, si en aval aucune norme n'est prévue pour punir tout comportement indiscipliné. Le défaut d'exécution des obligations incombant à chacune des personnes précédemment identifiées pourrait entraîner l'absence partielle voire totale de la formation du capital social. C'est pourquoi, il importe de protéger la libération du capital social en aval par des mesures suffisamment dissuasives puisque c'est à ce niveau que sa formation se matérialise.

Quelles sont les sanctions applicables à ces personnes ? Ces sanctions sont-elles suffisamment dissuasives ? C'est ce que nous allons vérifier en analysant successivement les mesures punissant l'associé défaillant c'est-à-dire celui qui n'exécute pas son obligation d'apport **(A)** et celles réprimant les dirigeants pour défaut d'appel du non-versé aux dates fixées **(B)**.

A. Les sanctions de l'associé défaillant

419. **Les sanctions instituées en droit civil.** L'apporteur qui ne respecte pas l'échéancier prévu pour la libération de son apport s'expose à des sanctions civiles. On parle alors d'associé défaillant c'est-à-dire celui qui ne tiendrait pas à sa promesse d'apport[1081] au moment où il est appelé. En ce qui concerne les délais d'appel, ils peuvent être prévus statutairement. En l'absence de précision des statuts, la loi prévoit un délai maximum de cinq ans pour libérer le capital social[1082]. Dans le même sens, la jurisprudence considère que la créance de la société envers le souscripteur ne devient exigible qu'à l'arrivée du terme de cinq ans prévu par la loi[1083]. Il revient aux personnes en charge des affaires sociales de procéder à

[1080] Art. L225-3 C. com et Art. L223-7 C. com.

[1081] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit. n° 103.

[1082] Pour les SARL : Art. L223-7 C. com.

l'appel du non-versé. Si l'associé ne s'exécute pas à l'appel, il est prévu qu'il devient, de plein droit et sans mise en demeure, débiteur des intérêts moratoires mais également de la somme qu'il doit apporter[1084]. L'article 1843-3 alinéa 5 du Code civil s'applique à toutes les formes sociales. Le paiement des intérêts moratoires par l'associé retardataire permettra de réparer le préjudice causé à la société. L'associé sera toujours tenu de libérer son apport en numéraire en plus du paiement des intérêts moratoires. Ce qui est logique à notre sens car il s'agit de son engagement initial qui ne saurait disparaître du fait du retard. Toujours sur le plan civil, en plus des intérêts moratoires, l'associé pourrait également être condamné à payer des dommages et intérêts. En effet, si la société subit réellement un préjudice, il y aura une compensation financière à laquelle la société peut prétendre pour le retard ayant causé des pertes ou des gains manqués[1085]. Cette dernière sanction est mise en œuvre dès lors que la non-libération aura causé à la société un préjudice supplémentaire distinct de celui qui résulte du simple retard lequel est réparé par les intérêts moratoires. Le contenu de l'article 1843-3 al. 5 du Code civil déroge aux dispositions du droit commun concernant la mise en demeure[1086]. Cette interpellation formelle qui a pour but d'ordonner l'associé défaillant à libérer le restant de l'apport en numéraire s'explique par le devoir général de grande loyauté entre associés et par le fait que le capital social constitue la garantie des créanciers[1087]. Si, la libération de l'apport en numéraire, le paiement des intérêts moratoires et des dommages intérêts peuvent paraître excessifs, c'est à titre incitatif qu'il faut considérer ces sanctions. C'est pour attirer l'attention des associés que ces mesures sont prévues. Ils doivent être prévenants pour éviter la défaillance qui déclenche les sanctions civiles de l'article 1843-3 al. 5 précité.

420. **Les sanctions instituées en droit des sociétés.** En dehors des sanctions prévues par l'article 1843-3 al. 5 du Code civil, le Code de commerce prévoit d'autres sanctions applicables aux sociétés par actions. La suspension des droits que confèrent les actions reste possible. Il est en ainsi des droits de vote et du droit au dividende[1088]. Pour éviter de perdre

---

[1083] CA. Paris 17 janv. 2008, *RJDA* 2008, n° 678 ; *JCP* E 2008, n° 1951, note V. THOMAS ; *Rev. Soc*. 2008, n°3, p. 679, note I. URBAIN - PARLEANI.

[1084] Art. 1843-3 al. 5 C. civ.

[1085] Art. 1149 du C. civ.

[1086] Art. 1153 du C. civ.

[1087] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Les sociétés commerciales**, op. cit., n° 40, p. 58.

ces droits, l'associé a intérêt à libérer le capital au moment de l'appel. Surtout, après mise en demeure de l'actionnaire défaillant, la société est autorisée à vendre les actions du défaillant au bout d'un mois sans autorisation judiciaire[1089]. Les actions cotées seront vendues en bourse et celles qui ne le sont pas pourront être cédées aux enchères[1090]. Si cette vente est effective, elle aboutira à l'exclusion de l'actionnaire[1091]. Il s'agit d'une sanction incitative pour les actionnaires. Pour éviter d'être exclus de la société, ils ont intérêt à libérer le capital social au moment de l'appel du non-versé. L'exclusion de l'associé défaillant consécutive au non-respect de la libération de l'apport engendrera en apparence un défaut au principe de souscription intégrale[1092]. En effet, le cessionnaire des actions remplacera le défaillant[1093]. Afin de garantir la formation réelle du capital social, l'actionnaire défaillant reste tout de même débiteur lorsque l'action est vendue en dessous de sa valeur nominale[1094]. Il en sera ainsi lorsque le produit de la vente dégage une valeur moindre par rapport au capital social souscrit[1095]. En effet, dans ce cas, la société recueille une valeur inférieure au montant souscrit. Le capital social risque de ne pas être entièrement libéré. L'associé défaillant reste alors tenu pour la partie du nominale qui n'a pas être récupéré lors de la vente.

L'actionnaire ayant souscrit initialement au capital social peut vendre ses actions alors même qu'il n'a pas encore libéré entièrement le capital social promis. Afin de protéger le capital social de ces transactions, il est prévu que le cessionnaire défaillant et le souscripteur sont tenus solidairement du montant non libéré de l'action[1096]. Cette solution accroît les possibilités de libération du capital par les détenteurs successifs des actions. La société pourra agir contre un seul des intervenants même s'il a perdu la qualité d'actionnaire suite à la cession dans la mesure où il bénéficie d'une action récursoire contre les titulaires des actions.

[1088] Art. L228-29 C. com.

[1089] Art. L228-27 C. com.

[1090] Art. L228-27 C. com.

[1091] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit. n° 103.

[1092] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1447.

[1093] Ibidem.

[1094] Art. L228-27 C. com.

[1095] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit. n° 103.

[1096] Art. L228-28 C. com.

Les sanctions prévues en l'encontre de l'associé défaillent nous apparaissent dissuasives car elles sont multiples. En effet, l'article 1843-3 alinéa 5 du Code civil prévoit plusieurs sanctions lourdes qui peuvent même se cumuler avec celles prévues en droit des sociétés puisque aucun texte n'interdit cela. Pour éviter ces sanctions, les associés ont donc intérêt à ne pas s'abstenir de libérer le capital social. Ces différentes mesures renforcent en aval la formation du capital social. La protection de la garantie des créanciers est ainsi assurée.

En est-il de même des sanctions prévues à l'encontre des personnes en charge des affaires sociales qui par laxisme ou négligence ne procèdent pas à l'appel du non-versé ?

B. La sanction des personnes en charge des affaires sociales

421. **Les personnes devant procéder à l'appel du non-versé.** L'appellation des personnes en charge de la gestion des affaires sociales diffère selon les sociétés. Dans les SA on parle de dirigeant regroupé dans un organe collégial. Les actionnaires peuvent choisir entre deux modes de gestion soit la gestion à la française avec conseil d'administration et directeur général[1097] soit la gestion à l'allemande avec conseil de surveillance et directoire[1098]. En fonction du choix opéré par les actionnaires, des pouvoirs de gestion sont attribués à ces organes. Il en est ainsi de celui prévu à l'article L225-3 du Code de commerce. Ainsi, la libération de la moitié du capital social doit impérativement *"intervenir en une ou plusieurs fois sur décision du conseil d'administration ou du directoire dans un délai qui ne peut excéder cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés"*. En fonction du mode gestion opté par la société anonyme, ce sera donc soit le conseil d'administration soit le directoire qui aura le pouvoir de procéder à l'appel du non versé. La gestion de la SARL est plus légère que la SA dans la mesure où il n'y a qu'un seul type de gestion[1099]. La société est simplement gérée par un ou plusieurs gérants personnes

[1097] Art. L225-17 à L225-56 C. com. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 501 et s. ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 315 et s.

[1098] Art. L225-57 à L225-93 C. com. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 646 et s. ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 351 et s.

[1099] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1032 et s. ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 482 et s.

physiques[1100]. Dans ce cas, l'obligation de procéder à l'appel du non-versé incombe au gérant[1101]. En effet, on retrouve le contenu de l'article L225-3 précité à l'article L223-7 applicable aux sociétés à responsabilité limitée. La SAS n'a pas le choix dans le mode de gestion comme la SA. Les articles L225-17 à L225-93 du Code de commerce ne sont pas applicables à cette forme sociale[1102]. Le seul organe de gestion imposé par la loi est le président[1103]. Mais, la loi n'interdit pas de créer d'autres organes notamment un conseil de surveillance chargé de surveiller les organes de gestion[1104] ou encore des directeurs. C'est le président, éventuellement assisté des directeurs, qui a l'obligation de procéder à l'appel du non versé prévu l'article L225-3 précité. En ce qui concerne la SCA, elle non plus n'a pas le choix dans le mode de gestion comme la SA. Aussi, les articles L225-17 à L225-93 du Code de commerce ne sont pas applicables à cette forme sociale[1105]. Toutefois la gestion d'une société en commandite par action est assurée par un ou plusieurs gérants[1106]. Quoique, la société a l'obligation de constituer un conseil de surveillance.

L'obligation de procéder à l'appel du non versé incombe aux gérants de la SARL. Il en est également de même dans les sociétés à risque illimité commerciales. Sur les sociétés civiles, la doctrine a fait remarquer que le texte instituant l'injection de faire[1107] *"qui a vocation, par sa place dans le code civil, à s'appliquer à toutes les sociétés concernent presque exclusivement les seules sociétés commerciales"*[1108]. Ainsi, les gérants des sociétés civiles semblent être exclus[1109].

[1100] Art. L223-18 C. com.

[1101] Art. L223-7 C. com.

[1102] Art. L227-1 al. 3 C. com.

[1103] Art. L227-6 C. com.

[1104] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 913.

[1105] Art. L226-1 al 2 C. com.

[1106] Art. L226-2 C. com.

[1107] Art. 1843-3 C. civ.

[1108] F. MANIN et E. JEULAND, Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés, *Rev. soc*. 2004, p. 1.

[1109] V. S. ZEIDENBERG, Le renouveau des injonctions de faire, *D. P.* 2001, note 11, p. 76.

Seuls les dirigeants et les gérants ont le pouvoir de procéder à l'appel du non-versé. Mais que se passe-t-il lorsque les représentants légaux ne procèdent pas à l'appel du non versé ?

422. **La sanction civile des personnes n'ayant pas procédé à l'appel du non-versé.** La libération partielle du capital social a été expressément prévue les textes pour favoriser la création des sociétés à risque limité[1110]. Du moment où la libération totale du capital social n'aura pas été effectuée au moment de la souscription, les dirigeants et les gérants sont tenus de procéder à l'appel du non-versé soit sur leur décision soit en fonction des délais prévus statutairement[1111]. A défaut, il est prévu que : *"Lorsqu'il n'a pas été procédé dans un délai légal aux appels de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, tout intéressé peut demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de procéder à ces appels de fonds, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette formalité"*[1112]. Le délai légal est celui prévu aux articles L225-3 et L223-7 du Code de commerce. Autrement dit, les personnes en charge des affaires sociales ont 5 ans à compter de l'immatriculation pour demander aux associés de libérer les apports en numéraire. L'injonction de faire découlera du non-respect du délai légal de 5 ans dans les sociétés à risque limité. Passé ce délai, l'article 1843-3 al. 5 s'applique.
Malgré l'emplacement de l'article 1843-3 al. 5 précité au chapitre Ier intitulé *"dispositions générales"* applicable à toutes les formes sociales du titre IX du Livre III du Code civil, il a été dit que le champ d'application de ce texte est limité aux seules les sociétés commerciales à risque limité[1113]. En effet, certes, le terme "*gérant"* renvoie aux personnes en charge des affaires sociales des sociétés en nom collectif, civiles, à responsabilité limitée et en commandite mais pour l'application de 1843-3 al. 5 précité, il ne faut évidemment tenir compte que des sociétés pour lesquelles un délai légal pour procéder aux appels de fonds a été prévu. Parmi les sociétés visées par la loi NRE, seule la SARL répond, en réalité, à ce cas de figure. Par conséquent, seul le gérant de SARL est concerné par cette disposition. Toutefois, aucune disposition n'impose aux sociétés à risque illimité de procéder à une libération

[1110] Art. L223-7 C. com. ; supra n° 51.

[1111] F. PUJOL, La libération du capital social dans les procédures collectives, op. cit., p. 37.

[1112] Art. 1843-3 al. 5 C. civ.

[1113] V. F. MANIN et E. JEULAND, Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés, art. préc. p. 1.

immédiate du capital social. Sur cette base les associés peuvent librement convenir de libérer partiellement le capital social et de faire procéder par le gérant à l'appel du non versé selon des délais. L'injonction de faire découlera de la violation de ces délais.
La doctrine est partagée sur les délais de dépassement déclenchant l'injonction de faire. Alors que certains auteurs réduisent le champ d'application de l'article 1843-3 du code civil qu'aux délais légaux[1114], d'autres regrettent cette restriction en considérant également les dépassements d'un délai conventionnel[1115]. Toutefois, cette dernière solution permet de contraindre les dirigeants mêmes pour les délais conventionnels.

423. **Les personnes pouvant exercer une action pour injonction de faire.** La formulation légale *"tout intéressé"* veut dire que toute personne peut demander cette action à condition d'être intéressé. Autrement dit, cette action ne se limite pas seulement à ceux qui ont un intérêt direct et personnel. Et c'est bien pourquoi il fallait un texte spécial car le droit commun n'ouvre pas cette possibilité[1116]. Parmi les personnes intéressées, on peut citer notamment les associés ou encore les créanciers. Ceux-ci pourront donc saisir le Président du tribunal afin qu'il puisse imposer aux représentants légaux de procéder aux appels de fonds une fois le délai légal passé. Cependant, pour mettre en œuvre cette action, encore faut-il avoir l'information du défaut d'appel du non versé. Sur ce point, il est plus facile pour l'associé d'enclencher cette action. En effet, un associé dans une société, quelle que soit sa forme bénéficie d'une information en tant qu'associé. Ce droit est reconnu par le Code civil et la loi sur les sociétés commerciales. Cette information s'organise de trois manières différentes qui se trouvent à des degrés divers dans quasiment toutes les formes sociales. Il s'agit de l'information permanente, l'information préalable à la tenue d'une assemblée des associés et les questions écrites aux représentants légaux. Ainsi par exemple, un associé peut consulter tout au long de l'année au siège social de la société dont il fait partie, les statuts de la société voire même demander une copie. Les statuts indiquent le capital social souscrit et libéré ainsi qu'éventuellement les délais de libération des apports en numéraire. De la sorte, l'associé pourra facilement mettre en œuvre cette action s'il s'aperçoit que les délais de libération des

[1114] V. F. MANIN et E. JEULAND, Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés, art. préc. p. 1.

[1115] F.-X. LUCAS, Commentaire de la loi NRE, *Dr. soc*. n° spécial août-septembre 2001, n° 112 ; A. MIGNON-COLOMBET, **L'exécution forcée en droit des sociétés**, th. Paris I, 2002, p. 41, n° 34.

[1116] Ibid.

apports en numéraire n'ont pas été respectés. Il pourra s'il le souhaite poser cette question par écrit aux dirigeants et en cas d'absence de satisfaction, il pourra agir en injonction de faire.
Toutefois, l'associé est directement concerné par l'opération dans le sens où il sera amené à libérer l'apport en numéraire après l'appel des fonds. Il peut être de mauvaise foi en se refusant de déclencher cette action. Mais parmi les associés, il faut distinguer les associés apporteurs en nature et les associés apporteurs en numéraire. Les premiers étant astreints au principe de libération immédiat, ils seront plus enclins à mettre en œuvre cette action afin de rétablir l'équilibre entre associés.
En ce qui concerne les créanciers, ils ne bénéficient pas du droit à l'information, pourtant ils sont très intéressés par la libération du capital social. Le législateur ne consacre aucun texte de loi qui puisse permettre à ces derniers de s'informer sur la situation du capital social. En droit français, le débiteur a droit au respect du secret de ses affaires tant qu'il est *"in bonis"*[1117]. Heureusement la publicité du capital social des sociétés à risque limité est imposée au niveau communautaire[1118] et au niveau national[1119] à travers le Registre du Commerce et des Sociétés, le journal d'annonce légal, le bulletin officiel d'annonces commerciales et civiles. Le créancier pourrait savoir si le capital social a été entièrement libéré ou pas puisque les sociétés ont l'obligation de publier le capital social souscrit et celui libéré en même temps. Le créancier pourra savoir si les personnes en charge des affaires sociales ont procédé à l'appel du non-versé ou pas si les délais sont prévus statutairement puisqu'il a la possibilité de consulter les statuts. Sur la base de cette consultation, il pourra alors agir en justice pour injonction de faire à l'encontre des dirigeants ou gérants.

La voie alternative au droit pénale instituée par la loi NRE garantie tout aussi une bonne protection du capital social. En effet, il importe pour les personnes en charge des affaires sociales d'éviter que les juges ne leur ordonnent de procéder à l'appel des fonds non libérés. L'injonction de faire leur donne une mauvaise image en révélant leur laxisme, leur négligence voire leur incompétence. Il est de leur devoir d'amener les associés à libérer intégralement le capital social lorsque celui-ci n'a été que partiellement libéré. Si l'associé refuse de s'exécuter, il s'expose lui aussi à des sanctions lourdes de conséquences bien qu'elles

[1117] Y. GUYON, Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté, *in* L'évolution du droit des sûretés, op. cit., p. 121 et s.

[1118] Supra n° 279.

[1119] Supra n° 287.

ne soient pas pénales. Ces sanctions doivent être considérées comme des mesures incitant à libérer le capital social pour lui permettre de remplir son rôle de garantie des créanciers.
Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, les associés sont-ils sanctionnés en cas de refus de libérer le capital social ? C'est ce que nous allons voir dans les développements qui suivent.

§ 2. Condamnation à libérer le capital social en période de procédure collective

424. Lorsque la société fait l'objet d'une procédure collective, c'est souvent que les associés "*essaient de se soustraire de l'exécution de leurs engagements*"[1120]. En effet, l'ouverture d'une procédure collective engendre des doutes sur la continuité de l'activité sociale[1121]. Elle pourrait déboucher sur la liquidation de la société ce qui suppose alors la réalisation de l'actif pour désintéresser les créanciers avec le risque que l'associé perde son investissement. Du fait de la libération échelonnée des apports en numéraire, la procédure collective peut être ouverte alors même qu'une partie des apports n'a pas encore été libérée. Or, l'ouverture de la procédure collective débouchant sur la liquidation judiciaire, *"a pour effet d'anéantir toute perspective de réaliser un quelconque profit"*[1122]. Ainsi, pour éviter de prélever une somme d'argent dans son patrimoine privé, l'associé a comme moyen de défense la compensation.
Le législateur doit prévoir des mesures sanctionnant les comportements empêchant la formation du capital social. En effet, le refus de libérer l'apport promis en période de difficulté de la société n'est pas logique dans la mesure où, correspondant à la valeur du capital du capital social, ce support pourrait servir aux créanciers pour obtenir satisfaction. C'est à ce moment que l'efficacité du capital social se mesure. En refusant de libérer l'apport promis, le capital social risque d'être inefficace.
Existe-t-il alors des mesures sanctionnant le refus de libérer le capital social en période de difficulté ? Ces sanctions sont-elles suffisamment dissuasives ?

[1120] F. PUJOL, La libération du capital social dans les procédures collectives, *DP*. 2003, p. 37.

[1121] Ibidem.

[1122] F. PUJOL, La libération du capital social dans les procédures collectives, *DP*. 2003, p. 37.

C'est ce que nous allons vérifier en analysant successivement l'exigibilité du capital social nonobstant le non dépassement des délais d'appel du non-versé **(A)** et l'impossibilité de compenser la dette d'apport avec la dette de la société en période de liquidation **(B)**.

A. L'exigibilité du capital social en phase de liquidation

425. **Controverse sur l'exigibilité de la dette d'apport en cas de liquidation de la société.** La difficulté du liquidateur à recouvrer les fonds non libérés est accentuée par une absence de fondement juridique justifiant l'exigibilité du non-versé dans l'hypothèse de faillite. Autrement dit, aucune loi n'impose aux associés de procéder à la libération des apports en numéraire avant l'échéance prévue statutairement. Face à cette insuffisance légale, c'est la jurisprudence[1123] et la doctrine[1124] qui apportent une solution en considérant que l'ouverture d'une procédure collective emporte nécessairement l'exigibilité des engagements des associés. En effet, dans un arrêt du 16 janvier 1992, la Cour d'appel de Paris avait décidé sur le fondement des nouvelles dispositions de l'article L643-1 du Code de commerce de l'exigibilité de la dette d'apport en cas d'ouverture d'une procédure collective[1125]. Toutefois, la doctrine a contesté le fondement de cette décision[1126]. En effet, selon elle, l'article L643-1 précité inséré dans une section intitulée *"règlement des créanciers"* et dans un chapitre *"apurement du passif"*, ne vise que les seules dettes de la société en liquidation. Autrement dit, seules les créances, dont la société est débitrice, sont soumises à la déchéance du terme, la dette d'apport supportée par l'associé est donc exclue du champ d'application de l'article L643-1 précité[1127]. Toutefois, malgré cette contestation, elle limite toujours l'exigibilité de la dette d'apport à la liquidation de la société. En effet, elle indique que l'ouverture d'une

---

[1123] Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. civ*. IV, n° 137*; D.* 1995, IR, 148.

[1124] J.-M. CALENDINI, note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, 775 ; M. JEANTIN, note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Rev. soc*. 1995, p. 753 ; P. PETEL, obs. sous Cass. com. 9 mai 1995, *JCP* 1996 I, 3896, n° 9 ; P. LE CANNU, note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Defrénois* 1995, 961.

[1125] CA Paris 16 janv. 1992, *RJDA* 1992, n° 869.

[1126] A. LIENHARD note sous CA Paris 6 mars 2001*, D*. 2001, p. 1543 ; Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., p.1080, n° 18272 ; B. SOINNE, **Traité théorique et pratique des procédures collectives,** Litec, 1987, n° 922, p. 811 et s ; M. JEANTIN, note sous Cass. com. 9 mars 1995, op. cit., p.753 et s.

[1127] A. LIENHARD note sous CA Paris 6 mars 2001*,* préc.

procédure collective n'implique pas nécessaire la liquidation de la société, elle a également pour but de parvenir au redressement de la société débitrice. Plus précisément en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement, l'appel du non versé ne peut être imposé puisque l'activité sociale est censée reprendre. Seule la liquidation de la société devrait entraîner l'exigibilité de la dette d'apport. Le liquidateur substitué aux organes légaux, est donc en droit d'exiger de certains souscripteurs qu'ils libèrent totalement les fonds promis[1128]. Un arrêt du 9 mai 1995 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation apporte une limitation à cette exigibilité. L'attendu de principe indique que : *"la société ayant été mise en liquidation judiciaire, le liquidateur, substitué aux organes légaux de celle-ci, était en droit d'exiger de certains souscripteurs qu'ils libèrent totalement leurs actions, dès lors qu'aucune échéance n'avait été fixée par les dirigeants, sans avoir à justifier de l'appel des fonds auprès de tous les actionnaires"*[1129]. Pour les juges, l'appel du non versé n'est valable que lorsque aucun terme n'a été prévu. L'exigibilité de la dette d'apport à la liquidation de la société est ainsi conditionnée par l'absence d'échéance prévue par les associés. Le jugement rendu le 19 septembre 2000 a apporté une précision[1130]. Le liquidateur, par le fait qu'il se substitue aux organes sociaux peut défaire les dates d'appel et imposer de nouveaux délais lorsque les modalités ont simplement été fixées par le conseil d'administration ou le directoire[1131]. L'exigibilité de la dette d'apport pour cause de liquidation de la société n'est donc pas possible lorsque les délais non échus sont prévus statutairement. Le liquidateur ne saurait donc imposer aux associés un appel de fonds anticipé même s'il arrivait que la société tombe en faillite. La libération du capital social ne pourrait se faire que dans le respect des délais prévus statutairement. Ce qui suppose alors que la procédure de liquidation peut être clôturée alors même que subsistent des dettes d'apports en numéraire. Cette solution retarde inutilement la clôture de la liquidation de la société[1132]. La meilleure solution pour les créanciers serait de considérer que la liquidation de la société rend exigible la dette d'apport.

[1128] Cass. com. 9 mai 1995, *Defrénois* 1995, 961, note P. LE CANNU ; JCP 1996 I, 3896, n° 9, obs. P. PETEL; *Bull. Joly* 1995, 775, note J.-M. CALENDINI ; *Rev. soc*. 1995, p. 753, note M. JEANTIN.

[1129] Cass. com. 9 mai 1995, préc.

[1130] T. com. Paris, 19 sept. 2000*, Dr. Soc.* 2001, n° 33, p. 20, obs. F.-X. LUCAS .

[1131] Ibid.

[1132] Art. 1844-8 al. 3 C. civ. La jurisprudence contourne cette règle en considérant que la personnalité morale de la société subsiste aussi longtemps que les droits et obligations à caractère social ne seront pas liquidés : Cass. com. 30 mai 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 361, note J. CL. BOUSQUET, *JCP* G 1978, II, n° 19087, note Y. GUYON ;

426. **Le fondement de l'exigibilité de la dette d'apport lors de la liquidation de la société.** Le fondement de l'exigibilité de la dette d'apport à la liquidation de la société réside dans l'idée générale que le capital social est la garantie des créanciers sociaux. Il est donc logique que ces derniers puissent compter sur l'intégralité de ce capital en période de liquidation[1133]. Cette solution a été confirmée dans une réponse ministérielle affirmant que : *"le capital restant sera appelé si la société venait à être soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire"*[1134]. En outre, conformément aux dispositions de l'article 1832 al. 3 du Code civil, tous les associés y compris ceux des sociétés à risque limité sont tenus de contribuer aux pertes. N'est ce pas à la liquidation de la société que l'associé est censé contribuer aux pertes[1135] de la société ? Les juges n'ont-ils pas affirmé que : *"c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ces membres en paiement de ses pertes"*[1136]. C'est sur le fondement de la contribution aux pertes que nous pouvons penser que les associés sont obligés de procéder à la libération des apports en numéraire souscrits[1137]. Certes, toutes les formes sociales sont concernées par cette obligation, mais, au sein des sociétés à risque limité, l'associé n'est exposé qu'à la perte de son apport, cela dit, le principe de contribution aux pertes devrait s'appliquer avec rigueur pour ces associés[1138]. Comme le souligne M. le professeur LUCAS *"Il n'y a plus à distinguer selon qu'un terme a été stipulé. En effet, la dissolution de la société emporte sa liquidation, c'est-à-dire l'obligation pour les associés d'avoir à contribuer aux pertes"*[1139].

Ainsi, est-il possible de considérer que les délais statutaires puissent être défaits en phase de liquidation afin de ne pas retarder fictivement le désintéressement des créanciers. Le capital

Cass. com. 15 mai 1984, *Rev. soc.* 1985, p. 91, note J.-P. SORTAIS ; Cass. com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 340, note P. LE CANNU ; Cass. civ. 31 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, 987, note F.-X. LUCAS ; *Dr. soc.* 2000, n° 134, obs. TH. BONNEAU.

[1133] F. PUJOL, La libération du capital social dans les procédures collectives, op. cit., p. 37.

[1134] Rép. Min. n° 12626, JO Sénat 11 mars 1999, p. 794 ; *Bull. Joly* 1999, p. 921 note G. B.

[1135] Sur la distinction entre contribution aux pertes et obligation aux dettes, v. P. CARCREFF, *Gaz. Pal* 1976, 1 chron. , p. 145.

[1136] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. RANDOUX.

[1137] F.-X. LUCAS , Les associés et la procédure collective, *P. A.* 9 janv. 2002, n° 7, p. 7.

[1138] M. JEANTIN, note sous Cass. com. 9 mai 1995, op. cit., p. 753.

[1139] F.-X. LUCAS , Les associés et la procédure collective, op. cit., n° 7, p. 7.

social doit être effectif en phase de liquidation de la société et c'est pourquoi il importe également d'interdire la libération par compensation à cette période.

Au regard de l'étude qui vient d'être faite, la faiblesse des textes se révèle dans la mesure où ils ne prévoient aucune mesure sanctionnant le refus de libérer le capital social en phase de liquidation de la société. Or, c'est à cette période que l'efficacité du capital social se mesure. Nous regrettons cette insuffisance de la loi.
Mais qu'en est-il lorsque l'associé cherche à se soustraire de sa dette d'apport en phase de liquidation de la société en évoquant la compensation ? La réponse à cette question reste envisageable dans le point qui suit.

B. L'impossible libération par compensation en cas d'ouverture d'une procédure collective

427. **Les obstacles de la compensation entre une dette d'apport et une créance sur la société en phase de liquidation de la société.** Il existe trois obstacles empêchant la compensation entre une dette d'apport et une créance sur la société. D'abord, l'article L622-7 du Code de commerce constitue le premier obstacle. Il interdit de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Or, la dette d'apport prend naissance soit en phase de constitution de la société soit en cours de vie sociale lorsque le capital social est augmenté. Il en est également de même de la créance de l'associé sur la société. Cette créance naît en cours de vie sociale et peut résulter notamment des sommes laissées en compte courant d'associé. La compensation s'analysant en un mode de paiement ne peut jouer puisque la créance de l'associé est nécessairement née avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. Ainsi, c'est L622-7 précité qui pourrait fonder l'impossibilité de faire jouer la compensation légale entre une créance liquide et exigible que l'associé peut détenir sur la société au titre de son compte courant créditeur et de sa dette envers la société représentant la fraction non libérée du capital social souscrit[1140].
Ensuite, la règle de l'égalité de traitement des créanciers constitue le deuxième obstacle de la compensation légale en phase de liquidation de la société. Logiquement, une société ne peut pas faire face à ses engagements lorsqu'elle fait l'objet d'une procédure collective puisque la

[1140] V. F.-X. LUCAS , Les associés et la procédure collective, op. cit., n° 7, p. 7.

condition d'ouverture de cette procédure c'est la cessation de paiement. L'actif disponible n'étant plus à même de régler le passif exigible d'où la procédure collective qui tend au paiement des créanciers. En attendant ce règlement collectif, il est logique d'interdire la société de procéder au paiement individuel des créanciers. Ce paiement se ferait au détriment des autres créanciers et remettrait en cause le but même de la procédure collective. En autorisant l'associé de libérer son apport par la compensation cela reviendrait à l'investir d'une sûreté spéciale sur cet élément de l'actif social qu'est la créance de la société contre lui-même. Ce qui aboutirait à rompre l'égalité entre les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture puisque l'associé créancier serait payé au mépris du principe d'interdiction des paiements de créances antérieurs[1141]. Les autres créanciers subissent ainsi un préjudice car, la compensation permettrait à l'associé d'employer la totalité de sa dette d'actionnaire à solder sa propre créance au préjudice des autres créanciers[1142]. Cette interdiction s'étend également aux créances nées après le jugement d'ouverture même lorsque les conditions de la compensation légale sont réunies[1143]. La compensation s'analysant en un mode de paiement remettait en cause la règle du respect de l'égalité entre créanciers.

Enfin, la nécessité de constituer réellement le capital social constitue le troisième obstacle de la compensation légale en phase de liquidation de la société. L'obligation de libérer le capital social malgré l'existence des conditions de la compensation légale se justifie en période de difficulté de la société. La libération des apports a pour but de former le capital social alors que la compensation a pour effet d'éteindre deux dettes à concurrence de la plus faible. En ayant recours à la compensation, l'associé annule sa dette d'apport sans nécessairement constituer le capital social. En effet, la société en difficulté ne dispose pas d'un actif permettant de constater la libération du capital social. Le recours à la compensation en phase de liquidation de la société a pour effet de rendre fictif le capital social. C'est pourquoi, il n'est pas justifié d'admettre la libération du capital social par compensation en phase de liquidation de la société. La formation du capital social ne peut être garantie en ayant recourt à un procédé d'extinction de dette car il doit être constitué réellement pour garantir le remboursement de créances des créanciers en phase de liquidation de la société.

[1141] Art. L. 621-24, al. 1 C. com.

[1142] Cass. com. 17 juill. 2001, ibid.

[1143] Cass. com. 17 juill. 2001, *RTD com.* 2002, p. 157, obs. A. MARTIN-SERF.

L'impossibilité de compenser une dette d'apport et une créance sur la société a été affirmée par la jurisprudence et la doctrine[1144]. En effet, le capital social est dû immédiatement à l'ensemble des créanciers[1145] puisque la compensation n'est pas destinée à jouer massivement lorsqu'il s'agit de libérer le capital social[1146].

Nous constatons avec regret la faiblesse des textes régissant la compensation d'une dette d'apport avec une dette de la société. En effet, aucune sanction n'est prévue à l'encontre des personnes désirant se soustraire de leurs engagements d'apports en évoquant la compensation. Or, ce moyen de paiement pourrait empêcher au capital social d'être constitué et donc par conséquent de remplir si possible efficacement sa mission principale de garantie des créanciers. Il n'est plus à démontrer qu'en compensant sa dette d'apport, le capital social pourrait être libéré fictivement. Plus précisément, la compensation engendre la fictivité du capital social lorsqu'en dépit de cette opération le montant du capital social n'a pas à l'actif une valeur qui correspond. Il ne suffit pas d'interdire cette opération, les textes auraient pu prévoir des sanctions en l'encontre de l'associé évoquant la compensation.

*

* *

428. Au final, la protection du capital social par des mesures dissuasives n'est que partielle. Certes, plusieurs textes encadrant la formation du capital social sont suivies par des mesures sanctionnatrices des agissant fautifs. Mais, dans d'autres cas, la faiblesse les règles ne permettent pas d'entrevoir des sanctions.

[1144] Cass. com. 15 juill. 1992, *Dr. soc.* 1992, n° 234, obs. H. LE NABASQUE ; CA Paris, 30 sept. 1991, *D*. 1992, p. 140, note F. DERRIDA ; *Dr. soc.* 1992, n° 28, obs. Y. CHAPUT.

[1145] F. DERRIDA note sous CA Paris, 30 sept. 1991 préc.

[1146] F.-X. LUCAS , Les associés et la procédure collective, op. cit., n° 7, p. 7.

Section 2

La protection du capital social en cours de vie sociale

429. Le capital social correspond à la valeur des apports et à celle des ressources internes et c'est ce montant qui doit être préservé en cours de vie sociale pour assurer la protection des créanciers. Cette définition du capital social faisant ressortir son caractère intangible découle des règles régissant la notion. Par exemple l'article L232-11 alinéa 3 du Code de commerce dispose que : *"Hors le cas de réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont ou deviendraient à la suite de celle-ci inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer"*. Ainsi, les textes garantissant l'intangibilité du capital social sont formulés sous forme d'obligation. Les dirigeants et les associés doivent s'engager à ne pas porter atteinte au capital social dans le but de satisfaire un autre intérêt sauf en cas de survenance de pertes sociales[1147].

Mais dans un système juridique qui assure la protection minimale des créanciers en se fondant sur le capital social, il est aussi normal que des textes soient prévus en aval pour donner plus d'efficacité aux normes impératives. Autrement dit, les textes imposant l'intangibilité du capital social par rapport aux prélèvements effectués au sein des comptes de la société doivent aussi être suivis des normes sanctionnatrices. Ces dernières règles doivent être suffisamment dissuasives pour détourner les agissements fautifs sur le montant du capital social. Alors, les règles assurant l'intangibilité du capital social sont-elles suivies des mesures sanctionnatrices ? Ces textes sont-ils raisonnablement dissuasifs ?

Il importe de protéger le capital social car il n'intéresse pas que les créanciers. Il représente d'abord et avant tout l'investissement des associés. En effet, l'associé reste la personne physique ou morale qui apporte un bien ou une industrie à une société en vue de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie[1148]. Il investit au capital social dans le but d'obtenir un enrichissement puisqu'il espère que ce capital investi vaudra plus à la fin de l'existence de la

[1147] Supra n° 157 et s.

[1148] Art. 1832 C. civ.

société[1149]. Cependant, il n'a pas souvent les compétences requises pour accroître son investissement. C'est la raison pour laquelle, il nomme des personnes qui seront à même de gérer cette participation. Ainsi, il attend alors que la personne nommée gère son placement dans son intérêt. Comment, le législateur protège-t-il l'investissement de l'associé ?

Parmi les mesures prévues, nous pouvons dès à présent prendre comme exemple l'article L225-231 instituant au profit des actionnaires le droit de demander l'expertise de gestion. L'exercice de ce privilège permet de contrôler notamment la gestion du capital social. Mais, quelle est la mesure de l'influence des droits accordés aux actionnaires (pour contrôler le capital) sur le comportement des dirigeants ? Des mesures doivent être prévues pour contraindre le dirigeant à gérer convenablement le capital investi. L'associé doit avoir des moyens de surveiller son investissement en exigeant des explications du dirigeant lorsqu'il estime que son investissement est mis en danger. Il s'agit alors des moyens de contrôle du capital qui doivent avoir une portée dissuasive. Par exemple pour éviter d'être questionnés par un associé, les dirigeants éviteront d'accomplir des actes susceptibles d'enclencher cette surveillance.

Contrairement à la protection du capital social, garantie des créanciers, que nous présenterons sous forme de menace grâce aux sanctions prévues **(Sous-section 1)**, celle du capital social investi sera envisagée sous une autre forme par l'information dont peut se prévaloir un associé pour surveiller son investissement **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. La protection du capital social par la menace d'une sanction

430. La responsabilité civile du dirigeant est spécifiquement prévue par les textes régissant le droit des sociétés ainsi elle va au-delà des simples dispositions de l'article 1382 du Code civil[1150]. Elle a pour but de dissuader les mandataires par rapport à leurs engagements et de permettre ainsi la protection des associés et des créanciers. Le capital social constitue le centre des intérêts des associés et des créanciers. Les premiers investissent au capital social et attendent du dirigeant qu'il gère correctement cet investissement. Les seconds sont protégés par le capital social dans le sens où la valeur correspondant au capital social est destinée à

[1149] X. LAGARDE, L'acte d'investissement *in* les concepts émergents en droit des affaires, op. cit., n° 1, p. 281.

[1150] PH. DIDIER, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *Rev. soc.* 2003, p. 238.

garantir le remboursement de leurs créances. Pour contraindre au respect de ces impératifs, le créancier et l'associé bénéficient des actions en responsabilité contre le dirigeant qui méconnaît ses missions. Cette responsabilité permet de lever ainsi l'écran que pose la personnalité morale afin d'atteindre le patrimoine du dirigeant.

Sur la notion de personnalité morale[1151], il faut souligner que sa nature a passionné la doctrine pendant plus d'un siècle. La théorie de la fiction, soutenue par les juristes allemands Ihering et Savigny au XIXème, acceptait de personnifier la personne morale qu'à condition que l'Etat n'intervienne[1152]. La théorie de la réalité, défendue en France par François Gény, considérait qu'une personne morale est dotée de la personnalité morale dès lors qu'elle existe et qu'elle possède un intérêt distinct de celui de ses membres[1153]. Le législateur n'a consacré que la première théorie car une société n'existe juridiquement que lorsqu'elle a procédé aux formalités d'immatriculation au registre des sociétés et des commerces. La doctrine actuelle relève que : *"La personne morale n'est pas une personne. Ni souffrante, ni aimante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificielle"*[1154]. Les sociétés sont dotées de la personnalité juridique dès leur immatriculation au registre des sociétés et des commerces ce qui leur confère des droits et des obligations[1155]. Cependant, la société, en tant que personne morale, reste une pure construction de l'esprit et son existence n'est rendue réelle que par le biais de la représentation[1156]. Derrière la personne morale se cache des personnes physiques qui prennent des décisions au nom et pour son compte de la société[1157].

Mais comment le législateur évite aux dirigeants de commettre des fautes préjudiciables au capital social ?

Lorsque les représentants de la personne morale commettent des fautes dans l'exercice de leur fonction, ils doivent en principe être tenus responsables. Cette responsabilité doit déboucher sur une sanction ayant suffisamment un caractère dissuasif. Le but étant de permettre au

---

[1151] V. N. MATHEY, **Recherche sur la personnalité morale en droit privé**, th. Paris 2001, n° 369, p. 157.

[1152] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 165, p. 79 ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 75, p. 106.

[1153] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 167, p. 80.

[1154] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 164, p. 79.

[1155] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 91, p. 123.

[1156] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 94, p. 125.

[1157] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., cit. n° 168, p. 80.

capital social de remplir efficacement sa mission principale de garantie des créanciers, il est normal qu'un système juridique assignant à cette notion ce rôle l'apporte une protection par des mesures dissuasives. Ainsi, par exemple ces sanctions devraient s'entrevoir en cas de distributions de dividendes fictifs ou pour sous capitalisation. Ce dernier reproche doit pouvoir se justifier car le dirigeant doit être un homme averti au point où il doit être à même de jauger le bon niveau du capital social. Pour insuffisance d'actif révélée lors d'une procédure collective, le dirigeant doit pouvoir être condamné par des mesures spécifiques.
Ces sanctions pouvant être civiles, pénales voire spécifiques doivent s'entrevoir en cas de comportement fautif révélé aussi bien en cours de vie sociale **(§ 1)** que lorsque la société fait l'objet d'une procédure de liquidation **(§ 2)**.

§ 1. La menace des sanctions en cours de vie sociale

431. Nous avons démontré que le capital social fait l'objet d'une stricte protection lorsque la société envisage d'effectuer des distributions de dividendes au profit des associés. En effet, les textes sont clairement formulés sous forme d'interdit pour éviter que les associés ne s'imaginent qu'ils ont le droit d'entamer le capital social en cours de vie sociale[1158]. Mais, il importe au législateur de renforcer cette protection pour permettre au capital social d'être utile dans sa mission principale qu'est la garantie des créanciers. Pour cela, il a prévu des sanctions à l'encontre des dirigeants **(A)** des associés pour distribution de dividendes fictifs **(B)**.

A. Les sanctions des dirigeants fautifs

432. **Sanctions civiles.** La responsabilité civile du dirigeant en cas de distribution du capital, si elle n'est pas expressément prévue par les textes, pourrait être engagée sur le fondement des articles L223-22 et L225-251 du Code de commerce applicables aux SARL et aux sociétés de capitaux. En effet, les dirigeants de ces formes sociales *"sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes,*

[1158] Art. L232-12 al. 3 C. com. ; v. supra n° 344 et s.

soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion". Les dirigeants *"ne sont, contrairement aux associés pris en cette qualité, pas préservés par le voile social qui institue une limitation de responsabilité dans le plus grand nombre de sociétés"*[1159]. Parce que la distribution du dividende fictif constitue bien une infraction aux dispositions législatives, le dirigeant pourrait être condamné civilement. En effet, cette distribution fictive pourrait mettre en cause le principe d'intangibilité du capital social[1160]. La responsabilité civile se traduira par l'imposition au dirigeant du versement de dommages-intérêts compte tenue du dommage subit par la société. Cette charge représente un inconvénient qui par la force des choses opère une dissuasion. Ainsi, pour éviter de verser ces dommages et intérêts, le dirigeant pourrait s'abstenir de faire ce qui les déclenche[1161]. Par l'effet de la dissuasion, le danger spécifique lié aux rapports de force qui s'établissent lorsque l'on met en place un organe de direction est écarté[1162]. D'où la protection procurée par ce mécanisme[1163]. La responsabilité qui pèse sur les dirigeants à raison du mandat social apparaît ainsi comme le moyen de lui imposer de prendre un soin particulier dans l'exécution de la mission qu'on lui confie. Lorsque le danger se réalise, la responsabilité civile sert à gommer les effets du dommage survenu[1164].

433. **Sanctions pénales.** Sur le plan pénal, il est prévu une sanction relative la privation de liberté allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement et une sanction pécuniaire de 375. 000€[1165]. Sont visés par ces sanctions les gérants qui opèrent entre *"les associés la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux"*. Les dirigeants de sociétés anonymes avec conseil d'administration sont également visés par ces deux sanctions pénales[1166]. Ces sanctions s'appliquent également aux

---

[1159] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2007, n° 1, p. 7.

[1160] Supra n° 359 et s.

[1161] PH. DIDIER, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, art. préc., p. 238.

[1162] Ibidem.

[1163] Ibidem.

[1164] PH. LE TOURNEAU, Les obligations professionnelles, *in* Mélanges L. BOYER, 1996, p. 365 et s ; P SERLOOTEN, Vers une responsabilité professionnelle, *in* Mélanges P. HEBRAUD, 1981, p. 805 ; Colloque La responsabilité professionnelle, *P.A.* 11 juill. 2001.

[1165] Art. L241-3 C. com.

[1166] Art. L242-6 C. com.

sociétés anonymes avec conseil de surveillance et aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées[1167].

Il n'est pas nécessaire d'établir une sanction civile spécifique aux distributions de dividendes fictifs dans la mesure où les articles L223-22 et L225-251 du Code de commerce visent les infractions relatives aux dispositions légales. Pour violation de l'article L232-12 alinéa 3, le dirigeant risque bien une sanction civile. Par contre, sur le plan pénal, le législateur n'a pas hésité à prévoir un texte spécifique aux distributions de dividendes fictifs. Le cumul possible ou non de ces sanctions ont un caractère dissuasif car on suppose qu'un homme d'affaire n'ambitionne pas de se retrouver en prison. Pour cela, on peut espérer qu'il évitera d'opérer des distributions notamment sur le capital social.
Mais, qu'en est-il des associés ?

B. Les sanctions des associés fautifs

434. **Sanctions civiles.** Le bénéfice distribuable de l'article L232-11 du Code de commerce constitue la limite au-delà de laquelle les distributions aux associés peuvent se faire. Si ce bénéfice n'est pas déterminé, les associés risquent la sanction relative à la distribution de dividendes fictifs pour avoir porté atteinte au capital social. Cette sanction est justifiée car les associés n'ont pas le droit de reprendre le capital social en lui portant atteinte[1168]. Il s'agit d'une règle d'ordre public dont l'inobservation demeure punissable sur le terrain civil. En effet, une action en répétition peut être intentée contre les associés d'une société à responsabilité limitée[1169]. Cette action se prescrit au bout de trois à compter de la mise en distribution des dividendes[1170]. Cette action en répétition peut être également être intentée contre un actionnaire de sociétés de capitaux ayant reçu indûment un dividende[1171].

[1167] Art. L242-30, L243-1 et L244-1 C. com.

[1168] D. BASTIAN, note sous Cass. crim. 4 mai 1954, *JCP* 1954. II. 8239.

[1169] Art. L223-40 al. 1 C. com.

[1170] Art. L223-40 al. 2 C. com.

[1171] Art. L232-17 C. com.

Nous constatons que les règles régissant l'interdiction des dividendes fictifs sont suivies des mesures sanctionnatrices appelant au respect de l'intégrité du capital social. Certes, les sanctions prévues à l'encontre des associés sont moins fortes que celles des dirigeants fautifs, mais il n'empêche qu'elles restent dissuasives. En effet, pour éviter d'être appelé à restituer le dividende injustement payé sur le montant de la garantie des créanciers, nous pouvons compter sur la vigilance de l'associé sur la gestion du capital social. Mais, surtout, le dirigeant est fortement sanctionné parce qu'il apprécie en premier l'intégrité du capital social avant l'avis des associés en assemblée[1172]. En le sanctionnant pénalement et civilement, le législateur français protège fortement le capital social dans la mesure où on peut espérer qu'il ne fera ce qui déclenche la sanction à savoir : la distribution de dividendes fictifs.
Mais qu'en est-il lorsque la société fait l'objet d'une liquidation ?

§ 2. La menace des sanctions de la liquidation de la société

435. Le dirigeant pourrait être tenu pour responsable de la mort de la société. Pour éviter cette sanction, le dirigeant doit respecter les intérêts des créanciers et des associés. En effet, cette responsabilité est lourde de conséquence pour lui qui pourrait être contraint à combler le capital social devenu insuffisant par sa faute. Cette sanction est prévue aussi bien lorsque la mort de la société résulte d'une décision de justice ouvrant la procédure collective **(A)** ou lorsqu'elle est issue d'une décision des associés retenant la dissolution de la société et dans ce dernier cas, le dirigeant risque en plus une sanction pénale **(B)**.

A. La sanction consécutive à l'ouverture d'une procédure collective

436. Certes, les textes régissant la formation du capital social sont formulés de manière impérative[1173]. Mais, il importe aussi de renforcer ce dispositif pour empêcher que les associés ne s'y soustraient. Assurément, aucun minimum n'est plus imposé aux SARL[1174] et

[1172] Art. L232-12 al. 1 C. com.

[1173] Art. 1835 C. civ.

SAS[1175], mais il n'empêche que le capital social fixé statutairement doit être en adéquation avec les engagements de la société. Il en doit être autant pour les sociétés astreintes à l'exigence d'un capital social minimum légal[1176]. En effet, le minimum imposé n'est pas à confondre avec un maximum. Ainsi, le dirigeant doit en principe être un homme d'affaire averti et capable de jauger le bon niveau du capital social susceptible de faire face aux missions qui lui sont assignées. Pour contraindre au respect de la fixation du capital social minimum adéquat dans toutes les formes sociales commerciales, le dirigeant peut subir les effets de l'ouverture d'une procédure collective de la société qu'il dirige. Sur deux fondements juridiques différents qui ne peuvent être exercés cumulativement[1177], le dirigeant peut être mis en cause par une action en comblement de passif **(1)** ou une action en extension de procédure de liquidation **(2)**.

1. L'action en comblement de passif

437. **De la faute présumée à la faute de gestion du dirigeant.** Il convient de souligner que l'action en comblement de passif n'est exercée que contre un dirigeant de droit ou de fait lorsque la société qu'il dirige fait l'objet d'une procédure collective. Comme toute action en responsabilité, l'action en comblement de passif suppose une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux. L'article 54 de la loi du 24 juillet 1966 instituait une présomption de faute et de lien de causalité entre cette faute et tout ou partie de l'insuffisance d'actif du dirigeant. Ainsi, l'ouverture d'un procédure collective pouvait entraîner la responsabilité directe du dirigeant lorsque l'action en comblement de passif était exercée. La faute du dirigeant présumée, le tribunal de commerce pouvait ainsi mettre la totalité ou une partie des dettes sociales à sa charge. Ces dispositions ont été reprises par la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes à travers l'article 99. Le seul fait pour une personne de participer à la gestion de la société suffisait pour combler l'actif à défaut de preuve portant sur la diligence nécessaire à

[1174] Art. L223-2 C. com.

[1175] Art. L227-1 C. com.

[1176] Art. L224-2 C. com

[1177] Cass. com, 17 nov. 1992, *Rev. soc.* 1993, p.445, note Y. CHAPUT.

la gestion des affaires sociales. C'est sur ce fondement juridique que reposait la décision de la Cour d'Appel de Rouen du 20 octobre 1983[1178]. En l'espèce, deux gérants statutaires avaient créé une SARL dans le but de reprendre la publication d'une revue. L'assemblée générale qui avait enregistré leur démission nomma deux nouveaux dirigeants. Après le prononcé de la liquidation de la société, le liquidateur s'aperçut de l'insuffisance d'actif et décida alors de poursuivre les anciens et les nouveaux gérants de la société sur le fondement respectif des dispositions de l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 et de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Ces dispositions ont être jugées trop sévères dans la mesure elle instituait la responsabilité du dirigeant sans faute. Et c'est pourquoi, la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises a abrogé ces dispositions. Ainsi selon l'article 180 : *"lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, 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 en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux"*[1179]. Désormais, la responsabilité civile des dirigeants de droit ou de fait pour insuffisance d'actif ne peut être mise en cause qu'en cas de faute de gestion ayant contribuée à l'insuffisance d'actif.

438. **En quoi consiste une faute de gestion ?** L'article L651-2 du Code de commerce n'apporte aucune précision sur cette notion de *"faute de gestion"*. Ce sont les juges qui se sont efforcés au cas par cas de dégager les caractéristiques d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 18 juin 1991, les juges reprochent aux dirigeants une situation de sous-capitalisation, c'est-à-dire d'avoir *"insuffisamment étudié les conditions de financement de leur entreprise commune"* et qu'ainsi *"la sous-estimation des risques financiers de l'opération, eu égard à l'ampleur affichée, a constitué de leur part une erreur lourde de conséquences pour le groupe [...] et ses futurs créanciers"*[1180]. Dans un autre arrêt daté du 23 novembre 1999, les juges retiennent que le dirigeant commet des fautes de gestion dans la mesure où il poursuit une activité déficitaire

[1178] CA Rouen, 20 oct. 1983, *Rev. soc*. 1984, p. 764, note M-N LEGRAND ; *D.* 1985, p. 764, note J.-J. DAIGRE ; *RJ com*. 1985, p. 132, note CHERCHOULY-SICARD.

[1179] La loi du 26 juillet 2005 reprend tout ceci inséré au Code de commerce à l'article L651-2. L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan de redressement ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire.

[1180] CA Paris, 18 juin 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 277, note A. COURET.

nullement justifiée[1181]. L'arrêt du 19 mars 1996 précise que *"le choix lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement peut constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif."*[1182]. Dans une autre décision en date du 16 octobre 2001, les juges ont considéré que le dirigeant avait commis une faute de gestion en ne procédant pas à l'appel des fonds dès la première année. La faute de gestion est donc variée. Mais, lorsqu'il s'agit du capital social, cette faute peut être caractérisée dès la formation de la société au moment où le capital social est déterminé et en cours de vie sociale lorsque le capital social doit être appelé. Cette faute doit être préjudiciable pour les créanciers.

439. **Le préjudice des créanciers.** L'insuffisance du capital social ou l'absence d'appel du non versé pourrait être préjudiciable pour les créanciers. Il en est ainsi lorsque pour non paiement d'une créance, la société fait l'objet d'une procédure collective. Le non paiement d'une créance suffit pour ouvrir une procédure collectif. Cette procédure dévoile la sous-capitalisation de la société surtout lorsque l'actif est insuffisant pour faire fasse au passif. Le créancier risque de ne pas être désintéressé par la procédure. Pour éviter cette procédure, la société a donc un intérêt à déterminer suffisamment son capital social. L'expression *"insuffisance d'actif"* utilisée par le législateur traduit aussi l'insuffisance du capital social. Pour cela, il serait souhaitable d'élargir les personnes pouvant être condamnées sur le terrain de l'action en comblement de passif.

440. **Extension possible de l'action en comblement de passif à l'encontre des associés pour fixation insuffisante du capital social.** Certes, les créanciers ont intérêt à ce que la responsabilité du dirigeant soit mise en cause lorsque le capital social a été insuffisamment déterminé. L'insuffisance d'actif social est comblée par la patrimoine personnel du dirigeant de la sorte, les créanciers pourront obtenir satisfaction. Toutefois, on se demande pourquoi le dirigeant est la seule cible visée par l'action en comblement de passif. N'est-il pas logique de sanctionner également les associés pour avoir insuffisamment déterminé le capital social au moment du démarrage des activités ? L'action en comblement

---

[1181] Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA* 04/2000, n° 457 ; V. E. GERBINO, Sous-capitalisation, dissimulation de capital et recherche de l'intérêt général : nationalisation ou internationalisation ? , *Bull. Joly* 2001, p. 1191.

[1182] Cass. com. 19 mars 1996, *Rev. soc.* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Bull. Joly* 1996, p. 613, note A. COURET ; *Defrénois* 1996, p. 835, note P. LE CANNU ; CA Aix en Provence, 9 déc. 1993, *D.* 1995, p. 475, note A. PIROVANO.

de passif dirigée contre les associés pourrait les encourager à déterminer suffisamment le capital social de manière à ce qu'il puisse jouer son rôle de garantie. En effet, ce sont les futurs associés qui déterminent le montant du capital social en cours de formation de la société et non pas nécessairement les dirigeants. Le dirigeant nommé par les associés n'est pas souvent futur associé au moment où le capital social est constitué. Il importe alors de prendre en compte la responsabilité des associés pour avoir insuffisamment fixé le montant du capital social. D'un point de vue pratique, cette action permettrait de lever *le voile* de la responsabilité limitée. Les associés qui cherchent à faire du profit au détriment des intérêts des créanciers pourront ainsi être sanctionnés. Pour l'instant, les associés mis en cause sur le fondement de l'article L651-2 du Code de commerce, le sont parce qu'ils sont considérés comme dirigeant de fait[1183]. Nous regrettons cette limitation.

Les dirigeants de toutes les personnes morales soumises à une procédure collective[1184] risquent une action en comblement de passif pour toutes les fautes commises dans la gestion du capital social. Ainsi, pour éviter cette action, les dirigeants pourraient s'abstenir de commettre les actes qui enclenchent cette action. Aussi, il serait souhaitable que cette action s'étende aux associés qui s'abstiennent de déterminer suffisamment le capital social au moment du démarrage des activités.
En plus de l'action en comblement de passif, les dirigeants pourraient être mis en cause pour fictivité des sociétés ou confusion de patrimoine. Toujours dans le cadre d'une procédure collective, les juges pourraient étendre les effets de cette procédure aux dirigeants.

2. L'extension de la procédure collective

441. **L'extension de la procédure collective par les juges.** En principe, le dirigeant d'une société immatriculée bénéficie de l'écran de la personne morale par opposition au dirigeant de société non immatriculée qui répond des dettes sociales sur ses biens personnels conformément au principe de l'unité du patrimoine. Cependant, le comportement fautif du dirigeant peut justifier la levée de cette protection. Ainsi, les juges ont souvent étendus la

[1183] CA Paris, 1er févr. 2002, n° 99-24938, *RJDA* 2002, n° 673.

[1184] Art. L651-1 C. com.

procédure collective aux dirigeants sur le fondement de deux critères à savoir la fictivité de la société et la confusion des patrimoines[1185]. Du fait de la fictivité, les personnes morales ne sont plus qu'apparentes et au vrai inexistantes ce qui fait que l'écran de la personnalité morale de la société ne bénéficie plus au dirigeant qui se trouve dans la même situation qu'un commerçant exploitant à titre individuel. Les dirigeants de droit et de fait sont visés par cette extension[1186]. La confusion de patrimoine, quant à elle, se caractérise entre deux personnes qui ont chacune une existence propre mais dont les patrimoines respectifs ne sont pas entièrement étanches les uns par rapport aux autres. Il en sera ainsi lorsque les éléments d'actifs et de passifs sont mélangés de telle sorte qu'il devient impossible de les rattacher les uns par rapport aux autres[1187] ou en cas de flux financiers anormaux.

442. **Consécration légale de l'extension de la procédure collective.** L'extension de procédure collective ouverte sur le fondement de la confusion de patrimoines ou de la fictivité de la personne morale a été entérinée par la loi du 25 janvier 1985 modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, l'article L653-4 du Code de commerce énumère sept hypothèses dans lesquelles le tribunal pourrait étendre le redressement ou la liquidation judiciaire de la personne morale à tout dirigeant. Parmi ces cas, il y en a deux qui font état de la confusion de patrimoine et de la fictivité de la société à savoir lorsque le dirigeant use des biens de la personne morale comme des siens propres ou lorsque sous le couvert de la personne morale, le dirigeant masque ses agissements en accomplissant des actes de commerce dans un intérêt personnel. Le dirigeant ne peut alors utiliser le capital social comme un bien personnel. Pour la mise en œuvre de ces dispositions, aucune distinction n'est faite entre le dirigeant personne physique ou morale, le dirigeant de droit et de fait. Ainsi, il importe peu que ces dirigeants soient rémunérés ou non. Sur le plan pénal, le dirigeant peut également être responsable.

Dans le cadre des procédures collectives, les dirigeants risquent une action en comblement d'actif ou une extension de procédure. Ils peuvent ainsi être appelés à combler le

---

[1185] CA Paris 15 avril 1988, *JCP* E 1989, I, 15468, n° 1, obs. M. CABRILLAC ; CA Paris 17 déc. 1986, *GP* 1987, 1, 256 ; *JCP* E 1987, I, 16159, n° 4 obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT ; Cass. com. 12 févr. et 26 mars 1985, *JCP* E 1985, I, 14880, n° 1, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT ; Cass. com. 6 nov. 1985, *JCP* E 1986, I, 15331, n° 1, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT.

[1186] CA Paris 7 juill. 1995, *JCP* E 1996, I, 541, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT.

[1187] Cass. com. 24 oct. 1995, *RJDA* 2/96, n° 266.

capital social devenu insuffisant par leur faute. Les dirigeants sont ainsi sous la menace d'une sanction dans le but de les amener à gérer convenablement le capital social. Sinon, ils risquent des sanctions même en dehors des procédures collectives.

B. Les sanctions consécutives à la dissolution de la société

443. **La responsabilité civile et pénale des dirigeants en cas de dissolution de la société pour perte du capital social.** Compte tenu de la variation des capitaux propres, le capital social joue un rôle *"de mesure des pertes supportables"*[1188]. En effet, lorsque le capital social est entamé pour plus de sa moitié, le législateur français recommande aux actionnaires de prononcer la dissolution de la société. Plus précisément les textes indiquent que : *"Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société"*[1189]. L'atteinte de plus de la moitié du capital social constitue un seuil d'alerte. Il en sera ainsi lorsque la société se trouve dans une situation qui accuse son impuissance, c'est-à-dire quand l'instrument de son activité, la garantie des créanciers est diminuée dans une proportion menaçante[1190]. Dans ces conditions, la dissolution de la société pourra être décidée par l'assemblée générale extraordinaire dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître la perte.

Cette solution a des conséquences graves sur les créanciers car ils ne pourront même pas mettre en cause la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. En effet, l'action en comblement de passif ne peut se faire en dehors d'une procédure collective. Toutefois, ils pourront mettre en œuvre la responsabilité civile prévue aux articles L223-22 et L225-251 applicables aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés anonymes et par extension aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées. Le patrimoine privé du représentant légal peut être mis en cause s'il est

---

[1188] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 47, p. 36.

[1189] Art. L223-42 et L225-248 C. com., supra n° 157 et s.

[1190] P. BLANC, **De la perte des trois quarts du capital social dans les sociétés anonymes**, th. préc., p. 14.

prouvé qu'il a commis des infractions aux règles légales aux statuts ou encore qu'il ait commis des fautes gestion ayant entraîné cette dissolution. Cette action peut être intentée aussi bien par les associés que par les créanciers. En plus, sa responsabilité pénale peut être mise en jeu sur le fondement des articles L223-22 et L241-6 applicables aux sociétés à risque limité. Le représentant légal pourra écoper de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 4 500 euros pour ne pas avoir procédé *"à la réunion de l'assemblée des associés dans les six mois de la clôture de l'exercice"*[1191].

Au final, nous constatons que la règle imposant aux associés de déterminer le montant du capital social n'est pas isolée. Elle est suivie en aval par des mesures sanctionnatrices pour cause de sous capitalisation.

Sous-section 2. La protection du capital investi par les associés

444. Pourquoi est-il nécessaire de protéger les associés alors même qu'ils estiment que le dirigeant est mieux placé qu'eux pour gérer le capital social investi ? Un associé est une personne physique ou une personne morale qui apporte un bien ou une valeur au capital et en contrepartie il reçoit des droits sociaux représentés par des actions ou parts sociales[1192]. N'ayant pas souvent les qualités requises pour gérer son investissement, c'est souvent qu'il a recourt aux compétences d'une personne extérieure. Le droit des sociétés donne cette possibilité à toutes les formes sociales sauf dans les sociétés en nom collectif où tous les associés peuvent être gérants[1193]. Cette règle se justifie par le fait que les associés sont peu nombreux et se font mutuellement confiance et c'est la raison pour laquelle, on peut concevoir facilement que le capital social de la société puisse être géré par tous les membres. Cependant les statuts peuvent parfaitement déroger à cette règle et désigner un ou plusieurs gérants associés ou non. Le gérant n'a donc pas nécessairement la qualité d'associé. Cette règle vaut également pour la désignation du gérant d'une société en commandite simple au regard de l'article L222-2 du Code de commerce qui prévoit que : "*Les dispositions relatives aux*

[1191] Art. L241-6 C. com.

[1192] V. A. VIANDIER, **La notion d'associé**, th. LGDJ 1978 op. cit.

[1193] Art. L221-3 C. com.

sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple". Même dans les sociétés à responsabilité limitée, le gérant peut être choisi en dehors des associés[1194] et il en est également de même des sociétés en commandite par actions[1195] et par actions simplifiées[1196]. Pour ce qui est de la société anonyme, celle-ci ne peut être gérée que par les organes prévus légalement. Parmi les représentants auxquels des pouvoirs de gestion sont attribués, il y a le conseil d'administration, organe collégial composé de trois administrateurs au minimum et dix huit au maximum. Avant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, la qualité d'actionnaire était requise pour être nommé administrateur. Aujourd'hui, il est désormais possible d'être nommé administrateur sans pour autant avoir la qualité d'actionnaire[1197]. Cela dit, même dans une société anonyme, le dirigeant peut ne pas avoir la qualité d'associé car c'est au sein des membres composant le conseil d'administration que le président du conseil d'administration sera choisi. Il en est également de même du directeur général qui peut également avoir la casquette de président du conseil d'administration. Le terme dirigeant est employé ici de façon générique pour désigner les personnes qui sont chargées par les associés de gérer les affaires sociales dans une société. Dans toutes les formes sociales, un dirigeant peut parfaitement exercer les fonctions de direction sans être associé. Or, la qualité d'associé du dirigeant pourrait constituer dans une certaine mesure une sorte de protection pour les associés. Etant associé, les efforts déployés par le dirigeant en faveur de l'entreprise, s'ils sont bénéfiques aux actionnaires, comportent pour eux une certaine utilité. Toutefois, même si le dirigeant a la qualité d'associé, la protection des associés minoritaires est très importante lorsque le pouvoir de gestion est entre les mains des majoritaires. En effet, le pouvoir majoritaire peut être un pouvoir autoritaire. Etant investi des pouvoirs les plus étendus en vertu du mandat de gestion, le dirigeant pourrait être tenté de satisfaire son intérêt personnel au détriment de ceux des associés. Or, les associés ont un droit résiduel sur le capital social en fin de vie sociale. En effet, si en leur qualité d'associé, ils restent des créanciers hypochirographaires, ils peuvent encore espérer récupérer le capital

[1194] Art. L223-18 C. com.

[1195] Art. L226-16 C. com.

[1196] Art. L227-5 C. com.

[1197] Art. L225-25 C. com.

social investis après le désintéressement des créanciers. Ainsi, le dirigeant doit alors tout mettre en œuvre pour éviter de liquider le capital social en cours de vie sociale.
Il importe ainsi de protéger le capital investi par les associés par des mesures contraignant le dirigeant à gérer convenablement le capital social. L'associé doit avoir des moyens de surveiller son investissement en exigeant des explications du dirigeant lorsqu'il estime que son investissement est mis en danger. Il peut s'agir des moyens de contrôle du capital pour éviter que les dirigeants n'accomplissent des actes susceptibles d'enclencher cette surveillance. C'est l'étendue de cette protection que nous vérifierons en analysant le droit à l'information institué au profit des associés **(§ 2)**. Mais, il nous semble utile de mettre d'abord en lumière les risques des fonctions de direction **(§ 1).**

§ 1. La mise en lumière des risques des fonctions de direction

445. Aucune mesure sanctionnatrice ne sera envisagée dans ce point car il nous a semblé utile d'aborder d'abord les risques des fonctions de direction pour bien mesurer l'efficacité des mesures protégeant le capital social investi par les associés. En effet, la nécessité de renforcer la protection du capital social est justifiée par deux théories économiques mettant en lumière les risques des fonctions de direction **(A)**. D'un point de vue juridique, les dirigeants sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société. De ce fait, on peut craindre qu'ils n'agissent dans leur intérêt personnel au détriment de l'intérêt collectif des associés **(B)**.

A. Les risques des fonctions de direction analysés dés par les théories économiques

446. **La théorie de l'agence.** Depuis les travaux précurseurs de BERLE et MEANS au cours des années 30, des juristes et économistes américains ont analysé le fonctionnement d'une situation dite, d'agence développée dans le contexte de la direction des sociétés commerciales[1198]. On parle de théorie d'agence définie comme étant : *"un contrat dans lequel*

une ou plusieurs personnes ont recours aux services d'une autre personne pour accomplir en son nom une tâche quelconque, ce qui implique une certaine délégation de nature décisionnelle à l'agent"[1199]. Les termes d'agence et de principal ne sont que des emprunts de la langue économique à la langue juridique. Ils trouvent leur origine dans la Law Of Agency, équivalent à de la représentation volontaire dans la tradition de Common Law. Celui qui a recours aux services d'une autre personne s'appelle le principal et celui qui accomplit une tâche c'est l'agent. La notion d'agence révèle la relation entre ces deux personnes telle que la situation de l'un dépende de l'action de l'autre[1200]. Ainsi, l'agent détenteur de pouvoir conféré par le principal doit gérer et faire accroître le capital social investi par ce dernier moyennant rémunération[1201]. La relation d'agence n'existe que parce que le principal estime l'agent mieux placé que lui pour gérer son bien.

La théorie de l'agence met en lumière les intérêts divergents des détenteurs du capital et des détenteurs du pouvoir de management. En effet, il a été dit que : *"Dans les grandes sociétés, où les dirigeants ne détiennent qu'une fraction infime du capital, leur intérêt est moins d'améliorer la richesse des actionnaires que de servir leurs propres intérêts au détriment desdits actionnaires"*[1202]. En substance, l'aspiration du dirigeant consiste à maximiser sa rémunération tout en minimisant son effort. Alors que l'associé a vocation au partage des bénéfices et à rentabiliser son capital[1203]. Ces derniers exigeront du dirigeant une rentabilité sur fonds propres en même temps que des résultats en croissance régulière. Ainsi, les efforts déployés par le dirigeant en faveur du principal comportent pour lui une certaine désutilité.

[1198] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** 1976 ; PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, préf. de Y. LEQUETTE, LGDJ 2000, n° 206, p. 155 ; B. CORIAT et O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, livre de poche 1995.

[1199] M.C. JENSEN et W.H. MECKLING, **Theory Of The Firm : Managerial Behaviour, Agency, And Ownership Structure, Journal of Financial Economics,** op. cit.

[1200] B. CORIAT ET O. WEINSTEIN, **Les nouvelles théories de l'entreprise**, op. cit.

[1201] PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 206, p. 155 ; A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, *Rev. soc.* 1984, p. 243 ; P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire de A. SAYAG, Litec, 1998, p. 227 ; du même auteur, La théorie contractualiste de la société, *Rev. soc.* 2000, p. 97.

[1202] A. COURET ,Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance, *D.* 1995 p. 163.

[1203] PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 206, p. 155 ; A. COURET, Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, op. cit.

Pour cela, le dirigeant peut être tenté soit de tricher sur la qualité de sa prestation soit d'exploiter consciemment une opportunité pour servir son intérêt personnel.

Cependant, la prise de contrôle[1204] par les actionnaires peut contribuer à réduire les conflits d'intérêts du fait de la menace pesant sur l'équipe dirigeante. Par la légitimité de leur pouvoir au sein de la société, ils pourront exiger des dirigeants la maximisation en permanence de la valeur des actions de la société[1205]. En l'absence d'un tel pouvoir, les actionnaires ne peuvent imposer de telles exigences lorsqu'ils ne possèdent qu'une faible part au capital social.

Il y a entre l'associé et le dirigeant une divergence d'intérêt accentuée par la différence des risques encourus. La rémunération de l'actionnaire est incertaine et résiduelle[1206] alors que le dirigeant encourt le risque de perdre son emploi et sa valeur sur le marché du travail. Pour ne pas perdre son emploi, le dirigeant pourrait être tenté de distordre les résultats pour obtenir les résultats souhaités par l'actionnaire. La société est, avant tout, *"la chose des associés"*[1207] et elle doit être organisée de telle manière qu'elle permette de changer facilement les dirigeants qui ne satisfont pas à leurs intérêts[1208]. Cette idée qui a *"prouvé son utilité* est *solidement ancrée"* dans le système juridique français[1209]. Mais, l'associé ne dispose pas toujours des compétences nécessaires lui permettant de savoir si une transaction sert son intérêt personnel ou celui du dirigeant. La plupart du temps, il demeure dans l'incapacité d'évaluer l'effort de son agent, en raison d'une asymétrie d'information. D'autant plus que le gestionnaire peut adopter un comportement opportuniste en manipulant l'information et ne communiquant que ce qui sert l'intérêt social.

Il a été dit que : *"la France n'est pas les Etats-Unis"*[1210] et que la *"théorie de l'agence"* reste encore relativement *"éloignée des fondements du droit français des sociétés anonymes, et*

[1204] Sur les critères de détermination du contrôle v; v. infra n° 576 et s.

[1205] P. LE CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, *Bull. Joly* 1995, p. 637.

[1206] M. ALBOUY, L'actionnaire comme apporteur de ressources financières, *Rev. franç. gest*. nov./déc. 2002, n° spéc., p. 20.

[1207] A. COURET, La contrainte du dividende dans les sociétés par actions, *in* Mélanges Y. GUYON, p. 238.

[1208] V. G. CHARREAUX, Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise, *in* G. CHARREAUX, Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits, Economica, 1997.

[1209] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2007, n° 1, p. 7.

[1210] J.-P. BERTREL, Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés *RTD Com*. 1996, p. 595.

dévoile l'ampleur du combat immunitaire que l'importation du modèle américain ne peut manquer de déclencher dans le droit français"[1211].

Si la théorie de l'agence fournit un champ d'investigation intéressant pour comprendre les intérêts divergents des associés et des dirigeants, la *"Stakeholders Theory"* prend en compte ces intérêts divergents tout en allant au-delà.

447. **Stakeholders Theory (parties prenantes)**. La société a toujours été appréhendée comme une réalité juridique relativement fermée[1212]. En effet, les relations externes à la société avaient vocation à être régies en dehors du droit des sociétés ce qui n'était pas le cas des relations internes entre dirigeants et associés[1213]. Or, la vie de la personne morale est subordonnée à une multitude d'influences, d'interactions et c'est cette multiplicité des relations qui font de toute activité un *"nœud de contrats"*[1214]. La société ne peut se développer sans les contrats qu'elle passe avec ses fournisseurs et ses clients. C'est ainsi qu'est apparu la nécessité de prendre en compte les intérêts des tiers. C'est la *"Stakeholders Theory"*[1215] qui invite à s'intéresser à toutes les personnes qui sont susceptibles d'être concernées par l'activité sociale[1216]. L'intérêt de l'entreprise est redéfini dans une perspective élargie en ne prenant plus uniquement en compte que les intérêts des actionnaires[1217]. Les *"Stakeholders"* qui sont les *"porteurs d'intérêts"* sont également pris en compte[1218]. Même si la société est, avant tout, *"la chose des associés"*[1219], il n'est pas possible de réduire le champ des personnes intéressées à la bonne marche de l'entreprise à ses seuls associés. La recherche du profit ne devrait plus constituer le seul but de la société. Tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, côtoyant

---

[1211] P. LE CANNU, Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, art. préc. p. 637.

[1212] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1337.

[1213] Ibid.

[1214] P. DIDIER, Théorie économique et droit des sociétés, art. préc., p. 227 ; G. CHARREAUX, Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise, *Rev. éco. fin.* 1994, n° 31, p. 49.

[1215] E.R. FREEMAN, **Strategic Management, a Stakeholder Approach**, 1984 ; M. CAPRON et F. QUAIREL - LANOIZELÉE, **Mythes et réalités de l'entreprise responsable**, la Découverte, Paris, 2004, p. 27 ; A.L. FRIEDMAN & S. MILES, **Stakeholders, Theory and practice**, Oxford univ. press., 2006.

[1216] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, art. préc., n° 12, p. 1337.

[1217] E. FILIBERTI et J. QUATREMER, La responsabilité sociale des entreprises, *P. A*. 26 févr. 2004, n° 41, p. 3.

[1218] Ibidem.

[1219] A. COURET, La contrainte du dividende dans les sociétés par actions, art. préc., p. 238.

l'entreprise peuvent être considérés comme intéressés par elle[1220]. "*Il ne s'agit pas d'évincer les actionnaires mais de leur donner des pairs*"[1221]. D'ailleurs, l'éviction des intérêts des associés reste illégale. En effet, les articles 1832 et 1833 du Code civil instituent la prééminence de l'intérêt des associés. Ainsi, la société est d'abord instituée dans l'intérêt commun des associés et le but de ces derniers est de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Ainsi, la primauté des intérêts des associés est de l'essence même des sociétés. Toutefois, *"cet intérêt n'est que le premier, il n'est pas le seul et il peut se trouver contrecarré par la prise en compte des intérêts de participants"*[1222]. Les dirigeants ont la lourde tâche de prendre en compte ces intérêts divergents dans leur mission. Ils ne doivent plus se *"contenter de satisfaire les intérêts* des *actionnaires mais* ils doivent *également veiller à respecter les intérêts de toutes les parties prenantes"*[1223]. Pour ce faire, *"ils doivent garder à l'esprit qu'ils ne sont les mandataires ni des uns ni des autres mais doivent servir l'intérêt social qui transcende les divers intérêts"*[1224]. En effet, *"une entreprise socialement responsable est celle qui, au moment de ses décisions, intègre à la fois ses intérêts et ceux de la société dans laquelle elle évolue"*[1225]. Ainsi, *"les intérêts légitimes de chaque* ***Stakeholder*** *doivent être pris en compte dans les décisions de gestion sans qu'une prééminence soit accordée à l'un d'entre eux ou aux actionnaires"*[1226].

Au vrai, la théorie de l'agence amène les associés à se préoccuper de l'efficacité de leurs investissement et à restaurer les droits des investisseurs. Etant détenteurs de pouvoir, les dirigeants peuvent être tentés de servir leur propre intérêt au détriment du capital investi par

---

[1220] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, op. cit., n° 12, p. 1337.

[1221] N. MATHEY, **Recherches sur la personnalité morale en droit privé**, th. préc., n° 383, p. 163-164.

[1222] L. GODON, Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes, *in* Mélanges Y. GUYON, D. 2003 ; B. SAINTOURENS, La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés, *Bull. Joly* 2002, p. 461, § 101 . F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, op. cit., n° 12, p. 1337.

[1223] T. MASSART, Le concept de social-business *in* les concepts émergents en droit des affaires, sous la direction E. LE DOLLEY, avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, postfaces de J. - L. BERGEL et TH. BONNEAU, Droit & économie, Direction M. - A. FRISON-ROCHE, LGDJ, éd. 2010, n° 10, p. 126.

[1224] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, op. cit.

[1225] F. LEROY, Introduction à la responsabilité sociale des entreprises, *in* Mélanges R. PEREZ, Ems éd., 2005, p. 20.

[1226] F. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, op. cit.

les associés. Or, le capital social appartient d'abord aux associés qui peuvent espérer le récupérer à la dissolution de la société après désintéressement des créanciers.
.La *"Stakeholders Theory"* quant à elle met en évidence tous les intérêts en présence dans une société. Le capital social de la société ne peut être dilapidé par les dirigeants au mépris des intérêts des parties prenantes intégrant cette fois les créanciers.
Ces deux théories qui analysent la société comme un nœud de conflit[1227] se justifient par l'étendue des pouvoirs du mandat de gestion du dirigeant.

B. Les risques du mandat de gestion découlant de l'étendue des pouvoirs du dirigeant

448. **L'étendue des pouvoirs des dirigeants.** La loi ne définit pas expressément le terme *dirigeant* mais malgré tout, elle l'emploie de façon à la fois diffuse et hétérogène dans toutes les formes sociales. Cependant, la jurisprudence relative à la notion de dirigeant de fait a contribué à déterminer les éléments constitutifs de la fonction de dirigeant, en affirmant de manière constante qu'il s'agit d'une personne exerçant de façon positive, déterminante et indépendante, des fonctions de gestion, de direction, d'administration dans la conduite des affaires sociales[1228]. C'est donc l'existence de prérogatives étendues et même d'une plénitude de pouvoirs, effectifs[1229] et autonomes[1230] qui constituent les critères essentiels de la qualification. Le dirigeant est investi légalement des pouvoirs les plus amples pour agir en toute circonstance au nom de la société[1231]. Le cas des sociétés anonymes est plus complexe compte tenu de la multitude des personnes intervenant dans la gestion. Parmi les organes auxquels sont attribués des pouvoirs de direction, il y a le conseil d'administration qui détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Il se saisit

[1227] M. BERGERAC et A. BERNARD, Fantaisie à deux voix A propos de Dominique Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, *D.* 2000 p. 315

[1228] CA Paris, 11 juin 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 719 ; CA Versailles, 29 avr. 2004, *Dr. soc.* 2004, n° 188, note J.-P. LEGROS et F.-X. LUCAS ; N. DEDESSUS LE MOUSTRIER, La responsabilité du dirigeant de fait, *Rev. soc.* 1997, p. 499.

[1229] Cass. com. 13 févr. 2007 *Dr. soc*. 2007, p. 194, comm. J.-P. LEGROS.

[1230] Cass. com. 27 juin 2006, *JCP* E 2006, p. 2240.

[1231] Art. L221-5 al. 1 ; L223-18, al. 5 ; L226-7 al.1 ; L227-6 al.1 C. com.

en outre de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par des délibérations les affaires la concernant[1232]. Le conseil d'administration jouit également des prérogatives qui lui sont propres à savoir notamment l'autorisation préalable des conventions réglementées dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité des conventions. La direction générale d'une société anonyme quant à elle, peut être assumée par le président du conseil d'administration ou par une autre personne physique qui disposera des pouvoirs pour agir en toute circonstance au nom et pour le compte de la société. C'est le véritable chef d'entreprise et c'est lui qui représente la société à l'égard des tiers. Mais les actionnaires peuvent opter pour un mode de gestion dualiste composé de deux organes à savoir le conseil de surveillance et le directoire. Les pouvoirs de chaque organe sont nettement séparés dans le sens où la direction est assumée par le directoire investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom et pour le compte de la société et il lui appartient également d'arrêter les orientations stratégiques de la société. Alors que le contrôle reste confier au conseil de surveillance.

Les dirigeants sont alors nommés dans toutes les sociétés pour agir au nom de la société. Pour ce faire des pouvoirs très étendus leurs sont reconnus. Ainsi, on peut craindre qu'ils n'abusent de l'étendue de leur pouvoir.

449. **Les risques du mandat de gestion.** L'article 1984 du Code civil[1233] définit le mandat comme étant : *"un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom"*. Appliqué au contrat de société, le mandataire social est le dirigeant représentant de la société dans tous les actes liés à la gestion de l'entreprise. Or, la représentation c'est le fait pour le représentant d'exprimer à la place du représenté, la volonté de ce dernier[1234]. Il y a alors une délégation de pouvoir dans le mandat de gestion sociale. Ainsi, la société donne au dirigeant le pouvoir d'accomplir les actes de direction de la société en nom. La présence d'un mandataire social est inhérente à l'idée même de société qui permettra de surmonter le principe d'un consentement unanime des associés qui pourrait se révéler prohibitif dans la majorité des cas. En effet, lorsque des personnes s'associent, elles se proposent de mener une entreprise commune et le principe d'une

[1232] Art. L225-35 du C. Com.

[1233] Créé par la loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804.

[1234] PH. DIDIER, **De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 156, p. 109.

délégation de pouvoir à un organe ad hoc se substituera à la multitude des consentements afin de prendre des décisions à la place des associés[1235]. Ce qui met le mandataire dans une position de force créant ainsi un risque. En effet, la représentation porte en elle-même les germes de son danger potentiel car l'associé perd une partie de sa liberté. Agissant dans la sphère juridique de l'associé, le dirigeant en tant que représentant pourra faire supporter à l'associé des conséquences juridiques créées dans le but de satisfaire son intérêt personnel. Ce risque demeure le danger potentiel même s'il ne se réalise pas toujours. C'est cette dérive considérée comme inéluctable qui fait que l'associé non dirigeant se trouve dans une position de dépendance dangereuse[1236].

Le mandat de gestion fait également courir des risques aux créanciers surtout lorsque la responsabilité du dirigeant est limitée. En effet, il a été dit que *"la limitation de responsabilité est une incitation forte pour les actionnaires majoritaires ou les dirigeants sociaux à prendre des initiatives risquées dont ils auront le bénéfice si elles tournent bien et dont les créanciers sociaux supporteront les conséquences si les choses ne sont pas ce que l'on espérait"*[1237].

L'analyse de la théorie de l'agence et de celle des parties prenantes amène à se dire qu'il est nécessaire de protéger le capital social. La première théorie révèle la nécessité de protéger le capital social investi par les associés contre la tentation des dirigeants de servir leur intérêt personnel. La deuxième théorie dévoile l'importance de prendre en compte les intérêts des parties prenantes en effet, *"la recherche du profit n'est point l'unique boussole de ceux qui ont en charge le pilotage de l'entreprise au sein d'une société où d'autres valeurs ont désormais leur place"*[1238]. Le dirigeant doit agir non pas dans l'unique dessein de satisfaire les intérêts des associés mais il doit également prendre en compte les intérêts de toutes les parties prenantes. Dans tous les cas, il est investi d'un mandat de gestion faisant courir aux associés et aux créanciers des risques qu'il convient d'éviter. La protection des créanciers par la diffusion du capital social est déjà prise en compte en droit des sociétés[1239]. Il en est également de

---

[1235] PH. DIDIER, Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, art. préc., p. 238.

[1236] PH. DIDIER**, De la représentation en droit privé**, op. cit., n° 203, p. 153.

[1237] P. DIDIER, Esquisse de la notion d'entreprise, *in* Mélanges P. VOIRIN**,** LGDJ 1966, p. 209.

[1238] M. DESPAX, L'évolution du droit de l'entreprise, *in* Les orientations sociales du droit contemporain , Écrits en l'honneur de J. SAVATIER, PUF, 1992, p. 177.

[1239] Supra n° 287.

même des associés qui bénéficient d'un droit à l'information afin de protéger leur investissement au capital social.

§ 2. La protection du capital social investi : le droit à l'information de l'associé

450. Les créanciers peuvent être informés facilement sur le montant du capital social[1240]. Ils peuvent ainsi mesurer les risques qu'ils courent en étant informés sur la garantie minimale offerte par la société. Cependant, cette information reste collective, ce qui n'est pas le cas des associés qui bénéficient d'une information individuelle[1241]. Malgré tout, le droit à l'information dont bénéficie l'associé à titre personnel pourrait profiter aux créanciers. L'associé bénéficie d'un droit à l'information parce qu'il effectue un investissement au capital social en "*vue d'obtenir un accroissement, au moins en valeur*"[1242]. Il espère que le capital investi vaudra plus à la fin de l'existence de la société. Ainsi, le droit à l'information institué dans toutes les formes sociales au bénéfice des associés permet de sauvegarder ce capital **(A)**. Le dirigeant est tenu de communiquer des informations à l'associé qui en fait la demande. L'associé pourrait obtenir des informations du dirigeant à chaque fois qu'il sentira que son investissement se trouve menacé. Et compte tenu de la complexité du mode de gestion des sociétés par actions ou encore du fait que les sociétés à risque limité ont le plus souvent recours à des personnes extérieures compétentes pour gérer le capital social investi, le législateur a jugé nécessaire de renforcer la protection des associés de ces formes sociales en leur conférant un droit à l'information supplémentaire **(B)**.

A. Le droit à l'information institué dans toutes les formes sociales

451. Le capital investi par l'associé constitue une valeur que l'actionnaire doit pouvoir préserver[1243]. La protection de ce capital social est assurée légalement par un droit à

[1240] Supra n° 287.

[1241] FR. - G. TREBULLE, Stakeholders Theory et droit des sociétés, op. cit., n° 1, p. 7.

[1242] X. LAGARDE, L'acte d'investissement *in* les concepts émergents en droit des affaires, op. cit., n° 1, p. 281.

l'information qui s'exerce de façon variée peu importe la forme sociale. Il s'agira ici de mesurer l'efficacité de ce droit **(1)** dont la fiabilité du contenu est garantie par l'intervention d'un commissaire aux comptes **(2)**.

1. Le droit à l'information de l'associé

452. **Les questions écrites.** Il a été dit que : *"Si certains actionnaires sont de véritables capitalistes aptes à se faire une idée précise sur les mérites de la gestion menée en leur nom, cela est loin d'être la règle. Dans un contexte de capitalisme populaire, l'actionnaire peut n'être qu'un simple épargnant sans compétence particulière"*[1244]. Pour cela, le droit français organise leur information afin d'obtenir des éclaircissements sur la gestion de du capital social. Ce droit à l'information se matérialise de plusieurs manières. En effet, l'associé peut poser des questions écrites auxquelles le dirigeant est tenu de répondre. Cependant, pour éviter des demandes *"fantaisistes* ou *frivoles"*[1245] à tout moment, le législateur limite l'exercice de ce droit. En effet, la gestion de la société pourrait être paralysée si l'ensemble des associés exerçait en même temps ce droit[1246]. Pour cela, les interrogatoires sont limités deux fois dans l'année[1247]. Pour les associés des sociétés à risque illimité, le domaine des questions écrites est très étendu dans la mesure où il porte sur la gestion de la société[1248]. Les associés des sociétés à risque illimité bénéficient de ce droit à l'information étendu pour compenser la contrepartie de leur engagement indéfini et solidaire[1249]. Pour cela, ils doivent être informés de la gestion de la société afin de pouvoir mesurer les risques qu'ils courent. Ce qui n'est pas le cas des sociétés à risque limité où le domaine des questions reste

[1243] F. DEBOISSY, L'essentiel des réformes : Le renforcement de la démocratie actionnariale, *P. A.* août 2007 n° 154, p. 13.

[1244] PH. DIDIER, Les conditions de la désignation d'un expert de gestion : l'absence de caractère subsidiaire, note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 82.

[1245] Ibid.

[1246] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 294.

[1247] Art. L221-8 ; L222-7 ; L223-36 et L225-232 C. com.

[1248] Art. L221-8 et L222-7 C. com.

[1249] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 256.

limité aux procédures d'alerte[1250]. En ce qui concerne les sociétés de capitaux, tous les actionnaires n'ont pas ce privilège. Seuls les actionnaires détenant au moins le dixième du capital social peuvent poser par écrit deux fois par an des questions portant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation sociale[1251].

453. **L'information permanente.** La société n'est pas une structure secrète pour les associés qui bénéficient en outre d'une information permanente. Les associés ont la possibilité de consulter tout au long de l'année au siège social de la société dont ils font partie un certain nombre de documents qui sont plus ou moins nombreux suivant la société concernée[1252]. Dans le cas des sociétés de capitaux, un associé peut à tout moment demander à avoir accès aux comptes annuels des trois derniers exercices, à la liste des administrateurs ainsi qu'aux documents concernant la tenue des assemblées comme les procès-verbaux des assemblées et les rapports de gestion des organes sociaux. Dans les sociétés de personnes, ce droit est encore plus étendu. Les associés des sociétés civiles par exemple peuvent prendre connaissance de tous les documents établis par la société ou reçus par elle et exiger une copie[1253]. Ce droit est identique dans les sociétés commerciales à risque illimité mais il ne peut s'exercer que deux fois par an[1254].

454. **L'information préalable.** C'est l'information qui est divulguée aux associés avant la tenue de chaque assemblée. En effet, les associées bénéficient avant toute décision collective d'une information liée à la décision qu'on va leur demander de prendre[1255]. Cette information s'exerce chaque année à l'occasion de l'assemblée annuelle d'approbation des comptes de la société. En étant informés, les associés pourront se protéger et mesurer les risques courus. La qualité de l'information sera garantie par le rôle du commissaire aux comptes.

[1250] Art. L223-36 et L225-232 C. com.

[1251] Art. L. 225-232 C. com

[1252] Art. L223-26 al. 4 et L225-117 C. com.

[1253] Art. 1855 C. civ.

[1254] Art. L221-8 et L222-7 C. com.

[1255] Art. L221-7 al. 2 et L223-26 al. 2 C. com.

2. La garantie de la fiabilité du contenu de l'information

455. **Le commissaire aux comptes.** Le commissaire aux comptes est un acteur extérieur à la société ayant pour rôle de contrôler la sincérité et la régularité des comptes annuels établis par une société[1256]. Sa présence est obligatoire dans toutes les formes sociales commerciales spécifiquement dans les sociétés anonymes, en commandite par actions car aucune réserve légale n'est admise. Dans ce cas, le commissaire aux comptes est élu par l'assemblée constitutive lorsque la société offre ses titres au public[1257] ou sinon dans les autres cas, il est désigné par les statuts à la constitution[1258]. Toutefois, pour ce qui est des autres formes sociales commerciales, celles-ci sont tenues de désigner un commissaire aux comptes au moins lorsque deux des trois conditions fixées par décret en Conseil d'Etat sont dépassées[1259]. La désignation facultative des commissaires aux comptes offerte par la loi de modernisation de l'économie rompt *"avec la règle traditionnelle selon laquelle les sociétés par actions sont tenues de recourir aux services d'un commissaire aux comptes"*[1260]. Ainsi, c'est seulement lorsque les *"seuils de dimension de la société sont dépassés, selon les conditions fixées à l'alinéa 2 de l'article L. 227-9-1, que la désignation est alors obligatoire"*[1261]. Ces seuils de déclenchement sont en relation avec le total de leur bilan, le montant hors taxes de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de leurs salariés au cours d'un exercice. Le Décret du 25 février 2009 pris en application de la loi LME du 4 août 2008 ne s'est pas aligné sur les seuils de l'article 12 du Décret du 23 mars 1967. En effet, l'article 5 du Décret du 25 février 2009 institue des seuils différents[1262] de ceux prévus par l'article 12 du Décret du 23 mars 1967 précité[1263]. Seul le seuil relatif au nombre moyen de salariés au cours d'un exercice est porté au même chiffre.

[1256] Art. L823-9 C. com.

[1257] Art. L225-7 C. com.

[1258] Art. L225-16 C. com.

[1259] Art. L221-9 ; L223-11 et L227-9-1 C. com.

[1260] B. SAINTOURENS, Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie, *Rev. soc.* 2009 p. 239.

[1261] Ibid.

[1262] Art. R227-1 C. com.

Le contenu de l'article R221-5 précité s'applique non seulement aux sociétés en nom collectif mais également aux sociétés à responsabilité limitée et en commandite simple compte tenu des renvoies opérés par les articles R222-1 et R223-27 du Code de commerce.
La nomination d'un commissaire aux comptes pourrait donc intervenir en cours de vie sociale et dans ce cas, c'est l'assemblée générale ordinaire qui serait compétente à défaut, un actionnaire pourrait ordonner la désignation par voie judiciaire. Ainsi, dans les sociétés en nom collectif et en commandite simple, les associés peuvent désigner un commissaire aux comptes à l'unanimité ou à une majorité prévue dans les statuts. Dans les sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées, la nomination sera admise à la majorité ordinaire.

456. **La mission des commissaires aux comptes.** En quoi consiste le rôle des commissaires aux comptes ? Il est prévu légalement qu'ils *"certifient, en justifiant de leurs appréciations, que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la personne ou de l'entité à la fin de cet exercice"*[1264]. Ainsi la mission principale du commissaire aux comptes serait donc de certifier la régularité et la sincérité des comptes ce qui est important pour la sécurité des associés et des tiers[1265]. En effet, les associés sont les créanciers de l'information. Il importe alors de vérifier la sincérité des documents qui leurs sont soumis. La certification a pour objet de garantir aux actionnaires et aux tiers qu'un professionnel qualifié, après s'être conformé aux diligences fixées par la profession, a acquis la conviction que les comptes sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle des résultats, de la situation financière et du patrimoine de l'entité. Le commissaire aux comptes n'est pas obligé de certifier les comptes qui sont soumis à son appréciation, un refus de certification va alerter les associés sur la sincérité des comptes. Il a en outre l'obligation de communiquer le résultat de ses investigations aux associés. Par exemple, en assemblée générale ordinaire, il doit présenter le rapport général relatant l'accomplissement des missions générales et le rapport spécial sur les conventions conclues entre la société et ses dirigeants. Dans le cadre de la procédure d'alerte, La loi du 1er mars 1984 et le décret du 1er mars 1985

[1263] Art. R221-5 C. com.

[1264] Art. L823-9 C. com. ; A. ROBERT, La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, Analyse et comparaison avec le droit français, *Rev. soc*. 2007, p. 733.

[1265] Supra n° 166 et s.

relatifs à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises ont prévu une intervention accrue du commissaire aux comptes s'il décèle des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans les sociétés anonymes par exemple, il doit établir, dans les 15 jours suivant la réception de la délibération du conseil d'administration, un rapport spécial d'alerte adressé au président conseil. Le président dispose d'un délai de huit jours pour convoquer une assemblée générale. En cas de carence des dirigeants, le commissaire aux comptes convoque lui-même l'assemblée.

Nous constatons que contrairement à celle observée pour les créanciers, la protection du capital social n'est nullement réglementée par des mesures sanctionnatrices. Le législateur utilise un palliatif en s'inspirant du modèle américain : le droit à l'information qui constitue une réponse adéquate aux conflits d'intérêts analysés par la théorie de l'agence. En effet, ce droit pourrait permettre à l'associé de contrôler le capital investi géré par le dirigeant.
S'ils ont des doutes sur le contenu des informations[1266], le législateur offre d'autres moyens d'information exceptionnels aux associés.

B. Le droit à l'information institué dans les sociétés à risque limité

457. Les associés des sociétés à risque bénéficient en plus du droit à l'information traditionnelle, d'une information spécifique qu'ils peuvent obtenir en ayant recourt à un expert nommé par voie judiciaire **(1)** et d'une information particulière fondée sur le gouvernement d'entreprise uniquement réservée aux sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé **(2)**.

1. Le droit à l'information par l'expertise

458. **Le champ d'application de l'expertise de gestion.** L'institution de l'expertise de gestion est l'une des innovations les plus marquantes de la loi du 24 juillet 1966[1267] qui

[1266] S. SCHILLER, L'actionnaire plus facilement indemnisé en cas de diffusion d'une information erronée, *P. A.* 10 sept. 2010, n° 181, p. 4.

répond au souci premier de garantir une information fiable et nécessaire aux actionnaires. Cette procédure qui sort du contexte traditionnel de l'information des actionnaires s'intègre dans une procédure judiciaire. Dite aussi *"expertise de minorité"*[1268], cette procédure s'adresse d'abord aux associés minoritaires. En effet, le pouvoir majoritaire est par essence, un pouvoir autoritaire qui n'a fait que s'accroître et se consolider par l'institutionnalisation progressive des fonctions des dirigeants sociaux. Le législateur a ainsi jugé utile d'offrir aux actionnaires minoritaires un outil d'information. Un minimum de détention du capital social est tout de même prévu par l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966[1269]. Il s'agit là d'un filtre légal destiné à stopper sans doute les demandes intempestives des minoritaires. Cela dit, la procédure s'adresse aux actionnaires minoritaires des sociétés anonymes représentant individuellement ou collectivement au moins 5% du capital social. La procédure instituée par l'article L225-231 du Code de commerce s'applique également aux actionnaires minoritaires des sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées compte tenu des renvois opérés par les textes applicables à ces deux formes sociales[1270]. La loi n° 84-148 du 1 mars 1984 entrée en vigueur le 1er mars 1985 a étendu l'expertise de gestion aux SARL. Le minimum de détention du capital social pour obtenir des informations via l'expertise de gestion est porté au dixième du capital social[1271].

Certes, l'*"expertise de minorité"* est réservée aux actionnaires minoritaires, mais une bonne partie des actionnaires détenant une fraction insignifiante du capital social pourrait ne pas bénéficier de cette procédure d'information. En effet, un actionnaire détenant moins de 5% ou moins 1/10ème du capital social ne peut introduire une action en justice pour expertise de gestion[1272]. Toutefois, les actionnaires peuvent se grouper sous la forme d'une association de défense[1273]. En outre, l'article 145 du nouveau Code de procédure civile permet de contourner les conditions de l'expertise de gestion prévues par le Code de commerce[1274].

[1267] Art. 226 de la loi du 24 juillet 1966.

[1268] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 522.

[1269] Art. L225-231 C. com.

[1270] Art. L226-1 et L227-1 C. com.

[1271] Art. L223-37 C. com.

[1272] Une grande partie de la doctrine réclame un élargissement du domaine de l'article 226 notamment P. LE CANNU, L'expertise de gestion et les filiales, *Bull Joly* 1994 p. 154 ; P PELOUX, Des difficultés quant à la qualité de certains demandeurs à l'expertise de gestion, *P. A.* 1999 n° du 5 août. citant la proposition du sénateur Marini, n° 29.

459. **L'expertise de gestion est-elle soumise à un préalable ?** La question n'est pas sans importance compte tenu de l'évolution actuelle du droit. Une première conception considère que l'expertise de gestion serait une mesure subsidiaire dans le sens où il n'y aurait lieu de l'admettre qu'après avoir épuisé les autres moyens d'information[1275]. Cette position est cependant loin de faire l'unanimité dans la mesure où une seconde conception admet que l'expertise de l'article L225-231 du Code de commerce n'est soumise à aucun préalable. Ce courant semble aujourd'hui majoritaire tant en doctrine[1276] que devant les juridictions du fond[1277]. Cette seconde position se justifie au regard de la formulation de départ de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 qui précisait que : *"Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion"*. En effet, il semble qu'aucun préalable ne soit imposé dans cet article. Mais la nouvelle formulation de l'article L225-231 modifié par l'ordonnance du 22 janvier 2009 semble mettre un terme à ce débat en optant pour la première conception. La demande d'expertise des actionnaires représentant au moins 5% du capital social ne peut désormais se faire qu'à défaut de réponses aux questions posées aux dirigeants[1278]. Toutefois, une précision doit être apportée par rapport à la première conception. A notre avis, l'expertise de l'article L225-231 précité n'impose pas d'avoir épuisé tous les autres moyens d'information mais plutôt l'un d'entre eux. Il peut s'agir soit de poser des questions soit d'avoir pris connaissance des documents comptables au siège de la société qui semblent obscurs ou insuffisants. Cette position a été confirmée dans un arrêt très commenté de la Cour de cassation rendu par la chambre commerciale le 21 octobre 1997[1279]. En l'espèce, une société américaine acquiert 60 % du capital d'une société française.

[1273] B. LE BARS, **Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs**, th. Paris I, 1998.

[1274] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 523.

[1275] Y. GUYON, Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion, *JCP* E 1985, 14593, n° 6.

[1276] M. JEANTIN, **Droit des sociétés**, 3e éd., Précis Domat, Montchrestien, 1994, n° 302 ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 523.

[1277] CA Paris, 12 janv. 1977, *JCP* 1978, II, 18823, note Y. CHARTIER ; CA Paris, 22 juin 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 333, note Y. CHARTIER.

[1278] Art. L225-231 al. 1 et 2 C. com.

[1279] Cass. com. 21 oct. 1997, *RTD com.* 1998, p. 171, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; *Bull. Joly* 1998, p. 31, note P. LE CANNU ; *JCP* 1998, II, 10036, note Y. GUYON ; Y. CHARTIER, L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, *JCP* 1972, I, 2507, n° 30 ; L. BOY, Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité, *D.* 1980, 79, n° 4.

Elle obtient une promesse de vente sur les 40 % restant de la part des actionnaires minoritaires regroupés au sein d'une société civile. A la levée de l'option, des difficultés apparaissent quant à la détermination du prix et diverses instances sont introduites. Il apparaît que la société mère américaine, majoritaire, s'est livrée à diverses opérations à son profit et au détriment de sa filiale française. Le minoritaire saisit alors le président du tribunal de commerce pour que soit nommé un mandataire *"ad hoc"* avec mission de rechercher dans quelles conditions ces opérations ont été faites. La Cour de cassation énonce que l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 *"ne subordonne pas la mesure sollicitée à la preuve de l'épuisement par le demandeur de tous les autres moyens d'information"*[1280]. Néanmoins, la Cour de cassation indique que la demande d'expertise ne peut aboutir que si l'on relève des présomptions d'irrégularité car elle est une mesure d'investigation sur une opération dont la régularité est douteuse[1281].
Ainsi, l'expertise de l'article L225-231 précité est une procédure soumise à un préalable. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'épuiser tous les autres moyens d'information. Le recours à l'un d'entre eux est suffisant pour déclencher la demande en justice d'expertise de gestion afin d'avoir la preuve d'un dysfonctionnement dans la circulation de l'information.

460. **La mise en œuvre de l'expertise de gestion.** Lorsque l'associé exerce le préalable à la demande d'expertise de gestion, le délai d'un mois reste suffisant pour laisser le temps au dirigeant d'apporter les éclaircissements demandés. Le défaut de réponses peut être consécutif soit à une absence totale de réponse en opposant à l'actionnaire la confidentialité soit en délivrant des informations peu satisfaisantes. C'est ainsi que l'actionnaire peut introduire une demande en justice d'expertise de gestion. Il revient aux juges d'apprécier si les éléments de réponse du dirigeant ont un caractère suffisant ou pas[1282] ou si l'absence de réponse était justifiée ou pas[1283]. Il faut souligner que la mise en œuvre de l'article L225-231 précité peut paralyser la société dans le sens où le résultat de l'expertise peut effectivement révéler des dysfonctionnements. C'est la raison pour laquelle les juges apprécient strictement

---

[1280] Cass. com. 21 octobre 1997 op. cit., 171.

[1281] Cass. com. 22 mars 1988, *Rev. soc.* 1988, p. 227 ; Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 306 ; Cass. com. 18 juin 1991, *Bull. Joly* 1991, p. 816.

[1282] Cass. com. 17 janv. 2006, *JCP* E 2006, 1981, note D. GIBIRILA ; *D.* 2006, p. 445, note A. LIENHARD ; *Rev. soc.* 2006, p. 570, note A. CERATI – GAUTHIER ; *Bull. Joly* 2006, p. 624, n° 130, note L. GODON.

[1283] Cass. com. 11 oct. 2005, *Rev. soc.* 2006, p. 570, note A. CERATI – GAUTHIER ; *Bull. Joly* 2006, p. 621, n° 129, note L. GODON.

les demandes des actionnaires[1284]. En outre, la demande d'expertise de gestion reste limitée. Elle ne porte que sur une opération de gestion donnée[1285] et non sur un audit général de la gestion de la société réservé au commissaire aux comptes[1286]. L'arrêt du 15 juillet 1987 de la Cour de cassation a réduit le domaine d'application de l'article L225-231 en interprétant restrictivement la notion d'acte de gestion[1287]. Par exemple, l'expertise de gestion pourrait ainsi porter sur le versement d'un acompte sur dividende[1288] jugé comme une atteinte à l'intérêt[1289] ou encore sur une convention réglementée jugée irrégulière[1290]. S'il est fait droit à la demande de l'associé, ce dernier bénéficiera de l'assistance d'un expert. Celui-ci aura pour mission de mettre la lumière là où règnent l'opacité et l'obscurité. L'information obtenue en sera probablement plus étendue que celle donnée en cas de fonctionnement normal de la société. Ainsi, l'expertise de gestion aboutira à la révélation des faits que les dirigeants refusaient de communiquer en s'abritant derrière le principe de la confidentialité dû à la plupart des opérations de gestion. L'expert est chargé d'établir un rapport annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et de leur publication[1291]. La révélation au public du contenu du rapport peut entraîner des conséquences désastreuses pour la société ainsi que pour le dirigeant qui risque son siège.

[1284] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 523.

[1285] Sur la définition donnée jusqu'ici des opérations de gestion par la jurisprudence v. Cass. com. 19 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 355 ; *D.* 1991, IR, p. 295 ; *Bull. Joly* 1992, p. 66, § 15, note P. LE CANNU ; *JCP* G 1992, II, n° 21833, note M. JEANTIN ; *Rev. soc.* 1992, p. 510, note M. MARTEAU-PETIT ; *RTD com.* 1992, p. 639, obs. Y. REINHARD.

[1286] Y. GUYON, Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion, op. cit.

[1287] Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 703, n° 289, note P. LE CANNU ; *RTD Com*. 1988, p. 75, n° 6, note Y. REINHARD.

[1288] P. LE CANNU, Acompte sur dividendes et expertise de gestion, *Bull. Joly* 1994, n° 12, p. 1315 ; TH. GRANIER, Expertise de gestion relative à une distribution d'acomptes sur dividendes dans une SARL, note sous CA Paris, 30 sept. 1994, *Rev. soc*. 1995, p. 287.

[1289] M. JEANTIN, note sous ord. du T. com. Paris, *Bull. Joly* 1989, p.898 ; Y. CHARTIER, L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, *JCP G* 1972, I, 2507 ; L. BOY, Réflexion sur le sort de l'expertise de minorité, *D.* 1980. Chron. 79.

[1290] P. LE CANNU et M. MENJUCQ, Expertises de gestion : article 226 et article 101 à l'égard d'une société française ; article 145 à l'égard de sa filiale étrangère, note sous CA Versailles, 27 févr. 1997, *Bull. Joly* 01 juin 1997, n° 6, p. 543.

[1291] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 524.

En plus de la possibilité de recourir à l'expertise de gestion, les associés des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé bénéficient en plus d'un droit à l'information spécifique.

2. L'information de l'actionnaire d'une société cotée

461. **Champ d'application**. L'article 117 de la loi du 1er août 2003[1292] relative à la sécurité financière des sociétés *"est le premier texte du droit des sociétés destiné à procurer une information sur les pratiques dites de gouvernement d'entreprise c'est-à-dire sur la façon dont une société est dirigée et contrôlée"*[1293]. Toutefois, ce texte ne vise que les dirigeants des *"sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé"*[1294] ce qui permet d'exclure les mandataires sociaux des autres catégories sociales[1295]. Dans ce sens les articles L226-1 et L227-1 du même Code indiquent de façon explicite que l'article L225-37 n'est pas applicable aux sociétés en commandite par actions et par actions simplifiées. Toutefois, lorsque l'on sera en présence d'une société en commandite par actions dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, l'article L621-18-3 du Code monétaire et financier[1296] fait obligation *à "toute personne morale ayant leur siège statutaire en France et dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé de rendre publique"* les informations relevant de l'article L225-37. Sur ce fondement, les sociétés en commandite faisant appel public à l'épargne élaboreront également, en pratique, un rapport qui se rapprochera de ce celui visé à l'article L225-37[1297].

[1292] Sur l'influence de la loi *sarbanes-oxley* sur le droit applicable aux sociétés cotées françaises V. P. CONAC, L'influence de la loi *Sarbanes-Oxley* en France, A propos de la sécurité des marchés financiers, *Rev. soc.* 2003, p. 835.

[1293] I. URBAIN - PARLEANI, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires *Rev. Soc.* 2003, p. 779 ; Ph. BISSARA, Les véritables enjeux du débat sur la corporate governance, *Rev. soc*. 1998, p. 5; J.-J. DAIGRE, Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond ? *D. P.* juill.-août 1996, p. 21 ; Y. GUYON, Corporate Governance, *Encycl. Dalloz, sociétés*.

[1294] Art. L225-37 al. 6 C. com.

[1295] I. URBAIN - PARLEANI, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, art. préc.

[1296] Texte issu de l'article 122 de la loi de sécurité financière modifié par l'Ordonnance du 22 janvier 2009.

462. **Le contenu de l'information.** Le législateur impose au "*président du conseil d'administration"* de livrer trois informations dans un rapport. *"Ce nouveau rapport permet ainsi à l'actionnaire de pénétrer dans la structure décisionnelle et organisationnelle de la société et de bénéficier d'informations qui ne s'expriment pas seulement en données chiffrées"*[1298]. Le dirigeant doit tout d'abord rendre compte aux actionnaires des *"conditions de préparation et d'organisation des travaux du Conseil"*. Cette notion renvoie aux règles de gouvernement d'entreprise afin de permettre aux actionnaires d'être informés du fonctionnement effectif du conseil concernant le nombre de réunions tenues, la fréquentation, l'activité du conseil au cours de l'exercice écoulé etc. Le Président doit ensuite rendre compte des *"procédures de contrôle interne mises en place par la société"*. Toutefois, la loi de sécurité financière n'apporte pas de précision sur cette notion de *"contrôle interne"* ni sur la nature des *"procédures de contrôle interne"* à mettre en place au sein des sociétés anonymes[1299]. Dans le silence de la loi du 1er août 2003, plusieurs définitions sont données[1300]. Parmi ces définitions, il y a celle prévu dans le référentiel anglo-saxon COSO[1301] dont les travaux ont été publiés en 1992[1302]. Ainsi ce référentiel considère le contrôle interne comme étant : *"l'ensemble des dispositifs mis en œuvre par le conseil d'administration, les dirigeants, le personnel d'une organisation et destiné à donner une assurance raisonnable quant à l'atteinte des objectifs suivants : réalisation et optimisation des opérations, fiabilité des informations financières, conformité aux règlements et lois en vigueur"*[1303]. Enfin, et pour les sociétés anonymes à conseil d'administration, le Président doit mentionner les éventuelles limitations que le Conseil d'Administration apporte aux pouvoirs du Directeur Général, notamment en cas de dissociation des fonctions de Président et de Directeur Général. Le

[1297] I. URBAIN - PARLEANI, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, art. préc.

[1298] Ibid.

[1299] L'exclusion des mandataires sociaux des autres catégories sociales se justifie car les procédures de contrôle interne sont quasi-inexistantes dans les petites sociétés anonymes fermées employant peu de salariés et dans laquelle le président veille à tout.

[1300] Cette notion est connue du droit bancaire Art. L. 511-41, al. 3, art. L. 533-4, c. mon. et fin.

[1301] Organisme privé dénomé Committee of sponsoring Organisation of the Treadway Commission.

[1302] http://www.coso.org .

[1303] La définition du contrôle interne, telle qu'elle résulte du COSO report, a suscité des réserves formulées par l'Institut de l'Audit Interne Colloque IFACI, Paris 12 nov. 2003, La loi de sécurité financière, son impact sur les travaux des auditeurs internes.

contenu de ce rapport *"vise à donner aux actionnaires une connaissance précise du fonctionnement du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et un accès aux méthodes de contrôle qui permettent d'assurer la fiabilité des informations financières et la maîtrise des risques de l'entreprise"*[1304].

*

* *

463. **La protection du capital social, garantie des créanciers.** Malgré certaine faiblesse des textes, la protection du capital social par des mesures dissuasives semble être assurée. En effet, plusieurs textes encadrant la formation du capital social sont suivies par des mesures sanctionnatrices des agissant fautifs. Les personnes intervenant à la formation du capital social doivent craindre leur condamnation pénale ou civile. Pour cela, ils doivent éviter d'enfreindre la réglementation assurant la formation du capital social. C'est de cette façon que le capital social est protégé afin de lui permettre de remplir sa mission. Mais, dans d'autres cas, la faiblesse les règles ne permettent pas d'entrevoir des sanctions. Toutefois, le capital social doit pouvoir remplir son rôle de garantie des créanciers en phase de liquidation de la société. C'est la raison pour laquelle, il serait souhaitable de donner la possibilité au liquidateur de défaire les délais fixés antérieurement à l'ouverture de la procédure collective afin de ne pas retarder fictivement le désintéressement des créanciers. La nécessité de permettre au capital social de remplir sa mission en phase de liquidation de la société devrait également commander l'interdiction de libérer par compensation le capital social promis.

L'action en comblement de passif et l'action en responsabilité pour dissolution de la société ont une telle force de dissuasion qui nous amène à penser que le capital social est incontestablement considéré en droit français comme la garantie des créanciers. En effet, la responsabilité du dirigeant peut être retenue s'il n'a pas suffisamment anticipé sur l'insuffisance du montant du capital social fixé par les associés et cela peu importe si la société est astreinte à l'exigence d'un capital social légal minimum ou pas (car il s'agit d'un minimum et non pas un maximum). C'est pour lui permettre d'être utile que l'on peut espérer

[1304] I. URBAIN - PARLEANI, Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, art. préc.

que le dirigeant fera attention sur le montant déterminé par les associés en le corrigeant par le biais de l'opération d'augmentation de capital[1305]. Il évitera de la sorte, les sanctions prévues à son encontre. Toutefois, nous regrettons la limitation de l'article L651-2 du Code de commerce. En effet, il nous apparaît logique de prendre en compte la responsabilité des fondateurs pour avoir insuffisamment fixé le capital social.

464. **La protection du capital investi.** La nécessité de protéger le capital social investi par les associés a été mise en évidence par la théorie de l'agence. L'associé apporte un bien ou une valeur au capital social dans le but de s'enrichir personnellement. Pour cela, le dirigeant investi des pouvoirs pour agir au nom de la société ne doit pas servir son intérêt personnel mais celui de l'associé. Mais la *"Stakeholders Theory"* apporte un tempérament à cette vision. Le dirigeant ne doit pas seulement agir dans l'intérêt collectif des associés, il doit également prendre en compte les intérêts des parties prenantes. Il importe alors de protéger les associés et les créanciers de l'action déviationniste des dirigeants. La législation française a largement pris en compte ces risques par l'institution du droit à l'information dont bénéficie l'associé. Ce dernier peut ainsi vérifier l'action des dirigeants en exigeant des explications lorsqu'il estime que son investissement est mis en danger. Ce contrôle pourrait avoir un effet dissuasif dans le sens où pour éviter d'être questionnés par un associé, les dirigeants éviteront d'accomplir des actes susceptibles d'enclencher la mise en œuvre du droit à l'information.

[1305] Supra n° 125 et s.

465. **Conclusion Titre 1. La protection du capital social des prélèvements de la société.** Nous constatons d'abord que le régime juridique encadrant les prélèvements effectués au sein de la société protège quand même le capital social. Cette protection du capital social confirme l'importance que le législateur accorde à la notion. En effet, les prélèvements ne peuvent s'opérer que sur d'autres fonds pour préserver l'intégrité du capital social en cours de vie social afin de lui permettre d'assumer sa mission de garantie minimale des créanciers.
Toutefois, nous regrettons que l'interdiction des paiements d'intérêt fixe ne soit pas étendue aux sociétés civiles. Surtout, l'étude des rémunérations et du remboursement du compte courant a révélé des insuffisances par rapport à la protection du capital social. La qualité d'associé devrait primer sur celle de créancier[1306]. C'est pourquoi, il serait souhaitable de renforcer la protection du capital social de manière à éviter que les associés ne deviennent créanciers pour le vider de son contenu. Pour permettre au capital social de remplir sa mission de garantie des créanciers sans être gêné par le compte courant d'associé, il serait alors souhaitable d'abord de conditionner l'ouverture du compte courant d'associé à la libération intégrale du capital social puis de plafonner le montant des sommes abandonnées par les associés au montant du capital investi. Enfin, il serait souhaitable que le remboursement du compte courant d'associé soit reporté en fin de vie sociale ou lorsque l'associé se retire des affaires.

466. **La protection du capital social par des mesures dissuasives.** Le droit français sanctionne encore des actes susceptibles de porter atteintes à la formation et à l'intégrité du capital social en cours de vie sociale parque la notion à une lourde mission. Ces sanctions opèrent sans aucun doute une dissuasion ainsi pour éviter d'être puni, il faut éviter de faire ou de ne pas ce qui déclenche la sanction. La protection du capital social est ainsi garantie par la crainte des conséquences. Toutefois, nous regrettons que l'action en comblement d'actif exercée en cas d'ouverture d'une procédure collective ne soit pas étendue aux associés pour avoir insuffisamment fixé le capital social au moment du démarrage des activités.

[1306] X. DELPECH, Compte courant d'associé, op. cit., n° 27-22, p. 330.

TITRE II
L'UTILITÉ DU CAPITAL SOCIAL AU PROFIT DES ASSOCIÉS

467. Le capital social pourrait paraître comme une notion inutile pour les associés. Ce constat se dégage de l'interdiction faite aux associés de récupérer en priorité leurs investissements aussi bien en cours de vie sociale qu'en fin d'existence de la société. Toutefois, le capital social n'est pas uniquement utilisé par le législateur au profit des créanciers, la notion est également employée au bénéfice des associés.

La société est loin d'être une institution désintéressée[1307] puisque l'adhésion à celle-ci pourrait entraîner un enrichissement. Cet enrichissement est institutionnalisé par l'article 1832 du Code civil qui donne le droit à toute personne d'entrer en société dans le but *"de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter"*[1308]. Les droits financiers correspondent aux droits patrimoniaux dont peut se prévaloir un associé dans toutes les formes sociales. Il s'agit principalement du droit aux dividendes correspondant à une fraction des bénéfices réalisés par la société. Ou encore du droit au remboursement de l'apport et au boni de liquidation qui s'exerce en cas de liquidation de la société. Il existe plusieurs autres droits tels le droit préférentiel de souscription ou encore le droit à l'ouverture d'un compte courant. En contrepartie de ces droits, la loi impose également aux membres d'une société de supporter les pertes sociales et à certains associés, elle impose de faire face aux engagements sociaux. En cas de réduction du capital social, les associés doivent accepter de perdre leur participation.

A côté de ses prérogatives financières, l'associé jouit en outre des prérogatives politiques constituant également un droit. La différence entre ces deux droits inhérents à la qualité d'associé, c'est que les droits politiques sont extrapécuniaires dans le sens où ils ne peuvent faire l'objet de commerce[1309]. En effet, les cessions de droit de vote et les trafics ou achats de droit de vote sont sanctionnés pénalement d'une privation de liberté de deux ans et d'une amende de 9.000€[1310].

[1307] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 314, p. 157.

[1308] H. LE NABASQUE, Les droits financiers de l'associé in Mélanges J. Normand, Litec 2003, p. 307.

[1309] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 672, p. 314.

[1310] Art. L242-9, 3° C. com.

Lorsque la société est créée par une personne, la question de la répartition des obligations, des droits financiers et politiques ne se pose pas. L'associé unique concentre toutes ces prérogatives et obligations entre ces mains et contrôle la société. Il en est autrement lorsque plusieurs membres adhèrent au pacte social. La question de la répartition de tous ces droits et obligations se pose. L'utilité du capital social au profit des associés intervient principalement à ce niveau. Il est utilisé comme élément de détermination des droits et obligations. Pour une meilleure appréciation de ces droits par rapport à l'intervention du capital social, une étude séparée sera faite entre les droits financiers en contrepartie desquels s'agrègent des obligations financières **(Chapitre 1)** et les droits politiques **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1

L'utilité du capital social dans la détermination des droits financiers et obligations des associés

468. En contrepartie de son apport au capital social ou en dehors, l'apporteur peut se prévaloir des droits financiers. Mais, il doit également faire face à des obligations. Lorsque la société est constituée par une seule personne, la question de la répartition des droits et des obligations ne se pose pas. L'associé unique peut appréhender tous les droits de la société et en contrepartie, il doit à lui seul faire face aux obligations de la société. Cette situation s'entrevoit pour l'associé unique de la société unipersonnelle à responsabilité limitée[1311] ou encore pour l'associé unique de la société par actions simplifiées unipersonnelle[1312]. Toutefois, dans la tradition française *"la société est instituée par deux ou plusieurs personnes"*[1313] au minimum. Dans certaines formes sociales, ce minimum s'accroît et c'est les cas de la société anonyme. Le législateur précise pour cette forme sociale que : *"le nombre des associés ne peut être inférieur à sept"*[1314]. En ce qui concerne les sociétés en commandite par actions, le minimum est porté à trois associés[1315].

La question du partage des droits et obligations au sein des sociétés formées entre plusieurs personnes se pose. Comment est-ce que les associés se répartissent-ils les droits et les obligations ? Comment s'attribuent-ils des droits et des obligations ?

Il importe d'établir un équilibre social au sein de la société afin de protéger les associés. Les associés doivent être traités sur le même pied d'égalité lorsque des répartitions et des attributions sont effectuées entre eux. Il faut empêcher que certains associés n'imposent leur loi aux plus faibles. Le capital social répond à cet impératif puisqu'il est utilisé comme clé de répartition et d'attribution des droits et obligations grâce à la règle de la proportionnalité **(Section 2)**. L'efficacité de cette règle dépend de la nature du titre. Le législateur ne donne pas définition de la notion de titres financiers. Il se contente d'énumérer les différents titres en

[1311] Art. L223-3 C. com. et 1832 al. 2 C. civ.

[1312] Art. L227-1 C. com.

[1313] Art. 1832 C. civ.

[1314] Art. L225-1 C. com.

[1315] Art. L226-1 C. com.

prenant en compte prioritairement les titres de capital émis par les sociétés par actions[1316]. Après les titres de capital, viennent les titres de créance. En pratique, la doctrine révèle que les sociétés n'émettent pas d'autres valeurs mobilières que les actions[1317]. De manière générale, une société ne peut se constituer sans capital social[1318]. Ainsi, elle est tenue de délivrer des titres représentatifs du capital social. Le capital social permet ainsi de déterminer les droits sociaux délivrés aux associés **(Section 1)**.

[1316] Art. L211-1 C. mon. fin.

[1317] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 267, p. 299.

[1318] Art. 1835 C. civ.

Section 1

Le capital social comme moyen de détermination des droits des associés

469. Les intérêts qui se trouvent au sein des sociétés sont multiples, hétérogènes et antagonistes. C'est la théorie institutionnelle qui révèle "*la société comme le lieu de cristallisation d'intérêts multiples, tous légitimes et partant dignes d'une protection juridique*"[1319]. Paradoxalement, le capital social est utilisé pour satisfaire tous ces intérêts divergents. En effet, les connexions au capital social permettront de démontrer que le capital social n'est pas uniquement utilisé pour satisfaire les intérêts des créanciers. Le législateur utilise également le capital social dans l'intérêt des personnes qui désirent adhérer au pacte social. C'est une notion centrale qui unifie les personnes qui interviennent au sein de la société. L'intérêt principal de ces personnes c'est le partage des bénéfices ou le profit de l'économie[1320]. Mais, pour pouvoir prétendre à ces intérêts, il faut avoir effectué un apport au capital social et c'est cette opération qui donne droit à la détention des titres de capital social et à la qualité d'associé. Le terme *"connexion"* signifie avoir une liaison avec plusieurs autres éléments[1321]. Le capital social permet de déterminer les droits des associés parce qu'il est lié à la notion d'apport, aux titres émis en contrepartie **(Sous-section 1)** mais également à la qualité d'associé **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. La connexion capital social, apports et titres de capital

470. Pour adhérer à la société, il faut effectuer un apport au capital social. C'est en contrepartie de cet apport que l'apporteur recevra des titres encore appelés droits sociaux. Les droits sociaux regroupent l'ensemble des titres de propriété délivré par une société à un associé. Il s'agit d'abord des actions délivrées par les sociétés par actions qui sont des titres négociables[1322]. Ensuite des parts sociales délivrées par les sociétés de personnes et la SARL

[1319] G. J. BOUTE, **La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social**, th. préc., n° 11, p. 13.

[1320] Art. 1832 C. civ.

[1321] Dictionnaire, Robert, v. Connexion.

qui ne sont pas des titres négociables. Leur propriété ne peut se transmettre par simple virement de compte à compte, comme c'est le cas pour les actions de SA. Dans tous les cas, la société est tenue légalement d'émettre les titres de capital dès sa constitution. En effet, le capital social doit être constitué par les apports effectués par les apporteurs[1323]. En contrepartie, la société est obligée d'émettre les titres de capital social constituant ainsi les principaux titres de la société **(§ 1)**. En outre, peu importe le titre, la connexion entre le capital social et les titres de capital est consolidée par l'attribution d'une valeur nominale. La valeur nominale représentant la plus petite valeur du capital social est attribuée à chaque titre **(§ 2)**.

§ 1. La contrepartie de l'apport au capital social : les titres représentatifs du capital

471. Le capital social est une notion centrale en droit des sociétés dans la mesure où il n'est pas uniquement utilisé pour garantir la protection des créanciers mais il permet aussi d'identifier les principaux titres émis par la société. En apportant au capital social, les apporteurs reçoivent des titres représentatifs du capital qu'il convient d'énumérer **(A)**. Ce sont les principaux titres de la société qui pourraient être distingués des autres titres **(B)**.

A. Enumération

472. **Les droits sociaux ordinaires.** Ils sont ceux conférés à la personne qui effectue un apport au capital social. C'est l'intégration de la valeur de l'apport au capital social qui donne droit à ce titre. Il y a ainsi une connexion entre le capital social, l'apport et le titre. Les droits sociaux ordinaires sont crées au moment de la formation de la société ou en cours de vie sociale lors des opérations d'augmentation de capital. Toutes les formes sociales sont tenues de créer ces titres dans la mesure où l'article 1835 du Code civil impose la constitution d'un capital social. Les droits sociaux ordinaires sont ainsi les titres principaux d'une société.

[1322] J.- F. ARTZ, *Rép. soc. D.* 2009, v. Action.

[1323] Art. 1835 C. civ.

En plus des droits sociaux ordinaires, il existe deux autres catégories de titres représentatifs du capital émis essentiellement dans les sociétés par actions[1324].

473. **Les actions de préférence.** L'ordonnance du 24 juin 2004 a élargi le paysage des titres de capital en introduisant les actions de préférence. Le législateur offre ainsi aux sociétés françaises une flexibilité comparable à celle des systèmes anglo-américains[1325]. Les formes sociales qui peuvent créer ces actions sont limitées. Ces actions de préférence ne peuvent être créées par les sociétés de personnes commerciales y compris les sociétés à responsabilité limitée. Les titres de ces dernières sociétés sont en effet représentés par les parts sociales qui sont par principe cessibles et non négociables. Ils ne peuvent être cédés que par l'accord des autres membres contrairement aux actions qui sont transférées par virement de compte à compte sans l'accord de la société. Toutefois, contrairement aux sociétés de personnes, la société à responsabilité limitée peut émettre des titres représentatifs de créances sans pour autant avoir recours au démarchage, à la publicité, aux établissements de crédit ou encore aux prestataires de service de l'investissement. Elle ne peut faire une offre au public pour créer des obligations. Les sociétés à forte dose *d'"intuitu personae"* ne peuvent créer des actions de préférence. Ce qui n'est pas le cas des sociétés par actions à savoir les sociétés anonymes, en commandite par actions et par actions simplifiées. Le législateur ne donne pas une liste exhaustive des actions de préférence pouvant être créées. Elles relèvent alors de l'imagination des praticiens. L'emploi du verbe *"pouvoir"* à l'article L228-11 du Code de commerce traduit une certaine liberté dans la création des actions de préférence entrant dans la catégorie des valeurs mobilières. Le législateur ne définit pas non plus ce qu'il faut entendre par actions de préférence. Toutefois, l'article L228-11 du Code de commerce précise que : *"Lors de la constitution de la société ou au cours de son existence, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent".* Le moment de la création des actions de préférence est précisé. Ces actions peuvent être créées soit à la formation de la société soit en cours de vie sociale. Lorsqu'elles sont créées en cours d'existence sociale, l'assemblée générale

[1324] Art. L212-1 A C. mon. fin. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 943, p. 422.

[1325] P. LE CANNU, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence, *RTD* Com. 2004, p. 533.

extraordinaire est seule compétente pour décider l'émission des actions de préférence au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes. Elle peut déléguer ce pouvoir aux dirigeants. En ce qui concerne la nature de ces actions, elles confèrent des avantages en supprimant d'autres. C'est en cela que les actions de préférence se distinguent des actions ordinaires. Nous aurons l'occasion de revenir sur les droits que confèrent ces différents titres[1326]. Tout comme le titre ordinaire, les actions de préférence sont par nature des titres représentant le capital social.

474. **Les titres donnant accès au capital social.** Les titres de capital intègrent également les titres donnant accès au capital social. Le législateur donne la possibilité aux sociétés par actions d'émettre les valeurs mobilières donnant accès au capital social[1327]. L'article L211-2 du Code monétaire et financier définit les valeurs mobilières comme étant des *"titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégorie et donnant accès directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine".* Les actions ordinaires et de préférence sont des titres qui donnent directement accès au capital social. Mais il existe d'autres titres qui donnent indirectement accès au capital social. Parmi ces titres, il y 'a le titre autonome qui *"donne accès par lui-même, mais à terme, au capital social"*[1328] et les titres composites qui sont constitués d'un élément primaire qui peut être un titre d'emprunt ou un titre de capital, auquel est amarré un titre secondaire qui permettra d'accéder à terme au capital social[1329].

Le capital social est ainsi utilisé au profit des associés pour identifier les titres qui leurs sont attribués. On parle ainsi des titres représentatifs du capital social qui peuvent être distingués des autres titres.

[1326] Infra n° 507.

[1327] Art. L228-91 C. com. P

[1328] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 953, p.424.

[1329] Ibid.

B. Distinction

475. **Distinction entre le titre de capital et le titre rémunérant l'apport en industrie.** Les actions désignent les titres représentatifs du capital social émis au sein des sociétés par actions. En effet, il est précisé que les actions ne peuvent représenter des apports en industrie[1330]. Les parts sociales, quant à elles, représentent les droits sociaux attachés au capital social des sociétés de personnes et de la SARL[1331]. Puisque au sein de ces formes sociales, le législateur autorise les apports en industrie dont la valeur ne peut intégrer le capital social, il utilise d'autres expressions pour désigner les titres émis en contrepartie de ces apports. Ainsi, pour distinguer les titres de capital des titres émis en contrepartie d'apports en industrie au sein des SARL, l'expression *"parts sociales en industrie"* est utilisée[1332]. L'expression *"parts sociales"* est accompagnée du mot industrie pour préciser la nature du titre. Et au sein des SAS, les titres émis en contrepartie d'apports en industrie sont appelés *"actions inaliénables résultant d'apports en industrie"*[1333]. Ici également, le mot *"action"* n'est pas utilisé isolément puisqu'il est suivi de l'expression *"résultant d'apports en industrie"*. Cette dernière expression permet de distinguer les actions rattachées au capital social des actions non représentatives du capital social. Ces différentes appellations permettent de régler la confusion qui pourrait se faire entre les parts représentatives du capital social et les parts représentatives d'apport en industrie qui ne concourent pas à la formation du capital social. Les détenteurs des parts de capital social sont ainsi différenciés des détenteurs de parts sociales en industrie ou d'actions résultant d'apport en industrie.
Toutefois, cette distinction pourrait être supprimée si le législateur admet l'incorporation des apports en industrie au capital social[1334].

476. **Distinction entre les titres de capital et les parts de fondateur.** Le législateur distingue aussi les parts représentatives du capital social des *parts de fondateurs* dites aussi

---

[1330] Art. L225-3 al. 4 C. com.

[1331] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1291.

[1332] Art. L223-7 al. 2 C. com.

[1333] Art. L227-1 C. com.

[1334] Supra n° 321 et s.

parts bénéficiaires[1335]. Si la loi du 23 janvier 1929[1336] évoque les seuls termes de *"parts de fondateurs* ou *parts bénéficiaires"* et non celui de *"parts sociales",* la raison est justement, que ces titres ne concourent pas à la formation du capital social et les dispositions de l'article 1 alinéa 2 de la loi précitée précisent clairement que : *"Ces titres qui sont en dehors du capital social, ne confèrent pas à leurs propriétaires la qualité d'associé"*. La fondation d'une société est rémunérée par ces titres. Ainsi, sans détention du capital social, les fondateurs d'une société pourraient recevoir des parts de fondateur qui leur donnent le droit de participer aux bénéfices de la société.

477. **Distinction entre les titres de capital et les actions de travail.** Le législateur distingue enfin les actions représentatives du capital social des *"actions de travail"*. Dans le cadre des sociétés anonymes à participation ouvrière, la loi distingue les *"actions de capital"* des *"actions de travail"*. Ces actions sont attribuées en propriété collective aux salariés de l'entreprise par l'intermédiaire d'une société commerciale coopérative de main d'œuvre créée à cet effet. Ces actions se différencient des actions de capital en ce sens où elles sont inaliénables et frappées d'un timbre indiquant leur incessibilité[1337].

Tous les apports n'intègrent pas le capital social et donc pas conséquent tous les titres ne sont pas rattachés au capital social. Cette déconnexion entre certains apports et le capital social ne doit pas être analysée comme un recul du capital social. En effet sur le fondement de l'article 1835 du Code civil, les sociétés ont l'obligation de constituer un capital social. Simplement, à titre exceptionnel, le législateur donne la possibilité aux associés d'apporter des biens en dehors du capital social sans pour autant remettre en cause l'existence du capital social. Le capital social constitue une notion centrale du droit des sociétés. En apportant au capital social, les associés reçoivent alors des titres représentatifs du capital social. C'est ainsi que le capital social est utilisé pour identifier les apporteurs. Quel est le lien entre le titre et le capital social ?

[1335] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1405

[1336] Loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs émises par les sociétés, *JO* du 25 janvier 1929.

[1337] Article 75 de la loi précitée incorporée au Code de commerce à l'article L225-262.

§ 2. Le lien entre le titre et le capital social : la valeur nominale

478. Le capital social est lié aux apports et aux titres parce que la valeur de l'apport est intégrée en son sein en contrepartie des titres. Mais en plus, cette connexion est consolidée par la valeur nominale. La valeur nominale constitue la plus petite valeur du capital social attribuée à chaque titre **(§ 1)**. Toutefois, il existe en droit français des actions sans valeur nominale résultat des droits sociaux non représentatifs du capital social[1338]. Il en est ainsi des parts d'industrie, des parts de fondateurs ou encore des actions de travail créées par la loi du 26 avril 1917 relative aux sociétés **(§ 2)**.

A. La connexion entre le titre, le capital social et la valeur nominale

479. **La connexion du capital social à la valeur nominale.** Le capital social correspond au produit de la valeur nominale par le nombre de parts sociales émises[1339]. La valeur du capital social déterminée en fonction de la valeur nominale peut également s'obtenir en faisant la somme de toutes les valeurs nominale émises par la société[1340]. La valeur nominale d'un titre représente la quote du capital social[1341] ou c'est la plus petite fraction du capital social exprimée en numéraire[1342]. C'est ainsi qu'est établi le lien entre le capital social et la valeur nominale. Les titres français sont dotés d'une valeur nominale[1343] parce que les droits de l'associé sont calculés en fonction de cette valeur nominale.

La valeur nominale étant connectée au capital social, elle bénéficie alors des mêmes attributs que le capital social. Du fait du principe de nominalisme monétaire, le capital social reste intangible en cours de vie sociale et ce malgré la variation de valeur des supports. Ce principe

---

[1338] J.- F. ARTZ, *Rép. soc. D.* 2009, n° 158, v. Action sans valeur nominale.

[1339] C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations**, op. cit., n° 1327, p. 557.

[1340] J. CI. MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés**, th., Paris 1980, p. 1. 1.

[1341] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 751.

[1342] M. POLTI, L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes, *RTDCom* 1950, p. 553.

[1343] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 39, p. 28.

s'applique également aux éléments ayant un lien direct avec le capital social. Ainsi, la valeur nominale est également frappée d'intangibilité. Le nominalisme exprime la stabilité[1344]. La valeur nominale initialement fixée dans les statuts reste inchangée même si la valeur réelle des titres varie[1345]. Ainsi, la détermination des droits des associés s'opère en prenant en compte la valeur nominale et non la valeur réelle des actions.

480. **Les méthodes d'évaluation des titres.** La doctrine pense qu'il est dangereux d'attribuer une valeur nominale à l'action parce qu'elle pourrait tromper les actionnaires sur la véritable valeur de l'action[1346]. La valeur nominale ne doit pas être considérée comme la valeur des titres. Pour les actions cotées, c'est la cote qui détermine la valeur d'échange[1347]. Mais la valeur boursière pourrait aussi être différente de la valeur vénale dans la mesure où la Bourse cherche avant tout de prévoir l'avenir de la société[1348]. La valeur de l'action pourrait être déterminée en dessous de sa valeur vénale lorsque les *"perspectives de développement sont peu encourageantes"*[1349]. La valeur boursière de l'action pourrait également être inférieure à la valeur nominale. Une société dont le cours de l'action est inférieur à la valeur nominale aura des difficultés à augmenter son capital social puisqu'elle doit émettre des actions au pair. L'investisseur désireux de devenir associé d'une telle société préférera acheter en bourse des actions que de souscrire à une augmentation de capital. Ainsi, l'actionnaire pourra souscrire au capital social pour une valeur nominal inférieur.
En ce qui concerne la valeur des actions non cotées, celle-ci pourrait s'apprécier en fonction de la valeur vénale[1350]. En ce qui concerne la valeur vénale, celle-ci se détermine en divisant l'actif par le nombre d'actions[1351]. Si la société a réalisé des bénéfices mis en réserves, la valeur vénale est supérieure à la valeur nominale et si l'activité sociale génère des pertes, la

---

[1344] J. CI. MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés**, th. préc., p. 1. 4.
M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 763, p. 354.

[1346] M. POLTI, L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes, art. préc., p. 559.

[1347] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1507 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 751.

[1348] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 751.

[1349] Ibid.

[1350] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 751.

[1351] Ibid.

valeur vénale reste inférieure à la valeur nominale des titres[1352]. La valeur vénale constitue alors comme il a été dit *"l'expression de la dimension patrimoniale"*[1353] puisque : *"Lorsque l'actionnaire cède ses actions, il constate qu'il y a souvent loin du nominal au vénal"*[1354].

481. **L'importance de la valeur nominale dans la détermination de la prime.** L'action peut valoir plus que sa valeur nominale et l'augmentation de capital social, opération dans laquelle, la société peut être amenée à majorer la valeur nominale par une prime d'émission permet de le constater. En effet, l'article 3 de l'Ordonnance du 24 juin 2004 prévoit que *"Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission"*[1355]. Autrement dit, outre la valeur nominale de l'action, le nouvel actionnaire sera tenu de verser une autre valeur qu'est la prime. Toutefois, l'exigence d'une prime comporte des risques. Une prime d'émission trop importante peut révéler l'intention des actionnaires majoritaires d'évincer les actionnaires minoritaires de l'augmentation. La Commission des Opérations de Bourse désormais appelée Autorité des Marchés Financiers dénonce le fait de fixer le prix d'émission des nouvelles actions à une valeur supérieure à la valeur nominale de plus de soixante fois[1356]. C'est à ce niveau que la valeur nominale est utile puisqu'elle sert de référence à la détermination des primes pour limiter et sanctionner les abus. Dans le même esprit, la chambre commerciale de la Cour de Cassation, dans un arrêt en date du 12 mai 1975 déclare que les juges du fond pouvaient juger frauduleuse l'augmentation du capital dès lors qu'ils avaient constaté que : *"d'après l'examen des bilans, le prix d'émission des actions nouvelles, créées en vue de l'augmentation litigieuse, représentant 25 fois le nominal des actions anciennes, n'était justifié ni par les réserves qui sont inexistantes, ni par la prospérité de la société, car le rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale… révèle que l'exercice de l'année se solde par une perte… et été marqué par diminution du chiffre d'affaire*"[1357]. La valeur nominale sert de base

---

[1352] Ibid.

[1353] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 763, p. 354.

[1354] Ibid.

[1355] Art. L225-128 C. com.

[1356] COB, rapp. 1973, JO, doc. adm. 12 juin 1974, p. 1829.

[1357] Cass. Com. 12 mai 1975, *Bull. civ*,. n° 129, p. 107 ; *D.* 1975, p. 183; *Bull. Joly* 1976, n° 274, p. 465.

dans la fixation de la prime d'émission exigée aux nouveaux adhérents lors des opérations d'augmentation de capital.

482. **La mention de la valeur nominale au sein des statuts.** Le législateur français a toujours été attaché à la valeur nominale. Il est considéré que le capital social d'une société anonyme se divise en actions ou coupures d'actions d'une valeur nominale égale. La valeur nominale étant attachée au capital social tout comme cette dernière notion, elle doit faire l'objet d'une indication dans les statuts. La loi 6 janvier 1988 a maintenu cette obligation en indiquant que *"Le montant nominal des actions ou coupures d'action est fixé par les statuts"* [1358] Les associés ont le devoir de déterminer statutairement la valeur nominale. En outre, tout comme le capital social d'une société anonyme, la détermination de la valeur nominale ne pouvait se faire en dessous d'un certain montant. En effet, la loi du 24 juillet 1966 interdisait l'émission d'actions en dessous d'un minimum puisque le montant nominal des actions ou coupures d'actions ne pouvait être inférieur à une somme fixée par décret[1359]. A l'inverse, la valeur nominale des actions d'une société pouvait être supérieure au minimum fixé par décret sans aucune limite. Mais, il revient désormais aux associés de déterminer statutairement le montant minimum de la valeur nominale.

483. **Les conséquences de l'absence d'indication de la valeur nominale dans les statuts.** Cependant, pour faciliter la conversion du capital social en euros, le législateur a introduit en droit français les actions sans mention de valeur nominale. L'article L228-8 du Code de commerce nouvellement formulé par la loi 2 juillet 1998 prévoit désormais que : *"Le montant nominal des actions ou coupures d'action peut être fixé par les statuts"*. Le remplacement du mot *"est"* par les mots *"peut-être"* doit-il être considéré comme un bouleversement du droit des sociétés ? L'utilisation des mots *"peut-être"* amène à constater que l'article 228-8 ouvre une option pour les sociétés. Elles peuvent choisir de ne pas mentionner dans les statuts le montant de la valeur nominale des titres. Cette option rompt l'uniformité qui pouvait s'observer quant à la mention de la valeur nominale dans les statuts des sociétés par actions. L'absence d'uniformité du contenu des statuts des sociétés par actions se traduit par l'existence des sociétés dont les statuts affichent une valeur nominale attachée à

[1358] Art. 22 de la loi 6 janv. 1988.

[1359] Art. 268 loi du 24 juillet 1966.

toutes les émissions d'actions et les sociétés pour lesquelles la valeur nominale des actions n'est pas mentionnée dans les statuts.

484. **Les actions sans mention de valeur nominale traduisent-elles l'effacement de la valeur nominale voire du capital social ?** La loi du 2 juillet 1998 ne supprime pas la valeur nominale d'une action mais donne tout simplement aux sociétés par actions la possibilité de ne pas indiquer cette valeur dans les statuts. Cette absence d'indication de la valeur nominale au sein des statuts ne traduit en rien la suppression de la valeur nominale et du capital social. La valeur nominale continue d'être la plus petite unité du capital social déterminé. En effet, les actions sans mention de valeur nominale de l'article 228-8 précité sont comparables aux actions de quotité prévues dans les droits belge et Allemand[1360]. Ces deux législations admettent la coexistence des actions avec valeur nominale et les actions de quotité. Cependant, la société ne peut opter que pour un choix. Tout comme les actions sans mention de valeur nominale, les actions de quotité représentent une fraction du capital social. Il s'agit donc des titres dont ni la valeur nominale ni le pair ne sont affichés dans les statuts. La part de capital social que représente chaque action, dite aussi paire comptable est alors déterminée en divisant le capital par le nombre d'actions[1361].

L'option qu'offre désormais l'article 228-8 précité n'est pas contraire à la directive européenne du 13 décembre 1976 qui y fait d'ailleurs référence au c) de l'article 3. L'absence de mention de la valeur nominale n'induit pas non plus l'absence de publicité de la valeur nominale. En effet, l'article 3 de la directive européenne du 13 décembre 1976 indique que *"le nombre des actions souscrites sans mention de valeur nominale"* doit être indiqué dans *"les statuts, soit dans l'acte constitutif, soit dans un document séparé qui doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément"*.

Ce détachement entre le titre et le capital social n'est qu'apparent puisque par exemple une société anonyme faisant offre au public qui désire augmenter son capital social doit mentionner la valeur nominale des actions à émettre dans la notice même si cette valeur ne figure pas dans les statuts. De même, l'avis adressé par une société à ses actionnaires, suite à une décision d'augmentation du capital par émission d'actions nouvelles, doit indiquer la valeur nominale des actions à souscrire.

[1360] T. TILQUIN, Les actions et parts sans valeurs nominales en droit belge, *Bull. Joly* 1998, p. 244 et s ; pour le droit allemand, **Dossiers internationaux Francis LEFEBVRE, Allemagne**, 7e éd. 2004, p. 100, n° 853.

[1361] T. TILQUIN, Les actions et parts sans valeur nominale en droit belge, art. préc., p. 738 et s.

L'absence d'affichage de la valeur nominale dans les statuts n'implique en aucune façon la disparition du capital social ou de la valeur nominale. Les actions sans mention de valeur nominale ont une valeur nominale qui n'est pas mentionnée au sein des statuts. Ce sont donc des actions rattachées au capital social.

La connexion entre le capital social et les titres est établie par la valeur nominale. Ainsi, tous les titres français représentatifs du capital social ont une valeur nominale. Cela dit, les titres déconnectés du capital social sont sans valeur nominale. Le droit français admet l'existence des titres sans valeur nominale que de manière exceptionnelle.

B. Les actions françaises sans valeur nominale

485. **Les actions de jouissance non rattachées au capital social**. Le droit français connaît l'existence de titres sans valeur nominale. Il en est ainsi des actions de jouissance. A la lecture de l'article L225-200 du Code de commerce, les actions de jouissance ne sont pas connectées au capital social. Cet article indique que : *"Lorsque le capital est divisé, soit en actions de capital et en actions totalement ou partiellement amorties, soit en actions intégralement amorties, l'assemblée générale des actionnaires peut décider… la conversion des actions totalement ou partiellement amortis en actions de capital"*. Le texte distingue ainsi les actions de capital des actions amortis tout en donnant la possibilité à l'assemblée générale des actionnaires de convertir les actions amortis en actions de capital. Cette distinction reste logique dans la mesure où les actions amorties sont des titres remis à un actionnaire constatant le remboursement de la valeur nominale. Alors que *"les actions de capital sont celles qui sont demeurées dans l'état où elles ont été émises"*[1362]. La déconnexion entre l'action de jouissance et le capital social du fait du remboursement de la valeur nominale à l'actionnaire a été reconnue par la doctrine[1363]. C'est le remboursement de la valeur nominale qui entraîne le détachement entre le capital social et le titre. Or, la valeur nominale constitue le lien entre le capital social et le titre. Si une action n'a plus de valeur nominale, ce titre ne

[1362] H. CAUSSE, **Les titres négociables**, préf. B. TEYSSIER, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1993, p. 52, n° 88.

[1363] Idée contraire v. G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial,** op. cit., n° 1538 et s. ; T. Com. Seine 23 oct. 1950, *JCP* 1951, II. 6342, note D. BASTIAN.

peut représenter le capital social. L'article L225-200 précité semble exclure implicitement les actions de jouissance de la composition des titres représentatifs du capital social.

486. **Les actions émises par les sociétés d'investissement à capital variable**. Il n'y a pas que les actions de jouissance qui sont sans valeur nominale, les actions émises par les sociétés d'investissement à capital variable ont également cette caractéristique. Les sociétés d'investissement à capital variable ne sont pas soumises aux dispositions du titre III de la loi du 24 juillet 1867 relatives aux sociétés à capital variable. Elles ne sont pas également régies par l'Ordonnance du 2 novembre 1945 sur les sociétés d'investissement[1364]. Le droit qui leur est applicable est principalement celui issu de la loi du 23 décembre 1998 dont les dispositions ont été intégrées au Code monétaire et financier. Les deux décrets du 6 septembre 1989[1365] et du 3 janvier 1979[1366] dont la plupart des dispositions ont été abrogées par la loi de 1988 et de l'ordonnance 19 août 2004 sont également applicables à la société d'investissement à capital variable. L'article L214-15 du Code monétaire et financier définit la société d'investissement à capital variable dite *"SICAV"* comme étant : *"une société anonyme qui a pour objet la gestion d'un portefeuille d'instruments financiers et de dépôts"*. La société d'investissement à capital variable reste alors une modalité de la société anonyme puisqu'il ne s'agit pas d'une forme sociale.

Or, nous avons précédemment indiqué que les actions émises par les sociétés d'investissement à capital variable sont sans valeur nominale. Une telle affirmation ne peut être justifiée sans texte de loi car le principe est que le capital social d'une société anonyme se divise en actions ayant une valeur nominale. Il semble que le capital social d'une société d'investissement à capital variable ne soit pas déterminable de manière classique. Autrement dit, le capital social ne correspond pas au produit du nombre de part par la valeur nominale. En effet, l'alinéa 4 de l'article L214-15 du Code monétaire et financier dispose que *: "Le montant du capital est égal à tout moment à la valeur de l'actif net de la société, déduction faite des sommes distribuables définies à l'article L. 214-10"*. Le capital social correspond ici à la valeur d'actif net[1367] moins les sommes distribuables. Cela résulte à l'évidence de la

[1364] Art. L. 214 du C. mon. fin.

[1365] Décret n°89-623 et 89-624, pris pour l'application de la loi du 23 décembre 1988.

[1366] Loi n°79-12 du 13 janvier 1979 relative aux sociétés d'investissement à capital variable (SICAV).

grande variabilité du capital social car ce montant est en constante variation, puisqu'il augmente ou diminue au regard de l'évaluation opérée sur le portefeuille détenu par la société. Cette variation dépend aussi classiquement des émissions nouvelles et des rachats effectués. La constante variation du capital impose alors en pratique que les actions émises soient dépourvues de valeur nominale. La variabilité du capital impose tout au plus à une telle société de recourir à des émissions de parts prises en application de la loi du 2 juillet 1998. Au vrai, les sociétés d'investissement à capital variable sont également soumises, outre à la loi du 23 décembre 1988 précitée et intégrée dans le Code monétaire et financier, aux dispositions du Code de commerce. La nécessité de l'attachement de la valeur nominale au titre devait s'imposer alors à elle. Cela n'est pas le cas en pratique. La solution pourrait se justifier au regard du principe de la primauté des lois spéciales sur les lois générales. La composition originale du capital social de la SICAV, issue de la loi spéciale du 23 décembre 1988 impose l'absence de valeur nominale et implique alors que les principes généraux issus du Code de commerce et commandant l'existence de cette valeur, soient écartés. La société d'investissement à capital variable a donc un statut original en droit des sociétés. Il s'agit de la seule forme sociale qui implique une émission des titres sans valeur nominale. Cette caractéristique propre aux SICAV ne saurait être étendue aux sociétés à capital variable compte tenu de l'absence du caractère continu de la variation du capital social. La société à capital variable demeure soumise aux principes régissant le capital social et notamment à celui de sa division en parts sociales qui postule à l'existence d'une valeur nominale.

487. **L'importance du capital social par rapport au droit américain.** En droit français, les actions sans valeur nominale ne peuvent être érigées en principe comme aux Etats-Unis. Ce pays a adopté un système radical d'actions sans valeur nominale dénommées "*No par value"*. En effet, de nombreuses actions émises par les sociétés américaines ne comportent aucune valeur nominale. Le capital social appelé *"stated capital"* se double en effet d'un compte *"capital surplus"* qui enregistre les émissions de titres non représentatifs du capital social[1368]. Le capital n'est alors qu'une simple valeur abstraite et arbitraire détachée des émissions d'actions. L'inexistence de la valeur nominale en droit américain ne surprend

[1367] L'actif net est une notion fiscale qui représente l'excédent des valeurs d'actif sur le total formé au passif par les créances des tiers, les amortissements et les provisions justifiés (article 38-2 du Code général des impôts). La notion est sensiblement équivalente dans son contenu à la notion de capitaux propres.

[1368] A. TUNC, **Le droit américain des sociétés anonymes**, op. cit., n° 35 et 37.

pas dans la mesure où le capital social a été abandonné[1369]. Tel n'est pas le cas en droit français, le capital social occupe toujours une place importante. Le principe est que les actions comportent une valeur nominale rattachée au capital social. Exceptionnellement, le législateur admet les actions sans valeur nominale en dehors des structures sociales classiques en cours de vie sociale. Ainsi, lorsque ces titres sont admis dans les structures classiques, la déconnexion entre le capital social et le titre ne s'opère jamais au moment de l'émission du titre. Plus précisément, c'est après l'émission du titre que la société pourrait décider sur le fondement des stipulations statutaires ou sur décision d'une assemblée générale extraordinaire de procéder au remboursement de la valeur nominale[1370]. Le capital social reste ainsi une notion très importante en droit français dans la mesure où une société ne pourrait se concevoir sans titre rattaché au capital social.

Le capital social reste une notion qui intéresse également les associés puisqu'il permet l'identification des principaux titres de la société. C'est la détention de ces titres qui confère la qualité d'associé. Autrement dit, pour avoir la qualité d'associé, il faut principalement avoir effectué un apport au capital social.

Sous-section 2. La connexion capital social/apports/qualité d'associé

488. L'adhésion à la société reste conditionnée à l'opération d'apport. Pour pouvoir prétendre aux partages des bénéfices, il faut avoir effectué un apport au capital social et c'est cette opération qui confère la qualité d'associé. Cette triple relation apport, capital social et qualité d'associé est conservée même lorsqu'il y a transfert de titres. En effet, la qualité d'associé est également reconnue au détenteur des titres de capital résultant d'une succession, d'une donation ou d'une cession. Au vrai, le transfert des titres de capital opère également un transfert de la qualité d'associé aux personnes n'ayant pas personnellement apporté au capital social. La valeur de l'apport reste intégrée au capital social et aucun apport n'est restitué. Ainsi, les titres faisant l'objet de transfert de patrimoine restent des titres de capital. Tout se passe comme si le détenteur de titre avait personnellement apporté au capital social. Ainsi, la

[1369] Ibid. ; I. PASQUIER, **Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,** th. préc.

[1370] Art. L225-198 C. com.

qualité d'associé découle non seulement de l'opération d'apport au capital social mais également de la détention des titres de capital **(§ 1)**. Toutefois, dans certains cas, le législateur reconnaît la qualité d'associé aux détenteurs de titres non connectés au capital social **(§ 2)**.

§ 1. La qualité d'associé découlant de l'apport effectué au capital social ou de la détention des titres de capital

489. Le législateur ne définit pas la notion d'associé. La jurisprudence est aussi silencieuse. Ainsi, c'est la doctrine qui apporte une définition renouvelée en 1978 par l'analyse pertinente du professeur Viandier[1371]. La doctrine précise que l'associé est un : *"membre d'un groupement constitué sous forme de société dont les droits essentiels consistent à participer aux bénéfices…et dont les obligations principales sont la libération de ses apports et la contribution aux pertes"*[1372]. Mais le professeur Viandier a montré que cette définition mettait plus en valeur la société que l'associé lui-même[1373]. Dans le but de valoriser l'associé, il propose une analyse de la notion d'associé en prenant en compte un nouveau critère composé de deux éléments à savoir la réalisation d'un apport et le droit d'intervention dans les affaires sociales. Ce droit se matérialisant par le droit de vote, le droit à l'information et le droit de critiquer la gestion sociale[1374]. Parmi ces éléments, seule la réalisation de l'apport nous intéresse ici. Cela dit, la notion d'associé reste attachée à une obligation principale à savoir la réalisation de l'apport. Or, le capital social est constitué par la réunion des apports en nature et en numéraire effectués par les associés[1375]. Certes, la qualité d'associé est acquise par l'apporteur dès la souscription au capital social mais celle-ci dévient effective au moment où l'associé libère le capital social. Cela est vrai pour tous les apporteurs en capital à des degrés différents. Alors que l'apporteur en nature est tenu de libérer l'intégralité du capital social promis dès la souscription, l'apporteur en numéraire doit au moins libérer partiellement le capital social dès cet instant. Le critère relatif à la participation aux bénéfices inhérent à la

---

[1371] A. VIANDIER, **La notion d'associé**, th. LGDJ 1978 op. cit.

[1372] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Associé.

[1373] A. VIANDIER, **La notion d'associé**, op. cit. , n° 152 et s.

[1374] Ibid.

[1375] Lamy, **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 285.

qualité d'associé est subordonné à l'opération d'apport. Selon nous, une personne ne peut se prévaloir au partage des bénéfices sans avoir effectué d'apport. Ainsi, pour avoir la qualité d'associé et donc prétendre au partage des bénéfices, il est nécessaire d'apporter personnellement en priorité au capital social **(A)**. Toutefois, cette règle connaît des tempéraments qui ne remettent pas pour autant en cause l'importance du capital social. Autrement dit, une personne pourrait parfaitement avoir la qualité d'associé du simple fait de la détention des titres représentatifs du capital social sans avoir personnellement libérer le capital social **(B)**.

A. La qualité d'associé résultant de la libération personnelle de l'apport au capital social

490. **La connexion entre l'apport, le capital social et la qualité d'actionnaire du commanditaire.** Les textes proclament que : *"Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie*[1376]. Ainsi, pour le législateur, l'apport en société constitue une obligation à savoir une dette[1377]. L'apporteur doit obligatoirement libérer à la société tout ce qu'il a promis d'apporter. D'ailleurs, cette dette subsiste après la liquidation de la société[1378].

Le capital social demeure le réceptacle des apports et en contrepartie, l'apporteur acquiert la qualité d'actionnaire. L'apport en capital social permet d'identifier celui qui a la qualité d'actionnaire puisque dès lors qu'on apporte au capital social, on a la qualité d'actionnaire. Cette vision est celle du législateur qui opère sans cesse une distinction entre associés apporteurs en capital et les autres apporteurs. C'est le cas dans une société en commandite par actions. En effet, l'article L226-1 al.1 du Code de commerce fait bien une distinction entre le commandité autorisé à faire apport en industrie et le commanditaire. Seul ce dernier possède la qualité d'actionnaire car il n'est pas autorisé à apporter un bien en dehors du capital. Il faut souligner ici que cette qualité est reconnue uniquement aux apporteurs des sociétés de capitaux. La qualité d'actionnaire est ainsi attribuée au détenteur d'actions

[1376] Art. 1843-3 al. 1 C. civ.

[1377] Lamy, **Sociétés commerciales**, op. cit., n° 243.

[1378] Cass. com. 9 mai 1995, n° 92-14. 195, *Bull. civ*. IV, n° 137 ; CA Paris, 16 janv. 1992, *RJDA* 1992, n° 869.

représentant une fraction de capital. Ce qui n'est pas le cas du commandité qui peut faire un apport en industrie et qui garde la qualité de commerçant bien qu'il soit également considéré comme un associé. Cela dit, dans une société en commandite par actions, deux catégories d'apporteurs pourraient être identifiées. Les commandités qui ont la double qualité de commerçant et d'associée et les commanditaires qui sont des actionnaires. La présence des commanditaires permet de justifier la triple connexion apport/capital social/qualité d'actionnaire puisqu'ils ne peuvent pas faire un apport en industrie.

491. **La connexion entre l'apport/le capital social/la qualité d'actionnaire dans une société anonyme à participation ouvrière.** Le législateur apporte également une distinction entre les intervenants d'une société anonyme à participation ouvrière. Il s'agit d'une société dans laquelle il est possible d'apporter de l'industrie et du capital. L'article L225-261 du Code de commerce distingue le *"personnel salarié, ouvriers et employés"* et ceux-ci sont détenteurs d'actions de travail représentant les apports en industrie. Le législateur parle également des détenteurs d'actions ou coupures d'actions de capital et ce sont les détenteurs de ces derniers titres qui possèdent la qualité d'actionnaire.

492. **Le déni légal de la qualité d'associé à l'époux commun en bien n'ayant pas personnellement effectué d'apport.** L'époux n'ayant pas notifié son intention d'être associé suite à l'apport au capital social d'un bien commun par le conjoint ne peut se prévaloir de la qualité d'associé. Sur la participation de deux époux au capital social d'une société à risque illimité, il convient de souligner que le temps où la loi l'interdisait est révolu[1379]. Cette restriction a été abrogée par la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes. Depuis lors, *"...Deux époux seuls ou avec d'autres personnes peuvent être associés dans une même société et participer ensemble ou non à la gestion sociale"*[1380]. Dans ce cas, la qualité d'associé est sans aucun doute reconnue aux deux époux *"même s'ils n'emploient que des biens de communauté pour les apports"*[1381]. Toutefois, il en est autrement lorsque le conjoint n'a pas personnellement notifié à la société son intention d'être associé au moment où l'époux apporte au capital social. Le législateur précise clairement que *"La qualité*

[1379] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 343 et s., p. 169 ; F. PASQUALINI-SALERNO, Les sociétés entre époux, *JCP* E 1999, p. 1858.

[1380] Art. 1832-1 al. 1 C. civ.

[1381] Ibid.

d'associé est reconnue à celui des époux qui fait l'apport ou réalise l'acquisition"[1382]. Ainsi, la qualité d'associé est déniée au conjoint parce qu'il n'a pas personnellement effectué l'apport ou réalisé l'acquisition.

Il est indéniable que l'apport au capital social confère la qualité d'actionnaire. Aussi, pour avoir la qualité d'associé, il est indispensable d'avoir personnellement effectué l'opération d'apport au capital social. Toutefois, cette affirmation n'est pas totalement vraie dans la mesure où la qualité d'associé est aussi reconnue à des personnes n'ayant pas personnellement effectué l'apport au capital. Dans ces cas, c'est la simple détention des titres de capital qui confère la qualité d'associé.

B. La qualité d'associé résultant de la détention des titres de capital

493. **La situation de l'usufruitier**. Une personne peut apporter la nue-propriété ou l'usufruit d'un bien qu'elle constitue au profit de la société. Dans ces deux hypothèses, l'apporteur effectue un apport sur la propriété de son droit au capital social. En contrepartie de cet apport, il reçoit des titres représentatifs du capital social en pleine propriétaire qui lui confère la qualité d'associé. Il y a ainsi une connexion entre l'apport, le capital social et la qualité d'associé.

Mais l'hypothèse dans laquelle une personne apporte d'abord au capital social puis reçoit des titres de capital qu'il démembre au profit d'autres personnes pose problème quant à la connexion apport, capital social et qualité d'associé. En effet, l'usufruit est constitué postérieurement à l'acte d'apport et il peut résulter soit d'une cession soit d'une transmission successorale. La question qui se pose est celle de savoir qui du nu-propriétaire ou de l'usufruitier a la qualité d'associé ? Une partie de la doctrine dénie la qualité d'associé à l'usufruitier uniquement. Lorsque l'apporteur s'est réservé la nue propriété des titres, les auteurs favorables à cette thèse soutiennent que l'usufruitier est étranger à l'acte d'apport, élément indispensable à la qualité d'associé. Le détenteur des titres n'ayant pas personnellement effectué l'apport au capital, il ne peut avoir la qualité d'associé même si son titre est connecté au capital social. En outre, ils estiment que lorsque l'apporteur se réserve

[1382] Art. 1832-1 al. 2 C. civ.

l'usufruit des titres, il perd son droit de propriété sur les titres dans la mesure où le véritable propriétaire des titres reste le nu-propriétaire[1383]. De ce fait, l'usufruitier ne peut se prévaloir de la qualité d'associé.

Une autre partie de la doctrine considère que l'usufruitier et le nu-propriétaire sont tous les deux des associés. En effet, le cédant ou le donateur de la nue-propriété des droits sociaux avec réserve d'usufruit ne peut pas perdre la qualité d'associé du simple fait que la stratégie le laisse avec la qualité d'usufruitier. Ce dernier n'est pas étranger à l'apport puisque c'est lui qui est à l'origine de l'apport initial[1384]. Dans ce schéma, la connexion apport, capital social engendre la qualité d'associé. En ce qui concerne l'usufruit résultant d'une cession, le cessionnaire n'ayant pas personnellement effectué l'apport au capital, M. le professeur Lucas indique c'est en qualité d'ayant droit qu'il peut se prévaloir de la qualité d'associé. En effet, il écrit que : *"pour être associé, il faut être soit apporteur, soit ayant droit d'un apporteur"*[1385]. Bien que le législateur soit muet sur cette question précise de la qualité d'associé de l'usufruitier des parts, il ne fait aucun doute qu'il lui reconnaît des droits financiers au même titre qu'un associé[1386]. La solution résulte d'abord du droit commun de l'usufruit. En effet, l'article 582 du Code civil dispose que : *"L'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils, que peut produire l'objet dont il a l'usufruit"*. En outre, le droit de l'usufruitier aux bénéfices sociaux est reconnu par les dispositions du droit commun des sociétés qui permet à l'usufruitier de participer aux décisions sociales relatives à l'affectation des bénéfices. Ainsi, puisque le législateur attribut à l'usufruitier les droits reconnus aux associés, on pourrait penser qu'il ne dénie pas sa qualité d'associé. Cette

---

[1383] A. VIANDIER, **La notion d'associé**, op. cit., p. 248 ; M. GERMAIN, *in* Ripert et Roblot, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1152 ; Cass. civ. 29 nov. 2006, *Rev. soc.* 2007, p. 319, note B. DONDERO ; *Rev. cont.* 01 avr. 2007, n° 2, p. 422 note F.-X. LUCAS ; *Rép. not. Defrénois* 15 mai 2007, n° 9, p. 676 note P. LE CANNU ; Cass. com. 4 janv. 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 45, note TH. BONNEAU ; *JCP* E 1994, n° 12, obs. A. GUENGANT ; *Defrénois* 1994, art. 35786, n° 2, obs. P. LE CANNU ; J.-J. DAIGRE, Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote (à propos de Cass. com. 4 janvier 1994), *Bull. Joly* 1994, p. 249, § 62, spéc. n° 4 ; supra n° 73 et s.

[1384] M. COZIAN, Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? *JCP* E 1994, I, 374 ; J. DERRUPPÉ, Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions, *Rép. not. Defrénois* 30 septembre 1994, n° 11 ; Cass. civ. 3e, 29 nov. 2006, op. cit., n° 2, p. 422 ; F.- X. LUCAS ; C. REGNAUT - MOUTIER, Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ? *Bull. Joly* 01 nov. 1994, n° 11, p. 1155 ; R. GENTILHOMME, Apport de titres et démembrement de propriété, *JCP* E 1994, I, 311, spéc. n° 20.

[1385] F.-X. LUCAS, note sous Cass. civ. 3e, 29 nov., op. cit., n° 265.

[1386] H. HOVASSE, M. DESLANDES et R. GENTILHOMME, Le démembrement des droits sociaux, *Dr. Soc. Actes pratiques* 1994, n° 15 ; C. REGNAUT - MOUTIER, Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ? art. préc., n° 5.

reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier remet toutefois en cause la connexion apport, capital social et qualité d'associé.
Cependant, même si la connexion apport/capital social/qualité n'est pas respectée, la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier n'a aucune conséquence sur l'importance du capital social. Il n y a aucun recul du capital social dans la caractérisation des droits sociaux puisque les titres de l'usufruitier sont bien représentatifs du capital social. Simplement du fait du démembrement de propriété, ils ont changé de propriétaire. La connexion est en apparence bouleversée puisque le détenteur de titres se substitue à l'apporteur quant à la qualité d'associé. La simple connexion apport et capital social existe aussi lorsqu'on analyse la situation du locataire des droits sociaux.

494. **La situation du locataire de droits sociaux.** La loi du 2 août 2005 s'est s'engagée courageusement sur un terrain nouveau relatif à la location de titres des sociétés à risque limité[1387]. Ainsi selon l'article L239-1 du Code de commerce[1388] : *" les statuts peuvent prévoir que les actions des sociétés par actions ou les parts sociales des sociétés à responsabilité limitée soumises à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option peuvent être données à bail, au sens des dispositions de l'article 1709 du code civil, au profit d'une personne physique."*. Pour le partage des bénéfices, alors même que le bailleur des titres demeure le véritable propriétaire, le locataire des droits sociaux reste créancier de ce droit[1389]. La question de la qualité d'associé du locataire des droits sociaux pourrait également se poser ici. De façon générale, la loi opte pour une référence au démembrement de propriété *"le bailleur est considéré comme le nu-propriétaire et le locataire comme l'usufruitier"*. Tout comme l'usufruitier, le locataire des droits sociaux peut se prévaloir du droit aux dividendes,

[1387] B. SAINTOURENS, Les réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, *Rev. soc.* 2005, p. 527.

[1388] Mod. par L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 - art. 138.

[1389] La même logique sous-tend les relations entre le crédit-preneur des droits sociaux et le crédit bailleur. Présentée clairement comme un complément logique du régime de la location des actions ou des parts sociales, le crédit-bail des droits sociaux constitue également une innovation intéressante de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME. C'est à l'expiration de la durée fixée pour la location que viendra s'insérer le mécanisme de la promesse unilatérale de vente dont le prix est convenu en tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers. Mais avant l'acquisition des droits sociaux, les dividendes sont versés au crédit preneur alors même que le véritable propriétaire des titres demeure le crédit bailleur ; Art. L. 239-3 al. 2, C. com. ; V. Rapport Sénat, n° 333, p. 107 ; Rapport Ass. nat., n° 2429, p. 129.

aux réserves, et au boni de liquidation à la mort de la société[1390]. De ce fait, il peut être considéré comme un associé. Certes, il n'a pas personnellement effectué l'apport au capital social, mais en qualité d'ayant droit du bailleur des titres, il peut se prévaloir de la qualité d'associé. Ainsi, la location des titres des sociétés à risque limité à une personne physique rompt la connexion apport, capital social et qualité d'associé. Malgré tout, l'importance du capital social n'est pas remise en cause dans la mesure où ces titres sont représentatifs du capital social. Il en est également ainsi en cas d'indivision des titres.

495. **La situation des co-indivisaires.** Le législateur indique à l'article 815 du Code civil que : *"Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention."* Ce texte ne définit pas la notion d'indivision. Toutefois, la doctrine indique qu'il s'agit : *"d'une situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose ou d'un ensemble de choses entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature, chacun pour une quote-part égale ou inégale, aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout."* L'alinéa 4 de l'article 1844-9 du Code civil applicable aux sociétés précise que *: "Tous les associés, ou certains d'entre eux seulement, peuvent aussi demeurer dans l'indivision pour tout ou partie des biens sociaux."* Le législateur introduit ainsi en droit des sociétés l'une des manières d'acquérir la propriété. Cette situation juridique peut résulter d'un acte volontaire ou de la loi. Dans un premier cas, il s'agit de l'indivision conventionnelle. Par exemple, des personnes décident d'apporter en commun un bien acquis en indivision. Dans ce cas, la qualité d'associé des co-indivisaires devrait pouvoir se concevoir dans la mesure où les détenteurs de titres ont personnellement effectué un apport. Dans un deuxième cas, l'indivision est subie à l'ouverture d'une succession légale dans laquelle le de cujus n'a pas organisé sa succession. Les héritiers qui recueillent les titres du de cujus restent en indivision. La question se pose de savoir si les co-indivisaires pris individuellement ont la qualité d'associé.

Sur cette question une partie de la jurisprudence et de la doctrine restent défavorables à l'idée que le co-indivisaire pris individuellement puisse avoir la qualité d'associé[1391]. Le fondement

---

[1390] B. SAINTOURENS, Les réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises *Rev. Soc*. 2005, n° 42 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 315, p. 157.

de ce raisonnement repose sur les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1844 du Code civil. Ce texte indique que : *"Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent"*. Or, le même texte dispose également en alinéa 1 que *"Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives"*. Cela dit, le fait que le co-indivisaire ne soit admis en assemblée que par le biais de la représentation amène à ne pas le considérer comme un associé. Aussi, si l'on rattache la qualité d'associé à la notion d'apport, il est possible de la nier au co-indivisaire dont la détention des titres résulte de la succession. En effet, il n'a pas personnellement effectué d'apport en société.

Une autre partie de la doctrine et de la jurisprudence reconnaît la qualité d'associé au co-indivisaire. L'opinion communément partagée est que l'indivisaire de droits sociaux est personnellement associé et ce même s'il ne détient pas personnellement de parts ou d'actions mais seulement une quote-part indivise de ces titres[1392]. Si l'indivision résulte d'une succession ou d'une cession, le co-indivisaire reste un ayant droit et à ce titre, il pourrait être considéré comme un associé.

Le capital social reste une notion importante pour les associés. L'apporteur au capital social reçoit les titres principaux de capital et la qualité d'associé. Sur cette dernière notion, il importe de souligner qu'elle reste une notion large. La qualité d'associé est également reconnue aux détenteurs des titres non représentatifs du capital social.

§ 2. La qualité d'associé déconnectée de l'apport en capital

496. La qualité d'associé ne dépend pas toujours du fait que l'apporteur ait effectué un apport intégré au capital social. En effet, l'apporteur en industrie est bien considéré comme un associé pourtant son apport n'intègre pas le capital social **(A)**. Toutefois, nous verrons que cet

[1391] Cass. com. 9 oct. 1972, *Bull. Civ* 1972, IV, n° 234 ; *D.* 1973, p. 273, note J.-J. BURST ; *Rev. soc.* 1973, p. 475, note J. GUYENOT ; Cass. civ., 6 févr. 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 49 ; F.-X. LUCAS, L'associé communiste jugé recevable à exercer l'action sociale ut singuli, note sous Cass. crim. 4 nov. 2009, *Bull. Joly* 01 mai 2010, n° 5, p. 498 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 339.

[1392] A. VIANDIER, **La notion d'associé**, th. préc., n° 239 ; Y. FLOUR, La qualité d'actionnaire et l'indivision, *Rev. soc.* 1999, p. 569 ; Cass. civ. 6 févr. 1980, *Bull. civ.* 1980, I, n° 49 ; *Rev. soc.* 1980, p. 521, note A. VIANDIER ; *RTD com.* 1980, p. 353, obs. E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *D.* 1981, IR, p. 36, obs. J.-CL. BOUSQUET.

associé est tout de même considéré comme un *petit* associé contrairement aux autres. Aussi, la qualité d'associé ne dépend pas exclusivement de la notion d'apport. Dans plusieurs cas, la qualité d'associé est maintenue alors même que l'apport a été restitué à l'apporteur **(B)**. Paradoxalement, cette restitution de l'apport ne met pas en cause la triple relation apport, capital social et qualité d'associé.

A. La qualité d'associé reconnue aux détenteurs de titres non représentatifs du capital social

497. **L'apporteur en industrie est un associé.** Certes, les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social[1393] mais tout comme les apporteurs au capital social, ils sont appelés associés. Dans la plupart des textes, le législateur emploie de manière générique le terme *"associé"*. Ainsi, aucune distinction n'est opérée entre l'apporteur en capital social et l'apporteur en industrie. Par exemple pour préciser l'étendue de l'obligation d'apport des associés, l'article 1843-3 dispose que *"Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie"*. Autre exemple d'emploi du terme associé pour désigner l'apporteur en industrie, l'article 1844-1 du Code civil précise que : *"la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté"*. L'associé n'est donc pas uniquement celui qui est titulaire de titres de capital puisque le détenteur de part en industrie est également considéré comme un associé.

Certes, le législateur français distingue les titres rémunérant les apports en industrie de ceux rémunérant les apports en nature et en numéraire[1394] mais, aucune différence n'est faite au niveau des personnes. Tous les apporteurs sont toutes considérées comme des associés. Cette absence de distinction entre apporteurs au capital social et ceux qui apportent de l'industrie valorise ces derniers. Il serait souhaitable que cette valorisation aille un peu plus loin. En effet, si l'on admet qu'un apporteur en industrie puisse être considéré comme un associé au

[1393] Art. 1843-2 C. Civ.

[1394] Supra n° 475.

même titre que l'apporteur en capital, alors pourquoi ne pas considérer les titres émis en contrepartie d'apport en industrie comme étant des titres de capital ?[1395]

498. **L'apporteur en industrie reste un petit apporteur.** Les droits de l'apporteur en capital sont plus valorisés que ceux de l'apporteur en industrie. Les deux associés ont certes la qualité d'associé qui leur confère des droits aux partages des bénéfices[1396] et du boni de liquidation en fin de vie sociale mais, le principe est que l'apporteur en industrie a le même statut que le plus petit apporteur en capital social[1397]. Ainsi, pour la répartition de ces avantages, le principe voudrait que les droits de l'apporteur en industrie ne soient jamais valorisés plus que ceux du plus petit apporteur en capital. Cela dit, l'apporteur en industrie ne percevra jamais plus de bénéfice que le plus petit apporteur en capital. C'est pourquoi, il reste un petit apporteur tant que les statuts n'ont pas imaginé un autre mode de valorisation de ses droits.

En outre, l'apporteur en industrie ne peut monnayer son départ à la différence des apporteurs en capital qui peuvent tirer profit de la cession de leurs titres de capital[1398]. Autrement dit, le retrait de l'apporteur en industrie n'est possible que par le remboursement par la société de la valeur de ses droits qui par la suite feront l'objet d'annulation. Ainsi, les droits de l'apporteur en industrie sont moindres par rapport à ceux de l'apporteur en capital. C'est pourquoi, l'apporteur en industrie pourrait être considéré comme un petit apporteur.

L'apporteur en industrie est donc en quelque sorte un petit associé. Cette discrimination n'est d'ailleurs pas justifiée car l'apport en industrie pourrait être aussi valorisé au même titre que les apports intégrés actuellement au capital social[1399]. Mais pour l'instant, le constat est que l'associé dont les titres ne sont pas rattachés au capital social reste un petit associé avec des droits réduits.

[1395] Sur les raisons permettant de justifier l'intégration des apports en industrie au capital social v. supra n° 322 et s.

[1396] Art. 1843-2 C. civ.

[1397] Art. 1844-1 C. civ. ; sur le principe de proportionnalité infra n° 506 et s.

[1398] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 123, p. 58.

[1399] Sur les conditions d'intégration des apports en industrie au capital social v. supra n° 322 et s.

La notion d'associé reste tout de même une notion large désignant non seulement les détenteurs de titres représentatifs du capital social mais également ceux qui ne sont pas liés. Aussi, les détenteurs de titres dont l'apport a été restitué en cours de vie sociale conservent leur qualité d'associé.

B. Le maintien de la qualité d'associé en dépit de la restitution de l'apport en cours de vie sociale

499. **Discussion sur l'objection de la qualité d'associé du détenteur d'actions de jouissance.** Comment le titulaire des actions de jouissance peut-il prétendre rester associé alors même que son apport lui a été restitué ? Cette interrogation remet en cause la technique de l'article L225-198 du Code de commerce. En effet, la doctrine dénie la qualité d'associé au détenteur d'actions de jouissance dans la mesure où son apport au capital social a été restitué[1400]. La qualité d'associé ne peut se concevoir sans apport. Logiquement, du fait du remboursement de l'apport, l'actionnaire devrait perdre la qualité d'associé qui s'obtient conformément aux dispositions de l'article 1832 du Code civil que par la mise en commun d'un bien ou d'une industrie. Mais, dans certains cas, la qualité d'associé est tout de même reconnue par la loi. Du moins, le détenteur de titres conserve les droits attachés à la qualité d'associé. C'est le cas des apporteurs en jouissance et en usufruitier qui continuent de bénéficier des prérogatives attachées à la qualité d'associé malgré la restitution de leurs apports en cours de vie sociale. Pour revenir aux actions de jouissance, selon les termes de l'article L225-199 du Code de commerce, les détenteurs de ces actions gardent certains droits attachés à une action[1401]. La qualité d'associé est maintenue dans ces cas parce qu'il est considéré que l'apport restitué a, pendant un certain temps, contribué à la prospérité de la société. Puisque l'apporteur a supporté des risques, il peut toujours participer au partage des bénéfices. Mais, ce droit est désormais limité. En effet, le détenteur d'actions de jouissance perd le droit au premier dividende et au remboursement de la valeur nominale de son titre en fin de vie sociale[1402].

[1400] PERROUD, Un nouvel emploi des actions de jouissance., *Rev. soc.* 1923, 179 ; *An. dr. com.*1924, 57.

[1401] P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 1126 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 854, p. 390 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 753.

500. **Maintien de la triple connexion apport/capital social/associé en dépit de la restitution de l'apport en cours de vie sociale.** La technique de l'article L225-198 du Code de commerce ne met pas fin à la triple connexion apport, capital social, associé[1403]. En effet, il est souvent indiqué que le capital social apparaît du fait de cette technique comme une valeur théorique et abstraite puisque son support a été logiquement restitué à l'actionnaire qui conserve ce titre[1404]. A notre avis, cette critique reste contestable parce que le capital social correspond à la valeur des apports et non à ces supports. Dès l'intégration de la valeur de l'apport au capital social, la notion n'a plus nécessairement de lien avec le support. Ce qui importe c'est que la société dispose de ressource correspondant à la valeur des apports. Ainsi, dans une certaine mesure, l'apport est restitué sans l'être puisque le montant du capital social n'est pas réduit[1405]. C'est ainsi que le lien entre le capital social et l'apport est maintenu en cours de vie sociale malgré la restitution de l'apport. Puisque le capital social continue d'afficher la valeur de l'apport et que le détenteur d'actions de jouissance ne perd pas la qualité d'associé alors la triple connexion apport, capital social et associé n'est pas rompue. Il en est également de même des apporteurs en jouissance et en usufruit du fait de la restitution de l'apport ou de la volatilité de l'apport. Puisque le capital social continue d'afficher la valeur de ces apports, on ne saurait parler de mise en cause de la triple connexion apport, capital social et associé.

*

* *

501. Le capital social est ainsi utilisé au profit des associés pour identifier de manière unique les titres qui leurs sont attribués en contrepartie d'apport. On parle ainsi des titres

[1402] Art. L225-199 C. com. ; P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 1224 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 854, p. 390 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 753.

[1403] Avis contraire v. H. LE NABASQUE, La fin de la connexion apports/capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 103.

[1404] D. BASTIAN, note sous T. Com. Seine, op. cit. n° 6342.

[1405] Art. L225-198 C. com. ; P. LE CANNU et B. DONDERO, **Droit des sociétés**, op. cit., n° 1224 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 854, p. 390 ; Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 753.

représentatifs du capital social connectés au capital social par la valeur nominale. Ce sont les principaux titres de la société qui confèrent également la qualité d'associé. En dépit de quelques exceptions, le capital social reste une notion connectée aux apports, aux titres et à la qualité.

Section 2

Le capital social comme clé de répartition et d'attribution des droits et obligations

502. Les associés adhèrent au pacte social pour bénéficier des droits financiers et en contrepartie la loi leur impose des obligations. Une fois que les associés ont souscrit et libéré le capital social promis, ils peuvent se prévaloir des droits financiers au sein de la société[1406]. En cours de vie sociale, ils ont droit au partage des bénéfices qui apparaissent après la clôture de chaque exercice sociale[1407]. Enfin de vie sociale, ils peuvent se prévaloir du droit au boni éventuel de liquidation après dissolution de la société. Le boni de liquidation est partagé après remboursement du montant de la valeur nominale des droits sociaux[1408]. En contrepartie de ces droits, l'associé doit également accepter de supporter des obligations. Il s'agit principalement de celui institué à l'article 1832 alinéa 3 du Code civil applicable à tous les associés. Il s'agit également de celui prévu aux articles L221-1 alinéa 1, L222-1 alinéa 1, L226-1 alinéa 1 du Code de commerce et 1857 du Code civil. Tous les associés sont tenus de contribuer aux pertes et en plus de cette obligation, les associés des sociétés à risque illimité supportent les dettes sociales sur leur patrimoine privé. Il importe de déterminer une clé de répartition des droits et obligations entre les associés pour éviter que certains associés ne se taillent *"la part du lion"* au détriment des autres associés ou qu'ils ne s'exonèrent des obligations. C'est pour éviter cela que le capital social intervient comme clé de répartition de ces principaux droits et obligations attachés à la qualité d'associé **(Sous-section 1)**.

Il existe d'autres droits qui ne sont pas exclusivement réservés aux associés mais dont les détenteurs de titres peuvent s'en prévaloir individuellement ou collectivement. C'est le cas du droit préférentiel de souscription exercé lors des opérations d'augmentation de capital ou encore le droit d'ouvrir un compte courant d'associé. En effet, la souscription préférentielle au capital social pourrait être réservée soit à l'ensemble des associés soit à certains associés soit à une tierce personne laquelle apportera son concours financier pour résoudre les difficultés de

---

[1406] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales**, T. 1, 1972, n° 408, p. 424.

[1407] Sur la protection du capital social lors de cette répartition du bénéfice v. supra n° 343 et s.

[1408] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales**, T. 1, 1972, n° 408, p. 424.

la société[1409]. Le compte courant d'associé pourrait être ouvert par un dirigeant n'ayant pas nécessairement la qualité d'associé[1410]. Il est également prévu d'autres obligations imposées aux associés. En pratique, la réduction du capital social pour cause de pertes susceptible d'entraîner l'annulation des droits sociaux des associés pourrait être uniquement réservée soit à un seul associé soit à certains associés[1411]. Mais la loi impose le respect de l'égalité entre associé. En outre, il existe d'autres obligations notamment celle obligeant un actionnaire à acquérir les titres des minoritaires en cas de détention d'un certain nombre d'actions. L'attribution de ces droits et obligations dont la liste est impressionnante s'opère le plus souvent en faisant référence au capital social **(Sous-section 1)**.

Sous-section 1. Le capital social comme clé de répartition des droits et obligations

503. Le capital social intervient comme mesure de répartition des droits et obligations entre les associés grâce à la règle de la proportionnalité. Le terme *"proportionnel"* renvoie à *"deux grandeurs mesurables qui sont ou dont les mesures sont et restent dans des rapports égaux"*[1412]. Le capital social représente la première grandeur ainsi que les titres qui lui sont rattachés. En effet, en contrepartie de la valeur de l'apport intégré au capital social, les associés reçoivent des titres de valeur équivalente. La règle de la proportionnalité au capital social instituée légalement comme un principe[1413] **(§ 1)**, assure un équilibre, une égalité de traitement, une harmonie entre les associés puisqu'ils sont tous traités à proportion de leur participation au capital social. Pour les détenteurs de titres non représentatifs du capital social comme les apporteurs en industrie, la loi apporte une solution en prévoyant que : *"la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté"*[1414].

[1409] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 835, p. 382.

[1410] Art. 312-2 1° C. mon. fin.

[1411] Sur la validité de cette opération v. Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 12172.

[1412] Le nouveau petit Robert de la langue française 2010, v. Proportionnelle.

[1413] Art. 1844-1 ; 1843-2 C. civ.

[1414] Art. 1843-2 al. 2 C. civ.

L'application du principe de proportionnalité au capital social n'est pas imposée puisque le législateur accepte des dérogations sur le fondement de la liberté statutaire. Toutefois, les stipulations statutaires fondées sur cette liberté pourraient être condamnées lorsqu'elles engendrent des inégalités entre associés **(§ 2)**.

§ 1. Le principe de proportionnalité au capital social

504. L'ancien droit romain imposait d'abord le partage égal des bénéfices et des pertes *"communicatio lucri et damni"*[1415]. C'est après la société de nature commerciale dénommée *"inter fratres"*, que le principe de proportionnalité au capital social a pris naissance. Le terme proportionnalité renvoie à deux quantités qui ont entre elles des rapports égaux[1416]. Le capital social représente le total de la valeur des apports effectués par les associés. En contrepartie de la valeur de l'apport, l'apporteur reçoit des titres de valeur équivalente. Le principe est que le bénéfice revenant à l'apporteur ne peut être inférieur ou supérieur à sa participation au capital social. Il en est également de même des pertes et des dettes sociales. En l'absence de dérogation statutaire[1417], ce principe de proportionnalité s'applique à tous les associés connectés au capital social ce qui engendre une égalité proportionnelle entre associés **(B)**.
Toutefois, le principe de proportionnalité au capital social n'est institué comme tel que dans les formes sociales classiques. Il en est autrement dans les sociétés coopératives. Cette originalité se traduit par la situation spécifique des membres de la coopérative qui ne sont pas seulement des associés apporteurs de capitaux. En effet, étymologiquement, le terme de coopération à savoir *"cum* et *opera"*[1418] implique que les coopérateurs s'engagent à *"travailler avec"* le groupement[1419]. Ainsi, selon les types de structures coopératives choisies, ils en seront à la fois les associés et aussi les clients, les fournisseurs ou les salariés le cas

---

[1415] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-45.

[1416] Dictionnaire, Robert, v. Proportionnelle.

[1417] Art. 1844-1 C. civ.

[1418] G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v. Coopération.

[1419] R. SAINT - ALARY, Sociétés coopératives, *J.-Cl. sociétés.*, fasc. 168-10, actualisé par P. LE BERRE, n° 56 s. ; pour un rappel récent v. CA Reims, 5 mai 2003, *Rev. soc.* 2003, 865, note B. SAINTOURENS.

échéant[1420]. La loi du 10 septembre 1947 évoque et confirme dans ses articles premier et troisième le respect de ce principe de la double qualité. C'est ainsi qu'au nom du principe de la double qualité, tout associé apporteur en capital se doit d'être aussi coopérateur, c'est-à-dire lié à la coopérative par une relation distincte telle que celle d'utilisateur de ses services ou fournisseur en produits ou en travail personnel[1421]. La relation sociétaire consistant à réaliser un apport en espèces, en biens ou en industrie se trouve complétée par un engagement contractuel. La participation de l'associé ne se borne pas à une simple contribution mais se poursuit dans l'accomplissement d'une obligation de faire[1422]. De là, partent les fondements du mouvement coopératif qui offrent une alternative au model capitaliste de rapports économiques et confèrent aux sociétés coopératives un particularisme qui les démarque nettement des sociétés de droit commun [1423]. Ce particularisme s'observe au niveau de l'instrument de mesure des droits financiers des associés. En effet, les bénéfices sociaux ne sont pas répartis aux associés sur la base du principe de proportionnalité au capital social **(B)**.

A. L'égalité proportionnelle conséquence du principe de proportionnalité

505. La proportionnalité au capital social est un principe institué au profit des associés membres des formes sociales classiques. Les droits et les obligations sont répartis entre tous les associés au prorata de leur participation au capital social. Ainsi, c'est l'application du principe de proportionnalité à l'ensemble des associés qui engendre une égalité proportionnelle entre associés lors du partage des droits financiers (1) et des obligations (2).

[1420] D. PLANTAMP La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif, *RTD Com*. 2005, p. 465.

[1421] R. SAINT - ALARY, refondu par M. LECENE - MARENAUD ; R. SAINT - ALARY, Eléments distinctifs de la société coopérative, *RTD com.* 1952, 485 ; B. SAINTOURENS, Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Rev. soc.* 1996, p. 1

[1422] P. PAPON - VIDAL,, Le statut de l'associé coopérateur, *RECMA* oct. 2000, n° 278, p. 58.

[1423] B. SAINTOURENS, Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Rev. soc.* 1996, p. 1 ; Pour un objectif de synthèse, *Rép. soc. Dalloz*, v. Coopérative, par P. G. GOURLAY ; *J.-Cl. Sociétés*, v. *Traité*, fasc. 168-1, par R. SAINT - ALARY, refondu par M. LECENE - MARENAUD ; R. SAINT - ALARY, Eléments distinctifs de la société coopérative, *RTD com.* 1952, 485.

1. L'égalité proportionnelle dans la répartition des droits financiers

506. **L'égalité proportionnelle dans la répartition des bénéfices à l'ensemble des associés.** La répartition des bénéfices est opérée de manière égale entre tous les associés grâce à la règle de la proportionnalité. Cette règle se dégage des articles 1843-2 et 1844-1 du Code civil. Le premier texte proclame que *"Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci".* Le second article quant à lui précise *"La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire".* La règle de la proportionnalité voudrait que les droits soient répartis entre tous les associés en fonction du niveau de détention du capital social. Ainsi, celui qui apporte moins au capital percevra moins de dividende que celui qui aura plus apporté au capital social. Exemple trois associés apportent 10.000€ et deux autres amènent deux biens d'une valeur de 5000€. Le capital social est égal à 40.000€ divisé en 4000 actions de 10€ le nominal. L'application de la règle de la proportionnalité entraînera une répartition suivante : les trois apporteurs en numéraire détiendront 1000 actions chacun alors que les deux autres auront chacun 500 actions. Ces derniers percevront moins de dividende que les premiers qui sont à égalité car ils ont plus apporté au capital. Ce mode de répartition est juste et équilibré car il évite que certains associés ne se taillent une part prédominante par rapport à d'autres alors même que son apport ne vaut pas plus. Il rémunère tous les apports en fonction de la valeur de l'apport et pas plus. C'est en cela que la règle engendre une égalité, on parle alors d'égalité proportionnelle.

En adoptant un autre mode de répartition, ce qui est permis par la loi dans la limite des clauses léonines, l'égalité proportionnelle entre associés est forcément rompue. Ce sera le cas si les associés décident de rémunérer différemment des apports de même montant. Exemple trois associés apportent 10.000€ et deux autres amènent deux biens d'une même valeur. Le capital social équivaut à 50.000€ divisé en 5000 actions de 10€ le nominal. L'application de la règle de la proportionnalité entraînerait une répartition égalitaire des actions. Ainsi, chacun détiendrait 1000 actions ce qui permet de constater l'équilibre entre les apporteurs. Mais les statuts peuvent parfaitement écarter cette répartition et prévoir que les apporteurs en nature détiendront 1375 actions par exemple et les apporteurs en numéraire 750 actions chacun. Ce mode de répartition des droits rompt l'équilibre en ne prenant pas en compte la valeur

effective des apports. Les apporteurs en nature percevront plus de dividende que les apporteurs en numéraire bien que la valeur de leurs biens soit équivalente. Ils détiennent dans notre exemple chacun 28% du capital social alors que les autres associés ont chacun 15% du capital social. Si la société génère un bénéfice distribuable de 100.000€ par exemple, les apporteurs en numéraire recevront 15.000 de dividende et les deux autres associés percevront 28.000€.

L'application du principe de principe de proportionnalité pourrait s'appliquer non pas à l'ensemble des actionnaires mais par groupe d'actionnaires lorsque la société se lance dans la création d'actions de préférence.

507. **L'égalité proportionnelle au sein des groupes d'actionnaires : détenteurs d'actions ordinaires et détenteurs d'actions de préférence[1424].** L'ordonnance du 24 juin 2004 a élargi le paysage des titres de capital en introduisant les actions de préférence. En effet, depuis cette date, le législateur autorise la création d'actions de préférence en cours de vie sociale lors d'une augmentation de capital ou par conversion d'actions déjà existantes. Les actions de préférence peuvent être *"assorties de droits particuliers de toute nature"*. Le législateur ne semble pas limiter la nature de l'avantage qui reste donc très variée et imaginaire. Cet avantage peut ainsi consister en un versement majoré d'une quote-part de bénéfices ou en un versement de dividendes affectés prioritairement par préférence. Il peut également être envisagé de créer des parts ouvrant droit à un report du dividende sur les exercices ultérieurs, si l'exercice n'a pas permis de distribuer de bénéfice. En contrepartie des avantages, les détenteurs de ces titres acceptent de perdre une partie des prérogatives attachées à la qualité d'associé. Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote (ADPSDV)[1425] illustrent bien ces propos. Le législateur ne fixe plus les conditions dans lesquelles la rémunération de ces titres doit être assurée. L'article 269-2 de la loi du 24 juillet 1966[1426] a d'abord été modifié par la loi du 3 janvier 1983 puis en 2000, ce texte a été abrogé par l'ordonnance de septembre 2000. Il prévoit maintenant la création des actions de préférence dans les groupes de sociétés. Mais, le législateur n'empêche pas l'application

[1424] B. DONDERO, L'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, *Rev. soc*. 2008, p. 715 ; P. LE CANNU, L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence, *RTD Com.* 2004, p. 533 ; M. GERMAIN, Les actions de préférence, *Rev. soc*. 2004, 597 ; A. VIANDIER, Les actions de préférence, *JCP* E 2004, 1440 ; J.-M. MOULIN, Les actions de préférence, *P. A.* 22 sept. 2005, p. 24.

[1425] Le régime juridique de ces titres est prévu aux articles L228-35-2 à L228-35-11 C. com.

[1426] Art. L228-13 al. C. com.

ancienne en pratique car le contenu de l'ancien article L228-13 a été entièrement repris par l'article L228-35-4 du même Code créé par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004. Cet article prévoit les différents avantages que procurent les ADPSDV. Elles donnent droit à un dividende prioritaire prélevé sur le bénéfice distribuable de l'exercice avant toute autre affectation. Ainsi les dividendes sont d'abord répartis aux détenteurs d'ADPSDV, puis le solde est distribué entre les actionnaires classiques. Ce privilège peut s'étendre à la liquidation judiciaire. Il en résulte alors un versement privilégié par rapport aux actionnaires ordinaires. Après le paiement du dividende prioritaire, le détenteur d'ADPSDV bénéficie de sa rémunération de base proportionnellement à leur montant nominal tout comme les actions ordinaires. L'ADPSDV permet d'obtenir une rémunération plus attrayante pour ses détenteurs. En cours de vie sociale, l'affectation prioritaire est telle qu'elle peut se reporter sur plusieurs exercices. En effet, si les bénéfices réalisés à un exercice donné empêchent de satisfaire pleinement les titulaires d'ADPSDV, le solde impayé est reporté jusqu'au complet paiement sur les trois derniers exercices suivants. Le bénéfice distribuable peut être distribué uniquement aux détenteurs d'ADPSDV sans tenir compte des autres actionnaires. Cette répartition est faite à due concurrence entre les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote et s'ils ne peuvent être entièrement satisfaits, le non-payé est reporté aux trois exercices suivants. Ce droit s'exerce prioritairement par rapport au paiement du dividende prioritaire dû au titre de l'exercice. Or, les détenteurs d'actions ordinaires n'ont pas par nature cette prérogative. Le non-paiement du dividende justifié par l'absence de bénéfice distribuable ne peut être réclamé sur les autres exercices. En l'absence de bénéfice distribuable, l'associé qui ne perçoit pas de rémunération contribue au déficit social. Il n'a pas le droit de réclamer à la société cette perte pour les exercices avenir. En faveur du détenteur d'ADPSDV, le législateur institue un remboursement du dividende impayé pendant un exercice clos[1427].

Une société qui se lance dans la création des actions privilégiées abandonne l'application uniforme du principe de proportionnalité au capital social prévu par l'article 1844-1 du Code civil. En effet, la création d'actions de préférence institutionnalise une division entre différents groupes d'actionnaires à savoir d'un côté les actions ordinaires qui bénéficient du principe d'égalité et comportent les droits normalement attachés aux actions par la loi et les actions de préférence qui marquent une inégalité par des droits différents et peuvent former elles-mêmes

[1427] Sur cette introduction, v. le rapport de PH. DIDIER, *in* L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? Entretiens de Nanterre, *JCP, E.*, 1994, suppl. n°4, p.18 et s., spéc. p. 24 et s. V. également F. PELTIER, L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable, *Bull. Joly* 1993, p. 551 et s.

diverses sous-catégories. L'égalité proportionnelle peut se faire au sein de ces groupes mais pas à l'ensemble des actionnaires[1428].

Les actions de préférence engendrent en apparence une inégalité de traitement entre associés puisque l'avantage du titre est obtenu en contrepartie de l'abandon d'un autre droit. Le déséquilibre créé par la présence des actions de préférence lors du partage des bénéfices est compensé par l'exclusion au vote du titulaire de ces titres.

Pour éviter la prolifération des actions de préférence au sein des sociétés, le législateur limite leur création. Les sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé ne peuvent créer des actions de préférence représentant plus de la moitié du capital social[1429]. Pour celles qui sont autorisées à négocier leurs titres sur un marché réglementé, la limitation est portée au quart du capital social. L'inobservation de cette limitation par rapport au capital social est sanctionnée par l'annulation des titres crées.

Le principe de proportionnalité au capital social permet d'équilibrer les relations financières entre associés de manière à éliminer les inégalités entre eux lors de la répartition des bénéfices. Ainsi, les associés ne peuvent prétendre avoir plus de droit que ce qu'ils ont apporté au capital social. Il en est également ainsi des obligations.

2. L'égalité proportionnelle dans la répartition des obligations

508. **L'égalité proportionnelle dans la répartition des pertes.** Les associés ont certes un droit au partage des bénéfices lorsque l'activité sociale est prospère mais ils doivent également accepter de perdre leur investissement lorsque la société génère des pertes. L'obligation aux pertes instituée légalement[1430] s'applique à toutes les formes sociales même dans celles dans lesquelles les associés ont une responsabilité limitée. Cette obligation ne concerne que les rapports entre associés[1431]. Le législateur indique que : *"Les associés s'engagent à contribuer aux pertes"*. L'emploi du terme *"pertes"* laisse entendre qu'il s'agit

---

[1428] J. MESTRE, L'égalité en droit des sociétés, *Rev. Soc.* 1989. 399.

[1429] Art. L228-11 al. 3 C. com.

[1430] Art. 1832 al. 3 C. civ.

[1431] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 40, p. 65.

bien du déficit social. L'emploi au pluriel du mot *"associés"* est ici utilisé de façon générique pour désigner non seulement les apporteurs attachés aux sociétés de personnes mais également ceux des sociétés par actions communément appelés actionnaires, tout ceci sans distinction entre sociétés civiles et commerciales. Le législateur est certes muet sur le moment de la contribution aux pertes mais la jurisprudence[1432] et la doctrine[1433] considèrent que cette obligation ne s'exécute qu'à la dissolution de la société. Dans ce sens, les juges ont souligné que : *"sauf application de stipulations particulières, c'est seulement en cas de dissolution de la société que celle-ci peut agir contre ces membres en paiement de ses pertes"*[1434]. Cette solution paraît logique puisqu'en cours de vie sociale, les associés majoritaires ne peuvent imposer aux autres associés une contribution aux pertes car en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans leur consentement[1435]. Une contribution aux pertes anticipée reste toujours possible lorsque les statuts prévoient cela expressément. Les statuts peuvent prévoir la contribution aux pertes sociales en cours de vie sociale lors des opérations de réduction de capital social[1436].

Le principe de proportionnalité assure un équilibre même lorsqu'il s'agit de répartir les pertes. Cette égalité proportionnelle se traduit par le fait que tous les associés sont appelés à contribuer aux pertes en même temps au prorata de leur participation au capital social. Ainsi, ceux qui ont moins apporté contribueront moins aux pertes. Ce qui est logique car lorsqu'il s'agit de rémunérer leurs apports, ils perçoivent également moins. Par contre les associés qui auront plus apporté contribueront considérablement aux pertes. Cette charge permet d'équilibrer la rémunération forte de l'apport. Ainsi, celui qui reçoit plus supporte également plus les charges. Or, la mise à l'écart de ce principe entraîne un déséquilibre total entre associés dans la répartition des charges. Les statuts peuvent parfaitement prévoir que l'associé ayant moins apporté gagnera plus des dividendes et supportera les charges que dans une

---

[1432] CA Versailles, 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1175, n° 290, F. - X. LUCAS ; *RTD com.* 2000, p. 966, M. H. MONSERIE – BON ; *RTD com.* 2001, p. 139, CL. CHAMPAUD et D. DANET ; Cass. com. 5 mai 2009, *BRDA*, n° 10 – 2009, p. 3. Sur la prescription v. Cass. com. 22 févr. 2005, *Rev. soc*. 2005, p. 820, D. PORACCHIA.

[1432] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. RANDOUX.

[1433] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 133, p. 63 ; F. - X. LUCAS note sous CA Versailles 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1175.

[1434] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note D. RANDOUX.

[1435] Art. 1836 C.civ. , F. RIZZO, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD Com* 2000, p. 27.

[1436] Supra n° 160 et s.

moindre mesure par rapport aux associés. La répartition des bénéfices et charges entre associés est ici totalement inégalitaire sans pour autant être léonine car aucun associé n'y est exclu et celui qui profite des bénéfices malgré la valeur minime de son apport par rapport aux autres n'est pas non plus exonéré des pertes.

509. **L'égalité proportionnelle dans la répartition des dettes sociales au sein des sociétés à risque illimité.** L'obligation aux pertes imposée à tous les associés peu importe la forme sociale ne doit pas se confondre avec l'obligation aux dettes qui ne concerne que les associés des sociétés à responsabilité illimitée[1437]. En effet, à la différence des associés des sociétés à responsabilité limitée, ceux des sociétés à risque illimité sont responsables des dettes sociales en cours de vie sociale. Il s'agit donc des associés en nom collectif[1438], des commandités simples[1439] ou par actions[1440] mais également des associés des sociétés civiles[1441]. Les associés en nom collectif et les commandités ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. A chaque fois que la société se trouvera dans l'incapacité de faire face à ses engagements, ces associés devront répondre des engagements sociaux. Ainsi, contrairement à l'obligation aux pertes, l'obligation aux dettes concerne les rapports des associés avec les créanciers sociaux[1442].

Pour la mise en œuvre de cette responsabilité, le principe de proportionnalité au capital social joue également un rôle très important. Tous les associés ne peuvent payer les créanciers que dans la proportion de leur participation au capital social. Certes, la solidarité présumée[1443] pourrait amener un associé des sociétés commerciales concernées par cette obligation au paiement de toute la dette sociale mais, l'application du principe de proportionnalité voudrait qu'il se retourne contre les autres associés pour les mettre à contribution[1444]. En se faisant

---

[1437] P. CARCREFF, *Gaz. Pal.* 1976, op. cit., p. 145 ; L. JOBERT, L'obligation des associés aux dettes à l'égard du créancier associé, *JCP* E 2005, 445 ;

[1438] Art. L221-1 al. 1 C. com.

[1439] Art. L222-1 al. 1 C. com.

[1440] Art. L226-1 al. 1 C. com.

[1441] Art. 1857 C. civ.

[1442] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 41, p. 66.

[1443] Art. L221-1 al. 1, Art. L222-1 al. 1 et Art. L226-1 al. 1 C. Com.

[1444] Y. CHARTIER, L'évolution de l'engagement des associés, *Rev. soc*. 1980, p. 1.

rembourser le montant de la dette, au final, l'associé ne participera aux dettes sociales qu'à proportion de sa participation au capital social. Sa responsabilité illimitée est donc limitée à sa participation au capital social.
Au sein des sociétés civiles, la responsabilité illimitée des associés n'est pas solidaire[1445]. Autrement dit, le créancier doit impérativement fractionner ses recours entre les différents associés en tenant en compte la proportion de chacun au capital social. Toutefois, en fin de vie sociale, les juges ont tendance à simplifier les recours des créanciers en admettant la solidarité des associés. Dans un arrêt du 31 mars 2004, la Cour de cassation valide l'action exercée par un créancier contre un seul des associés d'une société civile qui avait été dissoute par décision des associés et liquidée par acte de partage du seul actif de la société. Cette action avait été admise par les juges parce que la quote-part de l'actif social revenant à l'associé à l'issue de l'opération de liquidation était supérieure à la dette sociale[1446].

La création d'actions de préférence rompt certes l'application uniforme du principe de proportionnalité au capital social, mais il ne fait aucun doute que l'application de ce principe engendre une égalité proportionnelle bénéfique aux actionnaires. Tous les associés ont des droits et des obligations en fonction de leur participation au capital social. Toutefois, l'application du principe de proportionnalité est écartée en dehors des formes sociales classiques.

B. L'exclusion du principe de proportionnalité en dehors des formes sociales classiques : le cas de la société coopérative

510. **L'exclusion lors du partage des bénéfices.** Contrairement aux sociétés de droit commun dont le but est le partage des bénéfices ou de l'économie qui en résulte[1447], la société coopérative n'est pas d'essence capitaliste. La souscription au capital d'une coopérative est destinée à permettre l'accès à ses services et n'a donc pas de caractère spéculatif. On parle ainsi de *l'"a-capitalisme"* de la coopération. De cette optique découle les principales

[1445] Art. 1857 C. civ.

[1446] J. – F. BARBIERI, Obligation des associés au passif : limites à l'exigence de préalables et vaines poursuites contre la société, note sous Cass. com 31 mars 2004, *Rev. soc*. 2004, p. 684.

[1447] Art. 1832 C. civ

caractéristiques de la coopérative en matière d'affectation et de répartition des résultats. L'objectif de réalisation d'un bénéfice et son affectation aux associés au prorata de leur part dans le capital social, qui est dans la logique des sociétés commerciales classiques, ne se retrouve donc pas dans la société coopérative[1448]. Dans une coopérative, cette répartition s'effectue au prorata des opérations traitées avec chaque associé. Ainsi, le capital social comme mesure des droits financiers est *"effacé, secondaire"*[1449] et affaibli au sein des sociétés coopératives[1450]. Cependant, le principe de proportionnalité au capital social n'est pas érigé en principe de mesure des droits financiers au sein des sociétés coopératives parce que contrairement aux formes sociales classiques, les coopérateurs n'ont pas vocation à percevoir des dividendes. Dans ce sens, le législateur prend le soin de préciser que : *"Nulle répartition ne peut être opérée entre les associés si ce n'est au prorata des opérations traitées avec chacun d'eux ou du travail fourni par lui. Les excédents provenant des opérations effectuées avec des clients ne doivent pas être compris dans ces distributions… "*[1451]. Il n'y a donc pas de répartition de dividende entre les coopérateurs. Cette répartition s'effectue au prorata des opérations traitées avec chaque associé. Après avoir fait un prélèvement pour constituer le fonds réserves légales, l'assemblée générale, qui statue sur les comptes de l'exercice, a la faculté de distribuer une ristourne aux membres qui ont fait des opérations avec la société coopérative. Cette distribution de ristourne se fait au prorata du chiffre d'affaires engendré par ces opérations[1452]. Le partage des bénéfices est mis en oeuvre par le principe de répartition des excédents selon la règle de la ristourne proportionnelle en considération des opérations réalisées avec la coopérative[1453]. Dans une certaine mesure, le principe de proportionnalité est appliqué puisque l'importance des intérêts servis est alors fonction de la quantité des parts sociales détenues, donc de la quote-part de capital social détenue. Le retour n'est cependant

---

[1448] B. SAINTOURENS, Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Rev. soc*. 1996, p. 1

[1449] C. HOUPIN et H. BOSVIEUX, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations,** op. cit., 1568.

[1450] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc., n° 144, p. 149.

[1451] Art. 15 loi du 10 sept. 1947.

[1452] Aucune ristourne ne peut être répartie à des clients ou fournisseurs qui n'ont pas la qualité de membre, et le chiffre d'affaires réalisé avec des tiers ne peut entrer dans l'assiette des sommes à ristourner. Dans la situation particulière des coopératives de travailleurs associés, la ristourne est fixée au prorata des heures travaillées par chacun des membres.

[1453] E. ALFANDARI et B. PIOT, Le statut des membres de la société coopérative européenne, *Rev. soc*. 2005, p. 33

que de façade car la stipulation d'intérêts différents selon la considération de la personne de l'associé a été validée par la jurisprudence[1454]. Le versement d'un intérêt au capital est limité au taux de rendement des obligations des sociétés privées. Il ne constitue en aucune façon un versement de dividende car le capital versé par les coopérateurs donne lieu, si cela est expressément prévu dans les statuts, au versement d'un intérêt annuel.

511. **L'exclusion lors du partage des réserves et du boni de liquidation.** La mise à l'écart du principe de proportionnalité au capital social se poursuit lors du partage des réserves et du boni de liquidation[1455]. On sait que la constitution de réserves par une entreprise classique réalise un objectif d'autofinancement et de garantie des engagements de celle-ci à l'égard des tiers. Elle constitue également un sacrifice présent au profit d'un intérêt futur puisque l'associé possède un droit de propriété au moins virtuel sur les réserves. Or, dans le cas d'une coopérative, le premier objectif se double d'un second à savoir la formation d'un patrimoine social sur lequel les associés n'ont aucun droit à titre individuel. Ainsi, les réserves d'une coopérative sont collectives et (sauf exception et contrairement à une société de droit commun) ne peuvent faire l'objet d'une appropriation individuelle. En effet, aux termes de l'article 16 de loi du 10 septembre 1947, les sommes encore disponibles après rémunération des parts sociales et dotation à la réserve légale, sont mises en réserves ou "*attribuées sous forme de subvention soit à d'autres coopératives ou unions de coopératives, soit à des œuvres d'intérêt général ou professionnel*". Il en va de même de l'actif net subsistant à la dissolution de la société coopérative. L'actif net est tout simplement dévolu en fonction du principe de dévolution désintéressée. Les membres ne peuvent prétendre qu'au remboursement de leurs parts après intégration de tout ou partie des réserves, selon les dispositions statutaires. L'excédent de l'actif net après remboursement des parts de capital est dévolu à une autre coopérative, à une fédération de coopératives ou à une œuvre désintéressée.

La mise à l'écart du principe de proportionnalité au sein des sociétés coopératives ne peut être analysée comme un affaiblissement du capital social dans son rôle de clé de répartition. En effet, la société coopérative n'est pas d'essence capitaliste et c'est pourquoi le capital social n'est pas au centre du fonctionnement même de cette structure juridique. Ce qui n'est pas le cas des formes sociales classiques dans lesquelles l'application du principe de

[1454] CA Paris 23 sept. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1248 et s, note G. GOURLAY.

[1455] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette**, th. préc., n° 144, p. 150.

proportionnalité au capital social engendre une égalité proportionnelle bénéfique aux actionnaires. Les relations financières entre associés sont équilibrées puisqu'ils ne peuvent pas prétendre à des droits supérieurs à leur participation au capital social. Aussi, le principe de proportionnalité évite que certains associés ne perçoivent moins de bénéfice par rapport à leur participation au capital social. Tous les associés sont traités sur le même pied d'égalité et même lorsqu'il s'agit de répartir les pertes et les dettes sociales. Toutefois, la proportionnalité au capital social reste un principe qui peut être écarté par voie statutaire. La mise en œuvre de la dérogation peut engendrer l'inégalité entre associés. Dans certains cas, la loi condamne cette inégalité.

§ 2. L'inégalité dans la répartition des droits et des obligations condamnée

512. La proportionnalité au capital social reste le principe permettant de répartir les droits et obligations des associés. C'est la construction de l'article 1844-1 qui permet de l'affirmer car le capital social y est référencé en première position avant la formulation *"le tout sauf clause contraire"*. Toutefois, ce principe n'est pas absolu puisque le législateur donne la possibilité aux associés de fixer un autre mode de répartition et aussi le droit de déterminer de manière distincte la répartition des bénéfices et des pertes[1456]. Il ne précise pas ces autres modes de répartition, de la sorte toute liberté est laissée à l'imagination. Cela dit, les associés peuvent décider de rémunérer identiquement tous les apports. Ce mode de répartition pourrait être considéré comme injuste car il ne tient pas compte de la participation au capital social. L'associé détenant 5% du capital social percevra la même quantité de bénéfices que l'apporteur détenant 65% du capital social dans une même société. Il en sera également de même lors de la répartition des pertes et des dettes sociales. Toutefois, ce mode de répartition à l'avantage d'établir une égalité absolue entre associés. L'exclusion d'un associé au partage des bénéfices est écartée. Aussi, l'exonération aux pertes d'un associé est exclue dans ce mode de répartition. Cependant, ces risques ne sont pas éliminés lorsque les associés optent pour un mode de répartition inégalitaire. Il est ainsi possible de voir des clauses dites *"léonines"*. Cette dénomination trouve son origine dans la fable de LA FONTAINE, *"La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion"*, le lion entrant en société avec les autres animaux pour

[1456] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-45.

s'attribuer sans effort toutes les parts au non du *"droit du plus fort"*. Lors de la création de la société ou encore de vie sociale, l'associé le plus fort psychologiquement voire financièrement, voulant mettre en œuvre un autre mode de répartition des droits, s'arrogera tous les bénéfices au détriment des autres associés. Il n'y pas que les bénéfices qui pourraient être soumis à un mode de répartition inégalitaire, il y a également les pertes. Le plus fort des associés pourrait inclure une clause aux statuts pour s'exonérer des pertes. Cette clause exonérant l'associé aux pertes est également dénommée comme la précédente clause léonine[1457]. Parce que ces clauses méconnaissent la nature du contrat de société[1458] en supprimant la vocation aux bénéfices d'un associé et en exonérant un associé aux pertes **(A)**, le législateur condamne la stipulation de ces clauses **(B)**.

A. Les clauses léonines

513. **Les clauses relatives aux bénéfices[1459].** La notion de *"profit* est *polysémique"* dans la mesure où il peut s'agir des bénéfices comptables de l'exercice, des bénéfices distribuables, des bénéfices retirés à la liquidation de la société. A la lecture de l'alinéa 1 de l'article 1844-1 du Code civil, il semblerait que le profit soit ici rattaché à l'idée de bénéfices distribuables aux associés. Or, le bénéfice peut s'entendre comme un gain pécuniaire ou un gain matériel qui s'ajouterait à la fortune des associés[1460]. Cependant l'associé ne peut prétendre aux profits ou encore aux bénéfices que si l'assemblée générale des associés en a décidé ainsi. Autrement dit, le droit aux bénéfices n'est pas un droit systématique en présence de bénéfices distribuables. Le partage du bénéfice se traduit par un droit aux dividendes c'est-à-dire à la quote-part soit des bénéfices distribués chaque année soit des réserves, lesquelles représentent la masse des bénéfices non distribués soit du boni de liquidation qui n'est autre que le dernier dividende calculé au moment de la dissolution amiable ou judiciaire de la société.

[1457] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-47.

[1458] Ibid.

[1459] M. MAUBERT, **Les clauses léonines dans les sociétés commerciales**, th. Paris, 1962 ; H. LE NABASQUE et M. BARBIER, Les clauses léonines, *Actes pratiques* 1996, 29 ; E. MARTEL, **Les clauses de répartition inégale de résultats sociaux**, th. Rennes, 2000.

[1460] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°161 , p.84.

En ce qui concerne les modalités de répartition, le législateur indique que la part de chaque associé dans les bénéfices doit être déterminée à proportion de la détention du capital social[1461]. Ce mode de répartition à l'avantage de proportionner les droits financiers revenant à chaque associé à tel point qu'il est impossible de l'écarter de la répartition des bénéfices. Or, le même article précise également que les statuts peuvent prévoir un autre mode de répartition. Ce mode de répartition reste dérogatoire au principe de proportionnalité au capital social. Toutefois, lorsque les associés décident d'appliquer cette exception, il y des risques que l'article 1844-1 du Code civil dénonce. En effet, en écartant le capital social comme mesure des droits, il est possible de voir un associé s'attribuer *"la totalité du profit procuré par la société"*[1462]. La part du lion se caractérisant ainsi par une portion prédominante et substantielle dans les bénéfices excluant alors les autres associés du gain. Autrement dit, le caractère léonin d'une clause est ainsi marqué par l'appréhension exclusive des bénéfices par un associé au détriment des autres associés qui seraient ainsi exclus au partage des bénéfices. Les apports intégrés au capital social par l'associé plus faible ne seront pas pris en compte.

En pratique, il peut être difficile de caractériser une clause léonine comme l'illustre les faits de l'arrêt du 18 octobre 1994[1463]. A l'origine du contentieux ici rapporté, deux associés en nom imaginent un dispositif par lequel un associé abandonne tous les bénéfices correspondant à ses parts sociales moyennant le versement d'une redevance mensuelle forfaitaire indexée sur la moyenne arithmétique du prix de vente des articles du fonds. Contrairement à ce que l'on aurait pu craindre s'agissant d'un commerce de bar-tabac, les engagements des associés ne s'évanouissent pas en fumée et le pacte fonctionne pendant plusieurs années sans aucune difficulté. Il fonctionne même tellement bien que lorsque l'associé bénéficiaire du mécanisme de délégation des bénéfices, cède ses parts, le cessionnaire ne s'inquiète pas du caractère curieux de la clause. Les associés obligés par la redevance cèdent à leur tour leurs parts sociales à un autre couple refuse de faire face à cette obligation. Ils engagent une action en justice afin que la clause soit réputée non écrite.

La subtilité du caractère léonin de la convention par rapport aux bénéfices apparaît car bien que le bénéficiaire de la convention s'enrichit personnellement par la rémunération mensuelle

---

[1461] Art. 1844-1 al. 1 C. civ.

[1462] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-46.

[1463] Cass. Com 18 oct. 1994, *Rev. soc*. 1995, p. 44, obs. P. DIDIER ; *RTD Com* 1995, p. 789, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET .

dont-il avait droit, il était tout de même exclu de la répartition des bénéfices. L'illicéité de la clause apparaît à ce niveau car le partage des droits entre associés doit porter sur les bénéfices distribuables[1464]. C'est pourquoi les juges ont annulé cette clause car en plus la léonicité de la clause s'étendait au partage des pertes. Comme le relève la Cour, la clause avait *"pour effet d'assurer en toute circonstance à son bénéficiaire la certitude d'un profit quand bien même la société générerait des pertes qui seraient entièrement à la charge de l'autre associé"*.
La dérogation au principe de proportionnalité au capital social pourrait entraîner un déséquilibre dans les rapports financiers entre associés puisque certains apports pourraient ne pas être rémunérés.

514. **Les clauses relatives aux pertes**. Les pertes et les bénéfices apparaissent à la clôture d'un exercice et ce sont les deux faces opposées du résultat comptable[1465]. Il n'y a de véritables pertes que si le capital social est entamé et non pas seulement lorsque le passif est plus important que l'actif[1466]. Ces pertes défigureront le bilan puisque qu'elles entraîneront la diminution des capitaux propres.
La contribution aux pertes ne doit pas se confondre avec la participation aux dettes incombant uniquement aux associés dont l'étendue de la responsabilité est illimitée. L'article 1832 du Code civil indique que : *"Les associés s'engagent à contribuer aux pertes."*. L'emploi du terme *pertes* laisse entendre qu'il s'agit bien du déficit social auquel tous les associés se sont engagés à y faire face. L'emploi au pluriel du mot *"associés"* est ici utilisé ici pour désigner tous les associés d'une société sans exception. Ainsi, en adhérant au pacte social, tous les associés s'engagent alors à contribuer aux pertes. Pour la répartition des ces obligations entre associés, il est fait référence au capital social. L'alinéa 1 de l'article 1844-1 du Code civil indique que la *"contribution aux pertes"* se détermine *"à proportion de sa part dans le capital social"*. Ainsi, tout comme le partage des bénéfices, le capital social intervient à nouveau comme clé de répartition. En prenant en compte le capital social comme mesure des pertes, il est impossible pour un associé de s'exonérer aux pertes. Mais, le principe de proportionnalité n'est pas imposé de façon impérative par la loi[1467]. Les associés peuvent

[1464] Supra n° 343 et s.

[1465] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°164 , p.86.

[1466] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n°123.

[1467] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-45.

librement décider d'écarter toute référence au principe de proportionnalité. Cette mise à l'écart pourrait avoir pour conséquence l'exonération d'un associé *"de la totalité des pertes"*, mettant ainsi à la *"charge"* d'un autre associé *"la totalité des pertes"*. Cette clause exonérant l'associé aux pertes est également dénommée comme la précédente clause léonine[1468].

515. **La validité des clauses inégalitaires**. Toutefois, il convient de souligner que la mise à l'écart du principe de proportionnalité dans la répartition des bénéfices et des pertes n'aboutit pas systématiquement à une clause léonine. La clause limitant la participation aux pertes d'un associé à un certaine somme reste licite[1469]. Aussi, une clause faisant dépendre le partage des bénéfices à un niveau d'atteinte du chiffre d'affaires est valable[1470]. Il en est également ainsi de la clause privant un associé de sa part à titre de sanction pénale [1471] ou encore la clause attribuant tous les bénéfices et le fonds à un associé survivant[1472].

Les clauses léonines découlant de la liberté statutaire légale entraînent une mise en cause du pacte social et *l'"affectio societatis"* est inexistant. La rémunération forfaitaire évince l'associé bénéficiaire de la répartition des bénéfices. Or, en se référant au capital social comme mesure, la participation de chaque associé y est proportionnée et les risques d'exclusion aux bénéfices, d'exonération aux pertes y sont écartés. Les clauses léonines détruisent le contrat de société dans son essence et c'est la raison pour laquelle le législateur les condamne.

B. La condamnation des clauses léonines

516. **Clauses réputées non écrites.** Les clauses léonines résultent de la liberté statutaire. Parce que le législateur admet une exception au principe de proportionnalité, les associés pourraient introduire au sein des statuts ces clauses. Toutefois, la loi limite cette

---

[1468] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-47.

[1469] Cass. civ. 1ère , 16 octobre 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 1029 et s.

[1470] Req. 9 juill. 1885, *D*. 1886, I, 301.

[1471] Req. 16 nov. 1858, *D.* 1859, I, 39.

[1472] Req. 17 août 1868, *S.* 1869, I, 22.

liberté statutaire et répute non écrites ces deux clauses. Cette sanction engendre les effets de la nullité. La volonté des associés est supposée n'avoir jamais existé. Les effets produits par ces clauses sont anéantis rétroactivement. Cette sanction se justifie par le fait que la clause léonine est contraire aux dispositions de l'article 1832 du Code civil. La cause de l'adhésion d'un associé au pacte social c'est son enrichissement personnel par le partage des bénéfices. En excluant un associé au partage des bénéfices, son obligation devient sans cause. En outre, la clause d'exonération aux pertes est contraire à l'obligation aux pertes incombant à tous associés. Cela dit, un associé qui ne contribue pas aux pertes contrevient également aux dispositions de l'article 1832 précité.
Les juges appliquent la sanction des clauses inégalitaires non seulement dans les sociétés à risque illimité [1473] mais aussi dans les sociétés à risque limité[1474]

517. **Le maintien du pacte social en dépit de l'annulation de la clause léonine.** La question qui se pose est celle de savoir si la nullité d'une clause léonine entraîne-t-elle la nullité de la société ? Confrontée à cette question, la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 mars 1931 s'est prononcée en faveur de la nullité de la société[1475]. Mais, la sévérité de cette sanction a conduit les juges à revenir sur cette position. Surtout, le législateur est venu circonscrire les hypothèses entraînant la nullité d'une société en ne visant pas le cas des clauses léonines et d'exonérations aux pertes[1476]. Ainsi, la doctrine[1477] et la jurisprudence[1478] considèrent que les clauses léonines doivent être tout simplement réputées non écrites. Cela dit, toute autre sanction est à exclure. Les clauses léonines ne peuvent être considérées comme étant des clauses essentielles au contrat de société justifiant la nullité du pacte social. Ainsi, nous adhérons à cette limitation de la sanction des clauses inégalitaires.

518. **La validité des clauses de rachat des droits sociaux à un prix plancher.** Un associé ne peut s'exonérer des pertes sociales au risque de transgresser l'obligation instituée

[1473] CA Montpellier, 10 nov. 1992, *Dr. soc*. 1993, n° 113, obs. TH. BONNEAU.

[1474] Cass. com. 16 nov. 1959, *JCP* N 1960, II, 11725, obs. D. B ; Cass. com. 18 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994, n° 205, obs. H. LE NABASQUE ; *Bull. Joly* 1995, 157, note P. LE CANNU ; Defrénois 1994, 1550, note H. HOVASSE.

[1475] Cass. com. 2 mars 1931, *D.* 1931, 285.

[1476] Art 360 loi du 24 juillet 1966.

[1477] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1056-48.

[1478] Cass. com. 18 oct. 1994, *RTD com.* 1995, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET .

par l'article 1832 alinéa 3 du Code civil. Peut-on étendre cette obligation au cédant des droits sociaux désirant se prévaloir d'une clause stipulant un prix plancher ? La réponse à cette interrogation n'est pas tranchée comme en témoigne les positions divergentes des juges et de la doctrine. Dans un arrêt en date du 22 février 2005[1479], la Cour de cassation a eu à se prononcer sur ce problème de droit. En l'espèce, un tiers avait souscrit à une augmentation de capital à la demande de deux actionnaires de la société, qui en contrepartie, s'étaient engagés à lui racheter ses actions dans un délai de 15 jours, moyennant un prix minimum égal au prix de souscription majoré d'un intérêt. Après avoir levé l'option dans le délai stipulé, le bénéficiaire de la promesse fut confronté au refus des souscripteurs. Ces derniers prétendaient que les droits sociaux avaient perdu une partie de leur valeur. Le 27 février 2002, la Cour d'appel considérait que la promesse d'achat était léonine car elle permettait à son bénéficiaire d'échapper à la contribution aux pertes. Cependant, la Cour de cassation a censuré cette décision au motif que le bénéficiaire ne pouvait lever l'option qu'à l'expiration d'un certain délai et pendant un temps limité, ce dont il résulte qu'il restait, en dehors de cette période, soumis au risque de disparition ou de dépréciation des actions. Dans une décision rendue par la Chambre commerciale le 16 novembre 2004[1480], la Cour de cassation a affirmé qu'en : *"assurant l'équilibre des conventions conclues entre les parties, la promesse de rachat d'actions à prix plancher consentie par les fondateurs à un investisseur, et déterminante de sa participation à la société, n'est pas constitutive d'une clause léonine dans la mesure où, n'ayant pour objet que la transmission de droits sociaux entre associés, elle est sans incidence sur la participation aux bénéfices et aux pertes dans les rapports sociaux".* Cette décision étend la validité des clauses de cession des droits sociaux à prix plancher aux investisseurs à savoir les bailleurs de fonds[1481].

[1479] Cass. com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, n° 8, p. 961 note F. - X. LUCAS ; *D. P.* 2005, n° 138, D. PORACCHIA.

[1480] Cass. com., 16 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 111, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET ; Cass. com. 24 mai 1994, *D.* 1994, p. 503, note A. COURET ; *Rev. soc*. 1994, p. 708, note Y. REINHARD ; *RTD com*. 1994, p. 720, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET.

[1481] Cass. Com. 16 nov. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 197 ; *Bull. Joly* 2005, p. 270, § 45, note N. MATHEY ; *Rev. soc.* 2005, p. 593, note H. LE NABASQUE ; *RTD com*. 2005, p. 111, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET ; *JCP* E 2005, p. 131, n° 1, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *D. P.* 2005, n° 134, obs. D. PORACCHIA ; *RD bancaire et fin.* 2005, n° 29, obs. A. COURET. Auteurs reprochant à cette jurisprudence de limiter la validité de la clause de cession à prix plancher aux seuls investisseurs, v. P.-M. DE GIRARD et CH.-A. PASCAUD, Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines, *Rev. Contrats*, 01 juill. 2007, n° 3, p. 955.

Cette position libérale de la Haute juridiction donne une suite favorable à l'arrêt de principe BOWATER du 20 mai 1986. En effet, aucune clause accusée d'être léonine n'a été considérée comme telle par la Cour de cassation depuis cette jurisprudence bien établie[1482]. Pourtant, la doctrine considère que les pertes auxquelles les associés s'engagent à contribuer et dont aucune stipulation ne peut les exonérer peuvent se traduire par la disparition ou la dépréciation de leurs droits sociaux[1483]. Dans ce sens, l'associé dont les titres disparaissent à l'occasion d'un coup d'accordéon ou de la liquidation judiciaire de la société contribue aux pertes sociales. De la même manière, la dépréciation des titres sociaux, qui conduit l'associé à subir une moins-value à l'occasion d'une cession, peut être regardée comme une contribution aux pertes[1484]. Mais en ce qui concerne les conventions *"dont l'objet n'était autre, sauf fraude, que d'assurer, moyennant un prix librement convenu, la transmission de droits sociaux",* l'article 1844-1 du Code civil ne saurait s'appliquer car il ne vise que les clauses portant atteinte au pacte social. Les promesses de cessions d'actions à prix plancher sont donc valables même si la convention permet à l'associé de se désengager de la société sans aucun risque de perte. Ainsi, la stipulation évitant temporairement un associé de participer aux pertes ne saurait tomber sous le coup de la prohibition des clauses léonines.

Le capital social n'est certes pas intéressant pour les associés en tant que garantie des créanciers car ils ne peuvent l'appréhender pour se distribuer des dividendes[1485] mais il n'est pas non plus inutile pour eux. En effet, le principe de proportionnalité rattaché au capital social évite que certains associés ne se taillent une part prédominante dans les bénéfices tout en faisant supporter les charges sociales aux autres associés. La répartition des droits et obligations attachés à la qualité d'associé est ainsi proportionnée et équilibrée au profit des associés grâce au capital social.

[1482] Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. civ.* IV, n° 95 ; *Dr. soc.* 1986, comm. n° 78, obs. M. GERMAIN ; *Rev. Soc.* 1986, p. 587, note D. RANDOUX ; *JCP E*, 1986, I, n° 15846, spéc. n° 1, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RTD com*. 1987, p. 205, obs. Y. REINHARD ; *RTD com*. 1987, p. 66, obs. CL. CHAMPAUD et P. LE FLOCH ; *Defrénois,* 1987, art. 33950, n° 2, p. 609, obs. J. HONORAT ; Cass. com. 10 janv. 1989, *Bull. civ.,* IV, n° 19 ; *Bull. Joly* 1989, p. 256, § 81, note P. LE CANNU ; *JCP* G, 1989, II, n° 21256, note A. VIANDIER ; *D.* 1990, jur. p. 250, note TH. FORSCHBACH

[1483] F. - X. LUCAS, Conditions de validité d'une promesse d'achat de droits sociaux au regard de la prohibition des clauses léonines, note sous Cass. com., 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, n° 8, p. 961.

[1484] Ibidem.

[1485] Sur cette impossibilité v. supra n° 343 et s.

En dehors des droits et obligations inhérents à la qualité d'associé, le législateur utilise aussi le capital social comme mesure de répartition et d'attribution.

Sous-section 2. Mesure d'attribution des droits et obligations

519. Les droits et obligations des associés sont multiples et ne se limitent donc pas uniquement à ceux attachés traditionnellement à la qualité d'associé à savoir les droits aux bénéfices, au boni de liquidation et l'obligation aux pertes. En dehors de ces droits et obligations inhérents à la qualité d'associé, il y ceux qui s'exercent lors des opérations sur le capital social. En effet, pour éviter la dilution des titres de l'associé, il bénéficie d'un droit préférentiel de souscription (DPS) au capital social. Lorsque la société est contrainte de réduire son capital social pour cause de pertes, les associés ont l'obligation d'y contribuer. Le capital social est utilisé dans ces deux opérations comme mesure d'attribution proportionnelle des titres ou comme mesure d'annulation des droits sociaux. La référence à la proportionnalité au capital social **(§ 1)** engendre un traitement égalitaire entre associés. En outre, en dehors des opérations sur le capital social, il existe plusieurs autres droits attribués aux associés sous la condition principale de la détention du capital social qu'il conviendra d'analyser dans le but de dégager l'utilité du capital social **(§ 2)**.

§ 1. Le principe de proportionnalité lors des opérations sur capital

520. Le capital social intéresse également les associés lors des opérations sur le capital social. Il s'agit principalement de l'augmentation et de la réduction du capital social qui pourraient entraîner des bouleversements quant au pourcentage de détention des titres de chaque associé. Dans le premier cas, l'entrée des nouveaux adhérents ou l'augmentation de capital réservée qu'à certains associés pourrait entraîner la dilution des droits des anciens associés. Dans le second cas, la réduction du capital social pour cause de pertes uniquement réservée à certains associés[1486] engendre nécessairement un traitement inégalitaire des

[1486] Sur la validité de cette opération v. Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 12172.

associés. C'est pour éviter tout ceci que le capital social est utilisé comme mesure dans ces opérations. En effet, il permet d'équilibrer, de protéger et de préserver les intérêts des associés entre eux. L'attribution proportionnelle à la détention du capital social du droit préférentiel de souscription (DPS) en cas d'augmentation de capital **(A)** et l'annulation proportionnelle des titres à la réduction du capital assurent une égalité de traitement des associés voire une protection **(B)**.

A. L'attribution proportionnelle du DPS

521. Avant de voir que le droit préférentiel de souscription est attribué en priorité aux anciens actionnaires en proportion de leur détention du capital social afin d'éviter la dilution de leurs droits lors des opérations d'augmentation de capital **(2)**, il convient de préciser d'abord le champ d'application de ce droit **(1)**.

1. Le champ d'application du droit préférentiel de souscription

522. **Application réglementée au sein des sociétés par actions.** Le législateur prévoit que toutes les actions comportent un droit préférentiel de souscription[1487]. Ainsi, les actions des SA, des SCA et des SAS sont concernées par cette règle[1488]. Il importe peu que la société offre ses titres au public ou qu'elle les négocie sur un marché réglementé. En outre, toutes les actions sont concernées par ce droit y compris les actions de jouissance ou encore les actions de préférence. Dans ces derniers cas la souscription prioritaire ne portera que sur l'action de même genre. Cela dit, le détenteur d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ne pourra souscrire prioritairement que ce type d'actions[1489]. Il en sera également de même pour l'associé possédant des certificats d'investissement[1490] ou des actions donnant accès au capital[1491].

[1487] Art L225-132 C. com.

[1488] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 293, p. 161.

[1489] Art. L228-35-7 C. com.

Le législateur proclame le droit préférentiel de souscription comme étant un droit d'ordre public dans la mesure où les statuts d'une société par actions ne peuvent y déroger. Si l'alinéa 1 de l'article L225-132 du Code de commerce n'a pas un *"tour suffisamment impératif "* lorsqu'il indique que : *"Les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital",* l'article L225-149-3 du même Code hérité de la loi de sécurité financière du 1er août 2003 dispose que *"sont nulles",* les augmentations de capital réalisées en violation des règles de la sous-section 1 de la section 4 intégrée au chapitre V applicable à la société anonyme[1492]. Ce dernier texte, en forme de *"voiture-balai"* suffit à réputer non écrites l'ensemble des clauses ou des résolutions contraires à l'article L225-132 précité[1493].

523. Application non instituée au sein des autres sociétés. Le droit préférentiel de souscription n'est pas institué au profit de toutes les formes sociales. En effet, il n'est nullement prévu au chapitre 1 du livre 2 du Code de commerce applicable aux sociétés en nom collectif. Il en est de même du chapitre suivant applicable aux sociétés en commandite simple. Ce qui paraît logique dans la mesure où ces deux formes sociales ne font nullement référence au capital social comme mode d'organisation centrale. De plus, ces sociétés sont dites fermées car les apports composant le capital social n'émanent pas de personnes inconnues. Leur régime est fondé sur la personnalité des associés qui se connaissent entre eux et qui ne peuvent en principe céder leurs titres en toute liberté[1494]. Certes, le chapitre 3 du titre 2 du livre 2 du Code de commerce connaît quelques textes qui font référence au capital social[1495] mais la société à responsabilité limitée se forme également en considération de la personne. Raison pour laquelle, le droit préférentiel de souscription n'est pas institué au profit de cette forme sociale. L'inexistence des textes faisant référence au droit préférentiel de souscription pourrait se justifier par la présence de certaines interdictions. L'article L223-11 du Code de commerce interdit à une société à responsabilité limitée d'émettre des valeurs

[1490] Art. L228-30 C. com.

[1491] Art. L 228-91, al. 3. C. com.

[1492] H. LE NABASQUE, Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de des actionnaires, *Rev. soc*. 2004, n° 10.

[1493] Ibid.

[1494] J. - P. VALUET, L'identification des actionnaires des sociétés cotées, le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA, *Rev. Soc*. 1996, p. 707.

[1495] V. art. L223-32 et L223-33 C. com.

mobilières, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre des titres sur un marché réglementé[1496]. Autrement dit, l'augmentation du capital social d'une société à responsabilité limitée ne peut être ouverte au public.

Là où le législateur ignore le DPS, on constate que le capital social est complètement fermé. Les mouvements sur le capital social reçoivent obligatoirement l'accord des autres membres. Toutefois, la loi n'interdit pas à ces formes sociales de stipuler statutairement un droit préférentiel de souscription. Dans ce sens, la Cour de cassation a admis la validité de cette clause au sein des statuts d'une société à responsabilité limitée[1497]. La doctrine étend cette solution dans les autres formes sociales[1498].

Ainsi, le droit préférentiel de souscription doit être obligatoirement prévu par les statuts des sociétés par actions en cas d'augmentation de son capital et il reste facultatif dans les autres formes sociales. Dans sa mise en œuvre, le capital social intervient par l'attribution proportionnelle des nouveaux titres à souscrire.

2. L'attribution proportionnelle du DPS

524. **Les avantages du principe de proportionnalité du DPS.** L'alinéa 2 de l'article 183 de la loi du 24 juillet 1966 dispose que : *"Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital"*[1499]. La doctrine définit le droit préférentiel de souscription en fonction de l'attribution proportionnelle à la participation au capital social. Ainsi, le droit préférentiel de souscription *"est le droit, conféré à un associé, de souscrire par priorité une augmentation en capital en numéraire de sa société, proportionnellement à sa participation actuelle dans le capital social"*[1500]. Le droit préférentiel de souscription se met

---

[1496] Ces interdictions valent également pour la société par actions simplifiées : Art. L227-2 C. com. : *"La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier."*

[1497] Cass. com. 18 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 920, note J.- J. DAIGRE ; *Dr. soc*. 2000, comm. 108, note D. VIDAL.

[1498] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 293, p. 161.

[1499] Art. L225-132 C. com.

en œuvre en fonction de la nature du titre. Autrement dit, les détenteurs d'actions ordinaires souscriront en priorité à ces titres. Il en sera également de même des détenteurs des certificats d'investissement[1501].

Les certificats d'investissement ne peuvent dépasser le quart du capital social et peuvent être créés dans toutes les formes sociales compte tenu de la formulation de l'article L228-30 précité : *"L'assemblée générale extraordinaire d'une société par actions, ou dans les sociétés qui n'en sont pas dotées"*. La répartition des certificats d'investissement entre les détenteurs de ces titres s'opère en fonction du principe de proportionnalité.

C'est pour éviter la dilution des titres du fait de l'entrée des nouveaux adhérents que les anciens actionnaires doivent d'abord souscrire à cette augmentation de capital. Les titres représentatifs du capital social assurent une protection à leurs détenteurs en leur permettant de souscrire aux nouvelles actions dans la proportion des anciennes. La proportion entre les anciennes actions et les nouvelles est irréductible ce qui veut dire que les actionnaires ne peuvent être obligés de souscrire plus ou moins d'actions qu'ils détiennent. L'actionnaire souscrivant à titre préférentiel ne se verra jamais attribuer un nombre d'actions inférieur au droit de souscription qui lui est accordé. Le droit préférentiel de souscription qui s'exerce proportionnellement au capital social permet de maintenir un équilibre interne entre associés en évitant que certains associés ne soient privilégiés par rapport à d'autres lors des opérations d'augmentation de capital. Après l'augmentation du capital social, tous les associés ayant entièrement exercé leur droit maintiendront leur pourcentage de détention du capital social. L'attribution proportionnelle à la participation au capital social du droit préférentiel de souscription reste *"une solution juste"*[1502]. L'actionnaire majoritaire gardera ce statut et il en sera de même des minoritaires puisque la proportion détenue par chaque actionnaire est maintenue grâce au principe de proportionnalité[1503].

525. **Possibilité de déroger statutairement au principe de proportionnalité du DPS**. L'alinéa 2 de l'article 183 de la loi du 24 juillet 1966 indiquait que *: "Toute clause contraire est réputée non écrite"*. Plus exactement, les statuts ne pouvaient supprimer le

[1500] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 292, p. 160.

[1501] Sur la définition v. infra n° 561.

[1502] A. COURET, **Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire**, th., Toulouse, 1978.

[1503] Sur les utilités du droit préférentiel de souscription V. R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 295, p. 162.

principe de proportionnalité applicable au droit préférentiel de souscription des actions émises pour réaliser une augmentation de capital. Mais, l'ordonnance du 24 juin 2004 a abrogé cette mention qui était applicable au principe de proportionnalité du DPS au capital social[1504] et depuis lors les statuts peuvent désormais écarter l'application de ce principe[1505].

Au regard de l'importance que nous accordons au capital social, nous regrettons que le principe de proportionnalité applicable au droit préférentiel de souscription ne soit plus d'ordre public. En effet, l'abandon de ce principe pourrait entraîner l'inégalité de traitement entre actionnaires puisque certains actionnaires pourront souscrire plus d'actions par rapport à ce qu'ils possèdent déjà sans tenir compte du niveau de détention du capital social. Cette renonciation au principe de proportionnalité du DPS amoindrirait considérablement le caractère anti-dilutif du DPS[1506] en admettant par exemple qu'un actionnaire détenant 20% du capital social ne souscrive que 10% de l'augmentation au profit des autres actionnaires. En outre, la renonciation au droit préférentiel de souscription pourrait engendrer une rupture de l'ancien équilibre financier. Les actionnaires minoritaires pourraient devenir les majoritaires et percevoir de ce fait plus de bénéfices. Les rapports de force pourraient également être bouleversés. Autrement dit, les actionnaires détenant le contrôle de la société avant l'augmentation de capital pourraient ne plus avoir ce privilège.

L'attribution prioritaire des titres proportionnellement à la détention du capital social lors des opérations d'augmentation de capital peut désormais être écartée statutairement. Mais, cette mise à l'écart reste une exception[1507]. Ainsi, l'attribution prioritaire des titres proportionnellement à la détention du capital social reste le principe. Le capital social permet d'équilibrer les relations internes entre actionnaires.

526. **Renonciation individuelle du droit préférentiel de souscription et maintien du principe de proportionnalité.** Il n'est pas possible de déroger statutairement au droit préférentiel de souscription qui reste une règle d'ordre public[1508]. La Commission des

---

[1504] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 294, p. 162.

[1505] H. LE NABASQUE, Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de des actionnaires, art. préc., n° 10.

[1506] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 294, p. 162.

[1507] Le législateur ne précise pas ces exceptions. Ce qui veut dire que toute liberté est laissée aux actionnaires d'imaginer toute sorte de mode d'attribution des titres.

Opérations de Bourse (COB) qui a été remplacée par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) depuis de la loi sécurité financière du 1er août 2003 a toujours vanté et recommandé le bien fondé du droit préférentiel de souscription. Elle considérait en effet que : *"Le maintien du droit préférentiel des actionnaires constitue, en droit comme en fait, le moyen le plus complet de protection des actionnaires dans les opérations affectant leurs droits"*[1509]. Elle poursuit en disant que : *"les actionnaires anciens ne doivent pas, sauf cas exceptionnel dûment justifié par les circonstances, subir un appauvrissement du fait des opérations sur capital réalisées par leur société"* [1510]. Un peu plus tard, elle confirme que : *"le mécanisme du droit préférentiel de souscription garanti(ssait) (...) les intérêts des actionnaires dans les conditions d'accès à la souscription; il protège aussi les actionnaires qui ne souhaitent pas souscrire en leur offrant un droit de souscription négociable en contrepartie de la dilution que l'émission peut provoquer à leur égard"*[1511].

Toutefois, les actionnaires peuvent renoncer à leur droit préférentiel de souscription dans le but de permettre aux émetteurs de réaliser des augmentations de capital dans des conditions attractives pour les investisseurs. La mise en œuvre de cette renonciation se fait individuellement sur la totalité ou pas du droit. Ce renoncement peut être exprès ou tacite. Le silence de l'actionnaire, dans un délai minimum de cinq jours, peut être interprété comme un abandon au droit préférentiel de souscription[1512]. Il faut noter que le droit de souscription est un droit négociable qui se sépare de l'action. Il peut donc faire l'objet d'une cession. L'actionnaire renonce à son droit via la cession. Cette renonciation rend disponible des actions à souscrire attribuées par préférence aux actionnaires (anciens cessionnaires). La nouvelle attribution se fera à nouveau de manière proportionnelle si le principe de proportionnalité n'a pas été abandonné. Ainsi, même dans l'hypothèse de renonciation individuelle, la répartition du solde des actions non souscrites se fera d'abord entre les anciens actionnaires proportionnellement à leur détention du capital social. S'il reste un solde, ces actions à souscrire pourront être proposées aux tiers. La société doit mettre en œuvre le droit réductible

[1508] H. LE NABASQUE, Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations de capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de des actionnaires, art. préc., n° 10.

[1509] *Bull. COB*. n° 202, avr. 1987, p 1.

[1510] Ibidem.

[1511] *Bull. COB*, n° 239, sept. 1990, p 3.

[1512] Ibid.

de souscription dont la raison d'être essentielle est de faciliter la souscription intégrale interne de l'augmentation du capital.

Ainsi, la renonciation individuelle du droit préférentiel de souscription n'entraîne pas nécessairement l'abandon du principe de proportionnalité. Le droit préférentiel de souscription est un droit dont chaque associé peut disposer librement. La renonciation individuelle ou collective manifeste alors la volonté des associés de ne pas s'en prévaloir. Le principe de proportionnalité au capital social qui découle de la mise en œuvre du droit préférentiel de souscription garde alors son importance même s'il n'est plus appliqué au profit de l'associé qui renonce à son droit.

527. **Renonciation collective du droit préférentiel de souscription et abandon du principe de proportionnalité.** A côté de la renonciation individuelle du droit préférentiel de souscription, il y a également celle dite collective. Dans ce cas, c'est l'assemblée générale extraordinaire qui supprime le droit préférentiel de souscription pour la totalité des actions ou pour plusieurs tranches de cette augmentation. Cette renonciation reste limitée dans le temps et ne saurait donc s'étendre aux autres opérations d'augmentation de capital. L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut la réserver à une ou plusieurs personnes nommément désignées. La décision sera prise à la majorité des deux tiers à condition que les actionnaires présents représentent au moins le quart du capital social. Pour le calcul de la majorité, les actions des personnes nommément désignées bénéficiaires de cet avantage ne sont pas prises en compte. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire supprime le droit préférentiel de souscription en faveur d'une ou plusieurs personnes répondant à des caractéristiques qu'elle fixe, elle peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire le soin d'arrêter la liste des bénéficiaires et le nombre de titres à attribuer à chacun d'eux.

L'abnégation au droit préférentiel de souscription reste uniquement avantageuse pour les nouveaux adhérents qui acquérront les mêmes droits que les anciens actionnaires sur les bénéfices mis en réserves. Cet avantage peut être réel surtout lorsque l'émission est faite au pair ou que la prime d'émission est dérisoire. En outre, le capital social étant ouvert aux personnes extérieures lors de l'augmentation du capital, les droits des anciens actionnaires se dilueront. Certes, le nombre de titres de capital possédé reste identique mais la quotité de capital détenue pourrait être sensiblement restreinte[1513].

[1513] P. LEMAITRE, **L'augmentation de capital par apports nouveaux**, th. Clermont-Ferrand, 1998, n° 229, p. 141.

Le capital social est à nouveau utilisé par le législateur pour protéger les actionnaires dans leur relation interne mais également par rapport à l'extérieur lors des opérations d'augmentation de capital. Même si l'attribution proportionnelle du DPS peut être écartée statutairement, celle-ci reste le principe et les autres modalités non indiquées par la loi sont secondaires.

Le capital social intervient également dans l'annulation des titres en cas de réduction du capital social.

B. L'annulation proportionnelle des titres

528. **Le respect du principe d'égalité des associés au sein des sociétés à risque limité**. L'article 215 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales dispose que : *"La réduction du capital est autorisée ou décidée par l'assemblée générale extraordinaire [*compétence*], qui peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire [*dirigeants*], selon le cas, tous pouvoirs pour la réaliser. En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires"*[1514]. Le respect de l'égalité des associés proclamé en cas de décision de réduction du capital social d'une société par actions est un principe également imposé par la loi aux SARL. L'article 63 alinéa 1, in fine de la loi précité reprend la même interdiction s'agissant des effets de la réduction du capital social : *"En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des associés"*[1515]. Le traitement égalitaire des associés lorsque la société décide d'une réduction de capital social motivée par les pertes[1516] ne souffre d'aucune exception puisqu'elle est dite d'ordre public[1517]. En effet, la violation du principe d'égalité est sanctionnée pénalement par la loi du 24 juillet 1966. L'article 454 réprime d'une amende de 9000€ le traitement inégalitaire des associés lors des opérations de réduction du capital social des sociétés anonymes[1518]. Cette amende est reprise par tous les

[1514] Ce texte est repris à l'article L225-204 C. com.

[1515] Ce texte est repris à l'article L223-34 C. com.

[1516] Supra n° 157 et s.

[1517] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1033, p. 496.

[1518] Art. L242-23, 1° C. com.

textes sanctionnant cette transgression. Il en est ainsi de l'article 460 applicable aux sociétés en commandite par actions[1519] et de l'article 464-1 créé par la créé par la loi n°94-1 du 3 janvier 1994 concernant les sociétés par actions simplifiées. C'est enfin le cas de l'article 454 applicable aux sociétés européennes [1520]. Toutefois, la sanction pénale de la méconnaissance de la règle de l'égalité entre associés ne s'applique pas lorsqu'un associé renonce à cette règle à titre individuelle. Dans ce sens, la doctrine indique précisément que : *"le principe d'égalité entre actionnaires tend seulement à éviter qu'un associé soit désavantagé par rapport aux autres ; mais il ne s'agit là que d'une mesure de protection personnelle de chaque associé à laquelle celui-ci peut renoncer parce qu'il est de principe que l'on peut toujours renoncer à une protection légale lorsqu'elle concerne exclusivement des intérêts privés"*[1521]. Cette renonciation individuelle engendrera des conséquences sur l'application de l'annulation proportionnelle des titres.

529. **L'égalité entre associés mise en œuvre grâce à l'annulation proportionnelle.** La société peut être amenée à réduire son capital social lorsque son activité génère des pertes ayant entamé le capital social pour plus de sa moitié[1522]. L'égalité entre associés étant instituée légalement, la réduction du capital social pourrait parfaitement être proportionnelle à la détention du capital social. Ainsi, l'associé doit *"souffrir proportionnellement, sur ses parts sociales ou actions"*[1523]. L'annulation proportionnelle peut se concrétiser par la réduction de la valeur nominale des titres[1524]. Par exemple, une société possède un capital social de 2. 000.000€ divisé en 20.000 actions de 100€ de valeur nominale. Si le passif à apurer est de 600.000€, les associés doivent supporter chacun le résultat du rapport 600.000/10.000 à savoir 60€[1525]. Après la réduction du capital social, la valeur nominale des actions anciennement détenues par tous les associés est désormais de 40€. Cette méthode reste la plus facile à mettre en œuvre sur un plan pratique car elle évite le problème des arrondis sur les titres et surtout

[1519] Art. L243-1 C. com.

[1520] Art. L244-5 C. com. créé par la loi n°2005-842 du 26 juill. 2005.

[1521] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales**, op. cit., n° 12171.

[1522] Art. L223-42 al. 2 pour les SARL ; Art. L225-248 al. 2 C. com pour les sociétés par actions.

[1523] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1033, p. 496.

[1524] J. CI. MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés**, th., Paris 1980.

[1525] Sur cette illustration v. R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., p. 505.

elle est indolore[1526]. Le niveau de détention des titres par chaque associé est préservé puisque le nombre de titres en circulation avant et après la réduction du capital reste le même. L'associé qui détient 17 actions en détient toujours 17 après la réduction. La réduction de la valeur nominale engendre une égalité stricte et proportionnelle entre associés mais il en est autrement lorsque la société opte pour une réduction du capital social par la réduction du nombre de titres puisque ce procédé consiste à annuler proportionnellement les titres détenus par chaque associé[1527]. Les associés pourraient parfaitement décider d'utiliser ce procédé en prévoyant ses modalités de mise en œuvre statutairement c'est-à-dire l'obligation de céder ou d'acquérir des titres pour les besoins de la réduction du capital social[1528]. A défaut, il convient de souligner le problème difficile à résoudre en pratique que pose l'annulation proportionnellement des titres détenus par chaque associé. Le professeur Mortier a su illustrer cette difficulté en reprenant l'exemple précédent dont nous avons modifié les chiffres[1529]. Une société détient un capital social de 2. 000.000€ divisé en 20.000 actions de 100€ de valeur nominale. Elle désire apurer ses pertes d'un montant de 600.000€ par l'annulation de certains titres. Le principe de l'égalité proportionnelle au capital social impose alors de déterminer le nombre de titres devant être détenu pour être annulé par chaque associé. Le capital étant réduit de 30% (600.000/2.000.000), il faudra poser X comme l'inconnu correspondant au nombre de titres à détenir par chaque associé pour se voir imposer l'annulation d'un titre. On obtient l'équation suivante : 1 = 0,3X, soit X =1/0,3. Ainsi, chaque associé doit subir l'annulation d'un titre pour 3,3 détenus. Certes, le procédé permet de réduire proportionnellement les titres détenus par les associés mais il n'évite pas les arrondis. En outre, l'égalité proportionnelle de la réduction des droits sociaux pose un problème de rompus[1530]. Dans notre exemple, il se pourrait que tous les associés ne possèdent pas un nombre de titres multiple de trois. Dans ce cas, la société peut forcer certains associés à acquérir des titres de manière à ce qu'ils aient un nombre de titres multiple de trois. Ce sera le cas de l'associé qui n'en détient que deux titres par exemple. Mais, cette obligation est

---

[1526] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1051, p. 504 ; J. CI. MAY, **La valeur nominale des actions de sociétés**, th., Paris 1980.

[1527] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1052, p. 505.

[1528] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1054, p. 506.

[1529] Ibid.

[1530] Ibid.

contraire à la règle qui interdit d'augmenter les engagements d'un associé sans son accord[1531]. Ensuite, la société peut aussi contraindre les associés ne détenant pas un nombre de titres multiple de trois à céder leurs droits.

Certes, le législateur n'institue pas la réduction proportionnelle des droits des associés comme un principe légal mais, celui-ci peut parfaitement s'appliquer en pratique. Cette règle s'appliquera à tous les associés y compris aux valeurs mobilières donnant accès au capital social[1532]. En effet, l'alinéa 4 de l'article L228-98 du Code de commerce dispose que : "*En cas de réduction de son capital motivée par des pertes et réalisée par la diminution du montant nominal ou du nombre des titres composant le capital, les droits des titulaires des valeurs mobilières donnant accès au capital sont réduits en conséquence, comme s'ils les avaient exercés avant la date à laquelle la réduction de capital est devenue définitive"*. Les droits des actionnaires qui bénéficient, à terme, du droit de souscrire ou d'acquérir des actions de la société sont réduits proportionnellement à la réduction du capital social réalisée pour éviter qu'ils ne voient leur participation future dans le capital social augmenter en pourcentage[1533]. Ainsi, si le capital social est réduit de moitié, les droits de ces actionnaires dits potentiels doivent également être réduits dans cette proportion[1534].

Le capital social intéresse les associés dans leur relation interne. Il évite que certains associés ne soient avantagés au détriment des autres lors des opérations sur le capital social. Ainsi, grâce au principe de proportionnalité, les associés sont traités sur un même pied d'égalité. A l'extérieur, le capital social est à nouveau utilisé comme moyen de protection des associés pour éviter la dilution de leurs droits sociaux face à l'entrée des nouveaux adhérents.

En dehors des opérations sur le capital social, le capital social est également utilisé par le législateur comme moyen d'attribution des droits autres que ceux attachés à la qualité d'associé.

[1531] Art. 1836 al. 2 C. Civ.

[1532] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 1037, p. 498.

[1533] Ibid.

[1534] Ibid.

§ 2. Le capital social comme moyen d'attribution des droits

530. Le capital social est une notion centrale en droit des sociétés. Il est utilisé par le législateur pour attribuer aux associés des droits autres que ceux attachés à la qualité d'associé. Ainsi les droits aux bénéfices et au boni de liquidation et l'obligation de participer aux pertes sont exclus de ces développements. En effet, en fonction d'un pourcentage de détention du capital social, il est possible à un associés d'ouvrir un compte courant d'associé **(A)** voire d'être nommé au poste de direction **(B)**. La liste étant longue, le choix est porté sur quelques exemples pour montrer comment le législateur utilise le capital social ce qui caractérise l'importance de la notion en droit des sociétés.

A. La détention du capital social comme condition d'ouverture du compte courant

531. **La détention du capital social comme condition d'ouverture du compte courant.** La loi prévoit que ne sont pas considérés comme des fonds émanant du public: "*Les fonds reçus ou laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5% du capital social, les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance ou les gérants ainsi que les fonds provenant de prêts participatifs*"[1535]. Ces fonds sont abandonnés par les associés au sein de la société dans les comptes courants d'associés. L'ouverture de ce compte est conditionnée à la détention du capital social. Aucun seuil de détention minimale du capital social n'est certes imposé aux associés en nom et aux commanditaires des sociétés de personnes mais, il est obligatoire de détenir une part au moins pour prétendre à l'ouverture du compte courant puisque la qualité d'associé ne peut se concevoir sans détention des titres représentatifs du capital social ou ceux non représentatifs du capital social. Ainsi, une personne étrangère à la société ne peut prétendre à l'ouverture d'un compte courant d'associé. Il faut avoir au moins la qualité d'associé pour bénéficier de ce droit. En plus de cette qualité, à certaines personnes, le législateur impose un seuil de détention du capital social. C'est le cas des associés commandités, des associés des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés

[1535] Art. 312-2 1° C. mon. fin.

par actions. La détention d'une part représentative du capital social ne suffit plus pour ouvrir un compte courant d'associé. L'associé doit détenir au minimum 5% du capital social. Ici, le législateur ne vise que la détention des titres représentatifs du capital social. Autrement dit, sont exclus les titres représentatifs d'apports en industrie. Ainsi, l'apporteur en industrie d'une SARL ou d'une SAS ne peut prétendre à l'ouverture du compte courant puisqu'il ne détient pas des titres représentatifs du capital social. Ceci traduit l'importance du capital social dans les sociétés à risque limité. La notion est utilisée par le législateur pour déterminer les droits de chaque associé[1536]. Le pourcentage de détention du capital permettra d'apprécier l'intensité du lien existant entre la société et l'associé. Plus l'associé apporte au capital et plus il a des droits renforcés allant au-delà des droits essentiellement attachés à la qualité d'associé.
La détention du capital social est également une condition pour pouvoir prétendre au poste de direction.

B. La détention du capital social comme condition pour être nommé dirigeant

532. **La détention du capital social comme condition pour être nommé dirigeant.** Le terme générique de *"dirigeant"* renvoie aux personnes qui sont chargées par les associés de gérer les affaires sociales. Il s'agit donc des gérants intervenant dans les sociétés de personnes, à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions. Il s'agit également du président d'une société par actions simplifiées ou des dirigeants intervenant dans les sociétés anonymes à savoir les membres du conseil d'administration, les membres du conseil de surveillance, le président du conseil d'administration, le directeur général et les membres du directoire. Pour cette dernière catégorie de dirigeants, l'article 95 de la loi du 24 juillet 1966 indiquait que : "*Chaque administrateur"* devait *"être actionnaire propriétaire d'un nombre d'actions de la société déterminé par les statuts"*[1537]. Ce qui sous-entendait qu'il n'était pas possible d'avoir la qualité de dirigeant dans une société anonyme sans être actionnaire. Les trois administrateurs au minimum voire les dix-huit administrateurs au maximum devaient être détenteurs d'actions. Il en était également de même du président du conseil d'administration et du directeur choisis parmi les administrateurs. Ces actions représentaient

[1536] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 49, p. 37.

[1537] Art. L225-25 C. com.

inéluctablement le capital social dans la mesure où l'alinéa 4 de l'article L225-3 du Code de commerce toujours applicable prévoit que *"Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie"*. Le capital social était utilisé comme condition cette fois pour pouvoir prétendre aux fonctions de direction. La détermination du pourcentage de détention du capital social était laissée à l'appréciation des actionnaires. Il revenait alors aux statuts de préciser ce seuil devant par la suite être respecté. Le dirigeant d'une société anonyme ne pouvait être qu'un actionnaire détenant un certain pourcentage du capital social à tel point que s'il n'en détenait pas ou s'il cessait d'être propriétaire des actions de capital, il était réputé démissionnaire d'office. La direction d'une société anonyme ne pouvait être assurée que par des personnes ayant une attache avec la société définie par rapport au capital social.

Mais, l'article 57 de la loi du 4 août 2008 est venu tempérer cette règle. Désormais les textes indiquent que : *"Les statuts peuvent imposer que chaque administrateur soit propriétaire d'un nombre d'actions de la société, qu'ils déterminent"*[1538]. L'emploi du verbe *pouvoir* exclu tout caractère impératif de la détention du capital social. Ainsi, il est désormais possible d'avoir la qualité de dirigeant dans une société anonyme sans être détenteur du capital social. Ces dispositions trouvent leur source dans la théorie de la *"corporate governance"* ou gouvernement d'entreprise[1539] née aux Etats-Unis à la suite de nombreux scandales qui ont affecté les marchés financiers. Les investisseurs institutionnels, ayant le souci d'optimiser leurs investissements, ont alors exigé que leurs droits soient respectés. C'est ainsi que les codes de bonne conduite ont été élaborés au début des années 1990 : les *"Principles of Corporate Governance"* aux Etats-Unis, le rapport*"Cadbury"* en Grande-Bretagne. En France, ces bonnes pratiques en matière de gestion des entreprises ont fait l'objet de rapports établis par des organismes privés notamment le rapport AFEP/MEDEF en date d'octobre 2003 intitulé *"Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées"*. La présence d'administrateur indépendant reste une pièce maîtresse du gouvernement d'entreprise[1540] et le rapport AFEP/MEDEF précité rappelle qu' *"un administrateur est indépendant lorsqu'il n'entretient aucune relation de quelque nature que ce soit avec la société, son groupe ou sa direction, qui puisse compromettre l'exercice de sa liberté de jugement"*. C'est pour permettre la nomination

---

[1538] Art. L225-25 C. com.

[1539] PH. BISSARA, R. FOY et A. DE VAUPLANE, **Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées**, Joly, 2007 ; J. - J. CAUSSAIN, **Le gouvernement d'entreprise**, Litec, 2005 ; F. PELTIER, **La corporate governance au secours des conseils d'administration**, Dunod, 2004.

[1540] A. VIANDIER, L'administrateur indépendant des sociétés cotées, *RJDA* 6/08, p. 599 ;

des administrateurs indépendants que le critère de détenteur du capital social pourrait être écarté. Mais, la détention du capital social pour pouvoir prétendre aux postes de direction d'une société anonyme reste le principe puisque *"la loi n'exige pas la présence d'administrateurs indépendants au sein des sociétés cotées"*[1541].

533. **La détention du capital social comme condition pour être nommé administrateur représentant le personnel.** Les sociétés anonymes dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont tenues de désigner en assemblée générale des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance, représentants du personnel[1542]. Cette nomination est faite sur proposition des salariés actionnaires à condition qu'ils détiennent plus de 3 % du capital social de la société. C'est le rapport présenté par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance lors de l'assemblée générale qui informera l'assemblée de l'atteinte du seuil de pourcentage de détention du capital social pour désigner les représentants du personnel. Ces personnes désignées sont détentrices de titres de capital social puisqu'elles sont choisies parmi les salariés actionnaires. Toutefois, aucun minimum de détention du capital social ne peut leur être imposé[1543] comme ce pourrait être le cas des administrateurs représentant les actionnaires.

Le législateur prend également en compte le lien de subordination pour pouvoir prétendre avoir la qualité de représentant du personnel au sein des organes de gestion de la société. Cela dit, le capital social ne constitue pas l'unique critère. En effet, l'article L225-28 modifié par la loi du 15 mai 2001 indique que *"Les administrateurs élus par les salariés doivent être titulaires d'un contrat de travail… "correspondant à un emploi effectif"… "avec la société ou l'une de ses filiales directes ou indirectes."* En outre, la condition d'ancienneté est prise en compte puisque le contrat de travail doit être antérieur *"de deux années au moins à leur nomination".* Toutefois, il est possible de ne pas prendre en compte ce critère d'ancienneté lorsque le seuil de 3 % de détention du capital social par le personnel est atteint alors même que la société est constituée depuis moins de deux ans. C'est bien le critère de détention du capital social par le personnel qui permet d'attribuer au personnel de la société le droit d'être représenté au sein des organes de gestion.

[1541] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 529, p. 254.

[1542] Art. L225-23 et L225-71 C. com.

[1543] Art. L225-25 al. 2 C. com.

A nouveau, la détention du capital social est utilisée par le législateur pour attribuer des droits cette fois au personnel de la société et la liste des autres droits attribués du fait de la détention du capital social est impressionnante[1544].

*

* *

534. **Conclusion. Le capital social comme moyen de détermination des droits des associés.** Le capital social constitue un élément central autour duquel plusieurs éléments intéressant les apporteurs peuvent être rattachés. Il en est ainsi de l'apport, de la qualité d'associé et des titres représentatifs du capital social. En contrepartie de l'apport au capital social, l'apporteur acquiert la qualité d'associé et détient des titres représentatifs du capital social qui le distinguent des autres associés. Cette connexion entre le capital social/le titre et la qualité d'associé est incontournable dans la mesure où toutes formes sociales sont obligées de former un capital social. En cela, l'utilité du capital social apparaît au profit des associés puisqu'il permet de regrouper les principaux apporteurs ainsi que les titres qu'ils détiennent.

535. **Le capital social comme clé de répartition et d'attribution des droits et des obligations.** En outre, le capital social est utilisé comme clé de répartition dans toutes les formes sociales. Il permet d'éliminer les inégalités de traitement en équilibrant proportionnellement tous les partages effectués entre associés.

Le capital social, garantie des créanciers, n'est certes pas intéressant pour les associés car ils ne peuvent l'appréhender pour se distribuer des dividendes mais il n'est pas non plus inutile pour eux car il pourrait permettre d'attribuer proportionnellement des droits ou des obligations au sein du capital social. Il en est ainsi dans la mise en œuvre du droit préférentiel de souscription ou lorsque la société décide de réduire son capital social. L'augmentation du capital et la réduction du capital social s'effectuent par une égalité de traitement. Dans le premier cas, la possibilité est offerte à tous les associés de souscrire au capital social proportionnellement à la détention du capital social. Dans le second cas, les droits de tous les associés sont réduits en proportion de la détention du capital social.

[1544] V. R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 50, p. 37.

Chapitre 2

L'UTILITÉ DU CAPITAL SOCIAL DANS LA DETERMINATION DES DROITS POLITIQUES DES ASSOCIÉS

536. Toutes les personnes qui apportent un bien, une somme d'argent ou de l'industrie en société sont considérées comme des associés. A ce titre, elles jouissent d'un certain nombre de droits relatifs à l'organisation et le fonctionnement de la société. Il s'agit principalement du droit intangible de participer aux décisions collectives[1545]. En outre, la vocation de l'associé à participer à la gestion de la société lui confère des droits politiques. Ces droits lui permettent d'émettre son avis sur les décisions prises en assemblée. La doctrine qualifie de politiques *"les prérogatives associant l'actionnaire à la vie sociale, qu'il s'agisse du choix des administrateurs, du vote des dividendes ou de l'information sur l'évolution des affaires sociales*[1546]. C'est en contrepartie d'un apport que l'associé peut se prévaloir d'un droit de vote en assemblée. La doctrine a toujours relié ces réalités[1547] et elle considère également le droit vote comme un élément intangible de l'architecture de la société[1548].

Lorsque la société est créée par une seule personne[1549], la question de la répartition des droits de vote ne se pose pas en assemblée. L'associé unique détient la totalité des titres en conséquence il possède la totalité des droits de vote. Cela pourrait être le cas de l'associé unique de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée[1550] ou d'une société par actions simplifiées unipersonnelle[1551]. Mais, lorsque la société est créée par plusieurs personnes, la question de la répartition des droits des politiques pourrait se poser. Alors comment est-ce que les associés se répartissent-ils les droits de vote ?

La loi du 5 janvier 1978 applicable à toutes les formes sociales n'a pas réglé cette question. Il en est autrement de la loi du 24 juillet 1966 applicable uniquement aux sociétés

---

[1545] Art. 1844 C. civ.

[1546] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 672, p. 314.

[1547] M. GERMAIN, Le droit de vote, *PA* 2001 n° 89, p. 8.

[1548] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 306, p. 363.

[1549] Art. 1832 al. 2 C. civ.

[1550] Art. L223-1 C. com.

[1551] Art. L227-1 C. com.

commerciales. Pour une catégorie de ces formes sociales, le législateur utilise le capital social dans la détermination des droits politiques en se servant de la notion comme clé de répartition grâce à son principe de proportionnalité **(Section 1)**.

La raison première qui amène les personnes à adhérer au pacte social c'est le partage des bénéfices. Cela dit, les personnes ne réfléchissent qu'en termes de retour sur investissement lorsqu'elles créent ou intègrent une société. A côté, il y a aussi des personnes qui sont intéressées par la gestion ou encore la domination d'une la société. L'emploi de terme domination est préféré car il permet de ne pas limiter l'étude aux situations de contrôle. Une filiale est certes contrôlée par la société mère, mais le législateur semble faire une distinction entre la notion de contrôle et de filiale. Aussi, une prise de participation au sein d'une société n'entraîne pas nécessairement le contrôle. La domination c'est la situation dans laquelle une société ou une personne dominante exerce un pouvoir sur une société dominée[1552]. Ce terme permet de prendre en compte toutes les situations d'emprise au sein des groupes de sociétés. La doctrine définit le groupe de sociétés comme étant *"un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre[1553], se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision"*[1554]. Bien que cette définition ait été considérée comme étant simpliste[1555], elle permet toutefois de révéler le contrôle exercé par une société dominante sur une ou plusieurs autres sociétés dominées. Le droit français ne comporte aucune réglementation spécifique sur les groupes de sociétés[1556]. Il contient de nombreuses règles éparses poursuivant chacune une finalité différente. Ainsi, il n'est pas très aisé d'apprécier la notion de contrôle. Toutefois, le capital social est utilisé par le législateur pour apprécier certaines situations de contrôle **(Section 2)**.

[1552] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1478, p. 664.

[1553] Cass. civ. 13 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 485, n° 125, note J. F. BARBIERI.

[1554] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 641, p. 793 ; J. - PH. DOM, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, *Rev. soc.* 2002, p. 1 et s. ; J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D*. 2003, p. 1243 et s.

[1555] CH. FREYRIA, Le droit des groupes sous les feux de l'actualité, *RJ com.* 1987, p. 121.

[1556] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1480, p. 664.

Section 1

L'utilité du capital social dans la répartition des droits politiques

537. Les associés prennent leurs décisions en assemblée ou par écrit. Il existe deux types d'assemblées. D'abord, celles dites *"assemblées générales ordinaires"* dans lesquelles les associés prennent les décisions qui n'ont aucune conséquence sur les statuts. Ces décisions concernent notamment la désignation ou la révocation d'un dirigeant s'il n'est pas statutaire, l'approbation des comptes annuels et des conventions réglementées. Ensuite, il y a les assemblées générales extraordinaires qui se tiennent pour prendre des décisions emportant la modification des statuts. Ces décisions concernent les modifications des éléments énumérés par l'article 1835 du Code civil à savoir le capital social, l'objet social, la forme sociale, la durée de l'existence de la société. Pour prendre ces décisions, il faut avoir les moyens de participer aux assemblées. D'abord, l'article 1844 du Code civil précise que : *"tout associé a le droit de participer aux décisions collectives".* Pour participer aux décisions collectives, il faut détenir des droits de vote qui est l'un des droits individuels les plus importants de l'associé[1557]. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de l'affirmer au visa de l'article 1844 précité[1558]. Et la doctrine considère ce droit comme *"l'une des vaches sacrées du droit des sociétés"*[1559].

Comment les droits de vote sont-ils répartis entre les associés ? Pour se répartir les droits de vote, les associés peuvent se référer au capital social même au sein des formes sociales dans lesquelles l'aspect contractuel est plutôt privilégié **(Sous-section 1)**. Ainsi, le capital social comme mesure est soit imposé soit choisi suivant les formes sociales. Toutefois, il existe des dérogations au principe de proportionnalité au capital social imposé. Pour autant, ces dérogations ne sont pas totalement déconnectées du capital social **(Sous-section 2)**.

[1557] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 306, p. 363.

[1558] Cass. com. 9 févr. 1999, *JCP* E 1999, p. 724, note Y. GUYON ; *Bull. Joly* 1999, p. 566,. n° 122, note J. - J. DAIGRE ; *Rev. soc*. 1999, p. 81, note P. LE CANNU ; *Dr. soc*. 1999, n° 67, note TH. BONNEAU ; J. - J. DAIGRE, Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? *JCP* E 1996, I, 575 ; H. HOVASSE, Coup d'arrêt à la "désacralisation" du droit de vote ? *Dr. soc*. 1999, p. 3 ; S. CASTAGNE, "Vote" en faveur du droit de vote, *Dr. soc*. 2000, p. 6.

[1559] A. VIANDIER, *in* Observation sur les conventions de vote, *JCP* E 1986, 15405.

Sous-section 1. Le capital social comme clé de répartition des droits politiques au sein des formes sociales

538. Dans certaines formes sociales, le poids de l'associé dans les assemblées collectives dépend du niveau de détention du capital social. C'est la règle de la proportionnalité dégagée par les articles L225-122 et L223-28 du Code de commerce instituée au profit des associés des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés de capitaux. Mais, malgré les vertus de cette règle qui établit un partage proportionnel des droits politiques et donc par conséquent une égalité de traitement entre les associés, elle n'est pas imposée dans toutes les formes sociales. Ainsi, il coexiste en droit des sociétés deux modes de répartition des droits politiques entre associés à savoir le principe de proportionnalité et le principe de la libre détermination des droits politiques. Toutefois, le choix des associés pourrait parfaitement porter sur le principe de proportionnalité au capital social. Ainsi, le capital social est soit institué soit choisi comme clé de répartition des droits politiques **(§ 1)**.
L'exercice du droit de vote n'est valable que sous le respect des règles de quorum et de majorité. Les critères permettant de déterminer ces conditions prennent en compte les titres représentatifs du capital social **(§ 2)**.

§ 1. Le capital social institué ou choisi comme clé de répartition des doits de vote

539. Le capital social occupe-t-il toujours une place importante dans certaines formes sociales puisqu'il continue d'être utilisé comme clé de répartition des droits politiques grâce au principe de proportionnalité[1560]. Ainsi, les droits de vote sont obligatoirement déterminés en proportion de la détention du capital social dans certaines formes sociales **(A)**. Toutefois, dans d'autres formes sociales, il est institué le principe de libre détermination de la clé de répartition des droits de vote. La mise en œuvre de ce principe de liberté n'exclut pas toujours le choix du principe de proportionnalité au capital social comme clé de répartition des droits politiques **(B)**.

[1560] C. RUELLAN, **La loi de la majorité dans les sociétés commerciales**, th., Paris, 1997 ; C. KOERING, **La règle "une action – une voix"**, th., Paris 2000 ; X. BOUCOBZA, La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux, Droit bancaire et financier *in* Mélanges AEDBF III, 2001, p. 45.

A. Les sociétés concernées par l'application du principe de proportionnalité

540. **Les sociétés de capitaux.** Au sein des sociétés de capitaux, le capital social apparaît clairement comme clé de répartition des droits politiques. D'abord, d'un point de vue légale, la formation des SE[1561], des SA et des SCA[1562] ne peut se concevoir sans respect du minimum légal imposé. Cela dit, les actions donnant droit de vote et reçues en contrepartie de l'apport sont nécessairement liées au capital social à l'exception de celles attribuées aux commandités ou encore des actions de jouissance. La détermination des droits politiques en fonction du niveau de détention du capital social y est facilitée puisque les titres sont rattachés au capital social. Le législateur institue la règle de la proportionnalité au capital à l'article L225-122 du Code de commerce. En effet, selon ce texte : *"...le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une voix au moins".* A une action est attachée une voix peu importe la nature de l'action qu'elle soit de capital ou de jouissance[1563]. Ainsi, la doctrine précise que les droits de vote sont *obligatoirement* proportionnels à la quotité du capital que l'action représente[1564].

541. **Les SARL.** L'article L223-28 du Code de commerce applicable aux SARL précise : *"Chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède".* La première phrase de ce texte institue la participation aux décisions comme un droit fondamental de l'associé[1565]. Ensuite l'article proclame la règle d'ordre public *une part, une voix*[1566]. Le capital social comme clé de répartition des droits politiques n'apparaît pas clairement dans cette règle pourtant il n'est pas exclu. En effet, l'article L223-28 précité n'est pas contraire à l'article 1843-2 du Code civil. Selon ce dernier texte : *"Les droits de chaque associé dans le capital social sont*

[1561] Art 4 du Règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil, du 8 octobre 2001, relatif au statut de la société européenne (SE), *JO* L294 du 10 nov. 2001, p. 1. Sur ce montant v. supra n° 283.

[1562] Art. L224-2 C. com

[1563] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 307, p. 364.

[1564] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1568.

[1565] Art. 1844 al. 1 C. civ.

[1566] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1057, p. 466.

proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci". Le législateur emploie le terme *"droits"* au pluriel ce qui sous-entend que ce texte ne se limite pas au droit financier. Nous l'avons précédemment indiqué, la participation aux décisions sociales constitue l'un des droits attachés à la qualité d'associé. La détermination du nombre de voix que possède un associé s'effectue en fonction du niveau de détention des parts sociales au capital social. Plus précisément, les droits de vote d'un associé s'apprécient proportionnellement à sa détention du capital social. Ainsi, un associé qui détient 100 parts représentatives du capital social dispose de 100 voix[1567].

542. **La prééminence du principe de proportionnalité au capital social au sein des SARL, des SAS et des sociétés à risque illimité.** La détermination des droits politiques en fonction du nombre de parts sociales n'implique pas le déclin du capital social. Le choix de ce critère permet tout simplement de mieux de prendre en compte toutes les catégories de parts. En effet, la loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mais 2001 autorise sans restriction, la possibilité d'effectuer des apports en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée. La rédaction du second alinéa de l'article L223-7 du Code de commerce prévoit que : *"le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie".* Au vrai, la détermination des droits politiques des associés en fonction des parts sociales permet tout simplement de prendre en compte cette catégorie d'apporteur pour l'exercice du vote en assemblée collective. Le capital social n'est pas nié par le législateur. Les parts d'industrie et les parts représentatives du capital social devraient normalement cohabiter. D'ailleurs, les premières peuvent ne pas exister mais l'inexistence des dernières n'est pas concevable car les associés restent légalement tenus de constituer un capital social statutaire. En effet, les associés sont tenus de constituer un capital social statutaire dès la formation de la SARL. Il s'agit d'une prescription de l'article 1835 du Code civil. Les apports qui forment ce capital social sont rémunérés par des titres représentatifs du capital social.

La prééminence du capital social comme clé de répartition des droits politiques s'observe également au sein des autres formes sociales non astreintes à l'exigence d'un capital social minimum et dans lesquelles les apports en industrie sont autorisés. En effet, sur le fondement

[1567] Celui qui apportera plus aura les moyens de contraindre les autres en assemblée afin de protéger ses intérêts personnels au sein de la société. S'il dispose plus de 51% d'actions il pourra à lui seul décider en assemblée générale ordinaire.

des dispositions de l'article 1835 précité, les SNC, les SCS, les SAS et les sociétés civiles sont tenues de constituer un capital social statutaire dès leur formation. Ainsi, tout comme pour la SARL, les apports qui forment ce capital social sont rémunérés par des titres représentatifs du capital social. Ainsi, le capital social constitue le premier critère permettant de déterminer l'étendue des droits politiques des associés puisqu'une société ne peut se former sans capital social.

Pour la détermination des droits politiques des apporteurs en industrie, il est fait référence au capital social. La règle *"une part, une voix"* est également établie pour l'apporteur en industrie puisque l'article 1844-1 du Code civil applicable à toutes les formes sociales précise que : *"la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté"*. L'apport en industrie n'intègre certes pas le capital social, mais le législateur attribue une valeur à cet apport en fonction du plus petit apporteur en capital. C'est pour faciliter l'application de la règle *"une part, une voix"*. Si l'associé qui détient 100 parts représentatives du capital social est le plus petit apporteur en capital, l'apporteur en industrie disposera alors de 100 voix comme l'apporteur en capital.

Les articles L223-28 et L225-122 précités déterminent les droits de vote au prorata de la détention du capital social. Ces textes instituent cette règle comme étant un principe d'ordre public. En effet, le législateur a pris le soin de préciser que la clause statutaire mettant à l'écart le principe de proportionnalité *"est réputée non écrite"*[1568]. Ainsi, les statuts des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés par actions, à l'exception des sociétés par actions simplifiées, ne peuvent déroger à ce principe. Les droits de vote des associés sont obligatoirement proportionnels à la quotité du capital social souscrit[1569]. Il en est également ainsi au sein des sociétés à responsabilité limitée où il est même interdit de créer des parts sociales avec droit de vote double ou des parts sociales sans droit de vote[1570]. L'utilité du capital social est ainsi renforcée dans ces formes sociales par l'imposition de cette règle. Cette règle engendre une égalité proportionnelle entre les associés[1571] et c'est ce qui justifie que le

---

[1568] Art. L223-28 al. 5 et L225-122 al. 1 C. com.

[1569] M. JUGLART et B. IPPOLITO, **Traité de droit commercial**, 2ème vol. les sociétés, 3ème éd., par du E. PONTAVICE et J. DUPICHOT, 2ère partie : Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée, éd. Montchrestien 1982, n° 760-3, p. 746.

[1570] Art. L223-28 C. Com. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1057, p. 466.

législateur l'impose. En effet, il prend en outre le soin de préciser que : "*Les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées*"[1572]. L'importance du capital social apparaît ainsi au sein des sociétés. Toutefois, dans certaines formes sociales, le législateur n'impose pas la règle de la proportionnalité au capital social. C'est la liberté contractuelle qui s'applique.

B. Les sociétés pouvant opter pour l'application de la règle de la proportionnalité au capital social

543. Dans certaines formes sociales, le législateur admet que les associés puissent librement déterminer la clé de répartition des droits de vote. Les sociétés visées par cette règle sont généralement celles dans lesquelles le capital social n'occupe pas une grande place. Au sein des formes sociales classiques, il s'agit principalement des sociétés à risque illimité dans lesquelles les associés s'engagent personnellement à contribuer aux dettes sociales sur leur patrimoine privé. Ou encore des sociétés par actions simplifiées qui empruntent désormais certaines règles applicables aux sociétés à risque illimité **(1)**. Ensuite, la société coopérative que nous considérons comme une forme sociale non classique car contrairement aux sociétés de droit commun dont le but est le partage des bénéfices ou de l'économie qui en résulte[1573], la société coopérative n'est pas d'essence capitaliste. La souscription au capital d'une coopérative est destinée à permettre l'accès à ses services et n'a donc pas de caractère spéculatif. Pour le partage des droits financiers, le législateur ne donne pas la possibilité aux associés de choisir l'application du principe de proportionnalité. Il en est également de même pour la détermination des droits de vote **(2)**.

1. Les formes sociales classiques

544. **Les sociétés à risque illimité.** Le droit de vote attaché aux droits sociaux est par principe proportionnel à la détention du capital social. Chaque part sociale donne droit à une

[1571] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1057, p. 466.

[1572] Art. L235-2-1 C. com. ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 306, p. 363.

[1573] Art. 1832 C. civ

voix au moins. Cela dit, un associé détenant 60% du capital social détient 60% des voix. Ce principe, qui se résume dans la formule elliptique *"une action, une voix"*, est d'ordre public car toute clause contraire est réputée non écrite. Cependant, les sociétés de personnes commerciales ont la particularité de ne pas être des *"machineries lourdes"* comme les sociétés de capitaux dans le sens où les dispositions d'ordre public sont substituées par les clauses librement aménagées. Ces formes sociales apparaissent comme des sociétés déréglées au motif que l'intuitu personae reste très poussé. Ainsi, le capital social n'est pas institué comme mode d'organisation de ces formes sociales. Il en est ainsi des sociétés en nom collectif et en commandite simple. Cette dernière empruntant les règles de la première qui apparaissent comme étant insuffisantes. L'absence de réglementation apparaît dans l'organisation des pouvoirs des associés. Les décisions sont certes prises par vote en assemblée générale mais aucune précision n'est apportée sur la répartition des droits de votre entre associés. Toutefois, considérant le vote comme un droit inhérent à la qualité d'associé, il semble alors que les dispositions de l'article 1843-2 instituant la règle de la proportionnalité dans toutes les formes sociales soient applicables à ces formes sociales. Le texte précise que *"Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci"*. Cette règle n'est pas d'ordre public pour les catégories des formes sociales visées ici. Ainsi, elles ont toute liberté dans le choix du système de votation. Rien n'interdit de prendre en compte le niveau de détention du capital social pour déterminer les droits de vote. Plus précisément, les statuts peuvent parfaitement prévoir l'application du principe de proportionnalité au capital social. Ils peuvent aussi écarter l'application de ce principe en imaginant une répartition du vote par tête. Chaque associé dispose ainsi d'une seule voix se résumant par l'égalité *"un associé = des voix"*. Ce système à l'avantage de considérer les associés sur le même pied d'égalité. Il exclut tout pouvoir de domination par un seul associé dans le sens où tous les associés n'ont droit qu'à une seule voix. Mais ce système votal comporte un inconvénient et c'est celui de ne pas prendre en compte le niveau de détention du capital social. Un associé détenant 90% du capital social ne peut se prévaloir que d'une voix lors des prises de décisions. Il est pris sur le même pied d'égalité qu'un associé détenant 5% du capital social. Par exemple, celui qui a apporté plus au capital social ne peut se prévaloir de plus de droit de vote que les autres détenteurs minoritaires. Pour éviter cette injustice, les associés peuvent choisir de proportionner leur droit de vote en appliquant le principe de proportionnalité au capital social.

545. **Les SAS.** Certes, la société par actions simplifiées emprunte les règles applicables aux sociétés anonymes comme l'indique l'article L227-1 du Code de commerce. Cependant, contrairement à la société anonyme qui est régie par des dispositions d'ordre public, la société par actions simplifiées à tendance à se rapprocher des sociétés de personnes en termes de liberté statutaire[1574]. En effet, la société par actions simplifiées est affranchie, aux termes de l'article L227-9 du Code de commerce, du respect de la proportionnalité comme l'indique l'article L225-122 du même Code. Cette liberté ne peut déboucher à la suppression du droit de vote d'un associé. Dans ce sens, un arrêt du 23 octobre 2007 de la Cour de cassation est venu préciser sous le visa de l'article 1844 du Code civil que : *"tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi"*[1575]. L'article L227-9 précité institue tout simplement une liberté contractuelle dans la détermination de la clé de répartition des droits de vote[1576]. Ainsi, comme pour les sociétés de personnes, rien n'interdit aux associés de prévoir le capital social comme clé de répartition. Ils peuvent toutefois choisir de l'écarter pour appliquer par exemple le système de vote par tête. Ce système est celui institué au sein des sociétés coopératives.

2. L'impossibilité pour la société coopérative de choisir pour l'application du principe de proportionnalité

546. **L'institution du vote par tête.** Une société coopérative doit se conformer aux règles du Code civil. En effet, celles-ci fixent le cadre juridique général des sociétés peu importe la forme sociale. La société coopérative doit également respecter les dispositions prévues dans le Code de commerce. Au vrai, il s'agit d'une modalité des formes commerciales à savoir la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Toutefois, ces différents textes ne s'appliquent aux sociétés coopératives que dans la mesure où elles ne se heurtent pas

---

[1574] J. F. BARBIERIE, la SAS revisitée par la LME, *Bull. Joly* 2008, p. 560

[1575] Cass. com. 23 oct. 2007, *JCP* E 2007, 2433, note A. VIANDIER ; *JCP* E 2008, 1280, n° 8, note J. J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP* G 2008, II, 10197, note D. BUREAU ; *Bull. Joly* 2008, p. 101, n° 23, note D. SCHMIDT ; *Rev. soc.* 2007, p. 814, note P. LE CANNU ; *D.* 2007, p. 2726, note A. LIENHARD ; J. PAILLUSSEAU, La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote, *D.* 2008, p. 1563 ; R. KADDOUCH, L'irréductible droit de vote de l'associé, *JCP* E 2008, 1549.

[1576] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n°1243, p.496.

à la loi du 10 septembre 1947. Il convient de souligner qu'en droit français, le principe est que les lois spéciales dérogent à la loi générale. Or, dans les sociétés coopératives, le pouvoir appartient aux coopérateurs de manière "*démocratique*"[1577]. Comme dans un Etat démocratique, il est instauré dans cette forme sociale un *"gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple*"[1578]. Ce qui signifie concrètement que tous les associés disposent de droits égaux dans la prise de décisions. En effet, l'article 4 de la loi du 10 septembre 1947 prévoit que *"les associés d'une coopérative disposent de droits égaux dans sa gestion et il ne peut être établi entre eux de discrimination suivant la date de leur adhésion"*. Chaque associé dispose d'une voix aux assemblées générales ce qui se résume dans la formule elliptique *"un homme, une voix"*. Autrement dit, le niveau de détention du capital est sans importance dans la détermination des droits de vote. La maîtrise des décisions sociales n'appartient pas à l'associé ayant effectué l'apport en capital le plus important[1579]. L'égalité entre les personnes physiques associées prime sur l'égalité proportionnelle aux apports.

547. **La détermination des droits de vote en fonction du niveau de détention du capital social.** L'adoption de la loi du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives[1580] a entraîné un retour apparent au capital social clé de répartition des droits politiques au sein des sociétés coopératives. S'inspirant des clauses statutaires revenant dans les sociétés coopératives[1581], le droit coopératif actuel accepte l'adhésion des apporteurs de capitaux dans la mesure où ils n'ont pas à revêtir la qualité complémentaire de coopérateur. En effet, l'article 3 bis de la loi de 1947 autorise les sociétés coopératives à accueillir des associés non coopérateurs *"qui n'ont pas vocation à recourir à leurs services… mais qui entendent contribuer par l'apport de capitaux à la réalisation des objectifs de la coopérative"*. L'alinéa 2 du même article énonce que les statuts pourront organiser les droits de vote de ces associés en tenant compte du niveau de détention du capital social. Dans ce cas,

---

[1577] D. PLANTAMP, La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif, *RTD Com*. 2005 p. 465.

[1578] R. SAINT - ALARY, Eléments distinctifs de la société coopérative, *RTD com.* 1952, p. 499, n° 24.

[1579] B. SAINTOURENS, Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Rev. soc*. 1996, p. 1

[1580] Loi n° 92-643 du 13 juillet 1992 relative à la modernisation des entreprises coopératives, *Rev. soc.* 1992, 563 ; Sur cette loi V. notamment les commentaires suivants : E. ALFANDARI et M. JEANTIN, *RTD com.* 1993, 119 et s. ; G. GOURLAY, *Dr. soc.* 1992, p. 1.

[1581] Exemple des coopératives agricoles, artisanales et maritimes.

le législateur prévoit un retour du principe de proportionnalité au capital social. En effet, le nombre de voix des associés sera fonction du capital détenu.

Toutefois, les associés investisseurs classiques de la coopérative doivent subir, du fait de la loi, une limitation de leur influence en termes de droit de vote aux assemblées générales. Le législateur prévoit un mécanisme de plafonnement en termes de pourcentage des droits de vote dans le sens où les associés non coopérateurs ne peuvent détenir plus de 35 % du total des droits de vote. Ce plafonnement en pourcentage s'applique non pas individuellement mais à l'ensemble des associés non coopérateurs. Il est difficile dans ces conditions de mettre en œuvre le principe de proportionnalité au capital social des droits de vote sauf s'il n'existe qu'un seul associé non coopérateur détenant effectivement 35% du capital social. S'il en existe plusieurs, les 35% des droits de vote répartis entre les associés non coopérateurs peuvent ne pas correspondre à leur véritable détention du capital social à moins que les différents investisseurs proportionnent leurs apports en fonction du pourcentage de plafonnement. Cependant, ce pourcentage reste protecteur des intérêts des apporteurs de capitaux puisqu'il est supérieur à la minorité de blocage prévue dans les sociétés anonymes et les SARL[1582]. Ainsi, les décisions les plus importantes notamment celles qui entraîneront une modification des statuts ne pourront a priori être prises sans l'approbation des associés investisseurs non coopérateurs.

Dans tous les cas, le plafonnement des droits de vote des apporteurs de capitaux par la référence à un pourcentage de 35 % permet de conserver la nature même de la société coopérative. Comme nous l'avons souligné, le pouvoir appartient aux coopérateurs de manière "*démocratique*". C'est cette particularité qui justifie l'exclusion du principe de proportionnalité au sein des sociétés coopératives. Mais, ce principe est appliqué aux associés classiques.

Le capital social n'est pas institué comme clé de répartition des droits politiques

Nous constatons que le principe de proportionnalité applicable au sein des sociétés à risque limité à l'exception des sociétés par actions simplifiées pourrait s'étendre aux autres formes sociales par la volonté des associés. Le capital social est ainsi incontournable comme clé de répartition des droits de vote au sein des sociétés à risque limité à l'exception des sociétés par actions simplifiées. En outre, les votes des associés ne sont validés que sous

[1582] B SAINTOURENS, Sociétés coopératives et sociétés de droit commun op. cit., p. 1.

certaines conditions et les critères d'appréciation du quorum et de la majorité prennent en compte les titres représentatifs du capital social.

§ 2. Les détenteurs de titres de capital social pris en compte dans le décompte du quorum et de la majorité

548. Il importe de préciser les conditions dans lesquelles les associés exercent leurs droits politiques lorsqu'ils prennent des décisions. En effet, un associé peut détenir des droits politiques importants mais, des conditions de quorum et de majorité doivent être respectées pour que ces droits soient effectifs. Certes, le capital social n'est pas le critère d'appréciation du quorum et de la majorité, mais les détenteurs de titres de capital sont nécessairement pris en compte dans aussi bien pour le décompte du quorum **(A)** que de la majorité[1583]**(B)**.

A. La prise en compte des détenteurs de titres de capital pour le décompte du quorum

549. **Les règles de quorum dans les sociétés à risque limité.** Dans les sociétés à risque limité, précisément les SA, les SCA et dans une moindre mesure les SARL, les assemblées sont minutieusement réglementées et les statuts doivent scrupuleusement respecter le rituel légal car toute mauvaise manœuvre pourrait fournir une arme à l'associé désespéré pour faire annuler la décision[1584]. Les modalités pour prendre une décision se distinguent en fonction des assemblées. Par exemple, les comptes ne peuvent être approuvés que par l'assemblée générale ordinaire et non par une consultation écrite des associés[1585]. Pour être valable, la loi impose le respect du quorum c'est-à-dire le nombre minimum d'associés présents ou représentés pour que la décision soit approuvée. Le quorum est différent en fonction de l'assemblée. En ce qui concerne les assemblées générales ordinaires de sociétés anonymes et en commandite par actions, elles ne délibèrent valablement que si les

[1583] A. DALSACE, Quorum et majorité dans les assemblées d'actionnaires, *Banque* 1966, 227.

[1584] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1059, p. 467.

[1585] Art. L223-26 et L225-100 C. com.

actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Les statuts des sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé peuvent prévoir un quorum plus élevé[1586]. Le quorum est déterminé en ne prenant pas en compte les actions de capital privées du droit de vote[1587]. La seconde convocation adressée aux actionnaires délibère valablement sans aucune exigence de quorum lorsque le quorum de la première convocation n'a pas été atteint[1588]. Le quorum des assemblées générales extraordinaires des SA et des SCA s'est étendu aux sociétés à responsabilité limitée constituées après la loi du 2 août 2005 depuis cette loi. Elles ne parlementent régulièrement que si les associés présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart et, sur deuxième convocation, le cinquième des parts[1589] et actions ayant le droit de vote[1590]. Mais les assemblées extraordinaires des sociétés à responsabilité limitée constituées avant la loi de 2005 ne délibèrent valablement que si les associés représentent au moins les trois quarts des parts sociales.

550. **Les règles de quorum dans les sociétés à risque illimité et les sociétés hybrides.** Les règles de quorum dans les sociétés à risque illimité, dans les SARL et les SAS sont déterminées librement par les statuts. En effet, l'article L227-9 du Code de commerce récemment modifié par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 accorde une liberté totale aux statuts des SAS pour déterminer les conditions de quorum. Ce texte dispose que : *"Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient"*. Cette liberté reconnue aux statuts de fixer les conditions de quorum se rapproche de celle que l'on observe dans les sociétés de personnes particulièrement la société en nom collectif dont les dispositions s'appliquent également à la société en commandite simple. Il en est également de même pour les assemblées générales ordinaires des sociétés à responsabilité limitée. Les statuts sont autorisés à fixer librement le nombre minimum d'associés en fonction ou pas du niveau de détention des parts sociales.

[1586] Art. L225-98 C. com. modifié par l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009.

[1587] CA Paris, 8 févr. 1968, *Gaz. Pal.* 1969, I, 86.

[1588] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1581.

[1589] Art. L223-30 modifié par loi n°2005-882 du 2 août 2005.

[1590] Art. L225-96 modifié par l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009.

551. **La prise en compte des détenteurs de titres de capital dans le décompte du quorum.** Le législateur vise la détention des droits de vote et non le capital social comme critère d'appréciation du quorum. Cette solution est logique dans la mesure où elle permet de prendre en compte toutes les catégories de titres à l'exception de ceux dépourvus de droit de vote. Or, certains titres représentatives du capital social sont dépourvus de droit de vote. Ainsi, les détenteurs de ces titres ne pourraient être pris en compte pour le décompte du quorum. A l'inverse, bien que certaines parts sociales comme les parts représentatives d'apport en industrie ne soient pas connectées au capital social, les détenteurs de ces parts sont pris en compte dans le décompte du quorum. Ainsi, le capital social ne peut servir de critère pour la détermination du quorum puisque dans certain cas, les détenteurs d'actions de capital ne doivent pas être pris en compte pour le décompte du quorum et dans d'autres cas, les détenteurs de parts non représentatives du capital social sont pris en compte pour ce décompte. Toutefois, il ne fait aucun doute que les détenteurs de parts représentatives du capital social soient pris en compte dans le décompte du quorum puisque ces titres doivent, par principe, être émis dans toutes les formes sociales contrairement aux titres non représentatifs du capital social. La formation du capital social est imposée dans toutes les formes sociales sur le fondement de l'article 1835 du Code civil. Ainsi, la société est obligée d'émettre des titres représentatifs du capital social.

C'est ainsi, que les détenteurs de titres de capital sont nécessairement pris en compte pour le décompte du quorum au sein des sociétés. Il en est ainsi pour le décompte de la majorité des droits de vote.

B. La prise en compte des titres de capital dans le décompte de la majorité

552. **Les règles de majorité dans les sociétés à risque limité.** En ce qui concerne les conditions de majorité, celles-ci sont différentes selon que la décision relève de la compétence des assemblées générales ordinaires ou de la compétence des assemblées générales extraordinaires. En assemblée générale ordinaire, les décisions sont prises à la majorité simple des parts ou actions[1591]. Par exemple si le capital social de la société à responsabilité limitée

est composé de 2000 parts sociales, la majorité simple est atteinte à 1001 soit 2000 divisé par 2 et le tout en additionnant le chiffre 1.

Cette logique sous-tend également les règles de majorité en assemblée générale extraordinaire. En effet, les décisions prises en assemblée générale extraordinaire sont prises à la majorité des trois quarts des parts sociales pour les sociétés à responsabilité limitée constituée avant la loi du 2 août 2005[1592]. Comme pour le quorum, cette loi étend la règle de majorité des sociétés de capitaux aux sociétés à responsabilité limitée[1593]. Les décisions modifiant les statuts ne sont désormais valables que si les 2/3 des parts sociales ou actions s'expriment en faveur de la décision[1594]. Par exemple, la majorité des deux tiers d'une société à responsabilité limitée constituée de 1 000 parts est atteinte à 667 parts. Les calculs suivants permettent de trouver ce résultat : 1 000 x 2 / 3. Peu importe que ces 667 parts appartiennent à un seul associé puisque la détention de cette majorité suppose le respect de la règle du quorum relative au quart des parts sociales.

553. **Les règles de majorité au sein des sociétés à risque illimité et les sociétés hybrides.** Aucune contrainte n'est imposée pour les SAS dans le sens où les conditions de majorité sont librement déterminées au sein des statuts. En effet, l'alinéa 2 de l'article L227-9 du Code de commerce indique que les associés doivent exercer collectivement *"dans les conditions prévues par les statuts"*, *"les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes…"*. Cette liberté statutaire est également reconnue aux membres de la SNC puisque l'article L222-5 du même Code précise que : *"Les décisions sont prises dans les conditions fixées par les statuts"*.

En ce qui concerne les décisions prises par les associés en nom, la règle instituée par le législateur est l'unanimité. En effet, contrairement aux conditions prévues pour la société civile, l'article L221-6 du Code de commerce précise que : *"les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises à l'unanimité des associés"*. Or, l'article 1852 du Code civil applicable aux sociétés civiles prévoit la même règle mais en l'absence de précision statutaire d'une autre règle. Selon ce texte : "*Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus*

[1591] Art. L223-29 et L225-98 C. com. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1582 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1062, p. 469.

[1592] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1062, p. 469.

[1593] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1594.

[1594] Art. L223-30 et L225-96 C. com.

aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés". Autrement dit, le principe est la liberté statutaire au sein des sociétés civiles et l'exception c'est l'unanimité. Ce qui n'est pas le cas pour les associés en nom, le principe c'est la règle de l'unanimité et l'exception c'est la liberté contractuelle. Les juges admettent que les associés d'une société en nom collectif puisent décider que toutes les décisions sans distinction d'assemblée soient prises à l'unanimité[1595]. Cette règle comporte un inconvénient puisqu'elle peut entraîner le dysfonctionnement de la société si un seul des associés s'oppose à une décision. La société risque la dissolution sur le fondement de l'article 1844-7 du Code civil pour mésentente entre associés[1596].

554. **La prise en compte des titres de capital social dans le décompte de la majorité.** Le capital social n'est pas considéré légalement comme étant le critère d'appréciation de la majorité. Cette solution reste logique dans la mesure où tous les titres émis dans une société ne sont pas représentatifs du capital social. Mais, les titres rattachés au capital social sont nécessairement pris en compte dans le décompte de la majorité requise pour la validité d'une décision collective. En effet, ces titres doivent être émis dans toutes les formes sociales sur le fondement de l'article 1835 du Code civil.

Nous pouvons ainsi dire que le capital social apparaît comme une notion incontournable au sein des sociétés à risque limité. Certes, il n'est pas utilisé comme critère d'appréciation du quorum et de la majorité, mais il est nécessairement pris en compte lors du décompte. En outre, le capital social reste une notion utile dans la mesure où la règle de la proportionnalité au capital social est instituée comme principe non dérogatoire au sein des sociétés de capitaux et des sociétés à responsabilité limitée. L'application de cette règle pourrait s'étendre aux autres formes sociales par la volonté des associés. Toutefois, il existe plusieurs dérogations au principe de proportionnalité. Mais, est-il possible d'établir une connexion entre ces dérogations et le capital social ?

[1595] Cass. com. 12 mars 1996 n° 93-17813.

[1596] Ibidem.

Sous-section 2. Le capital social connecté aux dérogations au principe de proportionnalité

555. La proportionnalité au capital social comme mode d'attribution des droits politiques est certes érigée en règle d'ordre public au sein des sociétés de capitaux à savoir les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions mais ce principe connaît des exceptions. L'existence de ces dérogations écarte-t-elle le capital social ? Le capital social est une notion incontournable en droit des sociétés. Il énormément utilisé par le législateur pour garantir un équilibre relationnel entre les associés. Sa mise à l'écart peut par moment se révéler apparente. C'est le cas lorsque l'associé est dépossédé temporairement de l'exercice de son droit de vote pour cause de sanction ou par rapport à la nature du titre qu'il détient **(§ 1)**. L'application du principe de proportionnalité n'est que partiellement mise en cause puisqu'il continue d'exister pour les autres associés.

Le principe est qu'à chaque action, il est attaché une voix. Ce principe ne supporte pas l'exception du vote plural sauf dans les sociétés dans lesquelles ce principe n'est pas institué comme tel. Il en est autrement des droits de vote double et des clauses limitatives du nombre de voix. Ces deux exceptions au principe de proportionnalité au capital sont prévues par les textes. Toutefois, la prise en compte statutaire des votes accrus ne signe pas nécessairement la mort du capital social. Celui-ci continue d'exister soit comme mode de répartition soit comme condition d'attribution **(§ 2)**. D'ailleurs, les exceptions au principe de proportionnalité au capital social sont contestées par les instances communautaires. Du moins pour garantir les transactions des actions au sein de l'espace communautaire, elles ont prévu des textes supprimant l'application de ces dérogations **(§ 3)**.

§ 1. Le capital social présent en dépit de la dépossession temporaire des droits de vote

556. Les associés de toutes les formes sociales ont le droit de participer aux décisions collectives[1597]. Il s'agit là d'un droit fondamental qui ne peut être supprimé par contrat ou par clauses statutaires sous peine de porter atteinte à ce qui fait la spécificité de l'associé. Cette participation se concrétise par un droit de vote et ce sont les associés et eux seuls qui en sont

[1597] Art. 1844 C.civ. créé par la loi 5 janvier 1978.

titulaires[1598]. Toutefois, dans certains cas, les textes suppriment les droits de vote à une catégorie d'associé. Il en est ainsi de la société qui ne peut se prévaloir des votes que lui confèrent ses titres auto-détenus. Par exemple, une société détenant des actions, représentée par ses dirigeants en assemblée ne peut exercer le droit de vote attaché à ces titres[1599]. Certaines personnes comme les commissaires aux comptes[1600] sont conviées aux assemblées mais ne disposent d'aucune voix délibérative. Nous allons nous intéresser uniquement aux personnes qui sont autorisées à exercer leur droit de vote en assemblée. Le droit de vote est certes un attribut essentiel attaché à la qualité d'associé mais il n'est pas intangible car dans certains cas sa suspension temporaire pourrait être admise. En raison d'un conflit d'intérêt qui oppose l'associé à la société, l'exercice proportionnel des droits de vote peut être suspendu pour un laps de temps et il en est également de même en cas de sanction d'un associé pour atteinte au droit des sociétés **(A)**. Parmi ces atteintes, les règles régissant le capital social ne sont pas en reste. Dans d'autres cas, il ne s'agit pas d'une sanction mais plutôt de la nature du titre qui prive son détenteur d'exercer le droit de vote. Mais cette dépossession du droit de vote pourrait être temporaire sous certaines conditions **(B)**.

A. La dépossession fondée sur les atteintes du droit des sociétés

557. **L'inobservation des règles relatives aux franchissements de seuil.** Les règles relatives aux franchissements des seuils ont été introduites par la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier[1601] pour renforcer les obligations d'information pesant sur les actionnaires de sociétés cotées[1602]. En effet, les obligations imposées par la loi du 24 juillet 1966 étaient insuffisantes[1603] tant pour la Commission des Opérations de Bourse (COB) devenue Autorité des Marchés Financiers (AMF) qui devait

[1598] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** T. II, 1974, n° 165, p. 148.

[1599] Art. L622-27 C. com. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1559.

[1600] Art. L225-238 C. com.

[1601] L.1989, art. 17 et 18 ; JO 4 août 1989 ; *JCP* G 1989, III, 63009.

[1602] Par sociétés cotées il faut entendre par-là toute société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

[1603] Art. 356 devenu art. L 233-6 C. Com.

pourvoir appréhender la structure du pouvoir de ces sociétés, que pour ces sociétés elles-mêmes qui se plaignaient de ne pas être en mesure de connaître leur actionnariat. C'est pourquoi la déclaration du franchissement d'un nombre d'actions représentant une part significative du capital social ou des droits de vote d'une société cotée a été érigée en obligation pour les actionnaires de sociétés cotées, qu'ils agissent seuls ou de concert[1604]. Le mécanisme de base demeure ainsi le fait de déclarer à la société et à l'AMF les modifications liées à la participation[1605]. Cette déclaration présente une double utilité à savoir permettre aux investisseurs d'acquérir ou de céder des actions en ayant pleinement connaissance des changements intervenus dans la structure des droits de vote et contribuer à la transparence globale du marché pour ce qui concerne les mouvements de capitaux importants. Sur l'étendue de l'information à déclarer, les juges retiennent que l'information porte sur le pourcentage des droits de vote et sur le pourcentage du capital détenu par le nouvel actionnaire[1606]. Cette exigence est corroborée à la lecture de l'article L233-14 du Code de commerce qui instaure la suppression automatique des droits de vote attachés aux actions qui *"excèdent la fraction qui aurait dû être déclarée"* au titre du seuil franchi[1607]. Ainsi, à défaut d'avoir été déclarées, les actions excédant l'un des seuils fixés par l'article L233-14 précité sont privées du droit de vote. Cette sanction a un caractère automatique autrement dit, elle s'impose à la société sans l'intervention du juge. Il appartient alors à l'assemblée générale de prendre les mesures nécessaires à la privation des droits de vote dès lors que le défaut de déclaration est avéré[1608]. La privation du droit de vote de l'associé délinquant s'applique à toutes les décisions collectives tenues jusqu'à l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date de régularisation de la notification. C'est dire alors que la régularisation ne permet même pas de rétablir dans l'immédiat le droit de vote. Cette véritable sanction peut même être

---

[1604] TH. BONNEAU, La réforme 2005 des franchissements de seuils, *Bull. Joly Bourse*, 01 novembre 2005 n° 6, p. 694.

[1605] comme le rappellent les considérants de la directive : Dir. PE et Cons. UE n° 2004/109/CE, 15 déc. 2004, sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive n° 2001/34/CE : JOUE n° L 390/38, 31 déc. 2004. n° 18.

[1606] F. BUCHER, Privation automatique des droits de vote en l'absence de déclaration de franchissement de seuils régulière, *Bull. Joly Bourse*, 01 janvier 2004, n° 1, p. 56

[1607] M. GERMAIN, La déclaration de franchissement de seuil, *Rev. Dr. Bancaire* 1990, s., spéc.

[1608] Pour une illustration, v. Tr. com. de Nîmes, 18 février 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 536 et s. note P. LE CANNU.

aggravée en termes de délai dans le sens où le juge peut prononcer la suspension totale ou partielle des droits de vote détenus par l'actionnaire récalcitrant pour une durée maximale de cinq ans[1609]. Le législateur distingue ainsi deux sanctions : la première jouant de plein droit et ne concernant que les actions excédant la fraction qui aurait dû être déclarée et l'autre qui nécessite une décision du tribunal de commerce du siège social et qui porte sur la totalité des droits de vote ou sur une fraction déterminée par le tribunal. Cependant, cette faculté reconnue aux juges de suspendre les droits de vote de l'actionnaire récalcitrant ne s'applique pas en cas de manquement à l'obligation d'information imposée par les statuts pour les détentions comprises entre 0,5% et 5% du capital social ou des droits de vote. En effet, selon l'article L233-7 *" En cas de non-respect de l'obligation d'information mentionnée au III, les statuts de la société peuvent prévoir que les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 233-14".* Or, la faculté reconnue au juge est prévue à l'alinéa 4 de l'article L233-14 précité ce qui veut dire que les sanctions prévues aux alinéas suivants ne s'appliquent pas car le texte ne vise que le non-respect des alinéas 1 et 2 de l'article L.233-7 précité. Autrement dit, le droit de vote d'un actionnaire ayant manqué à l'obligation d'information imposée par les statuts ne peut être supprimé totalement ou partiellement par voie judiciaire.

Les statuts peuvent-ils prévoir la suppression automatique du droit de vote des actions excédant les seuils statutaires ? Aux termes de l'article L233-7 du Code de commerce, la suppression des droits de vote ne peut être automatique car elle n'est possible que sur demande de l'assemblée générale détenant une fraction du capital ou des droits de vote de la société.

558. **La non-libération de l'apport promis**. Lorsque l'actionnaire n'a pas libéré l'apport promis alors même que le dirigeant a procédé à l'appel du non versé, il est prévu une suppression temporaire des droits de vote. La suspension des droits de vote pourrait s'accompagner de la suspension du droit au dividende[1610]. L'associé défaillant recouvre ses droits essentiels dès lors qu'il aura libéré l'apport promis.

[1609] P. LE CANNU note sous Tr. com. de Nîmes, 18 février 1992, Bull. Joly 1992, p. 546.

[1610] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 659 ; P.-H. CONAC, Franchissement de seuils, *Répertoire Société Dalloz*, spéc. n° 3. V. également, TH. BONNEAU et L. FAUGÉROLAS, **Les offres publiques, OPA, OPE, garantie de cours, retrait...**, préface J.-FR. LEPETIT, EFE, 1999, n° 76 et s. ; TH. BONNEAU et FR. DRUMMOND, **Droit des marchés financiers**, Economica, 2005, 2e éd., n° 694 ; A. VIANDIER, **OPA, OPE et autres offres publiques**, éd. Francis Lefebvre, 2003, 2e éd., n° 352 et s.

559. **La dépossession pour éviter l'approbation frauduleuse de la valeur de l'apport en nature.** L'apporteur en nature ne prend pas part au vote de l'approbation de la valeur de son apport en nature. Cette règle est prévue pour les sociétés offrant leurs titres au public et s'étend aux sociétés n'offrant pas leurs actions au public. En effet, pour cette dernière catégorie de société, l'article L225-12 du Code de commerce n'exclut pas l'application des dispositions de l'article L225-10 du même Code qui prévoit que : *"Lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité"*. Il en est également de même des articles L226-1 et L227-1 applicables respectivement aux SCA et aux SAS.

C'est parce que la surévaluation de l'apport en nature peut porter préjudice aux autres apporteurs que les droits de vote de l'apporteur concerné ne sont pas pris en compte. L'apport en nature doit être évalué selon sa valeur réelle car l'efficacité du principe de proportionnalité en dépend. Si l'évaluation retenue entraîne une détention importante du capital social, l'apporteur en nature pourra à lui seul détenir un vote majoritaire et prendre toutes les décisions en assemblée générale ordinaire. Cet avantage lié à la surévaluation de l'apport crée une inégalité entre associés alors même que l'essence du principe de proportionnalité au capital social c'est d'établir une égalité. C'est pour éviter tout ceci qu'il est interdit à l'apporteur en nature ou le bénéficiaire d'un avantage particulier de prendre part à la délibération de l'assemblée générale relative à l'approbation de la valeur de son apport. La prohibition a pour but d'éviter que l'associé ne pèse de son poids pour faire balancer la solution en sa faveur. Il s'agit d'une suspension des droits de vote légale car elle est prévue à l'article L225-10 du Code de commerce. Mais, l'apporteur est dépossédé temporairement de son de droit de vote. En effet, les droits de l'apporteur en nature ou du bénéficiaire d'un avantage particulier ne sont pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité uniquement pour l'assemblée générale délibérant sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier. Ainsi, ils peuvent être rétablis à la même assemblée pour les autres questions où à la prochaine assemblée ne portant pas sur la validation de la valeur d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier.

Le capital social continue d'exister dans tous les cas de suspension des droits de vote. D'abord, il resurgit au terme de la suspension. En outre, pendant la période de la suspension, la personne dont les droits de vote sont suspendus ne perd pas la qualité d'associé. Autrement

dit, il continue d'être détenteur de titres de capital rattachés au capital social et de jouir des autres prérogatives inhérentes à la qualité d'associé. La suspension des droits de vote ne pourrait permettre de conclure à la disparition du capital social. Qu'en est-il lorsque la dépossession des droits de vote est fondée sur la nature du titre ?

B. La dépossession fondée sur la nature du titre

560. **Les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote (ADPSV).** L'article L228-11 du Code de commerce donne la possibilité aux sociétés par actions de créer ces actions dès la formation de la société voire en cours de vie sociale. Ces actions rentrent dans la catégorie des actions de préférence et leur particularité réside dans le fait qu'elles offrent un avantage financier plus important par rapport aux actions ordinaires[1611]. L'étendue des droits financiers justifie souvent une libération plus rapide et plus certaine du capital social. La création d'ADPSV est de nature à intéresser les épargnants plus soucieux de la rentabilité de leurs capitaux que la participation du contrôle de la politique de la société. Elle peut également permettre aux dirigeants des sociétés de faire appel aux capitaux extérieurs sans perdre le contrôle de leurs entreprises. Mais en contrepartie, l'associé perd son droit de vote qui ne sera pas pris en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. La suppression du droit de vote n'est que temporaire. En effet, l'alinéa 1 de l'article L228-11 du Code de commerce dispose que le droit de vote peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable. En cas de suppression temporaire, les statuts doivent prévoir un délai au-delà duquel l'associé est censé recouvrer son droit fondamental. Au terme de ce délai, les droits de vote de l'actionnaire seront rétablis proportionnellement au capital social. La résurgence des droits de vote peut être conditionnée à un événement. Les associés peuvent par exemple prévoir qu'il en sera ainsi dès lors que l'associé concerné aura perçu l'avantage pécuniaire attaché au droit. L'alinéa 1 de l'article L228-11 précité donne également la possibilité aux sociétés de supprimer les droits de vote. En l'absence de précision de ce texte, il nous semble impossible de supprimer définitivement les droits de vote attachés à une action. Cette position remettrait en cause la solution de la Cour de cassation selon laquelle : *"Le droit de vote aux*

[1611] Supra n° 507.

assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action"[1612]. Au regard de cette affirmation, il nous semble que la suppression ne peut se concevoir que de manière temporaire et non définitive. D'ailleurs, les droits de vote de l'associé peuvent resurgir à tout moment. Les droits de vote détenus par les autres associés pourraient constituer une arme à l'encontre des détenteurs d'actions n'offrant aucun droit de vote. La distribution des bénéfices dépendant de leur volonté, ils pourraient en décider autrement. Le choix de ne pas procéder au versement du dividende pourrait se justifier notamment par le fait que cette décision pourrait ne pas leur profiter. En effet, les ADPSDV donnent droit à un dividende prioritaire prélevé sur le bénéfice distribuable de l'exercice avant toute autre affectation. L'avantage qu'offrent ces titres peut s'exercer au détriment des détenteurs des titres normaux dans le sens où le bénéfice distribuable peut être intégralement versé aux titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote[1613]. C'est de cette manière que se concrétise le droit au paiement du dividende prioritaire et lorsqu'il n'a pas été intégralement versé, il est reporté sur les exercices ultérieurs. Les actionnaires ordinaires se sentant exclus du partage pourraient être tentés de ne pas voter la distribution des bénéfices au détriment des porteurs d'ADPSDV. C'est pour éviter cela que le législateur prévoit un retour des droits de vote. Le droit de vote à l'assemblée générale du titulaire d'ADPSDV réapparaît si le dividende prioritaire n'est pas versé au bout de trois exercices comme le prévoit l'article L228-35-5. La résurgence du droit de vote subsiste *"jusqu'à l'expiration de l'exercice au cours duquel le dividende prioritaire aura été intégralement versé, y compris le dividende dû au titre des exercices antérieurs"*. C'est bien là reconnaître à ces titulaires, le bénéfice d'un droit de vote, ce qui mesure certainement aussi l'embarras du législateur à porter pleinement atteinte à cet attribut de l'associé, considéré comme essentiel[1614].

561. **Les certificats d'investissement** Prenant modèle sur les certificats pétroliers créés en 1957 par deux sociétés d'économie mixte, la loi du 3 janvier 1983 complétée par le décret du 2 mai 1983 a institué un produit financier nouveau résultant du démembrement des prérogatives de l'actionnaire en deux titres différents[1615]. L'un bénéficiant du droit de vote

[1612] Cass. civ. 7 avr. 1932, D. 1933, I, 153, note P. CORDONNIER ; Cass. com. 23 oct. 2007, JCP E, 2007, II, p. 2433.

[1613] Art. L228-35-4 C. com créé par l'ord. du 24 juin 2004.

[1614] Loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des invest
issements et de la protection

attaché à l'action et au second, il est accordé des droits financiers. On parle respectivement des certificats de droit vote et d'investissement dont le régime est fixé aux articles L228-30 à L.228-35 du Code de commerce. L'ambition déclarée de cette innovation était de permettre à un actionnaire public ou privé qui détient la majorité du capital ou une minorité de contrôle de se procurer des fonds sans modifier la répartition des pouvoirs dans une société.
Les certificats d'investissement sont rangés dans la catégorie des titres de capital ne conférant aucun pouvoir politique au sein de la société. Le niveau de détention du capital social n'est pas pris en compte, il y est même exclut. Cette suppression de droit de vote n'est pas définitive dans le sens où l'assemblée générale extraordinaire d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé peut décider de reconstituer les certificats en actions[1616]. Le capital social intervient comme seuil de déclenchement de la reconstitution. En effet, c'est lorsque les certificats d'investissement représentent au plus 1 % du capital social que les associés peuvent décider de la reconstitution de ces titres en actions ordinaires. Cette reconstitution des certificats en actions l'action entraîne une résurgence des droits de vote. Ceux-ci seront appréciés en fonction du niveau de détention du capital social du moins pour les sociétés qui n'admettent aucune dérogation à ce principe.

562. **La résurgence des droits de vote en fin de vie sociale.** Les détenteurs d'actions dépourvues de droit de vote recouvrent ce droit fondamental lorsque la société fait l'objet d'une liquidation. En effet, l'article L237-9 du Code de commerce prévoit que : *"Les associés, y compris les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, sont convoqués en fin de liquidation pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de la gestion du liquidateur et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation".* Ainsi, les détenteurs d'ADPSDV visés expressément par ce texte recouvrent leur droit de vote sur le quitus de gestion du liquidateur, la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation. Les propriétaires de certificats d'investissement ne sont pas nommément visés mais la seule limite qu'impose l'article L237-9 précité est la qualité d'associé. Les détenteurs de certificats d'investissement n'ont certes pas un droit de vote mais ils ne perdent pas non plus leur qualité d'associé[1617] puisqu'ils ont effectué un apport affecté à l'œuvre

[1615] G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1448, p. 1039.

[1616] Art. L228-31 C. com.

sociale par son incorporation au capital social. En tant qu'associé, personne visée par l'article L.237-9 précité, le titulaire d'un certificat d'investissement peut valablement participer aux décisions portant sur la dissolution, la liquidation et la constatation de sa clôture.

L'exercice du droit de vote proportionnel pourrait être interrompu lorsque l'intérêt de la société l'exige ou selon la nature du titre. Dans le premier cas, cette sanction est utilisée pour contraindre au respect entre autres des règles régissant le capital social. Aussi, la dépossession provisoire des droits de vote ne s'applique qu'à une partie des associés et non à l'ensemble des membres. En effet, lorsque la suspension des droits de vote est fondée sur l'intérêt social, seuls les actionnaires en cause sont privés de droit de vote. La mise à l'écart de l'exercice proportionnel des droits de vote ne frappe que la personne sanctionnée et cela pour une période limitée. Cette personne garde tout de même la qualité d'associé et continue d'avoir des liens avec le capital social lorsque les titres détenus y sont attachés.
La création d'actions sans droit de vote reste limitée. Ainsi, au sein de la société il coexiste deux catégories d'associés à savoir ceux dont les droits de vote ont été suspendus et ceux qui peuvent encore s'en prévaloir. Le droit de vote proportionnel est alors exercé par les détenteurs de titres normaux. Dans les sociétés qui appliquent le principe de proportionnalité pour l'attribution des droits de vote, la suspension des droits ne peut donc frapper tous les associés. Les titulaires d'actions n'offrant aucun droit de vote restent des détenteurs de titres de capital[1618] par conséquent leurs droits sociaux sont attachés au capital social. Ainsi, le capital social est toujours là présent même lorsqu'on croit qu'il a disparu. C'est le cas lorsque la société se lance dans l'attribution des votes accrus.

§ 2. L'utilité du capital du capital dans l'attribution des votes accrus

563. Si la règle de la proportionnalité dégagée par l'article L223-28 du Code de commerce ne connaît aucun revers, il n'en est pas de même de l'article L225-122 applicable aux sociétés de capitaux. La formule *"à capital égal, droit de vote égal"*[1619] connaît deux

[1617] C. J. BERR, La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *in* Mélanges en l'honneur de D. BASTIAN, Librairies Techniques, 1974, tome 1, Droit des sociétés, p. 6.

[1618] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 267, p. 299.

[1619] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 184, p. 163.

exceptions. Malgré tout, cette règle reste un principe d'ordre public et les statuts ne peuvent y déroger que dans la limite des deux exceptions prévues par le législateur. Les actions à vote plural n'étant pas visées par la loi **(A)**, le législateur donne uniquement la possibilité aux sociétés de capitaux de créer des actions à vote double **(B)**. Le capital social n'est pas en reste comme condition d'attribution et le principe de proportionnalité pourrait être utilisé comme mode d'attribution du droit de vote double. Ensuite, les textes reconnaissent aux actionnaires la possibilité de plafonner, de limiter le niveau de détention des droits de vote **(C)**. Mais le capital social est moins présent lorsqu'il s'agit de ces titres.

A. Les actions à vote plural

564. **L'interdiction des actions à vote plural.** Une loi du 16 novembre 1903 autorisait en France la création d'actions à droit de vote plural, ce qui permettait à des actionnaires de prendre le contrôle d'une société avec une participation réduite au capital social. Assez timorée à l'origine, la pratique se saisit pourtant rapidement de tels montages incluant ces actions particulières. Cependant, ces constructions engendrèrent de nombreux abus et les critiques furent virulentes, tant sur le plan politique que juridique[1620]. Pour mettre fin à ces abus, la loi du 13 novembre 1933, après une plus timide intervention en 1930, supprima les actions à droit de vote plural dans les sociétés anonymes et en commandite par actions. Depuis lors, *"on préfère mesurer l'attribution du droit de vote en fonction de la quotité de capital représentée par les titres"*[1621] dans ces formes sociales. Il en est de même des sociétés à responsabilité limitée compte tenu du caractère d'ordre de l'article L223-28 du Code de commerce qui énonce que : "*chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède".* Le principe est alors l'interdiction de création des titres à vote plural.

Cependant, la question de la contradiction de l'article L225-123 avec l'article L225-122 précité se pose. Alors que ce dernier texte proclame que toute clause statutaire édictant une répartition des droits de vote autre que celle relative à la proportionnalité au capital social est

[1620] Sur cette loi et les raisons de son abrogation, voir G. RIPERT et R. ROBLOT, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1187 ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., p. 193.

[1621] Art. L225-122 C. com. ; J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 183, p. 163.

réputée non écrite, le premier texte prévoit la création d'actions à vote double. Au vrai, l'interdiction de prévoir un autre mode de mesure des droits de vote que la répartition proportionnelle au capital social ne vaut que pour les associés. Seul, le législateur peut déroger à cette règle. Le principe dominant la matière est bien celui relatif à l'attribution proportionnelle au capital social et l'exception c'est la possibilité d'émettre des actions à vote double. Ainsi, les actions à vote double sont apparues comme des résidus des actions à vote plural[1622].

565. **L'application du principe de proportionnalité au capital social en cas d'attribution des votes multiples au sein des sociétés où prédomine la liberté contractuelle**. Le législateur interdit la création d'actions à vote plural au sein des sociétés de capitaux à savoir les sociétés anonymes et en commandite par actions. Toutefois, ces actions peuvent être créées dans les sociétés dans lesquelles il laisse prédominer la liberté statutaire. Le cas des sociétés par actions simplifiées constitue l'exemple car elles ne sont pas soumises aux termes de l'article L227-1 du Code de commerce, au respect de l'article L225-122. Dès lors, les statuts peuvent valablement conférer aux actions un droit de vote multiple à l'image de celui accordé dans les sociétés par intérêts[1623]. Il peut être accordé 10, 100, 1.000 voire plus de droit de vote à une action de société par actions simplifiées. Le vote plural se matérialise alors par une augmentation du nombre de voix de telle sorte qu'un actionnaire dispose non plus d'une seule voix ou deux mais de plusieurs voix. Les modalités d'attribution des votes doivent être imaginées par les associés. Ils peuvent se référer au principe de proportionnalité au capital social et attribuer un nombre de voix à chaque action en fonction de cette règle. Ainsi, si le nombre attribué à chaque action est de 10 voix, l'associé détenant 10% du capital social détient 100 voix. Cette faveur engendre une véritable catégorie d'actions[1624].

Le vote plural est interdit au sein des sociétés à risque limité à l'exception de la SAS. Là où le législateur n'interdit pas la création de ces titres, le capital social pourrait

---

[1622] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 194, p. 173.

[1623] Pour une opinion favorable à l'accroissement en faveur des sociétés civiles, v. Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 1221, p. 184.

[1624] M. GERMAIN, Le droit de vote, *PA* 2001, n° 89, p. 8.

parfaitement être utilisé comme mode d'attribution des droits de vote. Il en est également ainsi pour les actions à vote double.

B. Les actions à vote double

566. **Le champ d'application des droits de vote double.** Les droits de vote double institués par l'article L225-123 du Code de commerce ne sont possibles que dans les sociétés de capitaux. Sont visées, les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions. En effet, pour cette dernière catégorie de forme sociale, l'article L226-1 du même Code n'exclut pas l'application de l'article L225-123 précité. Toutefois cette exclusion est opérée par l'article L227-1 applicable aux SAS. Plus précisément, les sociétés par actions simplifiées ne peuvent créer des actions à vote double. Cette exclusion reste logique dans la mesure ou elles ne sont pas autorisées à procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Les actionnaires des sociétés par actions simplifiées sont par nature protégés puisque le capital social n'est pas ouvert au public. Il n'est donc pas nécessaire d'apporter au sein des textes qui les régissent une exception relative au vote double. C'est ce qui permet également d'exclure la société à responsabilité limitée ou encore les sociétés de personnes du champ d'application des votes doubles. En effet, l'ouverture du capital social au public pourrait engendrer une perte des rênes. En créant des actions à vote double, cela pourrait permettre aux créateurs des sociétés en bonne santé de conserver le pouvoir tout en faisant appel à des capitaux extérieurs[1625]. Ainsi, c'est la protection des anciens actionnaires, du fait de l'ouverture du capital social au public, qui est recherchée en créant des actions à vote double.

567. **Justification de la création des droits de vote double.** C'est pour répondre au problème lié à l'éclatement des noyaux stables des sociétés du CAC 40 mais également éviter les prises de contrôle hostile que l'on pourrait justifier la création des droits de vote double. Le capital social de ces formes sociales est ouvert au public et les titres représentatifs du capital social sont en permanence en négociation sur le marché réglementé. Cette situation pourrait engendrer un dysfonctionnement de la société puisqu'elle a besoin des actionnaires pour prendre des décisions collectives. Or, lorsque le capital social est ouvert au public, la plupart

[1625] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 193, p. 172.

des actionnaires sont de simples investisseurs voire des *"boursicoteurs"* sans aucune volonté réelle de s'associer. Ils achètent des actions en période de crise pour les revendre en période de *"vaches grasses"*. Ils n'ont alors aucune intention de participer aux décisions collectives. En l'absence de noyaux stables, l'exercice du pouvoir des associés risque d'être inexistant et donc abandonné au management. Il importe alors de stabiliser des actionnaires en accroissant leur pouvoir politique au sein de la société. En affermissant le noyau stable de la société par l'augmentation des droits de vote, on évite une dispersion importante des droits de vote. L'entrée régulièrement des nouveaux adhérents non motivés par le pouvoir politique peut produire une dispersion des droits de vote. Les conditions de quorum et de majorité pour valider une décision peuvent ne jamais être atteintes. Ainsi, l'attribution des droits de vote double constitue un outil qui permet utilement d'inciter les actionnaires fidèles à participer activement à la conduite de la vie de l'entreprise dans une perspective de moyen ou long terme.

La création des droits de vote double se justifie aussi pour éviter une prise de contrôle externe et hostile[1626]. L'évitement du contrôle hostile de la société profite surtout aux dirigeants. Ils craignent la politique des nouveaux actionnaires et redoutent l'idée de se faire dicter des mesures ou d'être révoqués par des actionnaires inconnus. Le capital social des sociétés de capitaux étant ouvert au public, il y a une hantise permanente d'avoir des actionnaires importants non identifiés susceptibles de s'inviter au dernier moment comme opposant en assemblée collective. En octroyant des droits de vote double aux anciens actionnaires, les dirigeants s'assurent que la vision politique sociale qu'ils exploitent sera maintenue par le vote des anciens actionnaires. Ils se garantissent le maintien du contrôle interne de la société car la société reste contrôlée par les anciens actionnaires et les nouveaux ne pourront pas imposer leur choix politique.

En pratique les dirigeants partagent généralement avec les salariés les mêmes inquiétudes par rapport à une prise de contrôle extérieur qui se traduisent généralement par une révocation des dirigeants et des réductions de personnel. C'est pour éviter cela que les droits de vote peuvent être attribués aux actionnaires et au personnel. Suite à l'échec de la tentative de prise de contrôle de la société Sacyr par Eiffage en 2007, cette dernière a cédé sa participation à la Caisse des Dépôts qui détenait 19,46 % du capital. Cette dernière société s'est par ailleurs empressée de voter le 26 juin 2008 contre une résolution qui attribuait des droits de vote

[1626] Sur les critères de contrôle d'une société v. infra n° 576 et s.

double aux actions détenues depuis plus de trois ans. Cette résolution renforçait le pouvoir du trio formé par le président, les managers et les salariés d'Eiffage[1627]. La Société Générale fragilisée par les pertes annoncées début 2008 suite aux malversations d'un de ses traders a pu résister jusqu'à présent à des prises de contrôle hostile grâce au soutien fort apporté par les salariés qui détenaient 7,2 % du capital et 11,5% des droits de vote.

568. **L'autorisation d'émettre des actions à vote double au prorata de la détention du capital social et rupture de l'égalité de traitement.** D'un point de vue théorique, la création des actions à vote double n'écarte pas l'application de la règle de la proportionnalité au capital social des droits de vote puisque les votes sont répartis entre associés en fonction de cette règle. Mais la création de ces titres remet en cause l'égalité de traitement des actionnaires. En effet, les conditions de l'article L225-123 du Code de commerce permettent d'exclure certains actionnaires de la répartition en ne tenant donc pas compte de leur niveau détention du capital. D'abord, seules les actions inscrites au nominatif depuis au moins deux ans et ce, au nom d'un même actionnaire peuvent prétendre au vote double. L'introduction du droit de vote double prive alors malheureusement les détenteurs d'actions aux porteurs qui ne sont pas connus de la société[1628]. Il y a ainsi une rupture de l'égalité de traitement entre les associés[1629]. Toutefois, en attribuant des votes doubles aux seules actions nominatives, la société offre un cadeau aux seuls actionnaires dont l'identité est connue d'elle. Ce qui fait que lorsqu'une *action* nominale est *"convertie au porteur",* l'actionnaire *"perd le droit de vote double"*[1630]. En outre, un nouvel actionnaire ne peut prétendre aux droits de vote double car

---

[1627] M. STORCK et T. De RAVEL D'ESCLAPON, Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? *Bull. Joly* 01 janvier 2009 n° 1, p. 92.

[1628] Ainsi que l'exprime l'article L228-1 alinéa 3 du code de commerce, *"les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions revêtent la forme de titres au porteur ou de titre nominatif…".* A l'origine les titres dits au porteur circulaient de la main à la main à la manière de billets de banque. Le droit d'associé étant incorporé dans le titre, lequel ne mentionnait pas le nom de son titulaire. On pouvait alors transférer une action au porteur aussi facilement qu'un billet de banque. Les titres à forme nominative procédaient de l'inscription du titulaire sur un registre tenu par la société émettrice des titres, qui connaissait donc l'identité des porteurs et les changements intervenant. Toutefois, la loi du 30 décembre 1981, dite loi de dématérialisation des valeurs mobilières va modifier cet agencement. Désormais les titres nominatifs comme les titres au porteur doivent faire l'objet d'une inscription en compte. Ce compte est tenu par la société elle-même ou par un intermédiaire agréé lorsque la société est coté en bourse. Dès lors, la cession se traduit par un virement de compte à compte. Le cédant signant un ordre de mouvement. Cependant l'ancienne distinction titre nominatif titre au porteur subsiste. Le détenteur de cette dernière catégorie de titre conserve toujours son anonymat.

[1629] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 188, p. 168.

[1630] Art. L225-124 C. com. modifié par Loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 57.

c'est un cadeau fait aux anciens actionnaires fidèles à la société. La durée de détention de l'action, marquant *l'affectio societatis,* est le critère de différenciation entre les nouveaux et les anciens actionnaires. Un actionnaire qui a conservé ses titres pendant un minimum de deux ans peut se voir attribuer des droits de vote double. Le délai légal de deux ans n'est qu'un minimum compte tenu de l'utilisation de l'adverbe *"au moins"*. Il n'est donc pas possible de prévoir dans les statuts une durée inférieure en revanche une durée supérieure reste possible.
Les actionnaires ne sont pas les seuls bénéficiaires de droit de vote double d'une société anonyme dans la mesure où l'attribution de ces droit au profit des actionnaires salariés est également une pratique courante. En effet, les salariés sont tenus de conserver pendant au moins cinq ans les actions acquises dans le cadre d'un plan d'épargne d'entreprise. Lorsque les conditions de l'article L225-123 du Code de commerce sont remplies, le capital social est utilisé comme mesure d'attribution des droits de vote double. La répartition des votes doubles s'opère en fonction de la détention du capital social. Nous déduisons cette règle de la formulation de l'article L225-123 du Code de commerce qui prévoit que : *"Un droit de vote double de celui conféré aux autres actions, eu égard à la quotité de capital social qu'elles représentent, peut être attribué…"*. A notre avis, seule l'égalité de traitement est remise cause en créant des actions à droit de vote double. Le principe de proportionnalité au capital est utilisé pour attribuer à chaque action une nouvelle voix. Celui qui détient 30% du capital social détient 30 voix et s'il répond aux critères de l'article L225-123 du Code de commerce, ces droits de vote se doublent à proportion de sa détention du capital social. Ainsi, il détient désormais 60 voix. Le principe de proportionnalité est doublé et on a la formule une action deux voix.

569. **La libération intégrale du capital social promis comme condition d'attribution des droits de vote double.** Une autre limite est apportée pour pouvoir bénéficier des droits de vote double c'est que l'associé doit avoir libéré entièrement l'apport promis[1631]. Cependant, un problème se pose sur l'applicabilité des dispositions de l'article L225-123 du Code de commerce par rapport à celles de l'article L225-3. Une différence apparaîtra entre les *"les actions d'apport"* qui *"sont intégralement libérées dès leur émission"* et *"les actions de numéraire"* dont le principe est la libération échelonnée. Dès la deuxième année de détention des titres, il est impossible qu'un apporteur en nature n'ait pas libéré le capital social promis puisque le principe applicable aux apports en nature c'est la libération

[1631] Art. L225-123 al. 1 C. com.

intégrale dès la souscription. Pour l'apporteur en nature, la condition relative à la libération du capital social pour l'attribution des droits de vote double sera remplie. Il risque de ne pas être le cas pour les apporteurs en numéraire qui doivent attendre l'appel du non versé qui pourrait survenir à la cinquième année à compter de l'immatriculation de la société. La condition liée à la libération entière de l'apport promis pour pouvoir prétendre aux droits de vote double apparaît alors comme une véritable limite pour les apporteurs en numéraire s'ils n'ont pas encore libéré leurs apports. En pratique, cette condition pourrait être discriminatoire. Toutefois, cette inégalité de traitement reste justifiée. Les associés ayant entièrement libéré leurs apports ne peuvent être traités de la même façon que ceux qui n'ont libéré que partiellement le capital social. Cette condition pourrait permettre d'imposer aux associés la libération entière du capital social. Pour pouvoir prétendre à l'attribution des droits de vote double, les apporteurs en numéraire seraient ainsi contraints de libérer entièrement le capital social promis dès la deuxième année. Le capital social est ainsi utilisé comme critère d'attribution des droits de vote.

Le dispositif encadrant la création des actions à vote double fait fortement référence au capital social. En effet, le capital social est utilisé comme condition d'attribution et comme mode d'attribution des droits de vote double. En est-il de même lorsque la société décide de plafonner l'attribution des votes.

C. L'attribution des votes limités

570. **Le champ d'application des clauses limitatives du nombre de voix.** L'article L223-28 du Code de commerce applicable aux sociétés à responsabilité limitée énonce l'application stricte du principe de proportionnalité sous les termes suivants "*chaque associé a droit de participer aux décisions et dispose d'un nombre de voix égal à celui des parts sociales qu'il possède".* Le caractère d'ordre public de ces dispositions interdit une limitation statutaire du nombre de voix des associés ce qui n'est pas le cas dans les sociétés de capitaux. En effet, *"les statuts peuvent limiter le nombre des voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées… ".* Ces dispositions édictées par l'article L225-125 alinéa 1 du Code de commerce s'appliquent aux sociétés anonymes et par extension aux sociétés par actions simplifiées et en commandites par actions compte tenu des renvoies opérés par les textes régissant ces deux dernières formes sociales[1632].

Faut-il conclure que la clause limitative du nombre des voix ne saurait exister dans les sociétés à risque illimité ? L'absence de prohibition expresse en ce sens, invite au contraire à rendre possible l'introduction de ces clauses pour ces sociétés. Cette limitation est réservée en pratique aux sociétés à risque limité qui ne connaissent pas d'une votation par tête puisque chaque associé ne dispose par essence que d'une seule voix. Cela exclut à l'évidence la société coopérative et les sociétés qui ont statutairement décidé de ce mode de votation.

571. **La dérogation au principe de proportionnalité au capital social : la limitation des droits de vote.** D'abord, la question du caractère contradictoire de l'article L225-125 précité par rapport à l'article L225-122 alinéa 1 se pose. Alors que ce dernier texte affirme que *"le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent"*, le premier indique que "*les statuts peuvent limiter le nombre des voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées… ".* Au vrai, ces dernières dispositions constituent l'exception au principe posé par l'article L225-122 précité. La règle une action une voix reste le principe d'ordre public dans la mesure où les statuts ne peuvent déroger à cette règle que dans les cas prévus par la loi. Ainsi, les statuts peuvent limiter *"le potentiel de vote normalement attribué aux actions"*[1633]. Les associés déterminent librement le

[1632] F. PELTIER, Les limitations du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires, *Bull. Joly* 1993, p. 1107 et s.

[1633] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 206, p. 187.

nombre maximal des voix qui peut être élevé ou faible[1634]. Il peut être fixé de manière dégressive au prorata des actions détenues. Dans tous les cas, cette limitation a pour conséquence d'écarter l'application du principe de proportionnalité. Les voix dépassant le plafond statutaire ne peut plus être exercées. La clause limitative du nombre de voix empêche la détention par un associé des droits de vote majoritaire. Les actionnaires détenant plus d'actions subiront plus fortement la limitation que les actionnaires qui en possèdent peu.

La clause limitative du nombre de voix est une mesure de protection des actionnaires minoritaires par le nivellement qu'elle opère et la domination qu'elle tend à éviter. Toutefois, elle n'écarte pas l'accroissement qualitatif de l'influence des associés minoritaires qui est susceptible d'apparaître. Par ailleurs, ce plafonnement du droit de vote des actionnaires peut entraîner l'inamovibilité des dirigeants dont la révocation est ad nutum avec les conditions de majorité d'une assemblée générale. Le plafonnement des droits de votes ayant pour but de limiter les pouvoirs de décision des associés pourrait aboutir à ce que les dirigeants maintiennent leur place sans être inquiétés. Le dirigeant se stabilise et se prémunit ainsi contre un changement brutal de l'actionnariat puisque la clause s'impose à tous les actionnaires. Les actionnaires ne pouvant se fonder sur un pacte d'actionnaire afin de constituer un bloc solide face à un éventuel *"agresseur"* agissant de manière isolée. Les clauses limitatives incitent alors les actionnaires dominants à ne pas adopter des comportements égoïstes qu'inspirent les situations trop confortables puisqu'ils sont obligés d'agir collégialement et de conclure des pactes avec les minoritaires pour compenser la dispersion de l'actionnariat.

La limitation du nombre de voix dont dispose un associé apparaît en définitive, comme une technique spécifique aux sociétés par actions. Elle est en pratique essentiellement utilisée par les sociétés cotées comme mesure de défense préventive contre les offres publiques d'achat[1635].

En somme l'article L225-125 précité permet à la société anonyme de rendre le processus de décision plus personnalisé et plus démocratique en pondérant l'importance du capital social et en atténuant l'aspect censitaire du suffrage. En contrepartie, le principe de proportionnalité au capital social des droits de vote est totalement écarté.

[1634] J. HEMARD, F. TERRE et P. MABILAT, **Sociétés commerciales,** op. cit., n° 208, p. 189.

[1635] A. VIANDIER, **OPA, OPE et autres offres publiques**, op. cit., n° 490 et s., p. 78 et s. ; P. LE CANNU, Limitations du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes, *Bull. Joly* 1991, p. 263 et s.

Bien qu'il soit difficile d'entrevoir la place du capital social lorsque la société choisit de plafonner le nombre de voix, il impossible de nier l'importance de la notion dans les autres systèmes de répartition des droits de vote. En effet, il assure une égalité de traitement des associés par la proportion des droits de vote en fonction du niveau de détention du capital social. Toutefois, la portée de cette égalité de traitement reste limitée puisque tous les associés ne peuvent bénéficier des votes supplémentaires en même temps. Il est nécessaire de remplir des conditions. Ainsi, la création des votes supplémentaires engendre des discriminations au sein de la société. Et surtout, les instances communautaires pensent qu'elle entrave la circulation des capitaux au sein de l'espace communautaire. C'est la raison pour laquelle elles ont supprimé les dérogations au principe de proportionnalité au capital social se traduisant par l'égalité une *"action = une voix"*.

§ 3. Suppression des dérogations au principe de proportionnalité dans l'espace communautaire

572. **Les conséquences de la création des actions à vote double.** La création des droits de vote double comporte des conséquences au sein des sociétés cotées. La première est celle relative à l'absence d'affectio societatis de certains actionnaires. La dispersion des actionnaires conduit les minoritaires à vendre leurs titres plutôt qu'à exercer des pouvoirs au sein des assemblées d'actionnaires. L'affectio societatis de ces actionnaires est quasi inexistante car leur seule ambition réside dans le gain de leur investissement. Ils n'ont aucune volonté de participer à l'activité politique de la société dominée par les actionnaires majoritaires. Au vrai, la création des droits de vote double engendre une inégalité entre actionnaires et renforce surtout les droits des anciens actionnaires au détriment des nouveaux. Ces derniers qui sont souvent minoritaires se désintéressent de la gestion la société pour ne raisonner qu'en termes de retour sur investissement. La deuxième conséquence est en relation avec le maintien de la direction. La création des actions à vote double permet de préserver la direction en place. Or l'attribution des votes doubles aux actions nominatives est une récompense faite aux actionnaires qui détiennent ces titres depuis au moins deux ans. C'est pour encourager les actionnaires fidèles qui s'intéressent longtemps à la société par la détention de leurs titres que les droits de vote double doivent être attribués et non pour contrer une offre d'achat de titres, ou pour limiter l'impact de cet achat. Les dirigeants qui profitent de

la dérogation de l'article L225-123 du Code de commerce manifestent leur crainte face aux nouveaux actionnaires. Surtout, les actions à vote double entraînent la réticence des investisseurs ce qui conduit à la baisse du cours boursier.

C'est pour éviter cela que de nombreuses sociétés ont supprimé de leurs statuts les clauses de plafonnement des droits de vote lors de leur accès à la cote de New-York. D'autres ont retiré de leurs statuts l'obligation d'être résident de l'Union européenne pour pouvoir bénéficier de droits de vote double ou ont totalement supprimé ce dispositif. C'est ce phénomène de pression boursière qui explique également que les statuts de certaines sociétés françaises prévoyaient la caducité des limitations statutaires du droit de vote en cas de réussite d'une OPA. La pression du marché boursier permet certes d'éliminer

Il ne faut pas laisser les forces du marché déterminer l'adhésion des sociétés au principe de proportionnalité. Les autorités communautaires pourraient instaurer des recommandations afin que les dérogations au principe d'égalité proportionnelle soient transparentes à défaut de les interdire[1636]. Au plan européen, le principe de proportionnalité au capital social dans la détermination des droits de vote imposé à toutes les sociétés cotées permettra d'éliminer tous les obstacles aux offres publiques d'achat faciliter la libéralisation des capitaux. Ce principe peut inciter les actionnaires à demeurer au sein de l'entreprise.

573. **La protection des sociétés européennes contre les offres d'achat transfrontalières et ses conséquences sur le marché de l'Union**. Sur le plan européen, il se trouve que plusieurs Etats membres manifestent leur volonté de ne pas lever les obstacles existants en donnant notamment aux sociétés davantage de pouvoir pour contrer les offres d'achat. C'est donc dans un souci protectionniste avec un effet d'entraînement sur d'autres que les Etats membres de l'Union se refusent à supprimer les droits de vote double. Il n'est pas possible d'imposer aux sociétés cotées européennes une règle qui les rendrait plus vulnérables que leurs homologues outre-Atlantique. En supprimant le droit de vote double, cela pourrait faciliter l'accessibilité à leur capital et donc la prise de pouvoir en leur sein, notamment par des fonds étrangers. Alors même qu'aux Etats-Unis, ces dérogations sont admises. La suppression des droits de vote double désavantagerait alors les sociétés cotées européennes en creusant l'écart avec les sociétés étrangères. On assiste d'ailleurs depuis 1999 à une

[1636] O. DE GUERRE, Non aux droits de vote double, 10 avril 2008, http://www.lavf.com/news bourse/Non_aux_droits_de_vote_double-0000031518.html.

multiplication des offres publiques transfrontalières, qu'elles soient amicales ou inamicales. Mais cette attitude protectionniste des Etats membres conduit tout de même à ce qu'il y ait des obstacles sur le marché de l'OPA dans l'Union européenne. Au regard de ces obstacles et de ces divergences, une réglementation au niveau européenne des offres publiques d'achat serait utile car elle permettrait d'assurer le déroulement des offres dans de meilleures conditions. D'une manière générale, elle conduirait à une pleine libéralisation des marchés de capitaux, rendue indispensable par l'introduction de l'euro. Cette réglementation serait conforme à l'objectif visé par la directive à savoir l'élimination des obstacles existants au sein de l'Union afin de faciliter la libéralisation des capitaux.

574. **Le cadre réglementaire européen favorable aux OPA dans l'espace européen.** La Commission européenne a tenté d'imposer l'égalité proportionnelle des droits de vote au sein de l'Union mais avant, elle tenait à faire reposer sa directive sur des conclusions fiables. Les études menées n'ont pas abouti à une conclusion unique. D'abord, celle conduite par *"Institutional Shareholder Services Europe"* (ISS Europe), (en association avec un réseau académique européen, l'Institut de gouvernement d'entreprise européen (ECGI) et le cabinet d'avocats Shearman & Sterling) communiquée le 4 juin 2007, conclut que les nombreuses entorses à la règle *"une action = une voix"* n'ont pas d'influence significative sur les résultats économiques de sociétés cotées ou sur leur gestion[1637]. Autrement dit, il n'a pas été démontré que ces dérogations ont un impact économique positif au niveau du marché boursier et au niveau des entreprises. La cinquième Conférence du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise qui s'est tenue le 28 juin 2007 à Berlin conclut différemment en indiquant qu' : *"il n'a pas été prouvé effectivement que les marchés boursiers sont plus efficients dans les Etats dont les sociétés demeurent respectueuses du principe de proportionnalité, tout comme il n'est pas démontré, a contrario, que dans les Etats qui admettent des dérogations, les marchés sont moins performants et qu'ils sont délaissés par les investisseurs"*[1638].

[1637] B. LECOURT, Publication par la Commission européenne d'une étude portant sur la proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés européennes cotées en bourse (Communiqué 4 juin 2007, IP/07/751), *Rev. soc.* 2007 p. 426.

[1638] B. LECOURT, Proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés cotées, 5e conférence du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise, Berlin, 28 juin 2007, Remise de l'étude externe réalisée pour la Commission européenne, Rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, mai 2007 *Rev. soc.* 2007 p. 642.

La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP) s'appuiera sur ces différentes conclusions pour émettre de fortes réserves à l'égard de la piste de réforme envisagée par la Commission européenne qui tendait à imposer le principe de l'égalité proportionnelle à toutes les sociétés cotées européennes. La CCIP demande que la spécificité française des droits de vote double soit reconnue. En effet, selon elle, le concept de démocratie actionnariale n'implique pas d'établir, au niveau européen, une stricte proportionnalité entre la détention du capital et les droits de vote. Les principes de libre organisation des sociétés et de libre investissement doivent l'emporter sur la tentation d'imposer à toutes les sociétés cotées européennes le principe *"une action = une voix"*.

Le droit français conserve encore le contenu des articles 175 et 177 de la loi du 24 juillet 1966 prévoyant les dérogations au principe de proportionnalité résultant de l'égalité *"une action = une voix"*[1639].

Malgré la résistance des Etats membres, la Commission et le Parlement ont pris tout de même une directive sur les OPA le 21 avril 2004[1640]. Cette directive crée un cadre réglementaire favorable aux OPA pour stimuler la restructuration des entreprises au sein de l'Union européenne. Le considérant 9 de cette directive impose une neutralité aux dirigeants des sociétés des Etats membres pendant la période de l'offre pour garantir la protection des actionnaires minoritaires. Le considérant 11 prévoit l'inopposabilité, durant cette même période, des clauses restreignant les transferts de titres et l'exercice des droits de vote. Le considérant 19 institue la suppression ou la suspension des droits de vote multiple pendant la période d'acceptation de l'offre et lorsque l'assemblée générale des actionnaires arrête des mesures de défense. Le texte prévoit même une indemnisation des actionnaires qui subissent un préjudice à la suite de la suppression de droits. Il évoque *"une compensation équitable"* au profit des victimes de la suppression des droits de vote multiple. Ainsi, lors des assemblées générales des actionnaires arrêtant les mesures de défense, les détenteurs de titres à droit de vote multiple ne pourront plus se prévaloir de ces droits puisque leurs titres donnent droit qu'à une voix[1641]. Cette mesure permet de rétablir l'égalité proportionnelle à l'ensemble des

[1639] Art. L225-123 et L225-125 C. com.

[1640] Directive 2004/25/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, J. O. n° L142 du 30/04/2004, p. 0012 - 0023

[1641] Art. 11, 4° intitulé "Neutralisation des restrictions" de la Directive 2004/25/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004.

actionnaires en supprimant momentanément les privilèges de vote octroyés à certains actionnaires. Surtout, c'est pour donner à tout offrant la possibilité d'acquérir un intérêt majoritaire dans d'autres sociétés et d'en exercer pleinement le contrôle.
Mais, l'application de cette directive ne s'étend pas aux offres internationales qui sortent du cadre communautaire. En effet, depuis 1999, on assiste à une multiplication des offres publiques transfrontalières, qu'elles soient amicales ou inamicales. Afin de protéger les Etats membres contre ces offres, le législateur communautaire leur donne la possibilité d'écarter les dispositions de la directive OPA du 21 avril 2004 prévoyant la neutralisation des dérogations au principe de proportionnalité prévues par les législations des Etats membres. Le droit communautaire tente ainsi d'être en harmonie avec le droit interne des Etats membre du moins la France. En effet, le rapport sur la transposition par les Etats membres de la directive en matière d'offres publiques d'acquisition publié par la Commission européenne constate que l'ensemble des Etats ont appliqué les options et exemptions proposées[1642].

*

* *

575. Le capital social est encore utilisé comme mesure des droits de vote au sein des sociétés. Dans les sociétés de capitaux et les SARL, la règle de la proportionnalité au capital social est érigée en principe d'ordre public alors que dans d'autres formes sociales, cette règle pourrait être introduite par la volonté des associés au sein des statuts. L'importance du capital social apparaît ainsi même dans les régimes dérogatoires. La dépossession de l'exercice proportionnel du droit de vote n'est que temporaire et ne s'applique pas à tous les associés. Le vote plural est interdit au sein des sociétés dans lesquelles le capital social est utilisé comme mode central d'organisation. Et là où ces votes sont autorisés, sur le fondement de la liberté contractuelle, les associés pourraient se référer au capital social comme mesure d'attribution de ces votes. Le capital social est loin d'être enterré dans le dispositif encadrant la création des actions à vote double. Il intervient non seulement comme condition d'attribution mais également comme mode d'attribution des droits de vote double. En proportionnant les droits de vote au niveau de détention du capital social, un associé pourrait avoir le contrôle de la

[1642] B. LECOURT, Rapport de la Commission européenne sur la transposition de la directive OPA(SEC (2007), 268, 21 févr. 2007, Communiqué, IP/07/215, 27 févr. 2007) *Rev. soc*. 2007 p. 192.

société et avoir la mainmise sur les assemblées collectives. Le capital social intervient également dans la détermination de la domination au sein des groupes de sociétés

Section 2

L'utilité du capital social dans la détermination de la domination au sein des groupes de sociétés

576. Le terme domination illustre la situation dans laquelle une société ou une personne dominante exerce un pouvoir sur une société dominée[1643]. Ce terme permet de prendre en compte toutes les situations d'emprise au sein des groupes de sociétés. La doctrine définit le groupe de sociétés comme étant *"un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre[1644], se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision"*[1645]. Bien que cette définition ait été considérée comme étant simpliste[1646], elle permet toutefois de révéler le contrôle exercé par une société dominante sur une ou plusieurs autres sociétés dominées. Le droit français ne comporte aucune réglementation spécifique sur les groupes de sociétés[1647]. Il contient de nombreuses règles éparses poursuivant chacune une finalité différente. Ainsi, il n'est pas très aisé d'apprécier la notion de contrôle. La notion de contrôle revêt plusieurs sens dans la mesure où elle n'est pas appréhendée suivant un seul critère. C'est une notion complexe *"sociale"*[1648] qui se caractérise différemment à travers les différentes branches du droit. Il s'agit notamment des critères de détention du capital social dont les pourcentages varient, des droits de vote, de l'influence notable, du contrôle conjoint. Mais, c'est pour permettre d'englober toutes les situations de fait caractérisant le contrôle que plusieurs critères sont utilisés. La prise en compte de tous ces critères est certes *"courageuse*

[1643] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1478, p. 664.

[1644] Cass. civ. 13 déc. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 485, n° 125, note J. F. BARBIERI.

[1645] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 641, p. 793 ; J. - PH. DOM, Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, *Rev. soc.* 2002, p. 1 et s. ; J. PAILLUSSEAU, La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D*. 2003, p. 1243 et s.

[1646] CH. FREYRIA, Le droit des groupes sous les feux de l'actualité, *RJ com.* 1987, p. 121.

[1647] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1480, p. 664.

[1648] D. SCHMIDT, Contrôle et action de concert : évolutions, *JCP, E*., 2002, p. 68 et s.

et réaliste" mais, *"l'envers de la médaille c'est la complexité"*[1649]. En dépit de la multiplicité des critères utilisés par le législateur pour appréhender le contrôle, il peut être constaté que le capital social occupe encore une place même en dehors du droit des sociétés. Il permet d'appréhender certaines notions renvoyant à la domination d'une société sur une autre comme notamment la notion de contrôle, de filiale et de participation **(Sous-section 1)**. Il en est de même en dehors du droit des sociétés où le législateur utilise le capital social comme critère d'appréciation du contrôle déclenchant soit l'attribution de certains droits soit l'imposition de certaines obligations **(Sous-section 2)**.

Sous-section 1. L'appréhension du contrôle, de la filiale et de la participation par le capital social en droit des sociétés

577. Le capital social est l'un des critères retenus par le législateur pour apprécier les situations dans lesquelles une société exerce sa domination sur une autre société. Parmi les définitions du contrôle d'une société que nous aurons l'occasion d'examiner, *"la définition la plus courue est celle donnée par l'article L233-3 du Code de commerce"*[1650]. Les 1° et 2° du I de ce texte renvoient au contrôle que certains auteurs qualifient de *"contrôle de droit"*[1651]. Au contrôle de droit s'oppose le *"contrôle de fait"*[1652] institué au 3° du I du même texte. Le capital social est clairement établi comme critère de définition des notions de contrôle de droit, de filiale et de participation. Mais il en est autrement du contrôle de fait faisant référence au critère des droits de vote notamment. Nous essayerons de démontrer que le capital social n'est pas totalement déconnecté de ces critères dans un point consacré à la notion comme critère de définition **(§ 1)**. Mais, il a été dit que la définition de l'article L233-3 du Code de commerce n'*"a qu'un objet limité"* dans la mesure où *"elle ne concerne que les règles de déclaration de franchissements de seuils"*[1653]. Elle n'appréhende pas toutes les situations de contrôle. La

[1649] M. PARIENTE, Les groupes de sociétés et la loi de 1966, *Rev. soc*. 1996, p. 465.

[1650] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1477, p. 663.

[1651] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 643, p. 799 ; Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 189, p. 186.

[1652] Ibid.

[1653] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1477, p. 663.

définition du contrôle offerte par l'article L233-16 du même Code de commerce comble cette lacune. Mais, cette fois, le domaine d'application de ce texte est réservé à la consolidation des comptes. La loi du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés a permis une évolution des règles de l'information comptable nées avec la loi du 24 juillet 1966. En effet, elle tend à mieux appréhender l'unité économique constituée par une société mère et ses filiales. Cette loi a permis de coordonner la modernisation du droit des sociétés avec les directives européennes et d'adapter cette modernisation à la vraie réalité française[1654] en soumettant à une obligation de consolidation des comptes toute société qui exerce sur une autre un contrôle. Certes, le capital social n'apparaît pas parmi les critères d'appréciation du contrôle déclenchant la publication des comptes consolidés, mais la notion n'est pas totalement exclue. Elle apparaît implicitement **(§ 2)**.

§ 1. Le capital social comme critère de définition

578. Il s'agira ici de rechercher le caractère incontournable du capital social en droit des sociétés. Nous verrons que le titre III du Livre II du Code de commerce comporte au chapitre III une première section intitulée *"définitions"*, et que toutes les définitions proposées concernant les notions de contrôle, de filiale et de participation font référence en priorité au capital social **(A)**. Il pourrait même être possible de rattacher le capital social aux autres critères retenus pour l'appréciation unique du contrôle de fait **(B)**.

A. Définitions des notions de contrôle de droit, de filiale et de participation en fonction du capital social

579. **La notion de contrôle de droit.** L'article L233-3 du Code de commerce ne s'applique qu'aux sociétés contrôlées et celles qui désirent contrôler. La situation dans laquelle une personne physique exerce le contrôle sur une société n'est pas prise en compte par ce texte. La limitation est ici expresse et cet article détermine chacune des hypothèses de contrôle. Le capital social est visé en priorité par l'article L233-3 du Code de commerce

[1654] P. BOURGUIGNON, rapp., JOAN, séance du 11 oct. 1984.

comme critère d'appréciation du contrôle. Le texte précise qu' : *"Une société est considérée,…comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société"*. Le contrôle direct implique une détention directe du capital social conférant des droits de vote. Et, lorsqu'il est indirect, cela suppose une interposition de personnes aboutissant par exemple à ce qu'une société A qui contrôle une société B possède au final les droits de vote exercé par B dans les assemblées d'une société C. La détention indirecte du capital social de la société C par A résulte de la détention par B du capital social de C.

Le contrôle est donc apprécié en fonction du niveau de détention du capital social et seuls les titres conférant des droits de vote sont pris en compte pour le décompte du pourcentage. Il s'ensuit que seuls doivent être pris en compte les titres représentatifs du capital social conférant le droit de vote comme les actions ordinaires, les certificats de vote. Les actions conférant des droits de vote double ou plural sont prises en compte et accroissent la possibilité de contrôler la société par rapport aux actions ordinaires. Cependant certains titres représentatifs du capital social comme les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et les certificats d'investissement y sont exclus. D'autres sont exclus temporairement comme les actions non libérées ou faisant l'objet d'une sanction civile en raison de l'inobservation des règles relatives aux franchissements de seuils et à l'obligation de dépôt d'une offre publique. Les parts non représentatives du capital social conférant des droits de vote sont exclues.

La détention directe ou indirecte du capital social permettra de caractériser le contrôle d'une société par l'un ou plusieurs de ses associés. En effet, pour pouvoir contrôler une société, la détention du capital doit conférer à son détenteur une majorité des droits de vote dans les assemblées générales de la société contrôlée. C'est donc la mainmise sur la majorité des droits de vote attachés au capital social qui caractérise le contrôle. Ce qui amène à s'interroger sur ce qu'il faut entendre par majorité[1655]. Est-ce le fait de détenir un nombre important des droits de vote par rapport aux autres associés ? Par exemple une société A détenant 40% des droits de vote d'une autre société X est-elle majoritaire par rapport à deux autres sociétés B et C possédant chacune 30% des droits de vote. Certes, le droit de vote est librement exercé en assemblée par chaque actionnaire mais la convergence d'opinion entre les sociétés B et C aboutira à ce que la société A soit considérée comme minoritaire. Au vrai, le poids de la

[1655] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 189, p. 186.

société A dépendra de l'attitude de l'un des associés c'est-à-dire s'il adopte une opinion allant dans le même sens que A. Alors, la majorité ne se résume pas seulement par le fait de détenir un nombre supérieur des droits de vote par rapport aux autres associés. La détention de 40 % par exemple des droits de vote ne permet pas nécessairement le contrôle de la société émettrice puisque dans notre cas la majorité des droits de vote est détenue par le reste des associés surtout si elles décident de conclure un accord tendant à la mise en œuvre d'une politique commune. En effet, malgré l'interdiction des conventions de vote[1656], les lois du 3 janvier et 12 juillet 1985 ainsi que la jurisprudence[1657] reconnaissent la validité des conventions de vote dans les groupes de sociétés pour influer sur la politique d'une société. En concluant une convention de vote, l'associé renonce à son droit fondamental de participer à la gestion de l'entreprise. Ces conventions pouvant imposer à l'associé de voter ou de ne pas voter dans un certain sens sont considérées comme étant nulles[1658]. La volonté de l'associé ne saurait être bridée et il est illégal d'offrir une contrepartie financière à un associé en échange de son engagement à voter dans un sens particulier[1659]. Toutefois, l'article L233-3, 2° apporte une exception au profit des sociétés. Le texte énonce qu'une société est considérée comme en contrôlant une autre *" Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société "*. Une convention de vote conclu entre les sociétés B et C aboutirait à une prise de contrôle de la société X et cela au détriment de la société A qui à priori détient des droits de vote supérieurs aux autres associés pris individuellement. Ainsi, la détention de la majorité des droits de vote et le gouvernement des assemblées ordinaires qui en résulte peut résulter d'un accord conclu entre associés.

La majorité n'est donc pas le seul fait de détenir des droits de vote supérieurs à ceux des autres associés[1660]. Elle doit résulter d'une possession de 51% des droits de vote. Ainsi, pour

---

[1656] Y. GUYON, **Droit des affaires**, op. cit., n° 307 ; PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 314.

[1657] CA Paris, 30 juin 1995 *JCP E* 1996, II, 795, note J. J. DAIGRE, jurisprudence consacrant la position prise par M. JEANTIN, Les convention de vote, *RJC* 1990. 124, article commenté par A. VIANDIER, Après l'article de M. JEANTIN sur les conventions de vote, Prospectus du droit économique, dialogue avec M. JEANTIN *D.* 1999, p. 311.

[1658] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 679, p. 317.

[1659] Pour la sanction pénale v. art. L242-9, 3° C. com.

[1660] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 189, p. 186.

éviter qu'une convention de vote ne joue en sa défaveur, il faudrait que la société A détienne dans notre cas 51% du capital social de la société X. Cette détention de la majorité absolue des droits de vote garantit à l'associé une prise de décision dans les assemblées ordinaires qui traitent des questions relatives notamment à la nomination, la révocation des administrateurs et la distribution des bénéfices. La détention de plus des deux tiers du capital social étend encore l'emprise sur la société, en ce qu'elle permet le contrôle des assemblées générales extraordinaires dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

580. **La notion de filiale.** L'article L233-1 du Code de commerce dispose que :*"lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application de la présente section, comme filiale de la première"*. La notion de filiale est ainsi exclusivement définit en fonction du niveau de détention du capital social. En effet, la filiale est une société dont le capital social est détenu pour plus de 50% par une autre société. La société mère est alors celle qui possède au minimum 51% du capital social d'une autre société. Cette référence au capital social dans la définition de la filiale s'applique à toutes formes sociales commerciales. Rien n'interdit cependant qu'une société civile soit une filiale dans les mêmes conditions.
Pour le décompte de cette détention du capital social, il faut prendre en compte toutes les actions représentatives du capital social. Il s'agit des actions ordinaires représentant les contreparties des apports en numéraire et en nature. Il s'agit aussi des certificats de droit de vote, des certificats d'investissement et des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote. Il n'est plus question d'exclure les titres privés définitivement ou temporairement des droits de vote. La détention des titres représentatifs du capital social suffit pour caractériser une filiale et une société mère puisque l'expression *"détention du capital social détenant des droits de vote"* n'est pas employée. Seuls les titres déconnectés du capital social y sont exclus du décompte.

581. **La notion de participation.** L'article L233-2 du Code de commerce définit exclusivement la participation en faisant référence au niveau de détention du capital social. Selon ce texte : *"Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme ayant une participation dans la seconde"*. Une société qui détient en dessous de 10% ne détient pas une participation au sens de l'article L233-1 précité et il en est également de même en cas de dépassement du pourcentage maximum 50%. Dans ce dernier cas, la

participation laisse place au contrôle de droit visé par le 1° de l'article L233-3 du Code de commerce si le capital social détenu confère des droits de vote.

582. **Distinction entre les notions de contrôle et de filiale.** La détention de la moitié du capital social n'engendre pas nécessairement le contrôle d'une société. En effet, si la notion de filiale paraît devoir s'attacher à l'idée d'une société contrôlée par une autre, toute filiale n'est pas nécessairement contrôlée. La notion de contrôle s'apprécie en fonction de la détention d'une fraction du capital conférant la majorité des droits de vote. Cela dit, une société détenant plus de la moitié du capital social dans une société considérée comme une filiale peut ne pas avoir le contrôle de cette dernière. Pour ce faire, il suffit que la société mère dispose des actions représentatives du capital sans droits de vote. L'appréciation du contrôle d'une société mère par la détention de plus de la moitié du capital social de la filiale est donc très limitée. A contrario, une société détenant une faible participation au capital peut détenir le contrôle de la société en vertu d'un accord entre associé alors même qu'il n'existe entre ces deux sociétés aucune relation mère fille. Dans cette hypothèse, la société sera contrôlée pourtant elle n'est pas une filiale. La survivance de la qualification de l'article L233-1 pourrait être menacée dans le sens où il n'y a aucun intérêt à avoir le statut de société mère si le contrôle de celle-ci n'est pas garanti par la simple détention de plus de la moitié du capital social. Une société participante, par le biais des pactes d'actionnaires, d'alliance ou par le biais de titres spéciaux, peuvent contrôler de manière effective une autre société en détenant une part minoritaire dans le capital. L'appréciation du contrôle par la détention du capital social n'a donc qu'une portée limitée.

Le capital social reste une notion importante dans la mesure où il permet d'apprécier plusieurs notions. Il en est ainsi des notions de filiale, de participation et de contrôle de droit. En ce qui concerne la caractérisation du contrôle de fait, sa présence n'est pas non plus totalement exclue.

B. La connexion possible du capital social au contrôle de fait

583. **La détention des droits de vote comme critère d'appréciation du contrôle de fait.** Celui-ci est visé par le 3° du I de l'article L233-3 du Code de commerce. Selon ce texte

une société contrôle une autre : *" Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société "*[1661]. Le niveau de détention des droits de vote est visé ici comme critère d'appréciation du contrôle comme c'est le cas en cas de contrôle provenant d'une convention de vote. Cependant contrairement à ce contrôle de droit, le contrôle de fait vise ici une détention des droits de vote ne permettant pas de disposer de la majorité aux assemblées générales. Pour vérifier cette dernière condition, il faut s'assurer que les autres associés n'agissent pas de concert et ne déterminent pas en fait les décisions dans les assemblées générales[1662]. L'hypothèse envisagée ici permet uniquement une rupture entre la détention de la majorité des droits de vote et le contrôle qui en résulte. Ce contrôle peut également résulter d'un accord conclu entre associés n'aboutissant pas à un contrôle majoritaire des assemblées générales. Le contrôle exercé du fait d'une détention inférieure à la moitié des droits de vote est *"au demeurant limité quantitativement par la loi"* [1663] dans le sens où la société doit disposer *"directement ou indirectement d'une fraction des droits de vote supérieur à 40%"*[1664]. La détention de ce pourcentage entraîne une présomption de contrôle car s'il arrivait qu'un associé détienne directement ou indirectement une fraction supérieure, il y aura perte de contrôle[1665]. Le contrôle de droit doit prédominer sur le contrôle de fait. Comme le législateur ne vise que la détention des droits de vote, cela ouvre les portes à tous contrôles basés sur les droits de vote. Ainsi, un apporteur en industrie dont les droits ne sont pas déterminés en fonction du plus petit apporteur en capital est susceptible de détenir plus de 40% des droits de vote et contrôler une société dans laquelle cet apport est admis. Dans ce cas, le contrôle n'est apprécié exclusivement qu'en fonction des droits au vote.

584. **Le pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des dirigeants.** Le 4° de l'article L233-3 du Code de commerce s'affranchit également de toute référence au capital social et au droit de vote en visant uniquement le *"pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance* d'une

---

[1661] sur la rédaction donnée par la loi Murcef à l'art. L. 233-3, D. SCHMIDT, Contrôle et action de concert, *JCP* E 2002, 72 ; du même auteur, *D.* v. Action de concert.

[1662] H. LE NABASQUE, Notion de contrôle conjoint, note sous CE 5e et 4e ss-sect. réunies, 20 oct. 2004, n° 260898, *Bull. Joly*, 01 févr. 2005, n° 2, p. 248.

[1663] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 190, p. 187.

[1664] Art. L233-3, II C. com.

[1665] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 643, p. 799.

société". Le texte semble s'appliquer uniquement aux sociétés organisant leur direction en organe de contrôle et de direction. Il s'agit principalement de la société anonyme avec conseil d'administration et la société anonyme avec conseil de surveillance et de directoire. L'appréciation du contrôle se veut ici *"caméléon"* en épousant les contours de tout pouvoir dont l'origine est inconnue. Ainsi, comme il a été dit *"le contrôle de fait peut être fluctuant et peut changer d'une assemblée à une autre. Il peut être simplement accidentel ou voulu et organisé"*[1666]. Il peut par exemple être organisé par des actionnaires majoritaires engagés contractuellement à partager la conduite de la politique sociale avec un actionnaire minoritaire[1667]. Ce contrat renvoie à l'action de concert[1668] introduit en droit des sociétés par la loi NRE du 15 mai 2001, modifiée par la loi Murcef du 11 décembre 2001[1669]. La notion d'action de concert n'était utile qu'en droit boursier pour imposer certaines obligations[1670] aux actionnaires minoritaires qui s'associaient pour définir ensemble une politique commune vis-à-vis de la société. Comme le relève un auteur, *"l'action de concert, depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques, est sortie de son lit d'origine ... Alors qu'elle n'était qu'une notion de droit boursier, elle est devenue, quasi subrepticement, une notion du droit des sociétés"*[1671]. Le législateur définit l'action de concert à l'article L233-10 du Code de commerce en son premier alinéa par une formulation détournée en indiquant que *"sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord…"*. La jurisprudence précise toutefois que cet accord doit avoir un objet et une finalité

[1666] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 190, p. 187.

[1667] H. LE NABASQUE, Notion de contrôle conjoint, op. cit., p. 248.

[1668] La notion d'action de concert a été utilisée pour la première fois en 1970 dans une décision de la Commission des opérations de bourse (C.O.B.) relative à une offre publique d'achat (Déc. du 13 janv. 1970). Elle y a fait de nombreuses fois allusion par la suite (Rapp. C.O.B. 1977, Déc. Gén., 27 juill. 1978, Rapp. COB 1979, Rapp. C.O.B. 1980). Puis le règlement de la Chambre syndicale des agents de change du 21 avril 1983 (art. 189) l'a intégrée dans le champ réglementaire. Mais la consécration de la notion d'action de concert trouve sa source dans la directive 88/627 du 12 décembre 1988 relative à l'information à publier lors de l'acquisition et de la session d'une participation importante dans une société cotée en bourse (directive sur les franchissements de seuils : JOCE L.348, 17 déc. 1988, p 62 ; *JCP* G 1989, III, 62201. Pour une approche détaillée de l'action de concert, v. tout particulièrement : P. LE CANNU, L'action de concert, *Rev. soc*. 1991, p. 675 et s. ; D. MARTIN et A. VIANDIER, Lexique de l'action de concert , *RJDA* 1992, p. 239 et s ; D. SCHMIDT, Contrôle et action de concert : évolutions *JCP* E 2002, p. 68 et s. ; C. GOYET, le critère de l'action de concert selon Dominique SCHMIDT : éléments de discussion *in* Mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT, Joly éd. 2005 p. 293 et s.

[1669] Loi n°2001-1168 du 11 déc. 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

[1670] Sur ces obligations v. infra n° 599 et s.

[1671] H. LE NABASQUE, Notion de contrôle conjoint, note sous CE 5e et 4e ss-sect. réunies, 20 oct. 2004, n° 260898, *Bull. Joly*, 01 févr. 2005, n° 2, p. 248.

déterminés[1672]. La finalité est celle relative à l'exercice *"les droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société "*. Il vise les accords portant sur l'exercice des droits de vote en vue d'exercer une influence sur l'orientation de la politique de la société[1673]. L'action de concert est donc un fait[1674] ayant pour but l'exécution d'une politique commune. La loi tire donc d'un fait, la conclusion d'un accord assorti d'une finalité, une qualification, l'action concertée, de laquelle découle une conséquence, la solidarité. En outre, il ne peut donc y avoir action de concert quand les intéressés se contentent d'agir parallèlement. Dès lors que l'entente est conclue entre actionnaire[1675], les sociétés agissant de concert peuvent être considérées comme en contrôlant conjointement une autre.

585. **Possibilité de rattachement du capital social au contrôle de fait.** Certes, les critères retenus pour l'appréciation du contrôle de fait ne font pas référence au capital social mais, il reste possible de rattacher ces critères au capital social. En effet, peu importe le critère choisi pour apprécier le contrôle, le contrôle de la société dominante s'exerce au sein des assemblées collectives de la société dominée par le biais des droits de vote. Pour le décompte des droits de vote, il est pris en compte les titres de capital social donnant droit de vote qui sont par principe émis dans toutes les formes sociales compte tenu des dispositions de l'article 1835 du Code civil. Les droits de vote sont attachés aux titres et ceux-ci pourraient être parfaitement des titres représentatifs du capital social. Il s'agit principalement des actions ordinaires et des certificats de vote. Toutefois, il faut exclure du décompte les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et les certificats d'investissement. En sont également exclus, les actions non libérées ou faisant l'objet d'une sanction civile en raison de l'inobservation des règles relatives aux franchissements de seuils et à l'obligation de dépôt d'une offre publique.

Le capital social reste le critère exclusif d'appréciation des notions de filiale et de participation. Et, il est référencé en priorité comme critère d'appréciation du contrôle de droit. Il convient surtout de relever que la non prise en compte du capital social comme critère

---

[1672] CA Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 729 et s.

[1673] Art. L233-10 C. com. modifié par la loi 2007-211 2007-02-19 art. 18 1° JORF 21 février 2007.

[1674] C. GOYET, le critère de l'action de concert selon Dominique SCHMIDT op. cit., n° 4 p. 296 et s.

[1675] sous réserves du respect aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements : Art. L233-10 III. C. Com.

d'appréciation du contrôle de fait reste logique. Le capital social est une notion juridique très nettement appréhendée par le droit. Il ne peut servir de référence que pour définir les situations de droit. Pour pouvoir prendre en compte toutes les situations de domination, il est tout à fait logique de se référer à d'autres critères autres que le capital social. Pour autant la notion n'est pas inutile puisqu'elle sert de premier critère de droit permettant de définir la notion de contrôle et surtout, elle pourrait être connectée aux critères d'appréciation du contrôle de fait. Il en est également ainsi des critères retenus pour l'appréciation du contrôle déclenchant la publication des comptes consolidés.

§ 2. La connexion possible du capital social aux critères définissant le contrôle déclenchant l'obligation de publier des comptes consolidés

586. Les sociétés commerciales sont tenues de publier chaque année des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe dès lors qu'elles contrôlent une ou plusieurs autres entreprises[1676]. Aucune définition précise n'est apportée au sein des textes régissant les comptes consolidés. Toutefois, le législateur indique que : *"Les comptes consolidés comprennent le bilan et le compte de résultat consolidés ainsi qu'une annexe : ils forment un tout indissociable"*[1677]. Autrement dit, consolider des comptes consiste pour un groupe de sociétés d'établir une seule comptabilité. La consolidation des comptes agrège pour cela les comptabilités de chacune des sociétés qui composent le groupe et opère des retraitements afin de faire comme s'il ne s'agissait que d'une seule entité. Pour consolider les comptes, les sociétés du groupe sont tenues de faire parvenir à la société consolidante les informations nécessaires à l'établissement des comptes consolidés. Ces informations sont destinées à renseigner non seulement les associés sur le résultat du groupe et sa rentabilité mais également les tiers sur sa solvabilité[1678]. Pour cela, le législateur impose que les comptes consolidés soient établis selon les principes comptables et les règles d'évaluation du Code de

[1676] Art. L233-16 C. com.

[1677] Art. L233-20 C. com.

[1678] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 196, p. 193.

commerce[1679]. L'obligation de publier chaque année des comptes consolidés s'impose aux sociétés qui détiennent le contrôle d'une ou plusieurs autres sociétés.
Le capital social occupe-t-il une place dans l'appréciation du contrôle déclenchant l'obligation de publier des comptes consolidés ?
Pour l'appréciation du contrôle déclenchant la publication des comptes consolidés, il n'est nullement fait référence au capital social[1680] mais, il nous semble que le capital social ne soit pas totalement exclu. Il pourrait apparaître implicitement au sein des critères retenus pour apprécier le contrôle exclusif **(A)**, y compris l'influence notable et le contrôle conjoint **(B)**.

A. Les critères d'appréciation du contrôle exclusif

587. **La détention des droits de vote comme critère d'appréciation du contrôle exclusif.** Le control exclusif s'apprécie en priorité en faisant référence à *"la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise"* [1681]. La majorité des droits de vote corresponde à la majorité absolue c'est-à-dire la détention de plus de 50% des droits de vote[1682]. Certes, le critère d'appréciation du contrôle n'étant pas directement le capital mais plutôt les droits de vote mais, le capital social pourrait parfaitement être connecté à ce critère pour les mêmes raisons précédemment évoquées au sujet du contrôle de fait. En effet, la société est tenue de constituer un capital social conformément aux dispositions de l'article 1835 du Code civil. A ce titre, elle est tenue de délivrer des titres représentatifs du capital social. Or, la plupart des titres de capital confère des droits de vote. Il en est ainsi des titres ordinaires et des certificats de vote. Les sociétés sont certes autorisées à émettre des titres de capital sans droit de vote et d'autres détachés du capital social conférant des droits de vote. Mais, est-il possible de voir un associé contrôler la société uniquement sur la base des titres détachés du capital social conférant des droits de vote ? Si oui, c'est la seule hypothèse qui permettrait alors d'affirmer la déconnexion totale de la détention de la majorité des droits

[1679] Art. L233-22 C. com.

[1680] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 196, p. 193.

[1681] Art. L.233-16 C. Com.

[1682] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 196, p. 193.

de vote avec le capital social. Si non, le capital social n'est donc pas écarté de l'appréciation du contrôle exclusif puisque les titres conférant les droits de vote sont pris en compte dans le décompte de la majorité.

Si la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote découle de la détention des titres de capital social, l'appréciation du contrôle exclusif en fonction des droits de vote n'est pas complètement détachée du capital social. Il en est également ainsi lorsque ce même contrôle est caractérisé en fonction du pouvoir de nomination des dirigeants.

588. **Le pouvoir de nomination comme critère d'appréciation du contrôle exclusif.** C'est l'article L233-16, II, du Code de commerce qui prévoit ce critère en disposant que : *"Le contrôle exclusif par une société résulte : 2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise"*. Le critère qui se dégage de ce texte peut être rapproché de celui de l'article L233-3, I, 4° précédemment apprécié en ce sens que les deux textes instituent le pouvoir de nomination comme critère d'appréciation du contrôle d'une société. Mais, il existe une différence. En effet, alors que le contrôle exclusif ne prend en compte que le pouvoir de nomination, le contrôle de fait intègre en plus le pouvoir de révocation. Ce pouvoir de nomination des organes de gestion et de contrôle de la société dominée est *"essentiel pour une société mère qui souhaite diriger efficacement ses filles"*[1683]. Il n'est effectif qu'au bout de deux exercices successifs précise la loi. A contrario, tout contrôle exclusif occasionnel ou fortuit est écarté. Le pouvoir de nomination des dirigeants doit porter sur au moins la majorité des membres si ce n'est la totalité.

Les organes de direction sont nommés au sein des assemblées collectives par le biais des droits de vote. Ainsi pour caractériser ce pouvoir de nomination de la société consolidante, l'article L233-16, II précité précise que *"La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne"*. D'abord, le législateur indique que le contrôle exclusif est ici présumé. La doctrine précise qu'il s'agit d'une présomption simple pouvant supporter la preuve contraire[1684]. En ce

[1683] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 199, p. 195.

[1684] PH. MERLE, **Droit commercial. - Sociétés commerciales,** op. cit., n° 643, p. 799.

qui concerne le critère d'appréciation du pouvoir de nomination, il n'est pas fait référence au capital social. Toutefois, le critère retenu pour l'appréciation du contrôle exclusif découlant du pouvoir de nomination rappelle celui institué à l'article L233-3, II du Code de commerce précédemment étudié. Le décompte du pourcentage de détention des droits de vote pourrait prendre en compte les titres représentatifs du capital social conférant des droits de vote.

589. **L'influence dominante comme critère d'appréciation du contrôle exclusif.** Le dernier critère d'appréciation du contrôle exclusif énoncé par l'article L233-16 c'est l'influence dominante. Le texte précité dispose que : *"Le contrôle exclusif par une société résulte : 3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet"*. La formulation du texte ne précise en quoi consiste l'influence dominante et comment elle se met en œuvre. Le législateur se contente d'indiquer l'origine statutaire ou extrastatutaire de cette influence. Pour avoir une idée des critères permettant de caractériser la notion d'influence dominante, il faut se référer à d'autres matières juridiques notamment le droit du travail. En effet, il est imposé au groupe de sociétés de constituer un comité de groupe lorsqu'au sein de ce groupe, il existe une entreprise exerçant une influence dominante[1685]. Pour apprécier la notion d'influence dominante, il est fait référence à plusieurs critères dont le capital social constitue le premier indice. En effet, l'article L2331-1 du Code du travail dispose que : *"II. - Est également considérée comme entreprise dominante, pour la constitution d'un comité de groupe, une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10 % du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique"*. La domination de la société s'apprécie ici en faisant référence au capital social. Ainsi, pour l'appréciation de l'influence dominante obligeant à la consolidation des comptes, rien n'interdit de prendre en compte la domination résultant de la détention du capital social. Le pourcentage de détention du capital social est porté à 10%.

En ce qui concerne le critère d'appréciation d'une influence dominante présumée, l'article L2331-1 du Code du travail précité fait à nouveau référence au capital social parmi les critères retenus. Le texte précise que : *"L'existence d'une influence dominante est présumée établie,*

[1685] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1488, p. 667.

sans préjudice de la preuve contraire, lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement : - … détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise".
Pour le décompte du pourcentage de détention du capital social, il est pris en compte tous les titres représentatifs du capital social. Ainsi, puisque le critère des droits de vote n'est pas visé, les titres de capital social n'offrant aucun droit de vote sont pris en compte. Il s'agit donc principalement des actions à dividende prioritaire sans droit de vote et des certificats d'investissement.

Certes, le capital social n'est pas visé parmi les critères permettant d'apprécier le contrôle exclusif imposant la consolidation des comptes mais, la notion pourrait parfaitement intervenir au sein de ces critères par le biais des titres représentatifs du capital social donnant droit de vote et par la détention simplement du capital comme nous venons de le démontrer. Il en est ainsi des critères permettant de caractériser l'influence notable et le contrôle conjoint.

B. Les critères d'appréciation de l'influence notable et du contrôle conjoint

590. **Le critère de contrôle conjoint et la détention implicite des droits de vote et du capital social.** Le périmètre de consolidation définit la composition de l'ensemble à consolider. Il comprend toutes les sociétés contrôlées conjointement au sens de l'article L233-16 du Code de commerce. Il convient de souligner que le contrôle conjoint a été institué en droit des sociétés par la loi NRE du 15 mai 2001 pour combler la lacune que l'arrêt de la Cour de Paris avait brutalement révélé dans l'affaire Havas. En effet, les juges du fond avaient affirmé que seul pouvait s'exercer le contrôle majoritaire exclusif détenu par un seul actionnaire et donc pas conséquent ils avaient exclu le contrôle conjoint qui était détenu, en l'espèce, par plusieurs actionnaires minoritaires[1686]. Depuis la loi NRE, le contrôle conjoint est reconnu en droit des sociétés et c'est celui qui est exercé au sein d'une société exploitée en commun par un nombre limité d'associés. Les décisions prises en assemblés sont partagées entre les différentes sociétés possédant le contrôle. L'article 1003 du règlement 99-02 du Comité de la réglementation comptable précise que cette forme de contrôle suppose un

[1686] CA Paris, 20 févr. 1998, Bull. Joly 1998, p. 622, § 210, note P. LE CANNU ; *RJDA* 1998/4, n° 443, p. 279, note A. COURET ; *D.* 1999, somm. p. 253, obs. Y. REINHARD ; *D. Affaires*, 1998, p. 540, obs. M. BOIZARD ; *JCP* E 1998, p 705, note A. VIANDIER ; *RTD com*. 1998, p. 379, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* G, 1998, II, n° 10096, note J.-J. DAIGRE ; *Dr. soc.* 1998, comm. n° 81, obs. H. HOVASSE.

nombre limité d'associés et un accord prévoyant l'exercice du contrôle conjoint sur l'activité économique de l'entreprise exploitée en commun[1687]. Les décisions qui nécessitent le consentement de tous doivent être listées. Ce contrôle semble se rapprocher de l'action de concert visé par le III de l'article L233-3 précité car ce contrôle n'entraîne aucune renonciation au droit de vote de l'associé qui est censé agir collégialement. Ainsi, le contrôle conjoint ne repose pas sur une seule personne mais sur un nombre limité d'actionnaires du fait de l'exploitation en commun d'une entreprise. Il s'agit en pratique d'une filiale commune notamment les sociétés de services communes qui ont pour objet de fournir divers services aux sociétés participantes[1688].

Le législateur ne précise aucun critère permettant d'apprécier le contrôle conjoint. Ce silence permet tout simplement de prendre en compte toutes les situations créant un contrôle conjoint. Ainsi, rien n'interdit que deux associés détenant un pourcentage du capital social puissent exercer conjointement le contrôle d'une société. Dans ce schéma, le critère permettant d'apprécier le contrôle conjoint pourrait être la détention d'une fraction du capital social. Il n'est pas pris en compte les droits de vote. Une autre hypothèse pourrait toutefois s'envisager en prenant en compte la détention d'un pourcentage du capital social offrant des droits de vote par des associés contrôlant conjointement une autre société. Aussi, rien n'interdit qu'un actionnaire détenant le contrôle majoritaire exclusif puisse se concerter avec certains minoritaires pour qu'émerge un contrôle conjoint[1689]. Ce contrôle conjoint n'est possible que si le majoritaire *"renonce à certaines de ses prérogatives, au creux desquelles le minoritaire vient se nicher"*[1690]. Autrement dit, le contrôle majoritaire préexistant cesse de s'exercer pour laisser la place au contrôle conjoint[1691].

591. **La détention des droits de vote comme critère d'appréciation de l'influence notable.** L'article L233-16 précité expose une autre forme de contrôle sous les termes

[1687] A ce sujet il a été jugé qu'il n'y a pas contrôle conjoint dès lors que l'un des associés était en mesure d'imposer certaines décisions à l'autre : CA Paris, 28 juin 2005, *RJDA* 2005, n° 1234 cassé par Cass. Com. 19 déc. 2006 *RJDA* 2006, n° 369.

[1688] Mémento pratique Francis LEFEBVRE, **Droit des affaires, sociétés commerciales,** op. cit., n° 25902, p. 1349.

[1689] H. LE NABASQUE, Notion de contrôle conjoint, op. cit., p. 248.

[1690] Ibid.

[1691] Ibid.

d'influence notable. Le terme contrôle est substitué par l'influence notable mais il est fait référence aux droits de vote comme critère d'appréciation de l'influence notable. En effet, le texte précise que : *"L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise"*. La prise en compte de l'influence notable comme critère d'appréciation du contrôle permet aussi de prendre en compte toutes les hypothèses de contrôle[1692]. Est considéré comme caractéristique d'une influence notable notamment le monopole affiché ou non d'une société lui permettant en tant que distributeur exclusif d'une autre société de peser sur la politique de cette dernière[1693]. L'influence notable s'exerce nécessairement lors des assemblées générales collectives par le biais des droits de vote dans la mesure où l'article L233-16 précité détermine l'influence notable en raison de la détention des droits de vote.
Le capital social n'est certes pas visé expressément comme critère d'appréciation de l'influence notable mais pour le décompte du cinquième des droits de vote, les titres qui lui sont rattachés pourraient être pris en compte.

Nous relevons que même si le capital social n'est pas référencé expressément comme critère d'appréciation du contrôle exclusif obligeant à la consolidation des comptes au sein des groupes de sociétés, les titres représentatifs du capital social conférant des droits de vote ne sont pas non plus exclus du décompte des droits de vote. Malgré le caractère essentiel de la détention des droits de vote comme critère d'appréciation du contrôle[1694], le capital social n'est pas totalement en reste. Il pourrait même ressurgir là où le législateur ne précise pas de critère et c'est le cas pour l'appréciation de l'influence dominante et du contrôle conjoint. Mais, en dehors du droit des sociétés, le capital social n'a pas besoin de ressurgir dans la mesure où il est institué comme critère essentiel ou premier critère d'appréciation du contrôle.

[1692] M. PARIENTE, Les groupes de sociétés et la loi de 1966, *Rev. soc*. op. cit., p. 465.

[1693] Bull. CNCC, 1994, n° 93, p. 126 et s. ; Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 202, p. 199.

[1694] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1516, p.678.

Sous-section 2. L'appréhension du contrôle par le capital social en dehors du droit des sociétés

592. Rechercher la place du capital social dans les autres branches du droit n'est pas un exercice aisé compte tenu de la diversité des droits et des règles. L'étude sera alors limitée à certaines dispositions du droit fiscal, du droit boursier et du droit bancaire compte tenu des rapprochements susceptibles d'être opérés avec le droit des sociétés branche du droit commercial. Tout comme le droit des sociétés, ces branches du droit utilisent fréquemment la notion de contrôle comme condition déclenchant la mise en œuvre d'un droit ou d'une obligation. Le capital social est tantôt utilisé comme critère exclusif d'appréciation du contrôle **(§ 1)** tantôt comme premier critère d'appréciation du contrôle **(§ 2)**.

§ 1. Le capital social comme critère exclusif d'appréciation du contrôle

593. Le contrôle d'une société pourrait déclencher l'attribution de certains droits. Pour l'appréciation de ce contrôle, il est pris uniquement en compte le capital social comme critère. Ainsi, d'un point de vue légal, le capital social ne vient pas en concurrence avec d'autres critères. Il en est ainsi pour bénéficier du droit à l'exception au monopole bancaire **(A)** ou encore pour avoir droit à l'intégration fiscale des résultats du groupe **(B)**.

A. Le droit à l'exception au monopole bancaire

594. **Les liens de capital comme critère exclusif légal d'attribution.** Face au monopole bancaire, la loi interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel ou de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme. Cependant, le législateur prévoit une dérogation au monopole bancaire institué au bénéfice des groupes de sociétés[1695]. Ainsi, ces interdictions ne font pas obstacle à ce qu'une entreprise peu importe sa nature, puisse *"procéder à des opérations de trésorerie avec des sociétés ayant avec elle directement ou indirectement des*

[1695] Loi du 14 juin 1941, art. 5 ; D. OHL, **Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe**, Litec, 1982, p. 42 et 60.

liens de capital conférant à l'une des entreprises liées, un pouvoir de contrôle effectif sur les autres"[1696]. Les liens créés entre les sociétés s'articulent en droit des sociétés au tour des liens en capital entre associés ou dirigeants. Le capital social est considéré comme un véritable lien d'attache entre les sociétés. Le contrôle est apprécié ici en faisant référence exclusivement au capital social. Cette appréciation du contrôle en référence au capital social se justifie par le fait que la faveur reconnue au groupe de société égratigne le monopole et donc par conséquent la notion de contrôle doit être limitée dans son champ d'application[1697]. La société doit détenir une fraction significative des titres représentatifs du capital social d'une autre société et ce dans le dessein d'exercer une influence sur celle-ci. Ainsi, le contrôle est établi lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital social d'une autre société[1698].
Il faut exclure toute discussion quant à la nature du contrôle qui doit provenir "*directement ou indirectement,* des *liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres".* Il faut que le contrôle résulte d'un lien de capital même s'il n'est pas nécessaire qu'il soit exercé directement par l'une des sociétés sur l'autre, il suffit que les deux soient contrôlées par une troisième société[1699]. Les dispositions de l'article L511-7, 3° du Code monétaire et financier font référence à un contrôle de nature financier et donc par conséquent, devraient être écartées les sociétés n'ayant entre elles aucun lien de capital, direct ou indirect, et dont le contrôle serait simplement entre les mains d'un associé personne physique commun.

595. **La notion *d'"entreprises liées"* comme critère de déclenchement.** La doctrine estime que la notion d'*"entreprises liées"* de l'article L511-7, 3° du Code monétaire et financier doit être interprétée extensivement. Ainsi, les professeurs GAVALDA et STOUFFLET retiennent qu'*"une dépendance commune à l'égard d'une personne ou entreprise suffit à légitimer des opérations de trésorerie"* [1700]. Cette analyse a été consacrée pour la première

[1696] Art. L511-7, 3° C. mon. fin.

[1697] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 208, p. 204.

[1698] CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, **Droit bancaire**, op. cit., n° 575, p. 286.

[1699] D. OHL, Les "opérations de trésorerie" de l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984 *in* La trésorerie et le financement des entreprises, *RJ com*., novembre 1989, p. 34, note 5.

[1700] CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, **Droit bancaire**, op. cit., n° 50, p. 40 ; CH. GAVALDA, Les crédits dits *intra* groupes, *RD bancaire et bourse*, n° 27, septembre-octobre 1991, p. 171, n° 17 ; position contraire J.- J. DAIGRE,

fois par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 décembre 2003[1701]. En l'espèce, une convention de trésorerie avait été convenue entre deux sociétés n'ayant aucun lien de capital entre elles mais ayant un associé et dirigeant commun, majoritaire dans l'une, égalitaire dans l'autre. A la suite de diverses péripéties, un nouvel associé demanda l'annulation de la convention pour violation de l'article L511-7-I du Code monétaire et financier[1702]. Validant la convention litigieuse, la Haute juridiction décida que le contrôle du groupe était *"assuré par une personne physique en qualité d'entrepreneur individuel ou de dirigeant de sociétés"*. La notion de contrôle fut appréciée ici en dehors de tout de lien de capital. Les juges et la doctrine apportent alors un nouveau critère permettant l'appréciation du contrôle pour enclencher le bénéfice de l'exception au monopole bancaire.

596. **La détention de la majorité des droits de vote comme critère de déclenchement.** L'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) estime par la voie de son comité juridique que le contrôle de fait résultant de la détention de la majorité des votes suite à un accord entre actionnaires, rend applicable l'exception prévue par l'article L511-7, 3° au monopole bancaire[1703]. Il s'agit du contrôle effectif de l'article L233-3 du Code de commerce apprécié en référence aux droits de vote.

Certes, la pratique a recours à d'autres critères déclenchant l'exception au monopole bancaire mais, d'un point de vue légal, le critère exclusif reste les liens de capital social. Il en est également ainsi en droit fiscal pour qu'un groupe puisse se prévaloir de l'intégration fiscale.

Des sociétés contrôlées par une même personne physique peuvent former un groupe échappant au monopole bancaire pour les opérations de trésorerie internes, note sous Cass. com. 10 déc. 2003, *Rev. soc*. 2004, p. 669.

[1701] J.- J. DAIGRE, Des sociétés contrôlées par une même personne physique peuvent former un groupe échappant au monopole bancaire pour les opérations de trésorerie internes, note sous Cass. com. 10 décembre 2003, *Rev. soc*. 2004 p. 669.

[1702] Les conventions conclues au mépris du monopole bancaire sont frappées de nullité absolue : Cass. com. 24 févr. 1993, *RJDA* 1991/12, n° 1053, p. 885 ; Cass. com. 20 oct. 1998, *D*. 1999, p. 10, note B. SOUSI.

[1703] *Bull. ANSA*, n° 411, C.J. du 5 mars 1997.

B. Le droit à l'intégration fiscale

597. **L'évitement de l'imposition double des bénéfices.** Quand une société veut s'agrandir ou diversifier son activité, elle peut créer une filiale pour financer une partie de l'activité par des tiers investisseurs au capital social de la filiale. Dans ce cas, il peut avoir un risque de double imposition fiscale[1704]. En effet, les bénéfices de la filiale seront d'abord imposés en son nom propre si elle appartient aux sociétés à risque limité. Il s'agit principalement des sociétés anonymes, à responsabilité limitée, en commandite par action et par actions simplifiées. Puis à l'occasion de la remontée des bénéfices vers la société mère, il y aura une seconde imposition au nom de cette dernière dans les mêmes conditions à moins que la société ait opté pour l'impôt sur le revenu. A ce sujet, il faut souligner qu'auparavant seules les sociétés à responsabilité limitée pouvaient opter pour l'imposition de leur bénéfice. Les sociétés anonymes, par actions simplifiées et en commandite par actions étaient imposées sous le régime de l'impôt sur les sociétés. Selon la nouvelle loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, ces dernières formes sociales peuvent désormais opter pour l'impôt sur le revenu si elles remplissent certaines conditions à défaut elles restent imposables par nature à l'impôt sur les sociétés[1705]. La société mère sera alors imposée en cas de remontée des bénéfices de la filiale et si elle distribue ses bénéfices aux actionnaires personnes physiques, il y aura à nouveau une troisième imposition. Comment éviter ces impositions superposées d'un même bénéfice ?

La solution est apportée par l'article 223 A du Code général des impôts. Le régime d'intégration fiscale qui y est institué permet de gommer ces impositions multiples car toutes les sociétés d'un groupe fiscalement intégré ne seront imposées qu'à une seule occasion et entre les mains de la seule société mère. Le législateur fiscal pose une série de condition qui écarte un bon nombre de groupes de sociétés du régime de l'article 223 A précité. Seules

[1704] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 1510, p.675.

[1705] La société doit exercer à titre principal une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, à l'exclusion de la gestion de son propre patrimoine mobilier ou immobilier, ne pas être cotées en bourse, employer moins de 50 salariés, réaliser un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan inférieur à 10 M€, être créée depuis moins de 5 ans au moment de l'option, avoir des droits de vote détenus, à hauteur de 50 % au moins, par une ou des personnes physiques, et avoir des droits de vote détenus, à hauteur de 34 % au moins, par une ou plusieurs personnes ayant la qualité de président, directeur général, président du conseil de surveillance, membre du directoire ou gérant. L'option pour l'IR nécessite l'accord de tous les associés et doit être formulée dans les 3 premiers mois du premier exercice pour lequel elle prend effet. Elle est valable 5 ans, sauf renonciation anticipée. En cas de sortie anticipée, l'option n'est plus possible ultérieurement.

peuvent être membres du groupe les sociétés qui ont donné leur accord. Cette solution est logique dans la mesure où une société ne peut être contrainte de faire partie d'un groupe sans son consentement. Par contre la deuxième condition relative à la soumission du résultat comptable à l'impôt sur les sociétés permet d'exclure du groupe intégré les sociétés soumises à l'impôt sur le revenu. Elle exclut toutes les sociétés de capitaux qui ont opté pour le régime de l'impôt sur le revenu conformément à la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Pour chacun des exercices arrêtés au cours de la période de validité de l'option, la société mère notifie, au plus tard au douzième mois la liste des sociétés membres du groupe ainsi que l'identité des sociétés qui cessent d'être membres de ce groupe. Ce qui permet d'identifier les sociétés tenues solidairement au paiement de l'impôt sur les sociétés.

598. **La détention du capital social comme critère exclusif de déclenchement de l'intégration.** Le capital social est utilisé par le législateur fiscal comme critère exclusif de déclenchement de l'intégration fiscale dans le sens où il n'est pas concurrencé par d'autres critères tels que les droits de vote. En effet, le Code général des impôts précise que : *"Une société peut se constituer seule redevable de l'impôt sur les sociétés dû sur l'ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital, de manière continue au cours de l'exercice, directement ou indirectement par l'intermédiaire de sociétés ou d'établissements stables membres du groupe"*[1706]. La société mère doit détenir 95 % au moins du capital social des sociétés du groupe. Cette détention peut toutefois être indirecte par le truchement d'une autre société contrôlée à hauteur du même pourcentage. Mais, la société mère ne doit pas être directement ou indirectement détenue par une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Le pourcentage de détention du capital social est également porté à 95 %. Une exception est posée à cette condition et c'est celle relative à la détention de 95% au plus du capital social d'une société soumise à l'impôt sur le revenu (IR). Autrement dit, la société mère bénéficiant de l'option de l'article 223 A peut être détenue au maximum à hauteur de 95% de son capital social par une société soumise à l'IR. La détention d'un pourcentage supérieur fait perdre le bénéfice de l'option.

Le législateur fiscal introduit fortement la notion de capital social comme condition du bénéfice de l'option de l'article 223 A précité. Le but visé étant d'éviter la double imposition du bénéfice produit par la filiale, les droits aux dividendes doivent correspondre au

[1706] Art. 223 A CGI.

pourcentage de 95% au moins car c'est le bénéfice correspondant à celui-ci qui sera imposé. Ainsi 95% des dividendes seront imposés une seule fois entre les mains de la société mère. Cependant, la détention de 95% des droits de vote n'est pas nécessaire, car seule la détention du capital social semble être visée par le législateur fiscal. La détention de 95% des droits aux dividendes n'impliquerait alors pas une détention de 95% des droits de vote. Ainsi, les actions de la société mère détenues à 95% du capital social peuvent être des actions sans droits de vote pour cela l'appréhension de 95% des droits au dividende n'induit pas le contrôle de la mère. Toutefois, si la notion de contrôle ne s'induit pas ici par la détention des droits de vote, il apparaît qu'elle s'apprécie exclusivement sur une détention presque quasi-totale du capital social bien que le but visé ne soit pas la recherche d'un quelconque contrôle. La condition relative à la détention de 95% du capital social de la filiale est capitale pour pouvoir bénéficier du régime d'intégration fiscal. En effet, dans le cas où la participation de la mère au capital social deviendrait inférieure 95%, elle perdrait ce bénéfice fiscal. Les résultats de la filiale ne peuvent plus être intégrés au résultat d'ensemble. La filiale sera à nouveau redevable de l'IS.

Pour le décompte du pourcentage de détention de 95% au moins du capital social, il doit être pris en compte tous les titres représentatifs du capital social sans distinction de titres donnant ou pas droit de vote. Cependant, les titres non représentatifs comme les apports en industrie doivent être exclus du décompte. L'article 223 A précité apporte une autre exclusion celle relative aux titres attribués gratuitement ou pas aux personnels salariés conformément aux articles L225-177 à L225-184 et L225-197-1 à L225-197-5 du Code de commerce. Le calcul du taux de détention du capital doit être établi en faisant abstraction de ces titres dans la limite de 10 % du capital de la société. Ce pourcentage se justifie par les articles L225-197-1 et L225-182 du Code de commerce qui limitent le nombre total des actions attribuées gratuitement ou des options ouvertes à souscription à 10 % du capital social.

On note ainsi qu'en ce qui concerne l'attribution du droit à l'exception au monopole bancaire et du droit à l'intégration fiscale, le capital social joue le rôle exclusif d'appréciation du contrôle. Mais, en matière boursière le capital social intervient plutôt comme premier critère d'appréciation du contrôle.

§ 2. Le capital social comme premier critère de déclenchement d'imposition d'une obligation

599. Le législateur communautaire avait proposé une 13ème directive sur la protection des actionnaires en cas d'offre publique d'achat et d'offre publique d'échange[1707]. Mais, les pays comme le Royaume-Uni n'ont jamais voulu réglementer le marché boursier géré par les professionnels. C'est ainsi que le Parlement européen n'a pas voté ce projet de directive en juin 2001. Toutefois, cette proposition de directive a fait l'objet de plusieurs modifications d'abord en 1997 puis en 1999/2000[1708] et enfin la dernière version datant du 2 octobre 2002[1709]. C'est après l'accord du 27 novembre 2003 que la directive voit le jour le 21 avril 2004[1710]. Le considérant 9 de la directive indique qu'il : *"Il convient que les États membres prennent les mesures nécessaires pour la protection des détenteurs de titres, et en particulier ceux possédant des participations minoritaires"*. Il poursuit en précisant qu' : *"Il convient que les États membres assurent cette protection en imposant à l'acquéreur qui a pris le contrôle d'une société l'obligation de lancer une offre proposant à tous les détenteurs de titres de cette société d'acquérir la totalité de leurs participations à un prix équitable conformément à une définition commune"*. Ce texte oblige les pays comme le Royaume-Uni à revoir leur position. Quant à la France, elle a pris ces mesures contenues dans le Règlement de l'AMF aux articles 234-2 et 235-1. Pour la mise en œuvre de ces obligations, le capital social occupe une place importante. Il est utilisé comme premier critère de déclenchement aussi bien de l'obligation d'offre publique d'achat **(A)** que de l'obligation de la garantie de cours **(B)**.

[1707] Proposition de treizième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'achat ou d'échange, JOCE n° C 64/8 du 14 mars 1989, modifiée en 1990, JOCE n° C 240/7 du 26 sept. 1990 ; B. LECOURT, L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? *Rev. Soc*. 2004, n° 25 ; O. CASSIOT, Les OPA : étude de la proposition de treizième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'achat ou d'échange, *P. A.*, n° 112, 17 sept. 1990, p. 16, n° 115, 24 sept. 1990, p. 13, et n° 116, 26 sept. 1990, p. 24 ; H. DE VAUPLANE, Proposition de treizième directive sur les Offres publiques d'acquisition*, Banque et droit*, n° 51, 1997, p. 35.

[1708], Présentation de la treizième proposition de directive en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'acquisition, *Bull. COB* 1999, n° 338, p. 25 ; N. RONTCHEVSKY, obs. *in RTD com*. 2001, p. 724 ; E. WYMEERSCH, Les défenses anti-OPA après la treizième directive, Commentaires sur l'article 8 de la future directive, in Mélanges J. STOUFFLET, LGDJ, 2001, p. 397.

[1709] Proposition de directive du 2 oct. 2002 ; Nouvelle proposition de directive concernant les OPA, *JCP E* 2002, Aperçu rapide, p. 1643.

[1710] Directive de 2004/25/CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, J. O. n° L142 du 30/04/2004, p. 0012 - 0023.

A. L'obligation de dépôt d'une offre publique d'achat

600. **Le champ d'application de l'obligation de dépôt.** Dès 1989, le Règlement Général du Conseil des Bourses de Valeurs (CBV)[1711] précisait les conditions dans lesquelles les obligations de déposer un projet d'offre devaient être mises en œuvre. A l'origine, il prévoyait que l'obligation de lancer une offre publique ne se déclenchait qu'au franchissement du seuil du tiers du capital social à la suite d'une acquisition par un seul actionnaire. La restriction ainsi posée ne permettait pas d'appréhender toutes les tactiques d'acquisition du contrôle d'une société[1712]. En outre, elle mettait l'autorité professionnelle en contradiction avec la Commission des Opérations de Bourse (COB) pour qui le franchissement du seuil du tiers devait déclencher l'obligation d'achat, même s'il résultait de la seule conclusion d'un accord de concert[1713]. Ainsi la seule conclusion d'un pacte d'actionnaire constitutif d'un accord de concert peut-elle depuis 1992, conduire à l'obligation de déposer une offre publique. Le champ d'application du chapitre V du Règlement réorganisé par la loi du 2 juillet 1996 par le Conseil des Marchés Financiers (CMF) s'est étendu car il vise désormais *"toute personne physique ou morale, agissant seule ou de concert"*[1714]. Sur la notion d'action de concert, il faut entendre par-là plusieurs actionnaires qui décident de conclure un accord portant sur l'acquisition ou la cession d'actions. Une de caractéristiques de l'action de concert, c'est le lien de solidarité imposé par la loi aux concertistes et c'est le troisième alinéa de l'article L233-10 du Code de commerce qui édicte cette obligation sous les termes suivants : *"Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par la loi et les règlements"*. Parmi ces obligations, il y a l'obligation de déposer un projet d'offre publique d'achat.

601. **La détention du capital social comme premier critère de déclenchement de l'obligation de dépôt d'une offre publique d'achat**. La protection des anciens actionnaires

---

[1711] *JCP* E 1989, III, 63191 et 63266. Le conseil des bourses de valeurs était composé de 12 élus parmi des banquiers et ex-agents de change, il établissait le règlement général des bourses de valeurs et décidait de l'admission et de la radiation à la cote. Il sanctionnait les manquements au règlement.

[1712] D. SCHMIDT et C. BAJ, De l'ancien au nouveau règlement général du Conseil des bourses de valeurs, *RD bancaire et bourse* 1992. 137.

[1713] Règl. COB, N 88-02, 21 avr. 1988 concernant les déclarations de franchissement de seuils modifié en 1989.

[1714] Art. L433-3 C. mon. Fin.

est apportée dans les sociétés cotées non pas par une procédure d'agrément comme c'est le cas dans les sociétés de personnes et celles dites hybrides mais par l'obligation de déposer une offre publique d'achat (OPA). L'actionnaire, qui du fait de son acquisition de titres franchit l'un des trois seuils prévus par l'article 234 et suivants du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) doit impérativement proposer une sortie aux anciens actionnaires[1715]. Le premier critère de déclenchement de l'obligation de déposer une offre publique d'achat énuméré par l'article 234-2 c'est la détention du tiers du capital social. Plus précisément le texte dispose que : *"Lorsqu'une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce, vient à détenir plus du tiers des titres de capital ou plus du tiers des droits de vote d'une société, elle est tenue à son initiative d'en informer immédiatement l'AMF et de déposer un projet d'offre visant la totalité du capital et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, et libellé à des conditions telles qu'il puisse être déclaré conforme par l'AMF"*. L'acquisition des actions engendrant une détention de plus du tiers du capital social déclenche la procédure obligatoire d'offre publique d'achat. Pour le décompte du pourcentage, l'article 234-1 du Règlement précité précise que : *"Dans le présent chapitre, par titres de capital, il faut entendre les titres de capital conférant des droits de vote si le capital de la société visée est constitué pour partie par des titres sans droit de vote"*. Dès lors, les titres de capital n'offrant aucun de droit de vote ne doivent pas être pris en compte pour le décompte du pourcentage. Il s'agit précisément des actions à dividendes prioritaires sans droit de vote et des certificats d'investissement. En revanche, les titres dont les droits de vote ont été suspendus de manière temporaire peuvent être pris en compte car ils comportent par nature un droit de vote[1716]. Peu importe en définitive que le droit de vote puisse ou non s'exercer, du moment que les titres ont vocation par essence à conférer le droit de vote.

Toutefois, le capital social n'est pas l'unique critère de déclenchement de l'obligation de dépôt d'une offre publique d'achat. Il est également pris en compte le critère des droits de vote. Le seuil déclenchement est le même que celui prévu pour la détention du capital social. Il s'agit de la détention du plus du tiers des droits de vote. Pour le décompte de ce pourcentage, il faut

[1715] F. BUCHER, Le contrôle en droit des sociétés et en droit boursier note sous CA Paris 20 févr. 1998, *Rev. soc.* 1998 p. 346 ; H. DE VAUPLANE, La procédure de garantie de cours, *Bull. Joly, Bourse* 1999, 44.

[1716] Y. DECROIX, **Du capital social à la situation nette,** op. cit. n° 215, p. 221.

à l'évidence tenir compte des droits de vote double ou multiple qui auront été le cas échéant conférés ainsi que des certificats de vote.

En ce qui concerne les concertistes, le calcul de ce pourcentage se fait en additionnant les actions ou les droits de vote détenus par chacun des concertistes comme le prévoit l'article L 233-9-3° du Code de commerce. Dans un arrêt en date du 27 octobre 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu que les actionnaires agissant de concert se trouveraient en situation de dépôt obligatoire d'un projet d'offre publique dans la mesure où *"il résultait du projet de note d'information qu'à l'issue de l'offre publique de rachat par la société Gecina de ses propres actions MM. Rivero et Soler détiendraient ensemble 42,7% du capital social et des droits de vote de cette société, franchissant ainsi à la hausse le seuil du tiers du capital et des droits de vote"*[1717]. Ainsi, les concertistes ont l'obligation de déposer une offre dès leur que le total des titres de capital conférant des droits de vote atteint le seuil légal.

Le Règlement prévoit deux autres hypothèses entraînant l'obligation de déposer une offre publique d'achat tout en se référant au capital social comme condition de déclenchement de cette obligation. D'abord, il est prévu à l'article Article 234-3 du Règlement que le dépôt d'une offre publique d'achat s'impose aux personnes agissant seules ou de concert qui détiennent plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementé d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen y compris la France. Ensuite le même texte impose aux personnes physiques ou morales agissant seules ou de concert à déposer une offre publique d'achat lorsqu'elles viennent à détenir par suite de fusion ou d'apports plus du tiers des titres de capital ou des droits de vote d'une société.

602. **Justification du choix du pourcentage de plus du tiers des titres de capital conférant des droits de vote.** La détention de plus du tiers des titres du capital conférant des droits de vote attribue une minorité de blocage. Ce contrôle négatif impose l'obligation de déposer une offre publique d'achat pour donner la possibilité aux actionnaires de ne pas subir ce contrôle. La détention du plus tiers du capital social ou des droits de vote engendre une minorité de blocage qui donne à l'actionnaire minoritaire la possibilité de bloquer toute décision prise en assemblée générale extraordinaire portant sur la modification des statuts. Il

[1717] Cass. com. 27 oct. 2009, *www. Dalloz. fr* ; D. SCHMIDT, Précisions sur l'action de concert, *D.* 2009, p. 2836.

s'agit donc d'un contrôle de la société par la négative qui s'oppose au contrôle actif. En effet, contrairement aux assemblées ordinaires dans lesquelles les décisions doivent être prises à la majorité absolue, en assemblée extraordinaire, les décisions doivent être prises à la majorité des deux tiers autrement dit, si les actionnaires présents ou représentés disposent de 90% des voix ou des parts sociales, la décision portant notamment sur l'augmentation de capital social ne sera prise que si 61% des droits de vote s'expriment en faveur de cette opération. S'il n'y a que 59% des droits de vote qui s'expriment en faveur de l'opération, l'actionnaire détenant 31% des droits de vote pourra bloquer l'opération.

Conformément au considérant 11 de la directive du 21 avril 2004, l'obligation de faire une offre doit s'adresser à tous les détenteurs de titres. Ainsi, les détenteurs de titres auxquels sont attachés des droits de vote, mais également ceux possédant les titres non assortis de droits de vote doivent tous bénéficier de cette offre.

L'obligation de procéder à une offre publique d'achat reste une solution logique car les membres d'une société doivent avoir une volonté commune de collaborer ensemble. *L'affectio societatis* doit également exister dans les sociétés de capitaux. L'ouverture du capital social au public des sociétés de capitaux engendre l'arrivée des nouveaux adhérents. Si ceux-ci ne sont pas acceptés des anciens, il est logique de leur offrir une porte de sortie compte tenu du fait qu'ils ne peuvent interdire l'entrée des nouveaux actionnaires par la procédure d'agrément. L'offre publique d'achat est bien une mesure de protection des actionnaires minoritaires même par rapport aux anciens actionnaires. Les actionnaires minoritaires ne souhaitent pas toujours subir l'orientation politique que pourraient imposer les anciens actionnaires qui ont accru leur participation au point de détenir plus du tiers du capital et c'est pourquoi, le législateur leur offre une possibilité de sortie en obligeant l'actionnaire ayant franchi notamment le seuil légal.

Comme nous pouvons le constater, le capital social occupe une place importance pour la mise en œuvre de l'obligation de déposer une offre publique d'achat[1718]. Il en est également de même lorsque l'actionnaire est obligé de garantir le cours des actions aux autres actionnaires en cas d'acquisition d'un bloc de titres.

[1718] R. MORTIER, **Opérations sur capital social**, op. cit., n° 51, p. 39.

B. L'obligation de garantie de cours

603. **La détention du capital social comme premier critère de déclenchement de l'obligation de garantie de cours.** La différence entre la garantie de cours et l'offre publique d'achat vient de la référence au bloc. En ce qui concerne l'obligation de déposer une offre publique d'achat, l'achat d'une action suffit à déclencher l'engagement si du fait de cette acquisition, le seuil de plus du tiers de l'article 234-2 précité est franchi. Pour la procédure de garantie de cours, c'est plutôt l'achat d'un bloc d'actions conférant la majorité du capital social ou des droits de vote d'une société cotée qui déclenche l'obligation. En effet, l'article 235-1 du règlement. L'AMF précise qu' : *"Est tenue de déposer un projet de garantie de cours une personne physique ou morale, agissant seule ou de concert au sens de l'article L. 233-10 du code de commerce, qui acquiert ou est convenue d'acquérir un bloc de titres lui conférant, compte tenu des titres ou des droits de vote qu'elle détient déjà, la majorité du capital ou des droits de vote d'une société"*. Le critère de détention du capital social est référencé en première position puisque l'obligation de garantir le cours des actions s'applique dès lorsqu'il y a détention de 51% du capital social[1719]. L'appréciation du contrôle en matière boursière se détermine donc en considération de la quote-part du capital détenu. En ce sens, le capital social reste un élément de mesure du contrôle d'une société. Pour le décompte de la majorité du capital, tous les titres représentatifs du capital social doivent être logiquement pris en compte y compris ceux dépourvus du droit de vote.

Toutefois, le capital social dans l'appréciation du contrôle déclenchant l'obligation n'est pas l'unique critère. L'acquisition de la majorité des droits de vote emporte également le déclenchement de la garantie de cours. Pour le décompte des droits de vote, doivent ainsi être pris en compte, les titres capables de s'exprimer à savoir les titres ordinaires et les certificats de vote. Sont donc exclues les actions à dividendes prioritaires sans droit de vote y compris les certificats d'investissement.

604. **Mise en œuvre de l'obligation de garantie de cours.** L'actionnaire mettra en œuvre la garantie de cours en proposant obligatoirement aux autres actionnaires de leur racheter leurs actions au prix auquel le bloc a été négocié. L'actionnaire acquéreur du bloc de contrôle doit acheter en bourse toutes les quantités de titres qui lui seront présentées pendant

[1719] Ibidem.

une période de 10 jours de bourse[1720]. Les actionnaires minoritaires pourront profiter de cette voie pour sortir de la société dans la mesure où l'associé agissant seul ou de concert doit impérativement acquérir les titres proposés[1721]. L'égalité entre actionnaires est ainsi assurée par la garantie d'un même prix de transfert de titres. Il a été dit dans ce sens que : *"Celui qui cède une action doit recevoir le même prix que celui qui a cédé le bloc de contrôle."*[1722]. Ainsi le prix de transfert des titres doit profiter à l'ensemble des actionnaires.

*

* *

605. **Conclusion. L'utilité du capital social dans la répartition des droits politiques.** Le capital social est une notion importante en droit des sociétés de capitaux et des sociétés à responsabilité limitée. Il est utilisé principalement comme clé de répartition des droits politiques. L'application de cette règle pourrait s'étendre aux sociétés à risque illimité par la volonté des membres adhérents. Le capital social pourrait intervenir dans les critères retenus pour l'appréciation des conditions de validité des décisions collectives. Il n'est pas totalement supprimé lorsque pour des raisons de sanction ou pour cause de détention de titres sans droit de vote, un associé est dépossédé de l'exercice du droit de vote proportionnel. Celui qui est dépossédé de ces droits de vote ne perd pas la qualité d'associé. Ainsi, il continue d'avoir des liens avec le capital social. Surtout, l'exercice du droit de vote proportionnel ressurgit ou pourrait resurgir au bout d'un certain temps. Nous relevons que l'existence des dérogations n'engendre pas l'inutilité du capital social. Là où le législateur admet le vote plural, le capital social pourrait intervenir comme clé de répartition. S'agissant du dispositif encadrant la création des actions à vote double, le législateur utilise le capital social comme condition d'attribution et comme mode d'attribution des droits de vote double. Cependant, ces attributions de vote supplémentaire créent des discriminations au sein de la société et entravent la circulation des actions au sein de l'espace communautaire. Pour cette raison, le

[1720] Art. 235-2. Règl. gén. AMF.

[1721] D. SCHMIDT, fasc. *Action de concert*, Rép. sociétés Dalloz, novembre 2000, les obligations de dépôt de projet sont exposées sous le titre "Obligations d'acquérir", n° 150.

[1722] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, **Droit des sociétés**, ouvrage préc., n° 996, p.438.

législateur communautaire prévoit la suppression temporaire de ces votes pour laisser la place à l'égalité proportionnelle *"une action = une voix"*.

606. **L'utilité du capital social dans la détermination de la domination au sein des groupes de sociétés**. Le capital social occupe une place importante dans la caractérisation des situations de domination d'une société sur une autre aussi bien en droit des sociétés qu'en dehors de cette matière. Il vient certes en concurrence avec d'autres critères, mais il constitue le premier critère de définition des notions de contrôle et de filiale. Pour ces deux dernières notions, il constitue d'ailleurs le critère exclusif d'appréciation. Le capital social ne peut appréhender que des situations de droit. En dehors de ces situations, il est tout à fait logique que le législateur se réfère à d'autres critères. A ce niveau également, le capital social pourrait intervenir par le biais de ses titres et surtout comme critère d'appréciation de la domination. En effet, il peut être utilisé pour caractériser l'influence notable et le contrôle conjoint. Ainsi, la notion ressurgit là où le législateur ne le vise pas comme critère d'appréciation.

607. **Conclusion Titre 2. Le capital social institué comme clé de répartition des droits et des obligations.** Qu'il s'agisse de la répartition des droits financiers, des droits politiques et des obligations, la règle de la proportionnalité au capital social est instituée en principe dans toutes les formes sociales[1723]. Cette règle à l'avantage de traiter les associés sur le même pied d'égalité en proportionnant tous les partages effectués entre les associés.

Toutefois, au sein des sociétés à risque illimité et des sociétés par actions simplifiées, la règle de la proportionnalité au capital social n'est qu'un simple principe pouvant être dérogé. Le capital social de ces formes sociales n'est pas ouvert au public puisque l'adhésion au pacte social est établie en fonction de la considération de la personne. Il importe alors très peu d'imposer une règle de mesure des droits et obligations des associés dans ces formes sociales. La détermination des modes de partage au sein de ces formes obéit à un même fondement : les associés choisissent en toute liberté le mode de partage des droits et des obligations. Leur choix pourrait porter sur l'application du principe. Et à défaut de choix, la règle de la proportionnalité au capital social supplée au silence des statuts.

Au sein des formes sociales qui sont susceptibles d'ouvrir leur capital social au public, la règle de la proportionnalité au capital social pour mesurer les droits politiques est plus qu'un principe, c'est une règle d'ordre public. Toutefois, les textes français ont prévu des dérogations au principe de proportionnalité se résumant par l'égalité *"une action = une voix"*. Sur le plan interne, ces exceptions n'entraînent pas la disparition du capital social. Le capital social continue d'être utile aussi bien comme clé de répartition que comme condition d'attribution. Sur le plan communautaire, ces dérogations sont neutralisées pour favoriser la circulation des capitaux.

[1723] Art. 1843-2 C. civ.

CONCLUSION PARTIE II

608. **La protection du capital social, garantie des créanciers.** En définitive, la suppression du capital social en droit des sociétés ne serait pas justifiée car la notion intéresse non seulement les créanciers mais aussi les associés. C'est en cela que la notion est utile. Cependant, pour permettre au capital social de remplir sa mission, les règles qui gouvernent la protection du capital social au bénéfice des créanciers doivent être mieux aménagées. Certes, le régime juridique encadrant les rémunérations faites au profit des associés protège bien le capital social dans le sens où les droits financiers des associés ne portent que sur l'excédent de bénéfices de la société et les rémunérations qui sont susceptibles d'être prélevées sur le capital social sont toutes interdites, mais ce régime pose problème. D'abord, il n'est pas étendu à toutes les formes sociales puisque l'interdiction expresse des clauses d'intérêt fixe ne touche pas les sociétés civiles. La protection du capital social serait mieux garantie si cette prohibition s'étendait à toutes les formes sociales. Aussi, cette extension pourrait avoir l'avantage de soumettre au même régime toutes les sociétés à risque illimité.

Ensuite, l'autorisation légale des acomptes sur dividendes pourrait porter atteinte à l'intégrité du capital social. Certes, les règles interdisent les prélèvements sur le capital social mais le risque d'atteinte du capital social n'est pas exclu en fin d'exercice. Il est certain que le capital social ne peut être entamé lorsque la société décide de distribuer les acomptes sur dividende mais, il pourrait en être autrement en fin d'exercice.

Enfin, les textes n'interdisent pas les prélèvements sur le capital social pour rémunérer et rembourser les comptes courants d'associés. Or, il nous paraît essentiel de ne pas considérer l'associé créancier comme un véritable créancier au même titre qu'un fournisseur, un banquier. A ce titre, le législateur devrait intervenir pour atténuer les droits de l'associé en tant que créancier pour éviter qu'il ne profite de cette situation pour obtenir le remboursement du capital social risqué. L'ouverture du compte courant et les sommes laissées pourraient être conditionnées de manière à permettre au capital social de remplir sa mission de garantie des créanciers[1724].

En ce qui concerne la protection du capital social par des mesures dissuasives, nous constatons que ces mesures sont trop souvent adressées aux dirigeants, ce qui nous semble logique dans la mesure où il faut éviter qu'ils ne détournent le capital social investi par les

[1724] Sur ces conclusion v. conclusion générale.

associés. Mais la responsabilité de ces derniers est souvent mise à l'écart alors même qu'ils sont les principaux créateurs de la société.
Ainsi, pourquoi n'est-il pas possible d'étendre aux associés fondateurs l'action en comblement d'actif exercée en cas d'ouverture d'une procédure collective ? Cette action pourrait freiner les personnes qui voudraient entreprendre dans le but de faire supporter les risques aux créanciers en apportant un capital social modique.

609. **L'utilité du capital social au profit des associés.** Le capital social est également une notion utile pour les associés. Grâce au principe de proportionnalité, les droits et les obligations des associés sont proportionnées. Certes, la règle connaît des exceptions mais, elle est opportune en l'absence de précision des statuts ou en cas de litige. Les associés peuvent également y recourir lorsqu'ils manquent d'inspiration.

CONCLUSION GENERALE

I. Le capital social considéré comme la garantie minimale des créanciers

610. **La protection incertaine des créanciers en l'absence du capital social.** La suppression du capital social gage des créanciers sociaux n'a pas été proposée dans nos travaux car en raisonnant par l'absurde c'est-à-dire en imaginant le système juridique sans capital social, la protection des créanciers reste incertaine. Les règles de droit commun garantissant la protection des créanciers n'ont pas les mêmes vertus que celles régissant le capital social. En l'absence de l'exigence d'un capital social, rien n'interdirait aux sociétés de se constituer sans patrimoine minimum sur lequel s'exercerait le gage commun des créanciers. En cas de constitution d'un patrimoine social, rien n'imposerait de le maintenir en cours de vie sociale afin d'assurer la protection des créanciers. Or, seules les règles régissant le capital social permettent à la société de se constituer un patrimoine social en phase de démarrage des activités. Ce sont également ces mêmes règles qui assurent en priorité la stabilité du patrimoine en cours de vie sociale. Ainsi, il nous semble impossible de croire que le capital social serait inutile. Au regard de ce qui vient d'être dit, c'est tout le contraire. Toutefois, pour lui permettre de remplir plus efficacement sa mission, il convient de revoir certaines règles.

611. **Sur la libération du capital social.** Nous avons constaté dans nos premiers développements que le principe de libération fractionnée institué au sein des sociétés à risque limité pose problème surtout là où le législateur a autorisé de déterminer librement le capital social. Pour permettre au capital social de jouer son rôle de garantie minimale des créanciers, il importe de compenser la suppression de l'exigence d'un minimum par des règles plus rigoureuses de la libération du capital social promis. En effet, il est essentiel, dans la phase constitutive d'une société, d'assurer aux créanciers que la société ne se forme pas sur des bases fictives. Le droit des sociétés doit alors prévoir des règles qui garantissent que les apports ont été réellement effectués par les associés. En contrepartie de la suppression de l'exigence d'un capital social minimum, le principe de l'engagement intégral qui existe déjà pour la souscription devrait s'étendre à la libération. Autrement dit, tout comme la souscription intégrale du capital social, les associés ne pourraient-ils pas apporter intégralement le capital social déterminé statutairement avant l'immatriculation au Registre du Commerce et des Sociétés. Cette règle peut paraître rigide en pratique mais elle existe déjà pour les apports en nature et même pour les apports en numéraire effectués lors d'une augmentation de capital

dans une société à responsabilité limitée. Cela dit, cette proposition pourrait permettre d'harmoniser le régime juridique applicable à la souscription et à la libération des apports dans les sociétés à risque limité : tous les apports étant soumis aux mêmes principes de souscription et de libération intégrale. Toutefois, afin de limiter la portée de cette règle rigoureuse, il nous semble utile d'envisager une exception. La libération intégrale ne s'appliquerait que lorsque le montant du capital social statutaire serait inférieur aux anciens minima imposés aux SARL et SAS. Au-delà, la libération fractionnée peut être autorisée.

612. **Sur l'évaluation des apports et l'intégration des apports en industrie au capital social.** Nous avons mis en lumière l'inégalité de traitement des apports quant à leur évaluation. Les apports en nature, les quasi-apports ainsi que les apports dont la rémunération se présente sous forme d'avantage particulier sont soumis à évaluation à l'exclusion des apports en industrie. Cette exclusion ne nous semble pas justifiée dans la mesure où l'apport en industrie déguisé sous la forme d'un avantage particulier est soumis aux règles de l'évaluation. Ainsi, cela sous-entend alors que les apports en industrie peuvent faire l'objet d'une évaluation. Lorsque l'apport en industrie est exécuté immédiatement, la valeur de l'apport pourrait correspondre aux rétributions que l'apporteur pourrait réclamer s'il avait exécuté une prestation au profit de la société en tant que créancier. Cette évaluation présente un caractère de certitude puisqu'elle vise un service passé et en quelque sorte déjà consommé.
Lorsque l'apport est exécuté successivement dans le temps, son évaluation demeure tout aussi possible. Une valeur subjective pourrait être attribuée à cet apport par les associés ou un expert à chaque fin d'exercice.
Si une valeur est attribuée aux apports en industrie, l'apporteur en industrie ne sera plus marginalisé. Son apport pourrait intégrer le capital social et surtout il ne sera plus considéré comme le plus petit apporteur en capital social. Le droit des sociétés pourrait être simplifié puisque tous les apports seraient soumis au même régime. Ainsi, tous les apporteurs seraient rattachés au capital social et de la sorte, la règle de la proportionnalité au capital social trouverait à s'appliquer à tous les apporteurs.
En ce qui concerne la souscription des apports en industrie, tout comme les autres apports, elle devrait être intégrale. Pour ce faire, une valeur subjective de l'apport en industrie pourrait être attribuée de manière à ce que les autres associés, la société et les créanciers sachent l'étendue de l'engagement de l'apporteur en industrie. Cette valeur devrait être incorporée au capital social souscrit et non libéré. Cela permettrait d'éviter de rendre fictif le capital social

libéré. Pour garantir la libération de ce capital social, l'apporteur pourrait offrir en plus une police d'assurance ou une caution bancaire. Cependant, pour ce qui est de la libération, l'apport en industrie représente à notre avis, le seul type d'apport qui devrait être conçu pour être libéré par petite tranche surtout lorsqu'il est à exécution successive. Cela dit, tout comme les apports en numéraire[1725], pourquoi n'est-il pas possible d'entrevoir la libération fractionnée des apports en industrie. Mais, seule la valeur de la prestation réellement exécutée pourrait intégrer le capital social. L'intégration au capital social de l'apport en industrie serait ainsi conditionnée à son exécution et à son évaluation.

613. **Sur le compte courant.** Dans la première partie il a été constaté que des biens par nature intégrables au capital social pouvaient être apportés en dehors du capital social. Il s'agissait des sommes d'argent laissées en compte courant d'associés. Le compte courant d'associés constitue le concurrent du capital social puisque au lieu d'investir au capital social, les associés préfèrent le compte courant d'associés. Au final, le capital social est privé des sommes qu auraient pu être intégrées en son sein. L'absence d'incorporation d'une partie des fonds au capital social réduit l'efficacité voire l'utilité de la notion. Et le compte courant d'associés n'est pas constitué par les associés dans le but de remplacer le capital social dans son rôle de garantie des créanciers puisque ce compte échappe complètement à l'action des créanciers. Ainsi, il serait peut-être temps que l'associé créancier ne soit plus considéré comme un créancier au même titre que les créanciers extérieurs. L'apport risqué au capital social doit être privilégié par rapport au compte courant. Pour ce faire, le législateur pourrait intervenir en réglementant l'ouverture, le fonctionnement, les rémunérations et le remboursement du compte courant.

D'abord, pourquoi ne serait-il pas possible d'envisager la libération intégrale du capital social comme condition d'ouverture du compte courant d'associés ? Il est paradoxal qu'une société emprunte auprès des associés alors que ceux-ci n'ont pas intégralement libéré le capital social qu'ils ont souscrit. L'ouverture du compte courant conditionnée par la libération intégrale du capital social éviterait le détournement des apports au profit de ce compte.

Ensuite, le champ d'application du décret du 23 juillet 1992 pris en application de la loi 31 décembre 1990 ne pourrait-il pas être étendu aux sociétés à risque limité ? Le législateur pourrait intervenir pour limiter les sommes laissées en compte courant en faisant référence à

[1725] La libération fractionnée des apports en numéraire n'étant ici possible que dans l'hypothèse de franchissement des anciennes sommes exigées aux sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées pour constituer le capital social.

l'article 1 du décret précité. Ce texte prévoit deux limitations applicables aux associés en fonction de leur statut. D'abord, les associés exerçant une activité professionnelle au sein de la société ne peuvent laisser des sommes en compte courant d'associés que dans la limite de trois fois celui apporté au capital social. Pourquoi ne serait-il pas possible d'étendre cette limitation aux personnes en charge des affaires sociales des sociétés à risque limité ? Ensuite, les autres associés qui n'occupent aucun poste de responsabilité au sein de la société ne peuvent laisser dans un compte courant d'associés des sommes supérieures au montant apporté au capital social. La limitation est proportionnelle au montant de son apport au capital social. Là également, pourquoi ne serait-il pas possible d'étendre cette limitation à tous les autres associés des sociétés à risque limité ? Contrairement à la première limitation, cette dernière règle a l'avantage de favoriser la formation du capital social sans que l'apport ne soit trop détourné au profit de l'apport en compte courant. Cette règle vient dont interdire l'apport excessif en compte courant par rapport au capital social. L'associé est libre d'apporter le montant qu'il veut dans les différents comptes mais à condition que le compte courant ne soit pas un moyen de contourner l'apport en capital. Le montant du compte courant pourrait alors être limité à l'apport au capital entièrement libéré.

Enfin, ne serait-il pas possible d'interdire légalement de procéder au remboursement du compte courant lorsque ce remboursement pourrait se faire avec le capital social ? Les systèmes juridiques basant la protection minimale des créanciers sur le capital social doivent permettre au capital social de remplir ce rôle. Certes, l'associé est en droit d'exiger le remboursement des sommes prêtées à n'importe quel moment mais, cette demande ne peut se faire au détriment des créanciers. Le capital social devrait d'abord répondre à l'impératif de sécurité des créanciers avant tout autre chose.

614. **Sur les principes d'intangibilité et de fixité du capital social**. Certes, ces principes ont pour but de maintenir le capital social mais, la contrepartie des effets de ces principes c'est la fictivité du capital social. Le principe du coût historique rend fictif le capital social qui continu d'afficher sa valeur initiale malgré les pertes liées à la dépréciation des éléments d'actif. Paradoxalement, lorsque le capital social est réduit pour cause de pertes ou pour toutes autres causes non liées aux pertes, c'est l'intégrité du capital social qui prend un coup. Le droit applicable au capital social ne peut se concevoir dans l'absolu. Le capital social doit également prendre en compte les aléas des affaires. Le professeur Carbonnier n'a-t-il pas dit que : *"Le droit n'est pas cet absolu dont nous rêvons souvent"*. Toutefois, l'atteinte du capital

social profite également aux créanciers puisqu'il correspond désormais à la réalité du moins lorsque la réduction est consécutive aux pertes. Les créanciers n'ont aucun intérêt à ce que la valeur du capital social soit maintenue alors même que l'activité sociale génère des pertes. En admettant les opérations de réduction de capital, le législateur garantit ainsi le respect de l'équilibre entre le montant du capital comptabilisé au passif du bilan et les valeurs d'actif qui y coïncident. L'indication théorique du montant du capital social n'est d'aucune utilité pour les créanciers sociaux.

Cependant, le capital social comme seuil d'alerte de la procédure de dissolution, de restructuration ou de réduction du capital social doit être mieux aménagé. Le niveau d'atteinte des capitaux propres jusqu'à plus de la moitié du capital social ne serait-il pas trop élevé ? Pour éviter une dilution trop forte du capital social et surtout pour permettre aux associés de se décider rapidement, ne serait-il pas opportun de réduire ce seuil d'atteinte ? Le seuil de déclenchement équivalent à l'atteinte du centime du capital social nous paraît plus raisonnable. Cela laisse plus de possibilité de restructuration que de dissolution. En liquidant la société pour cause d'atteinte du capital social, le capital social risque fortement de ne pas jouer son rôle de garantie des créanciers. Or, il faut prévoir des règles qui permettent au capital social de jouer efficacement son rôle de garantie des créanciers.

615. **Sur les règles préservant le capital social des rémunérations des associés.** Tous les efforts du législateur sont tendus vers la préservation du capital social afin qu'il puisse remplir son rôle principal de garantie minimale des créanciers. Toute volonté d'entamer irrégulièrement le montant correspondant au capital social au mépris des intérêts des créanciers est découragée ou brisée. Sont sévèrement réprimées des opérations telles que les distributions fictives de dividendes, le rachat de ses titres par une société au moyen d'un prélèvement sur le capital, l'amortissement financier en l'absence d'imputation sur les réserves ou sur les bénéfices de l'exercice correspondant, la création d'actions de jouissance à l'occasion d'une réduction de capital par suite de pertes, les versements faits aux porteurs de parts de fondateurs et les clauses d'intérêts fixes.

Mais, le régime juridique des clauses d'intérêt fixe comme celui autorisant le versement d'acompte sur dividende nous semblent l'un comme l'autre inopportuns. En effet, il serait souhaitable que l'interdiction des clauses d'intérêt fixe s'étende à toutes les formes sociales y compris les sociétés civiles. Et l'interdiction des acomptes sur dividende serait la bienvenue dans un système qui considère le capital social comme la garantie minimale des créanciers.

616. **Sur l'action en comblement de passif.** Il serait souhaitable que les associés fondateurs c'est-à-dire ceux qui ont participé à la détermination du montant du capital social soient également visés par l'action en comblement de passif. Cette action pourrait dissuader les personnes qui envisagent de faire supporter les risques de la société aux créanciers en les obligeant à fixer normalement le capital social. Celui-ci devrait être déterminé en fonction de l'activité à financer.

II. Le capital social, clé de répartition

617. **L'utilité du capital social au profit des associés.** La rigueur des règles qui limitent les rémunérations faites au profit des associés est justifiée par la nécessité de protéger les intérêts des créanciers. Cette fermeté du législateur ne devrait pas permettre de justifier la suppression du capital social dans la mesure où le capital social intéresse aussi les associés. En effet, grâce au principe de proportionnalité, les associés évitent des relations internes déséquilibrées. Le plus petit apporteur ne peut se prévaloir de plus de droit que le plus gros investisseur au capital. Et ce dernier ne peut prétendre supporter moins de risque que le premier. Les droits et les obligations des associés sont proportionnés de manière à éviter des injustices. L'égalité de traitement entre les associés est facilitée par le rattachement des titres au capital social.

Certes, le capital social, clé de répartition des droits et obligations des associés connaît des tempéraments mais, le législateur utilise la notion comme principe. Ainsi, le capital social constitue le premier mode de répartition. En ce qui concerne les droits financiers et obligations, les associés ont certes toute la liberté pour déterminer leur mode de répartition mais, en l'absence d'imagination, le capital social pourrait servir de référence. Aussi, en cas de silence des statuts, les juges peuvent se référer au capital social comme mode de répartition pour trancher les litiges qui pourraient survenir entre les associés.

BIBLIOGRAPHIE

I. MANUELS, TRAITES, OUVRAGES GENERAUX

ALFANDIRI (E.), *Droit des affaires,* Litec 1993.

ANDRIEUX (G.), *Capital social et protection des créanciers. Approche comparative France/Etats-Unis,* Global Jurist Topics, 2002, vol. 2, issue 2, art. 3.

BENABENT (A.), *Droit civil, Les contrats spéciaux,* coll. Domat droit privé, 3ème éd. Montchrestien 1997.

BONNEAU (TH.) et DRUMMOND (FR.), *Droit des marchés financiers,* Economica, 2e éd. 2005.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 8ème éd. Litec 2007.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, les personnes*, 21ème éd. Thémis, Puf, 2000.

CASIMIR (J.-P.), CASPAR (B.) et COZIAN (M.), *Comptabilité générale de l'entreprise*, Litec 1990, Coll. Expertise comptable.

CHAMPAUD (C.) et PAILLUSSEAU (J.), *Cours de droit commercial et de droit des affaires*, Faculté de droit de Rennes, 1970.

CHAPUT (Y.), *Droit des sociétés,* Collection Droit fondamental, Puf 1993.

CHARTIER (Y.), *Droit des affaires* : *Sociétés commerciales,* T. II. 2ème éd. Thémis, Puf, 1988.

COURET (A.) et HIRIGOYEN (G.), *Initiation à la gestion*, 2ème éd. Montchrestien 1991.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés,* Litec, 23ème éd. 2010.

COZIAN (M.) et GAUDEL (P.- J.), *La comptabilité racontée aux juristes,* Litec Fiscal 2006.

DELMAS -MARTY (M.), *Droit pénal des affaires,* T. II. Puf, coll. Thémis 1990.

ESCARRA (J.), *Cours de droit commercial,* S. 1952.

GAVALDA (CH.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire, institutions – comptes, opérations - services*, Litec, 7ème éd., 2008.

GIBIRILA (D.), *Droit des sociétés,* Ellipses 1997.

GUILLOUARD (L.), *Traité du contrat de société,* éd. Durand et Pedone -Lauriel 1891.

GUYENOT (J.), *Cours de droit commercial,* préf. J. HEMARD, éd. Licet Paris 1968.

GUYON (Y.), *Droit des affaires,* T. I, *Droit commercial général et sociétés,* 12ème éd. Economica, 2003.

HAMEL (J.) et LAGARDE (P.), *Traité de Droit commercial,* T. l, Dalloz 1954.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Traité de Droit commercial,* T.1, 2ème éd., Dalloz 1980.

HEMARD (J.) TERRE (F.) et MABILAT (P.), *Sociétés commerciales*, T. I, 1972 ; *Sociétés commerciales*, T. II, 1974 ; *Sociétés commerciales*, T. III, 1978 ; *La réforme des sociétés commerciales, décret n° 67-236 du 23 mars 1967, commentaire analytique,* Librairie Dalloz 1967.

HOUPIN (C.) et BOSVIEUX (H.), *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, T. I, 7ème éd. 1935.

JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, 3ème éd., Précis Domat, Montchrestien, 1994.

JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial,* 2ème vol. Les sociétés, 3èmeéd. par E. Du PONTAVICE et J. DUPICHOT, 1ère partie : *Introduction au droit des sociétés, sociétés civiles et commerciales : règles communes sociétés de personnes*, éd. Montchrestien 1981 ; *Traité de droit commercial,* 2ème vol. Les sociétés, 3ème éd., par E. Du PONTAVICE et J. DUPICHOT, 2ère partie : *Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée,* éd. Montchrestien 1982 ; *Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial*, 2ème vol. 10ème éd., par J. DUPICHOT, Montchrestien 1999.

LASSEGUE (P.), *Gestion de l'entreprise et comptabilité*, 9ème éd. 1983 D.

LARGUIER (J.) et CONTE (P.), *Droit pénal des affaires,* Armand Colin, 11ème éd. 2004.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés,* 3ème éd, coll. Domat droit privé, Montchrestien 2009.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives,* 3ème éd. D. 2006.

MALINVAUD (PH.), *Droit des obligations,* Litec, 10ème éd. 2007.

MELYON (G.) et NOGUERA (R.), *Comptabilité générale*, 4ème éd. Eska 2004.

MERLES (PH.), *Droit commercial, sociétés commerciales,* Précis, Dalloz, 13ème éd. 2009.

PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, 4ème éd. Armand Colin 2004.

REINHARD (Y.), *Droit des sociétés,* Liaisons, coll. Droit de l'entreprise 1993.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial,* par M. GERMAIN, T.1, vol. 2 : *les sociétés commerciales,* 19ème éd. LGDJ 2009.

SCHILLER (S.), *Droit des biens,* Dalloz, coll. Cours, 3e éd., 2007.

SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires,* Précis Droit privé, 6ème éd. Dalloz 2007.

SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives,* Litec 1987.

TERRE (F.) SIMLER (PH.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations,* 10ème éd. D. 2009.

VASSEUR (M.), *Droit des affaires, Les cours du droit*, Paris 1977.

VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 5ème éd. LGDJ 2006.

II. OUVRAGES SPECIAUX

ANDRE (C.), *Le fait du créancier contractuel,* Bibliothèque de droit privé, préf. G. VINEY, LGDJ, 2002.

AULAGNIER (J.), *Usufruit et nue-propriété dans la gestion de patrimoine*, préf. J. BATTUT, Institut notarial du patrimoine, Guide juridique et fiscal, Maxima, 1994.

BALLET (J.) ET GUILLON (R.), *Regards croisés sur le capital social,* Ethique économique, L'Harmattan, 2003.

BANDRAC (M.) et DOM (J. - P.), *Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés*, éd. Joly, 2002.

BERTREL (J. - P.) et JEANTIN (M.), *Droit de l'ingénierie financière***,** Litec, 1990.

BISSARA (PH.), FOY (R.) et DE VAUPLANE (A.), *Droit et pratique de la gouvernance des sociétés cotées*, Joly, 2007.

BLAISE (H.), *L'apport en société,* Sirey, Paris, 1995.

BLIND (S.), *Démystification des bilans de sociétés*, préf. A. SAUVY, 4ème éd., 1974.

CAUSSAIN (J. - J.), *Le gouvernement d'entreprise*, Litec, 2005.

CAUSSE (H.), *Les titres négociables*, préf. B. TEYSSIER, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1993.

CHADEFAUX (M.), *Les fusions de sociétés, régime juridique et fiscal,* Coll. Pratiques d'experts, Groupe fiduciaire, préf. A. VIANDIER, 6ème éd., 2008.

CORIAT (B.) et WEINSTEIN (O.), *Les nouvelles théories de l'entreprise,* Librairie Générale Française, 1995.

DANA- DEMARET (S.), *Le capital social,* Litec, Paris, 1989.

DEPONDT (A.), *Les techniques de gestion de patrimoine*, Conseil supérieur du notariat, Guide juridique et fiscal, Maxima, 1998.

DIDIER (P.), *Le capital social et la protection des créanciers sociaux,* Livre du Bicentenaire, Université Paris II, D. 2007.

DIDIER (PH.), *De la représentation en droit privé,* préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2000.

FERNOUX (P.), *Gestion fiscale du patrimoine*, Collection pratiques d'experts, Groupe revue fiduciaire, Collection dirigée par J. P. CASIMIR, 15 éd., 2010.

FOLLIET (E.), *Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable,* Librairie Payot & Cie, 1920.

GENTILHOMME (R.), *Démembrement de propriété et société civile*, Préf. H. HOVASSE, Collection référence première, éd. EFE, 1997.

GORE (F.), *Société anonyme, Contrat ou le droit pratique,* Sirey, Paris, 1959.

HAEL (J.-PH.), *Les techniques du renflouement des entreprises en difficulté,* Librairie Techniques, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, 1981.

HAMIAUT (M.), *La réforme des sociétés commerciales,* 3ème vol., 1966, Dalloz.

KILIG (L.), *Compta finance comprendre, construire et faire parler les comptes*, éd. d'Organisation, 2006.

LECOURT (B.), *L'influence du droit communautaire sur la constitution de groupements,* préf. Y. GUYON, LGDJ, 2000.

LEDOUX (P.), *Le droit de vote des actionnaires,* Préf. P. MERLE, LGDJ, 2002.

LEFEBVRE -TEILLARD (A.), *La société anonyme au XIXe siècle*, Puf, 1985.

LEVY - BRUHL (H.), *Histoire juridique des sociétés de commerce en France, aux XVIIe et XVIIIe siècles,* éd. Domat- Montchrestien, 1938.

MAGNIER (V.), *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et variabilité d'un droit commun des sociétés,* préf. P. DIDIER, LGDJ, 1999.

MALECKI (C.), *L'exception d'inexécution*, préface J. GHESTIN, LGDJ, 1999.

MARX (J.-M.), *Le vote plural et les procédés de maîtrise dans les sociétés anonymes,* Bruxelles, Paris, LGDJ, 1929.

MORTIER (R.), *Opérations sur capital social,* avant propos, M. GERMAIN, préf. J. - J. DAIGRE, Litec, 2010.

MOURGUES (N.), *Capitaux propres et quasi-fonds propres*, éd. Economica, 1996.

NAFFAH (G.), *La prime d'émission,* préf. F. TERRE eT A. VIANDIER, Economica, 1987.

OHL (D.), *Les prêts et avances entre sociétés d'un même groupe*, Litec, 1982 ; *Droit des sociétés cotées, accès aux marchés, valeurs mobilières cotées, offres publiques, abus de marché*, Litec, 3ème éd., 2008.

PELTIER (F.), *La corporate governance au secours des conseils d'administration*, Dunod, 2004.

PETIT (L.), *Le bilan dans les entreprises*, Puf 1961.

REGNAUT -MOUTIER (C.), *La notion d'apport en jouissance,* préface J. PRIEUR, LGDJ, 1994.

SALEILLES (R.), *De la personnalité juridique, histoire et théorie,* 2ème éd., 1922.

SAVATIER (R.), *Le droit comptable au service de l'homme*, préf. D. GUTMANN, D., 2006.

SCHILLER (S.), *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales,* préf. F. TERRE, LGDJ, 2002.

SENETERRE (A.), *Inflation, et gestion,* Dunod entreprise, 1980.

SIMLER (PH.), *Cautionnement et garantie autonome,* Litec, 3ème éd., 2000.

STOLOWY (H.), LEBAS (M. J.) et LANGLOIS (G.), *Comptabilité et analyse financière : une perspective globale,* Business School, De Boeck, 1er éd., 2006.

TOUFFAIT (A.), ROBIN (J.), AUDUREAU (A.) et LACOSTE (J.), *Délits et sanctions dans les sociétés*, Sirey 2ème éd. 1973

TOUVIN (S. S.), *Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital,* Puam, 2003.

TUNC (A.), *Le droit anglais des sociétés anonymes,* Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 4ème éd., 1997 ; *Le droit américain des sociétés anonymes,* Economica, coll. Etude juridiques comparatives, 1985.

TUNC (S.) et TUNC (A.), Le droit des Etats-Unis d'Amérique : Sources et techniques, Dalloz, 1955.

URBAIN -PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associes,* LGDJ, 1986.

VAN WYNENDAEL (J.) et WOUTERS (H.), *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la communauté économique européenne,* Bruxelles établissement Emile Bruylant, 1961.

VIANDIER (A.), *La notion d'associé,* LGDJ, 1978 ; *Droit comptable*, D., 1984 ; *OPA, OPE et autres offres publiques,* Éd. Francis Lefebvre, 2e éd., 2003.

III. THESES

AYMARD (P.), *Les directives du Conseil de la Communauté européenne et la réforme du droit des sociétés commerciales,* thèse, Toulouse, 1972.

ARAKELIAN (R.), *La notion de contrôle*, thèse, Paris, 2000.

BLANC (P.), *De la perte des trois quarts du capital social dans les sociétés anonymes (application de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867). Etude juridique et comptable,* thèse, Paris, 1939.

BOUTE (G. J.), *La responsabilité financière des associés, contribution à l'étude du capital social*, thèse, Paris, 2009.

BRIGNON (B.), *L'actif social, plaidoyer pour la reconnaissance de la notion*, thèse, Aix – Marseille, 2009.

CANTENOT (G.), *De la réduction du capital social dans les sociétés anonymes*, thèse, Paris, 1934.

COURET (A.), *Le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire*, thèse, Toulouse, 1978.

DE BISSY (A.), *La notion de dividende, aspects juridiques et fiscaux,* thèse, Toulouse, 1994.

DECROIX (Y.), *Du capital social à la situation nette,* thèse, Rouen, 2003.

FELLUS (G.), *Etude sur la notion de capital social et sa fixité*, thèse, Paris, 1950.

FILIP (A.), *De la nature juridique du droit du créancier chirographaire*, thèse, Paris, 1922.

FOUCAULT (H.), Le *capital social et la protection des créanciers de la société,* thèse, Paris 1975.

GERRY (D.), *Le droit préférentiel de souscription,* thèse, Paris, 1981.

HYBORD (J.), *Le problème de l'évaluation des apports en nature dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée,* thèse, Lyon, 1931.

KOERING (C.), *La règle "une action, une voix",* thèse, Paris, 2000.

LECOURT (B.), *Droit communautaire et constitution de sociétés*, thèse, Paris, 1990.

LEMAITRE (P.), *L'augmentation de capital par apports nouveaux*, thèse, Clermont-Ferrand, 1998.

MACQUERON (P.), *Les nullités en droit des sociétés,* thèse, Rouen, 1981.

MARIDOR (R.), *La libération préalable des actions de numéraire dans les sociétés anonymes,* thèse, Paris, 1927.

MARTEL (E.), *Les clauses de répartition inégale de résultats sociaux*, thèse, Rennes, 2000.

MATHEY (N.), *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, thèse, Paris, 2001.

MAUBERT (M.), *Les clauses léonines dans les sociétés commerciales*, thèse, Paris, 1962.

MAY (J. CL.), *La valeur nominale des actions de sociétés,* thèse, Paris, 1980.

MAZET (J.), *Evolution de la société anonyme, ses conséquences et la réforme du 16 novembre 1040,* thèse, Aix-en-Provence, 1943.

MORTIER (R.), *Le rachat par la société de ses droits sociaux,* Nouvelle Bibliothèque de Thèses, D., 2003.

PASQUIER (I.), *Les raisons d'abandon du concept de capital social, gage des créanciers, dans le droit américain des sociétés anonymes,* thèse, Paris, 1990.

PAVIOT (A.), *La réforme des sociétés anonymes, la loi du 16 novembre 1940 et ses antécédents*, thèse, Lyon, 1941.

PEYRE (R.), *Les apports en société,* thèse, Montpellier, 1943.

PILLEBOUT (J.-F.), *Recherches sur l'exception d'inexécution*, thèse, Paris, 1971.

ROUAST (J.), *La notion juridique d'apport en nature,* thèse, Paris, 1949.

RUELLAN (C.), *La loi de la majorité dans les sociétés commerciales,* thèse, Paris, 1997.

SAID (A.), *Les délits relatifs à la constitution et à la gestion du capital social (étude de droit français),* thèse, Lausanne, 1977.

SCORDEL (J.), *Les apports en nature dans les sociétés par actions,* thèse, Paris, 1930.

VEAUX-FOURNERIE (P.), *L'acquisition de ses propres actions ou parts sociales par la société émettrice,* thèse, Rennes, 1953.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES, ETUDES ET FASCICULES

ALARY HOUIN (C.), Confusion des patrimoines et fictivité, *in* Mélanges M. JEANTIN, p. 256.

ALBOUY (M.), L'actionnaire comme apporteur de ressources financières, *Rev. franç. gest*. nov./déc. 2002, n° spéc., p. 20.

ALFANDARI (E.) et PIOT (B.), Le statut des membres de la société coopérative européenne, *Rev. soc.* 2005, p. 33.

AYNES (L.), Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi, *Rev. Lamy Dr. Civ.* n° 46, fév. 2008 n° 2879, p. 5.

ARMAND -PREVOST (M.), Le pouvoir de vote, in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions, *RJ com.* 1990, p. 147.

ARTZ (J.- F.), *Rép. soc. D.* 2009, Prime d'émission ; Action ; Action sans valeur nominale.

BANDRAC (M.) et CROCQ (P.), Il n'y a pas d'instrumentum sans la signature de la caution, *RTD civ.* 1996, p. 663.

BARANGER (G.), L'immatriculation des sociétés civiles anciennes, *Defrénois* 2002, p. 158.

BARBIERIE (J. F.), La SAS revisitée par la LME, *Bull. Joly* 2008, p. 560 ; Obligation des associés au passif : limites à l'exigence de préalables et vaines poursuites contre la société, note sous Cass. com 31 mars 2004, *Rev. soc*. 2004, p. 684.

BARDOUL (J.), Les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, *Rev. soc.*. 1973, n° 8, p. 417.

BAKER (C.) et GUYON ABINAL (E.), Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 178.

BERGERAC (M.) et BERNARD (A.), Fantaisie à deux voix A propos de Dominique Schmidt, Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, D.* 2000 p. 315

BERIOT (F.), Le principe de l'acompte sur dividende commence à entrer dans les mœurs, *Le journal des finances, l'hebdomadaire de la bourse et des actionnaires*, semaine du 30 octobre 2004, p. 21.

BERMOND DE VAULX (J.-M.), Les parts sociales privilégiées, *JCP E* 1993, I, n° 294, p. 521.

BERR (C. J.), La place de la notion de contrôle en droit des sociétés, *in* Mélanges en l'honneur de D. BASTIAN, Librairies Techniques, 1974, tome 1, Droit des sociétés, p. 6.

BERTREL (J.-P.), La SAS : bilan et perspectives, *D. P.* 1999, n° 74, p. 40 ; La variabilité du capital social, *D. P.* 1998, p. 78 ; Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés, *RTD. com*. 1996, 595.

BISSARA (PH.), Les véritables enjeux du débat sur la corporate governance, *Rev. soc*. 1998, p. 5.

BLAISE (H.), Apports, *Rép. soc. D.* 1990, n° 1, p. 2.

BOIZARD (M.), Portée de la libération de son apport par un associé sur les autres, *D.* 2002, p. 216 ; La réduction du capital à zéro, *Rev. soc.* 1999, p. 735.

BONNEAU (TH.), La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés, *RTD com.* 1988, p. 535 et s ; La réforme 2005 des franchissements de seuils, *Bull. Joly* Bourse, 01 novembre 2005 n° 6, p. 694.

BOTTIAU (A.) et MARTINEK (M.), La future société privée européenne (Societas Privata Europaea), menace pour la GmbH, *Bull. Joly*, 01 sept. 2009, n° 165.

BOUCOBZA (X.), La loi de la majorité dans les sociétés de capitaux, Droit bancaire et financier *in* Mélanges AEDBF III, 2001, p. 45.

BOUERE (J.), De l'euro aux actions sans mention de valeur nominale, *JCP E* 1998, p. 112 et s.

BOUGNOU (A.), Théorie des apports : notion d'apport en société, *Juris. Class. Soc.* n° 84.

BOULOC (B.), Souscriptions fictives au capital social d'une société anonyme. *Rev. soc.* 1997, p. 867 ; Brèves remarques sur les aspects de droit pénal de la loi sur les nouvelles régulations économiques, *Rev. soc*. 2001, p. 645

BOY (L.), Réflexions sur le sort de l'expertise de minorité, *D.* 1980, n° 4, p. 79.

BRUCK (F.), La notion de situation nette, réalité ou chimère ? *Rev. soc.* 1962, p. 15.

BRUNET (A.) et GERMAIN (M.), L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, *Rev. soc.* 1985, p. 1.

BUCHER (F.), Le contrôle en droit des sociétés et en droit boursier, *Rev. soc.* 1998, p. 346 ; Privation automatique des droits de vote en l'absence de déclaration de franchissement de seuils régulière, *Bull. Joly* Bourse, 01 janvier 2004 n° 1, p. 56.

BUREAU (D.), La mésentente entre associés : dissolution pour justes motifs et exclusion d'un associé, note sous Cass. com. 12 mars 1996, *Rev. soc.* 1996, p. 554.

CAILLEMER DU FERRAGE (A.), L'utilisation d'instruments financiers à terme dans le cadre de programmes de rachat d'actions, *Banque et droit* 1999, p. 3.

CALAIS AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, *RTD. civ*. 1994, p. 239 ; La protection des tiers dans le droit des sociétés, *RTD com.* 1971, p. 29.

CAMBASSEDES (M. J.), La nature juridique de l'opération d'apports, *Rev. soc.* 1976, p. 431 et s.

CARAMALLI (D.) et CAFRITZ (E.), Le mythe du capital social. Le bien-fondé d'une réforme, *Banque et droit* 2004, p. 3.

CASTAGNE (S.), "Vote" en faveur du droit de vote, *Dr. soc*. 2000, p. 6.

CASORLA (F.), Rapport de synthèse, *P. A.* 12 janv. 1994.

CASSIOT (O.), Les OPA : étude de la proposition de treizième directive du Conseil en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'achat ou d'échange, *P. A.* septembre 1990.

CHABERT (P. Y.), L'encadrement excessif des opérations d'augmentation de capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 51.

CHAMPAUD (CL.), Les clauses de non-concurrence (ou comment concilier liberté de contracter, liberté d'entreprendre et liberté de travailler), *Rev. jur. com.* 1986, 739, spéc. 747.

CHARTIER (Y.), La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978, *JCP G* 1978, 2917 ; L'expertise de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966, *JCP* 1972, I, 2507, n° 30 ; L'évolution de l'engagement des associés, *Rev. soc*. 1980, p. 1.

CHARREAUX (G.), Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise, *in* G. CHARREAUX, Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits, Economica, 1997 ; Conseil d'administration et pouvoirs dans l'entreprise, *Rev. éco. fin.* 1994, n° 31, p. 49.

CHAZAL (J.-P.), Responsabilité personnelle des dirigeants à l'égard des tiers : confirmation de l'indulgence jurisprudentielle note sous Cass. com. 9 mai 2001, *JCP* E 2001, 1071.

CHESNE (G.) et HERAIL (M.), L'adhésion d'un fermier à une société d'exploitation agricole, *JCP* N 1980, I, p. 59.

COHEN (D.), La validité du « coup d'accordéon » (à propos d'une jurisprudence récente), *D.* 2003, p. 410.

COFFY (M. -J.), La loi n° 81- 1162 du 30 décembre 1981 relative à l'harmonisation du droit des sociétés commerciales avec la 2ème directive de la C. E. E. du 13 décembre 1976, *D.* 1982, chron. p. 279 et s.

COLOMER (A.), Le délit d'émission *in* Le droit pénal des sociétés anonymes, Etude de droit commercial, 1955, p. 78.

CONAC (P.), Franchissement de seuils, *Rép. Soc. D.* spéc. n° 3 ; L'influence de la loi *Sarbanes-Oxley* en France, A propos de la sécurité des marchés financiers, *Rev. soc.* 2003, p. 835 ; Le capital dans le droit américain des sociétés *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, D. 2004, p. 178.

CORDOLIANI (A.), Constitution de la société anonyme. Maintien et modifications de son capital dans les Etats membres de la Communauté économique européenne (La deuxième directive SA du 13 décembre 1976), *JCP* CI, 12649.

CORRIGNAN – CARSIN (D.), Loyauté et droit du travail, *in* Mélanges H. BLAISE 1995, p. 125, spéc. n° 35 et s.

COURET (A.), L'autocontrôle in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions *RJ com.* 1990, p. 55 et s. ; La réduction du capital, A la recherche de son régime juridique, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE Dalloz 2004, p. 95 ; Innovation financière et règle de droit, *D.* 1990, chr., 135 ; Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés, *Rev. soc.* 1984, p. 243 ; La contrainte du dividende dans les sociétés par actions, *in* Mélanges Y. GUYON, p. 238 ; Le gouvernement d'entreprise : la corporate governance, *D.*1995, chron. p. 163 ; L'environnement juridique de la création de start-up : les instruments de financement, *D. P.* 2001, p. 91.

COURET (A.) et MERCIER (J.-Y.), Le nouveau régime du rachat par une société de ses propres actions, *Banque et droit* 1998, n° 22, p. 13.

COUDIN (P.), Prime et capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 31.

COVIAUX (J. C.), L'achat par une société de ses propres actions, *in* Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978.

COZIAN (M.), L'usufruitier de droits sociaux a-t-il ou non la qualité d'associé ? *JCP E* 2003, p. 1038 ; Du nu-propriétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? *JCP E*, 1994, I, 374.

CREMIEUX – ISRAËL (O.), L'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres, *Rev. soc.* 1984, p. 751.

CRUVELIER (E.), Principe de la comptabilité en coûts historiques, §2, n° 62, *Rép. dr. com. comptabilité*, 2010 ; Principe du nominalisme, §11, n° 84, *Rép. dr. com. comptabilité* 2010.

DAIGRE (J. J.), Indemnisation des actionnaires pour la perte de valeur de leurs titres du fait des agissements des dirigeants, note sous CA Paris, 9e B, 31 octobre 2008, *SIDEL, Rev. soc.* 2009 p. 121 ; L'autodétention du capital social, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE Dalloz 2004, p. 11 ; Le gouvernement d'entreprise, feu de paille ou mouvement de fond ? *D. P.* juill.-août 1996, p. 21 ; Un arrêt de principe : le nu-propriétaire de droits sociaux ne peut être totalement privé de son droit de vote (à propos de Cass. com. 4 janvier 1994), *Bull. Joly* 1994, p. 249, § 62, spéc. n° 4 ; Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? *JCP* E 1996, I, 575.

DAIGRE (J.- J.), BASDEVANT (F.) et BOMPOINT (D.), Le rachat par une société de ses propres actions, *Actes pratiques* 1998, n° 40, p. 6.

DAIGRE (J.- J.) et FRANÇOIS (B.), Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, *Rev. soc.* 2009, p. 3.

DALSACE (A.), De la relativité de la notion de fixité du capital social, *Rev. soc.* 1947, p. 84 ; A propos des articles de M. MASCLET sur la fixité du capital, *Rev. soc.*1963, p. 133 ; A propos de l'article de M. BRUCK, "La notion de situation nette, réalité ou chimère ?" *Rev. soc.* 1962, p. 18 ; La spécification des apports en nature doit-elle obligatoirement figurer dans le texte des statuts d'origine des sociétés par actions ? *Rev. soc.* 1963, p. 266 ; Quorum et majorité dans les assemblées d'actionnaires, *Banque* 1966, 227.

DAMMANN (R.) et WEBER – REY (D.), La société privée européenne : un outil novateur, *Bull. Joly* 2008, p. 811.

DANA – DEMARET (S.), Le capital social, *Enc. D.* Rép. soc.

DANET (D.), Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique, *RTDCom.* 1993, p. 69 et s ; Le dirigeant et l'omnibus, *RTD com.* 1994, p. 181.

DEBOISSY (F.), L'essentiel des réformes : Le renforcement de la démocratie actionnariale, *P. A.* août 2007 n° 154, p. 13.

DEBOISSY (F.) et WICKER (G.), Conséquences juridiques et fiscales du défaut d'immatriculation des sociétés civiles anciennes au 1er novembre 2002, *JCP* N 2002, n° 1548, p. 1379.

DECOOPMAN (N.), La notion de mise à disposition, *RTD civ.* 1981. p. 300.

DEDESSUS LE MOUSTRIER (N.), La responsabilité du dirigeant de fait, *Rev. soc.* 1997, p. 499.

DE GIRARD (P.-M.) et PASCAUD (CH.-A.), Les promesses d'achat de droits sociaux à prix plancher à l'épreuve de l'interdiction des clauses léonines, *Rev. cont.* 01 juillet 2007, n° 3, p. 955.

DE GUERRE (O.), Non aux droits de vote double, 10 avril 2008, *http://www.lavf.com/news bourse/Non_aux_droits_de_vote_double-0000031518.html*.

DELPECH (X.), Compte courant d'associé, *in* Ingénierie financière, fiscale et juridique, sous la direction de P. RAIMBOURG et M. BOIZARD, n° 27, p. 336.

DE NAYER (M. C.), Le rachat d'actions, *Bull. Joly* Bourse, 1998, p. 597 et s.

DENECKER (J.), La deuxième directive du Conseil des Communautés européennes relative à la constitution de la société anonyme, au maintien et aux modifications de son capital, *Rev. soc.* 1997, p. 661 et s.

DE RAVEL D'ESCLAPON (T.), Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? *Bull. Joly*, 01 janvier 2009 n° 1, p. 92.

DEROUIN (P.), La société de patrimoine : société civile ou société anonyme ? *P. A.* n° 59, 24 avr. 1991, p. 60.

DERRUPPE (J.), Un associé méconnu : l'usufruitier de parts ou actions*, Defrénois* 1994, art. 35894.

DESCORPS DECLERE (F.), Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *RTD com.* 2003. 25.

DESPAX (M.), L'évolution du droit de l'entreprise, *in* Les orientations sociales du droit contemporain , Écrits en l'honneur de J. SAVATIER, Puf, 1992, p. 177.

DE VAUPLANE (H.), La procédure de garantie de cours, *Bull. Joly*, Bourse et Produits Financiers 1999, p. 44 ; Proposition de treizième directive sur les Offres publiques d'acquisition*, Banque et droit*, n° 51, 1997, p. 35.

D'HOIR (PH.), La réforme de l'appel public à l'épargne et ses principales conséquences, *option Finance, Hebdomadaire* paris 23 février 2009.

DIDIER (P.), L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? Entretiens de Nanterre, *JCP* E 1994, n°4, p. 18 ; Théorie économique et droit des sociétés, *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire de A. SAYAG, Litec, 1998, p. 227 ; La théorie contractualiste de la société, *Rev. soc.* 2000, p. 97 ; Esquisse de la notion d'entreprise, *in* Mélanges P. VOIRIN**,** LGDJ 1966, p. 209.

DIDIER (PH.), Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *Rev. soc.* 2003, p. 238 ; Les conditions de la désignation d'un expert de gestion : l'absence de caractère subsidiaire, note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 82.

DIDIER (PH.) et LACROIX (F.), La réduction du capital à zéro, *in* Mélanges AEDBF - France 1997, Droit bancaire et financier, éd. Banque 1997, p. 171.

DOM (J. - P.), Les dispositions relatives à la libération du capital des SARL et des sociétés à capital variable : article 124 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 7, p. 758 ; Le domaine de la variabilité du capital social après la mise en vigueur du nouveau Code de commerce, *Bull. Joly* 2000 n° 12, p. 1191 ; Les dimensions du groupe de sociétés après les réformes de l'année 2001, *Rev. soc.* 2002, p. 1 et s. ; L'attribution gratuite d'actions, *Bull. Joly* 2005, § 3, p. 188

DONDERO (B.), L'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence, *Rev. soc.* 2008, p. 715 ; Du possible refus, par la Cour de cassation, de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux, note sous Cour de cassation (3e civ.) 29 novembre 2006, *Rev. soc.* 2007, p. 319.

DOYEN (S.), Étendue de la mission du commissaire aux apports, *Gaz. Pal.* 1982, p. 2.

EL AHDAB (J.), La prise en charge financière par la société de la responsabilité de ses dirigeants : vers un modèle américain, *Rev. soc*. 2008, p. 239.

ENGEL (PH.), Associé et créancier, l'apporteur en jouissance dans les sociétés de capitaux, *JCP E* 1998, p. 2056.

FABRE-MAGNAN (M.), Propriété, patrimoine et lien social, *RTD civ.* 1997, p. 607.

FAUCHON (A.), La validité de "l'opération - accordéon" encore renforcée, *Bull. Joly* 1999, p. 943 ; Quand l'accordéon joue faux, *Bull. Joly* 1998, p. 303 et s.

FAVARIO (TH.), Regards civilistes sur le contrat de société, *Rev. soc.* 2008, p. 53.

FILIBERTI (E.) et QUATREMER (J.), La responsabilité sociale des entreprises, *P. A.* 26 févr. 2004, n° 41, p. 3.

FLOUR (Y.), La qualité d'actionnaire et l'indivision, *Rev. soc.* 1999, p. 569.

FOYER (J.), La réforme du Titre IX du Livre III du code civil (de la société : dispositions générales ; de la société civile ; de la société en participation), *Rev. soc.* 1978, spéc. p. 10.

FRISON-ROCHE (M. A.), L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires, *JCP* E 1996, n° 4, p. 19.

GAILLET (A. - M.), Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie, *JPC* E 2004, I, 200.

GARÇON (J.-P.) et LUCAS (F.-X.), Peut-on encore parler de partage partiel d'une société ? *JCP* E 1998, p. 1301.

GAUDU (F.), Fidélité et rupture, *Dr. social* 1991, p. 419.

GAVALDA (C.), Les délits concernant les fausses déclarations et majorations frauduleuses d'apports *in* Le droit pénal des sociétés anonymes, sous la direction de J. HAMEL, p. 17 et s. ; Les crédits dits *intra* groupes, *RD bancaire et bourse*, n° 27, sept. - oct. 1991, n° 17, p. 171,.

GENTILHOMME (R.), Apport de titres et démembrement de propriété, *JCP* E 1994, I, 311, spéc. n° 20.

GERBINO (V. E.), Sous-capitalisation, dissimulation de capital et recherche de l'intérêt général : nationalisation ou internationalisation ? , *Bull. Joly* 2001, p. 1191.

GERRY (D.), Régime des augmentations de capital en numéraire après la loi n°83- 1 du 3 janvier 1983, *Rev. soc.* 1983, p. 261 et s.

GERMAIN (M.), Le capital de la société commerciale, in L'influence du droit communautaire sur le droit des affaires en France dans la perspective de 1992, *RJ com.* 1987, p. 28 ; La déclaration de franchissement de seuil, *Rev. Dr. Bancaire* 1990, s., spéc. p. 23 ; Le droit de vote, *P. A.* 2001 n° 89, p. 8 ; Les actions de préférence, *Rev. soc*. 2004, 597.

GODON (L.), Intensification du devoir de loyauté du dirigeant envers les associés lors d'une opération de cession de droits sociaux note sous Cas. com. 6 mai 2008, *Rev. soc.* 2009, p. 95 ; Précisions quant au fondement juridique du devoir de loyauté du dirigeant social envers les associés…note sous Cass. com. 12 mai 2004*, Rev. soc.* 2005, p. 140 ; Des actionnaires, des dirigeants et des salariés de sociétés anonymes, *in* Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003

GOFFAUX –CALLEBAUT (G.), La définition de l'intérêt social : retour sur la notion après les évolutions législatives récentes, *RTD com.* 2004, p. 35.

GOMY (M.), Renonciation d'un commun accord à la clause de non-concurrence, *D.* 2003 p. 968.

GOURLAY (P. G.), *Rép. soc. Dalloz*, V° *Coopérative* ; Sociétés à capital variable, *Dr. soc.* 1995, n° 24.

GORE (F.), La notion de capital social, *in* études offertes à R. RODIERE, Dalloz, 1981, p. 85 ; Les obstacles juridiques au développement des groupements d'intérêt économique, *Rev. soc.* 1978, p. 25 et s. ; Les notions de régularité et de sincérité des comptes, *Rev. Ir. compt.,* avril 1973, p. 167 et s., spéc. p. 170 ; Composition et intangibilité du capital social, *in* Le capital social, grandeur ou décadence ? , Coll. Paris II, 1977, n° 3.

GOYET (C.), Le critère de l'action de concert selon Dominique Schmidt : éléments de discussion *in* mélanges en l'honneur de D. SCHMIDT, Joly éd. 2005 p. 293 et s.
Action de concert, *Dictionnaire Joly bourse et produits financiers*, 2000, p. 17.

GOYET (C.), RONTCHEVSKY (N.) et STORK (M.), Bourse et Marchés financiers, commentaire de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *RTD com.* . 1998, p. 883.

GRANIER (TH.), Expertise de gestion relative à une distribution d'acomptes sur dividendes dans une SARL, note sous CA Paris, 30 sept. 1994*, Rev. soc*. 1995, p. 287.

GUYON (Y.), Sort des sociétés civiles anciennes non immatriculées dans le délai imparti par l'article 44 de la loi NRE du 15 mai 2001, *Rev. soc.* 2003, p. 504 ; Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté, *in* " L'évolution du droit des sûretés, *RJ com.* 1982, p. 121 et s. ; La mise en harmonie du droit français des sociétés avec la directive des communautés européennes sur le capital social (L. 30 déc. 1981), *JCP E* 1982, I, 3067 ; Corporate Governance, *Encycl. D. soc.* ; Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion, *JCP* E 1985, 14593, n° 6.

HALLOUIN (J. - C.), Libération par compensation des apports en numéraire, *D.* 2002, p. 3265 ; Validité des réductions de capital à zéro, *D.* 2002, p. 3264.

HAMEL (J.), Réflexion sur la théorie juridique de la monnaie *in* Mélanges dédiés au professeur SUGIYAMA 1940, p. 83.

HASCHKE – DOURNAUX (M.), Les voies de la réforme du droit pénal des sociétés, *Bull. Joly* 01 avril 2003, § 075, p. 377.

HOHLOCH (G.), Sources juridiques et règles applicables aux divers types de sociétés à responsabilité limitée à l'échelle européenne, *P. A.* 17 août 2006 n° 164, p. 9.

HONORAT (A.), L'action en paiement du montant non libéré du capital d'une société en liquidation judiciaire et la confusion de patrimoines, note sous Cass. com. 26 mai 1999, *Rev. Soc.* 1999, p. 865.

HONORAT (J.), La société par actions simplifiées ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés (1er partie) *P. A.* 16 août 1996, n° 99, p. 4.

HOPT (K. J.), Quelques réflexions sur l'actualité et les évolutions comparées du droit allemand et du droit français des sociétés, *Rev. soc*. 2009, p. 313.

HOUIN (R.), Exposé introductif *in* " L'évolution du droit des sûretés, *RJ com.* 1982, p. 11.

HOVASSE (H.), Coup d'arrêt à la "désacralisation" du droit de vote ? *Dr. soc.* 1999, p. 3.

HOVASSE (H.), DESLANDES (M.) et GENTILHOMME (R.), Le démembrement des droits sociaux, *Dr. Soc. Actes pratiques* 1994, n° 15.

JADAUD (B.), La répartition des bénéfices sociaux entre cédant et cessionnaires de parts sociales, *JCP E* 1996, I, 608.

JEANTIN (M.), Société à capital variable. Immatriculation de la société alors que le capital social, entièrement souscrit, n'a été libéré qu'à hauteur de 10 %, *RTD com.* 1996, p. 82 ; Sociétés à capital variable *J- Cl. Soc.* Traité, fasc. 167-10 et 167-20, refondus par G. DURAND – LEPINE ; Observations sur la notion de catégories d'actions, *D.* 1995, chr. 88 ; Achat par une société de ses propres titres*, J.-Cl. Soc.* Fasc. 112-6, n° 22 ; La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978, *D.* 1978, n°10, p. 173.

JESTIN (K.), La réforme du droit anglais des sociétés opérée par le Companies Act 2006 : analyse et perspective, *Bull. Joly*, 01 août 2008, n° 8, p. 727.

JOBERT (L.), L'obligation des associés aux dettes à l'égard du créancier associé, *JCP* E 2005, 445.

KADDOUCH (R.), L'irréductible droit de vote de l'associé, *JCP* E 2008, 1549.

KAHN (PH.), L'apport en société de bail rural, *RTD com.* 1962, p. 567.

LAGARDE (X.), L'acte d'investissement *in* les concepts émergents en droit des affaires, sous la direction E. LE DOLLEY, avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, postfaces de J.- L. BERGEL et TH. BONNEAU, Droit & économie, Direction M. A. FRISON-ROCHE, LGDJ, éd. 2010.

LACOMBRE (J.), Inflation, fiscalité et entreprise, *D.* 1975, chron. p. 59.

LACOSTE (J.), Les commissaires de sociétés dans l'affaire Agache-Willot, *JCP* CI 1975, II, 11855.

LAUGIER (M.), L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ?, *Bull. Joly* 2003, p. 1231, § 261.

LE CANNU (P.), Les apports à une SARL et la libération du capital des sociétés à capital variable (art. 124 de la loi NRE, L. 223-7 et L. 231-5 du Code de commerce), *Rev. soc.* 2001, p. 636 ; L'ambiguïté d'un concept négatif : les valeurs mobilières, *Bull. Joly* 1993, p. 393 ; Les rides du capital social, *in* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 3 ; Limitations du droit de vote et contrôle des sociétés anonymes, *Bull. Joly* 1991, p. 263 et s. ; Capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social et action en dissolution, note sous Cass. com. 31 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 260 ; L'accordéon menace les nantis, note sous Cass. com. 10 janv. 1995, *Rev. Soc*. 1995, p.70 ; SARL à capital variable et libération des parts, *Bull. Joly* 1995, p. 1034, § 373 ; L'action de concert, *Rev. soc.* 1991, p. 675 et s. ; Acompte sur dividendes et expertise de gestion, *Bull. Joly* 01 déc. 1994, n° 12, p. 1315 ; L'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 et les actions de préférence, *RTD Com.* 2004, p. 533 ; Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions, *Bull. Joly* 1995, p. 637.

LE CANNU (P.) et MENJUCQ (M.), Expertises de gestion : article 226 et article 101 à l'égard d'une société française ; article 145 à l'égard de sa filiale étrangère, note sous CA Versailles, 27 févr. 1997, *Bull. Joly* 01 juin 1997, n° 6, p. 543.

LECOURT (B.), Modalités d'application du droit communautaire des sociétés, ch. 3, Règlements sect. 2, *Rep. dr. com. soc*. février 2010, n° 213 ; Apports et insuffisances du droit communautaire des sociétés, section 1, *Rép. dr. com., soc.* 2010 ; Société privée européenne : approbation par le Parlement européen de la proposition de règlement, *Rev. soc.* 2009, p. 431 ; Proposition de règlement relatif au statut de la société privée européenne, note sous Cass. Com. 25 juin 2008, *Rev. soc.* 2008 p. 684 ; Proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés cotées, 5e conférence du droit des sociétés et du gouvernement d'entreprise, Berlin, 28 juin 2007, Remise de l'étude externe réalisée pour la Commission européenne, Rapport de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, mai 2007, *Rev. soc.* 2007, p. 642 ; Rapport de la Commission européenne sur la transposition de la directive OPA(SEC (2007), 21 févr. 2007, Communiqué, IP/07/215, 27 févr. 2007) *Rev. soc.* 2007, p. 192 ; Publication par la Commission européenne d'une étude portant sur la proportionnalité entre capital et contrôle dans les sociétés européennes cotées en bourse (Communiqué 4 juin 2007, IP/07/751), *Rev. soc.* 2007, p. 426 ; L'avenir du droit français des sociétés : que peut-on encore attendre du législateur européen ? *Rev. soc.* 2004, p. 223.

LE FEVRE (A.), La traduction en droit français des sociétés commerciales de la 2ème directive du Conseil des Communautés économiques européennes : loi n° 81- 1162 du 30 décembre 1981 et le décret n° 82- 460 du 2 juin 1982, *Rev. soc.* 1982, p. 441 et s.

LEGROS (B.), La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution, *Rev. soc.* 1998, p. 281.

LEGROS (J.-P.), La nullité des décisions de sociétés, *Rev. soc.* 1991, p. 275.

LE NABASQUE (H.), La fin de la connexion apports/capital, *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 104 ; Réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions : les augmentations de

capital réalisées avec maintien du droit préférentiel de des actionnaires, *Rev. soc.* 2004, p. 491 ; Notion de contrôle conjoint, note sous CE 5e et 4e ss-sect. réunies, 20 oct. 2004, n° 260898, *Bull. Joly* 2005, n° 2, p. 248.

LE NABASQUE (H.) et BARBIER (M.), Les clauses léonines, *Actes pratiques* 1996, 29.

LEROY (F.), Introduction à la responsabilité sociale des entreprises, *in* Mélanges R. PEREZ, Ems éd., 2005, p. 20.

LE TOURNEAU (PH.), Les obligations professionnelles, *in* Mélanges L. BOYER, 1996, p. 365.

LIET –VEAUX (G.), Une pomme de discorde : les apports en industrie dans les sociétés civiles professionnelles, *Gaz. Pal.* 1966, 2, doct. 110.

LUCAS (F. -X.), La distinction des titres de capital et des titres de créance, *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 22 ; Le droit des sociétés à l'épreuve des procédures collectives, *P. A.* 2002, n° 7, p. 8 ; Le refus de la qualité d'associé à l'usufruit de parts sociales, *Dr. soc.* 2007, n° 2, comm. 27 ; Conditions de validité d'une promesse d'achat de droits sociaux au regard de la prohibition des clauses léonines, *Bull. Joly* 2005, n° 8, p. 961 ; L'associé communiste jugé recevable à exercer l'action sociale *ut singuli*, note sous Cass. crim., 4 nov. 2009, *Bull. Joly* 01 mai 2010, n° 5, p. 498

MALECKI (C.), L'apporteur en savoir-faire : du mal-aimé au bien-aimé ?, *Bull. Joly* 2004, n° 4, p. 1169.

MANIN (F.) et **JEULAND (E.)** Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés, *Rev. soc*. 2004, p. 1.

MARTIN –SERF (A.), Compensation de plein droit avant le jugement d'ouverture entre la créance de libération du capital social et la créance d'avance en compte courant, *RTD com.* 2002, p. 371.

MARTIN (D.) et VIANDIER (A.), Lexique de l'action de concert *, RJDA* 1992, p. 239 et s.

MATSOPOULOU (H.), La dissolution pour mésentente entre associés, *Rev. soc.* 1998, p. 21 ; La simple mésentente ne constitue pas à elle seule une cause de dissolution, note sous Cass. com. 21 octobre 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 310.

MASCALA (C.), Dispositions pénales *in* La loi NRE et le droit des sociétés, Centre de droit des affaires, Université de Toulouse I, Collection Grands Colloques, Montchrestien 2003, p. 115.

MASCLET, (J.), Le principe de la fixité du capital d'une société anonyme par actions et la comptabilité spatiale, *Rev. soc*. 1963, p. 9.

MASSART (T.), La société sans apports, *in* Etudes de droit privé, *in* Mélanges offerts à P. DIDIER, Economica, 2008, p. 289 s. ; La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus, *Bull. Joly* 2009, p. 632 ; Le concept de social-business *in* les concepts

émergents en droit des affaires, sous la direction E. LE DOLLEY, avant-propos de G. FARJAT et E. LE DOLLEY, postfaces de J. - L. BERGEL et TH. BONNEAU, Droit & économie, Direction M. - A. FRISON-ROCHE, LGDJ, éd. 2010, n° 10, p. 126.

MASSIN (E.), L'absence abusive de distribution de bénéfices, *RJ com.* 1978.197.

MAUBRU (B.), La perte du capital des sociétés à risques limitées, *Defrénois* 1983, n° 33142, p. 1185 et s.

MENJUCQ (M.), La proposition de règlement relatif à la société privée européenne : une nouvelle étape en droit communautaire des sociétés ?, *D.* 2008, p. 2954 ; Perspectives européennes du capital social *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 145.

MESTRE (J.), L'égalité en droit des sociétés, *Rev. soc.* 1989, p. 399.

MOHAMED SALAH (M.), La place des principes et des techniques civilistes dans le droit des affaires, *RJ com.* 1998, 41, spéc. n°s 44 et s.

MONNET (J.), L'impossible conciliation entre contribution aux pertes et apport en industrie dans les SARL ? *Dr. Soc. Actes pratiques* 2002, p. 3.

MONSERIE – BON (M. - H.), *Enc. D. Rép. Soc*. v° Capital variable ; Immatriculation des sociétés civiles : sort des demandes tardives, *RTD com.* 2003, p. 526.

MORTIER (R.), Le rachat d'actions au service de l'actionnariat des salariés, *Dr. soc.* 2007, p. 8.

MOULIN (J.-M.), Les actions de préférence, *P. A.* 22 sept. 2005, p. 24.

MOURY (J.), La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L650-1 du Code de commerce, *D.* 2006, p. 1747.

NURIT – PONTIER (L.), Repenser les apports en industrie, *P. A.* 2002, p. 4 ; Dispense d'immatriculation de l'auto- entrepreneur : une simplification non dénuée de risque, *D.* 2009, p. 585.

OHL (D.), Les "opérations de trésorerie" de l'article 12-3 de la loi du 24 janvier 1984 *in* La trésorerie et le financement des entreprises : *RJ com.* 1989, note 5, p. 34.

PAPON – VIDAL (P.), Le statut de l'associé coopérateur, *RECMA* oct. 2000, n° 278, p. 58.

PAILLUSSEAU (J.), La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés, *D.* 1999, Chron. p. 333, spéc., n° 82 ; La liberté contractuelle dans la SAS et le droit de vote, *D.* 2008, p. 1563 ; La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques, *D*. 2003, p. 1243 et s.

PARIENTE (M.), Les groupes de sociétés et la loi de 1966, *Rev. soc*. 1996, p. 465.

PARLEANI (G.), Absence, en droit de l'Union européenne, d'un principe autonome d'égalité entre actionnaires, Note sous Cour de justice des Communautés européennes, 15 oct. 2009, C-101/08, *Audiolux c/ Groupe Bruxelles Lambert (GBL) et Bertelsman*, *Rev. soc.* 2010, p. 45 ; Les pactes d'actionnaires, *Rev. soc*. 1991, p. 1 ; Le financement du capital. Réflexion sur l'utilité de la notion et son devenir, *Rev. soc.* 2005, p. 13.

PASQUALINI-SALERNO (F.), Les sociétés entre époux, *JCP* E 1999, p. 1858.

PELTIER (F.), L'attribution d'un dividende majoré à l'actionnaire stable, *Bull. Joly* 1993, p. 551 et s. ; Les limitations du droit d'accès aux assemblées d'actionnaires, *Bull. Joly* 1993, p. 1107 et s.

PETERKA (N.), Réflexion sur la nature juridique de l'apport en jouissance, *Bull. Joly* 2000, p. 361.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.), Sociétés par actions, *RTD com.* 1998, p. 167 ; Responsabilité des dirigeants. Perte de valeur des actions, Préjudice personnel de l'actionnaire (non), *RTD com.* 1997, p. 647.

PEYTEL (A.), Le remboursement des apports dans les sociétés anonymes à capital variable, *Gaz. Pal.* 1951, II, doct. 45.

PIC (P.), Des apports en nature et avantages particuliers sujets à vérification lors de la constitution d'une société par action. Détermination d'un critérium légal *Journ. Soc. civ. com.* 1914, p. 5.

PICOD (Y.), Devoir de loyauté des dirigeants de sociétés, *D.* 2003, p. 1032 ; L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle, *JCP* E 1994, I, n° 349.

PIEDELIEVRE (S.), L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel, L. n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, *JCP* 2003, I, 165.

PIETRACOSTA (A.), Capital zéro ou zéro capital *in,* Quel avenir pour le capital social ? Sous la direction de A. COURET et H. LE NABASQUE, Dalloz 2004, page 131 ; Usufruit et droit des sociétés, *D. P.* 2005, n°137, p. 63 à 78.

PINOTEAU (CH.), Sur la possibilité de libérer le montant d'une augmentation de capital par compensation avec des créances sur la société lorsqu'il existe un déficit d'exploitation supérieur au montant du capital social, *JCP* 1965, I, 1886.

PLANTAMP (D.), La société coopérative d'intérêt collectif et les principes généraux du droit coopératif, *RTD com.* 2005, p. 465.

PLAS (A.), Le capital social et l'érosion monétaire, *Gaz. Pal.* 1977, n° 198 à 200, p. 1.

POLTI (M.), L'existence et l'opportunité des actions sans valeur nominale dans les sociétés anonymes, *RTD com.* 1950, p. 559.

PORACCHIA (D.), Le rôle de l'intérêt social dans la SAS. *Rev. soc.* 2000, p. 223.

PRIEUR (J.), Les PME et le capital-risque, *Bull. Joly* 1998, p. 1033.

PROVOST (V.), L'apport en industrie dans une société, *P. A.* 1985, p. 15.

PUJOL (F.), La libération du capital social dans les procédures collectives, *D. P.* 2003, p. 36 à 47.

RANDOUX (D.), Une forme sociale ordinaire : La société par actions simplifiée (SAS), *JCP E* 1999, p. 1812.

RAY (J.-E.), Fidélité et exécution du contrat de travail, *Dr. soc.* 1991, 376.

REBOUL – MAUPIN (N.), Remarque sur une notion conceptuelle et fonctionnelle, l'"affectio societatis", *Rev. soc.* 2000, p. 425.

REGNAUT – MOUTIER (C.), Vers la reconnaissance de la qualité d'associé à l'usufruitier de droits sociaux ? *Bull. Joly* 01 nov. 1994, n° 11, p. 1155.

REINHARD (Y.), L'actif net des sociétés (Les capitaux propres), *in* Etude dédiée à R. ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ 1984, p. 297.

REYNAUD (CH.) et PUYRAVEAU (P.), Les problèmes posés par les apports en nature et spécialement l'apport d'un fonds de commerce ou d'une entreprise commerciale et les clauses de rétroactivité, *in* Mélange en l'honneur de D. BASTIAN, T1, Dr. Soc. Librairies Techniques, 1974, p. 241.

RICHARD (J.), À propos de la contribution aux pertes et aux dettes de l'apporteur en industrie, *JCP* CI 1980, II, 9157.

RIPERT (G.), Une nouvelle réforme des sociétés par action, *RTD com.* 1843, p. 91.

RIZZO (F.), Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD com.* 2000, p. 27.

ROBINEAU (S.), Les interventions des sociétés sur leurs propres titres de capital *Bull. Joly* 1998, p. 1229 et s. ;

ROBERT (J.-M.), Réflexions sur le délit de majoration frauduleuse d'apports en nature, *D.* 1974, Chron. 97.

RONTCHEVSKY (N.), Présentation générale de la SAS après la loi du 12 juillet 1999, *P. A.* 2000 n° 185, p. 26 ; Présentation de la treizième proposition de directive en matière de droit des sociétés concernant les offres publiques d'acquisition obs., *in RTD com*. 2001, p. 724.

ROUX (P.), A propos du paiement du dividende en actions ou en biens de la société, *P.A.* 26 févr. 1992, n° 25, p. 20 .

SALEILLES (R.), Etude sur l'histoire des sociétés en commandite, *An. dr. com.* 1897, p. 29.

SAINT –ALARY (R.), Eléments distinctifs de la société coopérative, *RTD com.* 1952, p. 485 ; Sociétés coopératives, *J. -Cl*. soc. fasc. 168-10, actualisé par P. LE BERRE, n° 56 s.

SAINTOURENS (B.), Sociétés coopératives et sociétés de droit commun, *Rev. soc.* 1996, p. 1 et s. ; Société civile, *Rép. soc. D*. n° 15 ; Les réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie et du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises *Rev. soc.* 2005, p. 527 ; La loi de modernisation sociale et le droit des sociétés, *Bull. Joly* 2002, p. 461, § 101 ; Les décrets d'application pour le droit des sociétés de la loi de modernisation de l'économie, *Rev. soc.* 2009 p. 239.

SARRUT (D.) et CHAMPAUX (C.), Sociétés à capital variable, *Dict. perm. Dr. aff.*

SAVATIER (R.), Dépréciation monétaire et vie juridique des contrats, *D.* 1972, chron. p. 5.

SAYAG (A.) et PALMADE (A.), Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes, *Rev. soc*. 1983, 699.

SCHILLER (S.).), L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés, *Rev. soc.* 2001, p. 47 s. ; L'actionnaire plus facilement indemnisé en cas de diffusion d'une information erronée, *P. A.* 10 sept. 2010, n° 181, p. 4.

SCHILLER (S.) et PERIN (P.-L.), Les apports en industrie dans les SAS*, Rev. soc.* 2009, p. 59

SCHMIDT (D.) et BAJ (C.), De l'ancien au nouveau règlement général du Conseil des bourses de valeurs, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 137.

SCHMIDT (D.), Précisions sur l'action de concert, *D.* 2009, p. 2836 ; Le régime actuel des valeurs mobilières, *RD Bancaire* 1987. p. 42 ; Contrôle et action de concert : évolutions *JCP E* 2002, p. 68 et s. ; De l'intérêt social, *JCP* E 1995, I, 488 ; Contrôle et action de concert, *JCP E* 2002, 72 ; Action de concert, *Rép. D.*; De l'intérêt commun des associés, *JCP* 1994, I, 3793.

SERLOOTEN (P.), Vers une responsabilité professionnelle ? *in* Mélanges P. HEBRAUD, p. 805 ; L'affectio societatis, une notion à réviser, *in* Mélanges Y. GUYON, p. 1009, 2003.

SERRA (G.), Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1er août 2003. Chronique d'une mort annoncée ? *Bull. Joly* 2004, p. 915.

SERIAUX (A.), La notion juridique de patrimoine, *RTD civ.* 1994, p. 803.

SIMON (P.), De la désignation du commissaire aux apports par le magistrat, *Rev. soc.* 1969, p. 89.

SINEY (R.), La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français, *Gaz. Pal.* 1971, p. 1.

STOLOWY (N.), Etude comparative du délit de distribution de dividendes fictifs et du délit de publication ou présentation de comptes annuels "infidèles" *JCP E* 2000, p. 1896.

STORCK (M.), Définition du contrôle d'une société en droit français, *Rev. soc.* 1986, p. 385 et s.

STORCK (M.) et DE RAVEL D'ESCLAPON (T.), Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ? *Bull. Joly* 01 janv. 2009, p. 92.

STOUFFLET (J.), Les capitaux propres, *Rev. soc.* 1986, p. 541 et s.

SYNVET (H.), Enfin la société européenne ? *RTD. européen* 1990, p. 253

TILQUIN (T.), Les actions et parts sans valeurs nominales en droit belge, *Bull. Joly* 1998, p. 244 et s.

THALLER (E.), Les sociétés par actions dans l'ancienne France*, An. dr. com.* 1901, p. 185 ; De l'augmentation de capital par transformation en action soit du passif, soit des réserves de la société, *An. dr. com.* 1907, p. 177.

TREBULLE (F. - G.), Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2006, n° 12, p. 1337 ; Stakeholders Theory et droit des sociétés, *Bull. Joly* 2007, n° 1, p. 7.

TROUSSET (J.-L.), Réduction de capital par attribution d'un élément d'actif à un actionnaire, *JCP E* 1998 ; De l'utilisation de la société à capital variable, *JCP E* 1999, p. 16.

URBAIN - PARLEANI (I.), Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, *Rev soc.* 2003, p. 779.

VALUET (J. - P.), L'identification des actionnaires des sociétés cotées, le rapport du groupe de travail réuni à l'ANSA, *Rev. Soc*. 1996, p. 707.

VATINET (R.), Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit des sociétés ? », *P. A.* 30 sept. 1998, n°117, p. 58.

VASSEUR (M.), L'entreprise et argent, *D.* 1982, chron. p. 12.

VIANDIER (A.), Le rachat d'actions après la loi n° 98- 546 du 2 juillet 1998 (art. 41), *RJDA* 1998, p. 590 et s. ; Après l'article de Michel Jeantin sur les conventions de vote, Prospectus du droit économique, dialogue avec Michel Jeantin, *D.* 1999, p. 311 ; Les actions de préférence, *JCP* E 2004, 1440 ; L'administrateur indépendant des sociétés cotées, *RJDA* 6/08, p. 599 ; *in* Observation sur les conventions de vote, *JCP* E 1986, 15405 ; La loi créant une distribution gratuite d'actions aux salariés, *Rev. soc.* 1981, p. 475

VIGUIER (D.), La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité), *D*. 2009, p. 175.

VILLANI (D.), Les cautions « informées » sont-elles soumises à un régime particulier ? *RTD com.* 1995 , n° 6, p. 292.

WHAL (A.), Etude sur l'augmentation de capital dans les sociétés anonymes et en commandite par actions, *An. dr. com.* 1893-1894, p. 90.

WYMEERSCH (E.), Les défenses anti-OPA après la treizième directive, Commentaires sur l'article 8 de la future directive, *in* Mélanges J. STOUFFLET, LGDJ, 2001, p. 397.

ZEIDENBERG (S.), Le renouveau des injonctions de faire, *D. P.* 2001, note 11, p. 76.

V. MEMENTOS, LAMY, DOSSIERS PRATIQUES

Dossiers internationaux Francis Lefebvre, *Allemagne, juridique fiscal social comptable*, 7e éd. 2004.

Dossiers internationaux Francis Lefebvre, *Etats-Unis, juridique fiscal social comptable*, 7ème éd. 2001.

Dossiers internationaux Francis Lefebvre, *Royaume-Uni, juridique fiscal social comptable*, 3ème éd. 2003.

Dossiers internationaux Francis Lefebvre, *Belgique juridique fiscal social comptable*, 6ème éd. 2002.

Dossiers pratiques Francis Lefebvre, *Sociétés et loi NRE, Mode d'emploi après 1 an d'application*, 2ème éd. 2002.

Mémento pratique Francis Lefebvre, *Comptable* 2008.

Mémento pratique Francis Lefebvre, *Droit des affaires, Sociétés commerciales* 2009.

Mémento pratique Francis Lefebvre, *Société civile, juridique fiscal social comptable,* 2007.

Lamy, *Sociétés commerciales,* éd. 2010.

Lamy, *Droit du financement,* éd. 2010.

VI. NOTES DE JURISPRUDENCE ET OBSERVATIONS

A. L.
obs. sous Cass. com. 28 avr. 1998, *D. Aff.* 1998, 1008.

ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.)
obs. sous Cass. civ. 6 févr. 1980, *RTD com.* 1980, p. 353.

APS
obs. sous TGI Paris 18 mai 1982, *Gaz. Pal.* 1983, p. 164.

note sous CA Paris 3 mai 1975, *Gaz. Pal.* 1976, p. 8.

AYNES (L.)
note sous Cass. civ. 1er, 10 juin 1987, *D.* 1987, somm. 446.

BAILLOD (R.)
Cass. civ. 1re, 16 juill. 1997, *Rev. soc.* 1998, p. 71.

BARBIERI (J.-F.)
note sous Com. com. 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, 995, § 228.
obs. sous Cass. com. 9 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, 1020, § 234.
note sous Cass. com 14 déc. 2001, *Bull. Joly* 2001, 394.
note sous Cass. com. 20 oct. 1998, *Bull. Joly* 1999, 88, § 19.
note sous Cass. com. 1er avr. 1997, *Bull. Joly* 1997, 650.
note sous Cass. com. 26 janv. 1993, *Rev. soc.* 1993 p. 396

BASTIAN (D.)
note sous Cass. com. 18 avr. 1961, *JCP* 1961, II, 12164.
note sous Cass. crim., 4 mai 1954, *JCP* 1954, II, 8239.
note sous Cass. com. 10 juin 1953, *JCP* 1954, II, 7908.
note sous Cass. com. 9 juill. 1952, *JCP G* 1953, II, 7742.
note sous T. com. Seine, 23 oct. 1950, *JCP* 1951, II, 6342.
note sous CA Aix 31 mai 1951, *JCP* 1952, II, 6792.

BERNARD (N.)
Cass. Com. 10 févr. 1969, *JCP* 1969, I, 15998.

BILLIAU (M.)
Cass. com. 14 déc. 2001, *JCP* E 2002, II, 10026.

B. O.
note sous TGI. Paris, 16 mai 1974, *Rev. soc.* 1975, p. 657.

BOIZARD (M.)
obs. sous CA Paris, 20 févr. 1998, *D. Affaires*, 1998, p. 540.

BONNEAU (TH.)
obs. sous Cass. civ. 31 mai 2000, *Dr. soc.* 2000, n° 134.
obs. sous Cass. com. 17 juin 1997, *Dr. Soc.* 1997, comm. n° 8.
note sous Cass. com. 4 janv. 1994, *Dr. soc.* 1994, p. 45.
obs. sous CA Montpellier, 10 nov. 1992, *Dr. soc*. 1993, n° 113.
obs. sous Cass. com. 9 févr. 1999, *Dr. soc*. 1999, n° 67.

BOULOC (B.)
note sous Cass. crim. 12 avr. 1976, *Rev. soc.* 1977, p. 293.
note sous Cass. crim. 9 mai 1973, *D.* 1973, p. 271.
note sous Cass. crim. 22 janv. 1990, *Rev. Soc.* 1990, p. 456.

BOUSQUET (J. CI.)
Cass. com. 22 avr. 1976, *D*. 1977, p. 4.
Cass. civ. 22 juill. 1986, *D*. 1987, somm. p. 396.
note sous Cass. com. 30 mai 1978*, Rev. soc*. 1979, p. 361.
Cass. crim. 9 mai 1973, *D.* 1973, p. 271.
obs. sous Cass. civ. 6 févr. 1980, *D.* 1981, IR, p. 36.

BRUGUIER (T.)
note sous Cass. com. 19 mars 1996, *Rev. soc.* 1996, p. 840.

BUREAU (D.)
Cass. com. 23 oct. 2007, *JCP* G 2008, II, 10197.

BURST (J. J.)
note sous CA Paris 1977, *Rev. Soc.* 1978, p. 728.
note sous Cass. Com. 9 oct. 1972, *D.* 1973, p. 273.

CABRILLAC (M.)
obs. sous Cass. com. 17 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 662.
obs. sous CA Paris 15 avr. 1988, *JCP* E 1989, I, 15468.
obs. sous Cass. com. 26 mars 1985, *JCP* E 1985, I, 14880.

CABRILLAC (M.) et VIVANT (M.)
obs. sous CA Paris 7 juill 1995, *JCP* E 1996, I, 541.
obs. sous CA Paris 17 déc. 1986, *JCP* E 1987, I, 16159.
obs. sous Cass. com. 6 nov. 1985, *JCP* E 1986, I, 15331.

CALENDINI (J.-M.)
note sous CA Paris, 3e, 13 déc. 1983, *Rev. Soc.* 1984, p. 818.
note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 775.

CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)
obs. sous Cass. Com. 16 nov. 2004, *JCP* E 2005, p. 131, no 1.
obs. sous Cass. com. 23 oct. 2007, *JCP* E 2008, 1280, n° 8.

CERATI – GAUTHIER (A.)
note sous Cass. com. 17 janv. 2006, *Rev. soc.* 2006, p. 570.
note sous Cass. com. 11 oct. 2005, *Rev. soc.* 2006, p. 570.

CHAMPAUD (CL.)
obs. sous Cass. com. 6 juin 1990, *RTD com.* 1990, p. 592.
note sous CA Paris, 15 janv. 1999, *RTD com.* 1999, p. 422.
note sous Cass. com. 24 juin 1997, *RTD com.* 1998, p. 153.
note sous CA Paris, 12 nov. 1991, *RTD com.* 1992, p. 820.

CHAMPAUD (CL.) et DANET (D.)
obs. sous Cass. com. 28 nov. 2006, *RTD com.* 2007, p.147.
obs. sous Cass. com. 16 nov. 2004, *RTD com.* 2005, p. 111.
obs. sous CA Versailles, 7 sept. 2000, *RTD com.* 2001, p. 139.

obs. sous Cass. com. 24 mai 1994, *RTD com.* 1994, p. 720.
obs. sous Cass. com. 18 oct. 1994, *RTD com.* 1995, p. 789.

CHAMPAUD (CL.) et LE FLOCH (P.)
Cass. civ. 1re, 7 avr. 1987, *RTD com.* 1988, p. 66.
obs. sous Cass. com., 20 mai 1986, *RTD com.* 1987, p. 66

CHAPUT (Y.)
obs. sous CA Paris, 26 mars 1992, *JCP* E 1992, II, 369.
note sous Cass. com, 17 nov. 1992, *Rev. soc.* 1993, p. 445.
obs. sous CA Paris, 30 sept. 1991, *Dr. soc.* 1992, n° 28.

CHARTIER (Y.)
note sous CA Paris, 22 juin 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 333.
note sous CA Paris, 12 janv. 1977, *JCP* 1978, II, 18823.
note sous Cass. com. 6 juin 1990, *Rev. soc*. 1990.

CHERON (A.)
CA Lyon 6 mars 1912, *D.* 1915, p. 25.

CHOLEY – COMBE (J. Y.)
note sous Cass. com. 6 juin 1990, *D.* 1992, p. 56.

CONSTANTIN (A.)
Cass. com. 12 mai 2004, *JCP* 2004, I, 10513.

CORDONNIER (P.)
note sous Cass. civ. 7 avr. 1932, D. 1933, I, 153.

COURET (A.)
obs. sous Cass. com. 16 nov. 2004, *RD bancaire et fin.* 2005, n° 29.
note sous Cass. com. 18 janv. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 527.
note sous CA Rouen 23 mai 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 1188.
note sous CA Paris, 20 févr. 1998, *RJDA* 1998/4, n° 443, p. 279.
note sous Cass. com. 27 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 485.
note sous Cass. com. 19 mars 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 613.
note sous Cass. com. 24 mai 1994, *D.* 1994, Jur. p. 503.
note sous CA Paris 18 juin 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 277.
note sous Cass. com. 12 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 336.
note sous CA Paris, 29 oct. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 91.

CREDOT (F. J.) et GERARD (Y.)
Cass. com. 25 mars 2003, n° 01-01690, *RD bancaire et fin.* 2003, p. 177.
Cass. com. 19 oct. 1999, *Bull. civ.* IV, n° 180.

CUISANCE (A.)
Paris, 15 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 86.

DAIGRE (J. J.)
note sous Cass. com. 27 févr. 2001, *Bull. Joly* 2001, n° 6, p. 627.
note sous Cass. com. 23 oct. 1984, *Rev. soc*. 1986, p. 97.
note sous Cass. com. 25 mars 2003, *Rev. Soc.* 2003, p. 859.
note sous Cass. com. 10 déc. 2003, *Rev. soc*. 2004, p. 669.
note sous Cass. civ. 15 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 328.
note sous CA Paris 30 juin 1995, *JCP* E 1996, II, 795.
note sous Cass. com. 17 mai 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 816.
note sous CA Paris, 20 févr. 1998, *JCP* G, 1998, II, n° 10096.
note sous CA Rouen 20 oct. 1983, *D.* 1985, p. 764.
note sous Cass. com. 18 avr. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 920.
note sous Cass. com. 9 févr. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 566, n° 122.

DALSACE (A.)
note sous Cass. com. 16 juin 1959, *D.* 1959, 44.

DANA –DEMARET (S.)
note sous Cass. com. 17 mai 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 485.

D. B.
note sous CA Amiens, 25 mars 1954, *JCP* 1954, II, 11003.
Obs. sous Cass. com. 16 nov. 1959, *JCP* N 1960, II, 11725.

DELAISI (P.)
note sous Cass. com. 27 nov. 1972*, Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 259.

DELEBECQUE (P.)
Cass. Com. 20 juin 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 957, § 347.

DERRIDA (F.)
obs. sous CA Paris, 26 mars 1992, *D.* 1993, somm. p. 3.
note sous CA Paris, 30 sept. 1991, *D*. 1992, p. 140.

DIENER (P.)
Cass. civ. 3, 22 juin 1976, *D.* 1977, 619.

DIDIER (P.)
obs. sous Cass. Com 18 oct. 1994, *Rev. soc*. 1995, p. 44.

DOM (J.-PH.)
Cass. com., 25 mars 2003, n° 01-01690, *Bull. Joly* 2003, § 162.
note sous CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Bull. Joly* 1999, p. 705, § 157.
note sous CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Rev. soc.* 2004, p. 135.

DONDERO (B.)
note sous Cass. civ. 29 nov. 2006, *Rev. soc.* 2007, p. 319.

DUMORTIER (B. H.)
note sous Cass. civ. 1er, 11 juill. 1984, *JCP* 1986, II, 20576.

FORSCHBACH (Th.)
note sous Cass. com., 10 janv. 1989, *D*. 1990, jur. p. 250.

GERMAIN (M.)
note sous Cass. civ. 1re, 7 avr. 1987, *JCP G* 1988, II, no 21006.
obs. sous Cass. com. 20 mai 1986, *Dr. soc.* 1986, comm. no 78.
note sous Cass. com. 17 déc. 1979, *JCP* G 1981, II, 19528.

GERMAIN (M.) et FRISON –ROCHE (M.-A.)
CA Versailles 20 mai 1999, *RD bancaire et bourse* 1999, p. 248.

GHESTIN (J.)
note sous Com. 27 févr. 1996, *JCP* 1996, II, 22665.

GIBIRILA (D.)
note sous Cass. com. 17 janv. 2006, *JCP* E 2006, 1981.

GODON (L.)
note sous Cass. com. 28 nov. 2006, *Rev. soc.* 2007, p. 519.
note sous Cass. com. 12 mai 2004, *Rev. soc.* 2005, p. 140.
note sous Cass. com. 17 janv. 2006, *Bull. Joly* 2006, p. 624, n° 130.
note sous Cass. com. 11 oct. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 621, n° 129.

GORE (F.)
note sous CA Paris, 23 nov. 1955, *D*. 1956, 290.

GOURLAY (G.)
note sous CA Paris 23 sept. 1993, *Bull. Joly* 1993, p. 1248 et s.

GUENGANT (A.)
obs. sous Cass. com. 4 janv. 1994, *JCP* E 1994, n° 12.

GUYÉNOT (J.)
note sous Cass. com. 26 janv. 1970, *D.* 1970, p. 643.
Cass. com. 9 oct. 1972, *Rev. soc.* 1973, p. 475.
note sous Cass. com. 27 nov. 1972, *Rev. Soc.* 1973, p. 502.

GUYON (Y.)
note sous Cass. crim. 12 avr. 1976, *JCP* 1977, II, 18523.
note sous Cass. com. 30 mai 1978, *JCP G* 1978, II, 19087.
note sous Cass. com. 26 janv. 1970, *JCP* 1970, II, 16385.
note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *JCP* 1998, II, 10036.
note sous Cass. com. 9 févr. 1999, *JCP* E 1999, p. 724.

HONORAT (J.)
obs. sous Cass. com. 18 juill. 1989, *Defrénois* 1990, art. 34788.

obs. sous Cass. com., 20 mai 1986, *Defrénois* 1987, art. 33950.

HOUIN (R.)
CA Paris 27 nov. 1977, *RTD com.* 1978, p. 258.
Cass. crim. 12 avr. 1976, *RTD com.* 1976, p. 579.
Cass. com. 11 avr. 1970, *JCP* 1970, II, 16393.
obs. sous TGI. Paris, 16 mai 1974, *RTD com.* 1976, p. 579.

HOVASSE (H.)
note sous Cass. com. 28 févr. 2006, *Dr. soc.* comm. 75.
note sous Cass. com. 17 mai 1994, *Defrénois* 1994, p. 1035.
note sous Cass. com. 18 oct. 1994, *Defrénois* 1994, 1550.
obs. sous CA Paris, 20 févr. 1998, *Dr. soc.* 1998, comm. n° 81.

JEANTIN (M.)
note sous CA Paris 26 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 663.
note sous Cass. Com. 9 mars 1995, *Rev. soc.* 1995, p.753.
note sous Cass. com. 19 nov. 1991, *JCP* G 1992, II, n° 21833.
note sous ord. du T. com. Paris, *Bull. Joly* 1989, p. 898.

JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.)
Cass. civ. 1re, 7 avr. 1987, *RD bancaire et bourse* 1987, p. 92.
J. G.
Cass. com. 27 nov. 1972, *Rev. soc.* 1973, p. 502.

J. H.
note sous Cass. com. 13 juin 1984, *Rev. soc.* 1985, p. 405.

J. R.
Cass. com. 27 nov. 1945, *JCP* 1946, II, 2959.

KEITA (M.)
note sous Cass. com. 24 févr. 1998, *JCP* 1999, II, 10003.

KESSLER (G.)
Com. 22 févr. 2005, *D.* 2005, p. 973.

LE BARS (B.)
CA Besançon 2 déc. 1998, *Rev. Soc.* 1999, p. 362.

LE CANNU (P.)
note sous Cass. com. 31 oct. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 260.
note sous Cass. civ. 29 nov. 2006, *Defrénois* 15 mai 2007, p. 676.
note sous CA Versailles, 16 déc. 2004, *RTD com.* 2004, p. 370.
note sous Cass. com. 9 févr. 1999, *Rev. soc.* 1999, p. 80.
note sous Cass. com. 5 oct. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 282.
note sous Cass. com. 27 janv. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 535.
note sous Cass. com. 28 avr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 808.
note sous CA Paris, 20 févr. 1998, *Bull. Joly* 1998, p. 622, § 210.

note sous Cass. com. 17 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 866.
note sous Cass. com. 21 oct. 1997, *Bull. Joly* 1998, p. 31.
note sous Cass. com. 21 janv. 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 312, § 125.
note sous Cass. com. 10 déc. 1996, *Bull. Joly* 1997, 340.
note sous Cass. com. 19 mars 1996, *Defrénois* 1996, p. 835.
note sous Cass. com. 10 janv. 1995, *Rev. Soc*. 1995, p.70,
note sous Cass. com. 9 mai 1995, *Defrénois* 1995, p. 961.
obs. sous Cass. com. 4 janv. 1994, *Defrénois* 1994, art. 35786.
note sous Cass. com. 18 oct. 1994, *Bull. Joly* 1995, 157.
note sous Cass. com. 26 janv. 1993, *Bull. Joly* 1993 n° 4, p. 482
note sous Tr. com. de Nîmes, 18 févr. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 546.
note sous Cass. com. 19 nov. 1991, *Bull. Joly* 1992, p. 66, § 15.
note sous Cass. com. 6 juin 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 782.
note sous Cass. com. 10 janv. 1989, *Bull. Joly* 1989, p. 256.
note sous Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987, p. 703, n° 289.
note sous Cass. civ. 1re, 22 juill. 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 859.
note sous Cass. com. 9 févr. 1999, *Rev. soc*. 1999, p. 81.
note sous Cass. com. 23 oct. 2007, *Rev. soc.* 2007, p. 814.

LEGEAIS (D.)
note sous Cass. com. 17 juin 1997, *JCP* E 1997, II, 1007.

LEGRAND (M. -N.)
note sous CA Rouen 20 oct. 1983, *Rev. soc*. 1984, p. 764.

LEGROS (J.-P.)
Cass. com. 13 févr. 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 194.

LEGROS (J.-P.) et LUCAS (F.-X.)
note sous CA Versailles, 29 avr. 2004, *Dr. soc.*. 2004, n° 188.

LE NABASQUE (H.)
Cass. com. 22 mai 2001, *Bull. Joly* 2001, p. 1003.
note sous Cass. com. 17 mai 1994, *Dr. soc.* 1994, n° 142.
note sous Cass. com. 16 nov. 2004, *Rev. soc.* 2005, p. 593.
note sous Cass. com. 15 juin 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 189.
obs. sous Cass. com. 15 juill. 1992, *Dr. soc.* 1992, n° 234.
obs. sous Cass. com. 18 oct. 1994, *Dr. soc.* 1994, n° 205.

LIENHARD (A.)
note sous CA Paris, 6 mars 2001, *D.* 2001, p. 1543.
note sous Cass. com. 17 janv. 2006, *D.* 2006, p. 445.
note sous Cass. com. 23 oct. 2007, *D*. 2007, p. 2726.

LIENHARD (A.) et LAMAZEROLLES (E.)
obs. sous Cass. com. 12 mai 2004, *D.* 2004, p. 1599.

LUCAS (F. X.)
note sous Cass. com. 8 janv. 2002, *Bull. Joly* 2002, p. 102.

note sous Cass. com. 22 févr. 2005, *Bull. Joly* 2005, p. 961.
note sous Cass. civ. 29 nov. 2006, *Rev. cont.* 01 avril 2007, p. 422.
obs. sous T. com. Paris, 19 sept. 2000, *Dr. soc.* 2001, n° 33.
note sous Cass. civ. 31 mai 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 987.
note sous CA Versailles 7 sept. 2000, *Bull. Joly* 2000, p. 1175.
note sous Cass. com. 19 mars 1996, *Defrénois* 1996, p. 835.
note sous CA Lyon 9 juin 2005, *Dr. soc.* 2006, p. 22.

MABILAT (P.)
note sous Cass. com. 23 nov. 1976, *Rev. soc.*1977, p. 461.

MALAURIE (P.)
note sous Cass. com. 27 févr. 1996, *D.* 1996, p. 518.

MARTEAU-PETIT (M.)
note sous Cass. com. 19 nov. 1991, *Rev. soc.* 1992, p. 510.

MARTIN-SERF (A.)
obs. sous Cass. com. 17 juill. 2001, *RTD com*. 2002, p. 157.

MARTIN (L. M.)
T. com. Draguignan, 27 avr. 1982, *Banque* 1982. p. 945.

MASSART (T.)
Cass. com. 11 oct. 2005, *Bull. Joly* 2006, p. 632.
Cass. crim. 20 mai 2003, *Bull. Joly* 2003, p. 1166.

MATHEY (N.)
note sous Cass. Com. 16 nov. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 270.

MENJUCQ (M.)
note sous CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *D.* 1999, p. 550.
note sous CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-167/01, *Bull. Joly* 2003, p. 1296.

MERLE (P.)
CA Paris, 23 oct. 1992, *Bull. Joly* 1993, p. 95.

MESTRE (J.)
note sous Com. 27 févr. 1996, *RTD civ*. 1997, p. 114.
Cass. civ. 1re, 7 avril. 1987, *RTD civ.* 1987, p. 744.

MESTRE (J.) et FAGES (B.)
Cass. com. 12 mai 2004, *RTD civ.* 2004, p. 500.

MONSÉRIÉ –BON (M.-H.)
note sous Cass. civ. 3ème. 28 nov. 2001, *RTD com.* 2002, p. 118.
note sous CA Versailles, 7 sept. 2000, *RTD com.* 2000, p. 966.

OHL (D.)
note sous Cass. com. 28 avr. 1998, *JCP* 1998, II, 10177.

PARLEANI (G.)
note sous CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rev. soc.* 1999, p. 386.

PETEL (P.)
obs. sous Cass. com. 9 mai 1995, *JCP* 1996, 3896.

PETIT (B.) et REINHARD (Y.)
obs. sous Cass. com. 28 avr. 1998, *RTD com*. 1998, p. 623.

PERCEROU (J.)
T. civ. Douai 25 mai 1910, *D*. 1914, II, p. 89.

PICOD (Y.)
obs. sous Cass. com. 24 févr. 1998, *D.* 1999, Somm. p. 100.
obs. sous CA Paris 10 nov. 1992, *D.* 1994, Somm. p. 75.

PIEDEILEVRE (S.)
note sous CA Versailles, 15 mai 2008, *Bull. Joly,* n° 3 mars 2009, p. 241.

PIROVANO (A.)
note sous CA Aix en Provence 9 déc. 1993, *D.* 1995, p. 475.

PONTAVICE (E.)
note sous Cass. com. 7 fév. 1972, *Rev. Soc.* 1973, p. 297.

PORACCHIA (D.)
obs. sous Cass. com. 16 nov. 2004, *D. P*. 2005, n° 134.
obs. sous Cass. com. 22 fév. 2005, *D. P*. 2005, n° 138.

RANDOUX (D.)
note sous Cass. Com 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454.
note sous Cass. com., 20 mai 1986, *Rev. soc*. 1986, p. 587.
note sous Cass. crim. 22 janv. 1990, *Bull. Joly* 1990, p. 543.
Cass. civ. 1re, 7 avril. 1987, *Rev. soc*. 1987, p. 395.

REBUT (D.)
obs. sous Cass. crim. 19 déc. 2001, *Rev. sci.* 2003, p. 346.

REINHARD (Y.)
obs. sous Cass. com. 20 mai 1986, *RTD com*., 1987, p. 205.
obs. sous CA Paris, 20 févr. 1998, *D.* 1999, somm. p. 253.
obs. sous CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *JCP* E, 1999, p. 1285.
note sous Cass. com. 24 mai 1994, *Rev. soc.* 1994, p. 708.
note sous Cass. com. 15 juill. 1987, *RTD com.* 1988, p. 75.
note sous Cass. com. 15 juill. 1987, *RTD Com*. 1988, p. 75, n° 6.
obs. sous Cass. com. 19 nov. 1991, *RTD com.* 1992, p. 639.

REIGNE (Ph.)
note sous Cass. com. 22 janv. 1991, *RF compt.* mai 1991, p. 62.

RIASSETTO (I.)
obs. sous Cass. com. 18 janv. 2000, *Banque et droit* 2000, p. 51.
Cass. com. 24 mai 1994, *Rev. soc*. 1994, p. 708.

RIFFAULT (J.)
obs. sous CA Chambéry, 28 mai 1998, *Rev. sci.* 1998, p. 566.

RONTCHEVSKY (N.)
obs. sous CA Paris, 20 févr. 1998, *RTD com*. 1998, p. 379.

RODIÈRE (R.)
note sous Trib. com, Rouen 30 oct. 1961, *RTD com*. 1962, p. 73.

SAINT - ALARY (B.)
note sous Cass. Com 17 juin 1997, *D. P.* novembre 1997, n° 54.

SAINTOURENS (B.)
note sous CA Reims, 5 mai 2003, *Rev. soc.* 2003, p. 865.
note sous Cass. com. 12 janv. 1999, *Bull. Joly* 1999, p. 812.
note sous Cass. com. 24 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 871.
note sous Cass. com. 13 févr. 1996, *Bull. Joly* 1996, p. 523.
note sous Cass. com. 7 juin 1994, *Bull. Joly* 1994, p. 1232.
note sous Cass. com. 15 juin 1993, *Rev. soc*. 1993, 806.

SCHMIDT (D.)
note sous Cass. com. 12 mai 2004, *Bull. Joly* 2004, p. 1114.
note sous Cass. com. 22 avr. 1976, *Rev. soc*. 1976, p. 479.
note sous Cass. com. 23 oct. 2007, *Bull. Joly* 2008, p. 101, n° 23.

SCHMIDT (D.) et DION (N.)
note sous Cass. com. 27 févr. 1996, *JCP E* 1996, II, 838.

SHOLER (P.)
Cass. com. 28 nov. 2006, *Bull. Joly* 2007, p. 397.

SIMLER (PH.)
obs. sous Cass. com. 16 fév. 1977, *JCP* N 1980, II, 217.

SORTAIS (J.-P.)
note sous Cass. com. 15 mai 1984, *Rev. soc*. 1985, p. 91.
note sous Cass. com. 17 déc. 1979, Rev. soc. 1981, p. 81.
note sous Cass. com. 15 juill. 1982, *Rev. soc*. 1983, p. 75.

SOUSI (B.)
note sous Cass. com. 20 oct. 1998, *D*. 1999, p. 10.

URBAIN -PARLEANI (I.)
note sous Cass. com., 18 nov. 1986, *Rev. soc.* 1987, p. 581, spéc. n°5.

V. A.-R.
obs. sous Cass. com. 20 oct. 1998, *D. Aff.* 1999. 41.

VATINET (R.)
note sous Cass. com. 7 juin 1994, *Rev. soc.* 1995, p. 275.

VIANDIER (A.)
note sous Cass. com. 10 janv. 1989, *JCP* G, 1989, II, 21256.
note sous Cass. 1er civ. 6 févr. 1980, *Rev. soc.* 1980, p. 521.
note sous CA Paris, 20 févr. 1998, *JCP* E 1998, p 705.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)
obs. sous Cass. com., 20 mai 1986, *JCP E* 1986, I, 15846, spéc. n° 1.
obs. sous Cass. com. 6 juin 1990, *JCP* E 1990, II, 15838.
obs. sous Cass. com. 23 oct. 2007, *JCP* E 2007, 2433.

VIDAL (D.)
obs. sous Cass. com. 18 déc. 2001, *Dr. soc.* 2002, p. 25.
obs. sous Cass. com. 27 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, comm. n° 46.
note sous Cass. com. 18 avr. 2000, *Dr. soc*. 2000, comm. 108.

WAHL (A.)
note sous CA Paris 3 février 1910, *J. S* 1911, p. 121.

VII. JURISPRUDENCES

Cours de cassation

Cass. com. 27 oct. 2009, *www. Dalloz. fr*.
Cass. com. 16 nov. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 197
Cass. com. 25 mars 2003, *Bull. civ*. IV, n° 50.
Cass. civ. 9 juill. 2003, *Bull. civ*. III, n° 142
Cass. com. 10 oct. 2000, *RJDA* 2001, n°41, p. 38 et s.
Cass. com. 23 nov. 1999, *RJDA* 04/2000, n° 457.
Cass. com. 25 nov. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 302, p. 259
Cass. civ. 27 févr.1996, *Bull. civ.* n° 109, p. 76.
Cass. civ. 2 juill. 1996, *Bull. civ.* n° 281, p. 196 à 197.
Cass. com. 24 oct. 1995, *RJDA* 2/96, n° 266.
Cass. com. 17 mai 1994, *RJDA* 8-9/94, n° 934.
Cass. com. 16 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, 1993, n° 404
Cass. com. 12 mai 1992, *Bull. civ.* IV, 1992, n° 177.
Cass. com. 26 mai 1992, *Bull. civ.* IV, 19926, n° 134.
Cass. com. 29 janvier 1991, *Bull. civ.* IV, 1991, n° 42.

Cass. com. 19 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 355.
Cass. civ. 1er, 11 déc. 1990, *Bull. civ.* I, 1990, n° 286.
Cass. com. 10 janv. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 19.
Cass. com. 6 déc. 1988, *Bull. civ.* IV, 1988, n° 334.
Cass. com. 15 juill. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 193
Cass.civ. 30 juin 1987, *Bull. civ.* I, n° 210.
Cass. com. 20 mai 1986, *Bull. civ.* IV, n° 95.
Cass. civ. 1re, 22 juill. 1986, *Bull. civ*. I, n° 224.
Cass. civ. 1er, 11 fév. 1986, *Bull. civ.* I, 1986, n° 22.
Cass. civ. 1er, 19 mars 1985, *Bull. civ.* I, 1985, n° 98.
Cass. civ. 1er, 3 déc. 1985, *Bull. civ*. I, n° 334.
Cass. civ. 1er, 11 juill. 1984, *Bull. civ.* 1984, n° 229.
Cass. com. 26 mai 1983, *Bull. civ.* IV, n° 153, p. 134.
Cass. com. 10 déc. 1979, *Bull. civ.* IV, p. 258.
Cass. com. 17 juill. 1978, *Bull. civ.* IV, 1978, n° 200.
Cass. civ. 31 mai 1978, *Bull. civ*. I, n° 209.
Cass. crim. 26 juin 1978, *Bull. crim.* n° 212.
Cass. com. 12 mai 1975, *Bull. civ*, n° 129.
Cass. civ. 1er juill. 1975, *Bull. civ*. I, n°213
Cass.civ. 27 juin 1972, *Bull. civ*. I, n° 163 ;
Cass. com. 8 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, 1972, n° 278.
Cass. civ. 1er, 25 mai 1964, *Bull. civ.* I, 1964, n° 269.
Cass. com. 26 mai 1956, *Bull. civ.* III, 1956, n° 134.

Autres juridictions

CA Paris 10 juin 2005, *RJDA* 2006, p. 35.
CA Paris 30 mars 2001, *RJDA* 2001, n° 861, p. 743.
CA Paris 23 oct. 1992, *RJDA* 2/93, n° 126.
CA Paris 16 janv. 1992, *RJDA* 1992, n° 869.

VIII. TRAVAUX, RAPPORTS, COLLOQUES

Centre de droit des affaires, université de Toulouse 1, La loi NRE et le droit des sociétés, Collection Grands Colloques, éd. Montchrestien 2003.

Colloque GAVALDA, incidence des normes européennes sur le droit français des sociétés, *Rev. Soc.* 1987, p. 56 et s.

Le capital social : grandeur ou décadence ? », colloque des 3, 4 et 5 mars 1977 de Paris II, de l'Association française des juristes d'entreprises, de l'IDA et de l'Association internationale du droit commercial et du droit des affaires.

Colloque sur la responsabilité professionnelle, *P.A.* 11 juill. 2001.

Le rapport de M. D. MIGAUD au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du Plan, présenté à l'Assemblée Nationale le 25 mars 1998, spéc. p. 103.

Le rapport de la mission de réflexion présidée par M. B. ESAMBERT sur le rachat par les sociétés de leurs propres actions, Imprimerie Nationale, COB janvier 1998, spéc. p. 29 et 30.

Rapport CHAMPAUX, RTDCom. *1979, page 21 et suivantes.*

Rapport WINTER, publié le 4 novembre 2002.

Travaux de la commission de réformes du Code de commerce et du droit des sociétés, 2ème volume, LGDJ, 1950.

Ordre des experts-comptables, *Travaux du* 34' *Congrès,* p. 10.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de page

A

Acompte sur dividende, 325, 591

Action en responsabilité, 378

Actionnaires
minoritaires, 425 et s. 537 et s.

Actions
- à vote double, 530, 533
- de capital, 297, 443, 449, 455, 536
- jouissance, 82 et s., 213 et s., 300 et s. 450 et s.
- de travail, 443 et s.
- sans mention de valeur nominale, 447, 448
- à dividende prioritaire sans droit de vote, 440 et s., 510 et s.
- certificats de vote, 547, 553

Action de concert, 552 et s., 601

Action en comblement de passif, 403, 431

Action oblique, 180

Action paulienne, 181, 182

Apport
- en jouissance, 84
- en usufruit, 87
- en nature, 49 et s., 266 et s., 338 et s., 578 et s.
- en numéraire, 49 et s., 286 et s., 380 et s., 578
- évaluation, 89 et s., 113 et s., 159 et s., 207 et s., 331 et s., 451 et s., 579
- libération échelonnée, 51 et s., 125 et s., 247 et s. 301 et s., 525 et s.
- surévaluation, 45 et s., 148 et s., 213 et s., 300 et s., 413 et s.
- industrie, 49 et s. 148 et s., 291 et s., 442 et s. 541 et s.

Agrément, 313, 341, 473 et s., 504 et s.

Assemblée générale
- extraordinaire, 134, 156, 213 et s., 296, 326, 408, 441, 490 et s., 527, 570
- ordinaire, 422 et s.

Auto détention, 313, 341 et s.

Autres fonds propres, 159, 221, 232 et s.

Avances conditionnées, 225

Avantage particulier, 76, 97, 579.

B

Bénéfice distribuable, 228 et s., 317 et s., 401, 470 et s., 526

Bilan
- principe de fidélité, 161, 162
- principe de régularité, 162
- sincérité, 161, 163 et s.

Boc de contrôle, 572

C

Capital social
- minimum, 42 et s., 263 et s.
- souscription, 41 et s., 134 et s., 217 et s., 313, 340 et s., 351 et s., 475 et s., 511 et s,
- souscription fictive, 41, 47
- libération, 56 et s., 286 et s.
- principe de fixité, 37, 101 et s., 145, 335, 581
- intangibilité, 101 et s., 209, 330 et s., 473, 581
- principe de proportionnalité, 466 et s., 515 et s., 583

Capitaux propres, 117, 152 et s., 204 et s., 350 et s. 451, 481 et s., 582, 604 et s.

Caution, 185 et s.

Certificats d'investissement, 528 et s.

Clause limitative du nombre des voix, 536

Clauses léonines, 469 et s., 595, 601
Commissaire aux apports, 90 et s., 298, 376, 378

Compensation, 62 et s., 134, 296, 382, 393 et s.

Compte courant, 65 et s., 312, 358 et s., 360

Comptes consolidés, 208, 423, 546

Contribution aux pertes, 42, 392, 473 et s., 602, 604

Contrôle
- conjoint, 559
- influence dominante, 557 et s.
- influence notable, 560

Convention de vote, 548 et s.

Créancier
- créancier chirographaire, 172 et s.
- résiduel, 336
- hypochirographaire, 226
- dernier rang, 235 et s., 356

D
Directives européennes
- deuxième directive, 129, 248 et s. 370
- première directive, 245 et s.

Dissolution de la société, 42, 85, 157, 237, 392, 408, 473, 477

Dividende fictif, 64, 207, 316, 323 et s., 325, 401, 458 et s., 524 et s.

Droit à l'information, 419 et s.

Droit américain, 11, 262 et s., 319, 451, 588, 590

Droit de vote, 504 et s., 540 et s., 600 et s.

Droit préférentiel de souscription, 589

E
Ecart d'équivalence, 208 et s.

Ecart de réévaluation, 206 et s.

Extension de la procédure collective, 406

Egalité proportionnelle, 439, 472, 514, 533, 540 et s.

Entreprise individuelle, 31

F
Fonds propres, 87, 194, 203, 221, 236 et s., 312 et s., 412

Franchissement de seuil, 523, 597

G
Gage général, 182

I
Injonction de faire, 385 et s.

Intégration fiscale, 564

Intérêts fixes, 337

L
Location de titres, 458

N
Nominalisme monétaire, 111

O
Obligation de garantie de cours, 524, 569 et s.

Obligation aux dettes, 157, 392

Obligations remboursables en actions, 233, 240

Offre publique d'achat, 552 et s.

Opérations sur capital
- augmentation, 53 et s., 153 et s. 217, 233, 445 et s., 571, 578
- réduction, 88, 110, 146 et s., 582

P
Parts de fondateurs, 442 et s.

Prêts participatifs, 221 et s.

Prime d'émission, 217, 493

Procédure collective, 236, 389 et s.

Provisions réglementées, 215

Q
Quasi-apports, 298, 579

R
Réserves, 74, 210 et s., 317, 324, 333, 350, 430, 446, 476 et s., 541 et s.

Responsabilité
- des associés, 21 et s., 263 et s.
- des dirigeants, 408

Retrait associé, 142 et s., 524

S
Situation nette, 545 et s., 551 et s.

Société
- civile, 24 et s., 146, 426, 549
- en commandite simple, 42, 409
- en nom collectif, 42, 519
- à responsabilité limitée, 43, 257 et s., 359 et s., 440, 488, 530, 579
- anonyme 11, 30, 68, 95, 101, 110, 114, 115, 147, 223, 246 et s., 319, 323 et s. 400 et s. 510 et s.
- en commandite par actions, 45, 68
- par actions simplifiées, 408 et s.
- européenne, 27, 249, 250, 508
- procédant à une offre au public, 95 et s., 370, 422, 440, 448, 487 et s.
- coopérative, 31, 468, 475 et s., 511 et s., 591 et s.
- à capital variable, 121 et s., 286, 450 et s.
- contrôlées, 209, 546, 558 et s.
- mère, 209, 233, 426, 546 et s.

Stakeholders Theory**,** 178 et s., 321, 399, 413 et s., 432, 606

Subventions d'investissement, 204, 218 et s.

T
Théorie de l'agence, 148, 354, 411 et s., 431

Titres participatifs, 223 et s., 235

Titres représentatifs du capital social, 547 et s.

Titres subordonnés à durée indéterminée, 221, 227 et s.

U
Usufruit, 87

V
Valeur nominale, 75, 217, 264 et s., 326, 383, 444 et s., 495 et s.

Valeurs mobilières, 112, 209, 440 et s., 488 et s., 522, 534

Variation des capitaux propres, 214

Vote double, 510 et s., 570, 595 et s.

TABLE DES MATIÈRES

Les chiffres renvoient aux numéros de pages

INTRODUCTION **1**

PARTIE I

L'UTILITE DU CAPITAL SOCIAL DANS LA PROTECTION DES CREANCIERS **28**

TITRE I

LA FORMATION DU CAPITAL SOCIAL ET SON MAINTIEN EN COURS DE VIE SOCIALE 30

CHAPITRE 1
LA FORMATION DU CAPITAL EN PHASE DE CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ **32**

Section 1
Les étapes de la formation du capital social 32

Sous-section 1. La formation théorique du capital social 32

§ 1. La détermination du capital social 32
A. La détermination statutaire du capital social minimum 33
B. La détermination du capital social minimum légal 36

§ 2. La souscription du capital social 38
A. La souscription intégrale du capital social 39
B. La souscription intégrale du capital malgré la simulation et le vice 41
1. La souscription intégrale malgré la simulation 41
2. La souscription intégrale du capital malgré le consentement vicié 44

Sous-section 2. La formation réelle du capital social 48

§ 1. La libération des apports intégrables au capital social 48
A. La libération des apports en nature 49
B. La libération des apports en numéraire 50

§ 2. La libération du capital social par compensation 53
A. La compensation conventionnelle d'une dette d'apport avec une créance sur société 54
B. La compensation judiciaire de la dette d'apport avec une créance sur la société 56

Section 2
Les apports concernés par la formation du capital social 59

Sous-section 1. La valeur des apports incorporée au capital social et distinction de la valeur des biens apportés en société par les associés 60
§ 1. Distinction entre les apports et les sommes d'argent laissées par les associés dans les comptes de la société 61

A. Distinction entre l'apport en numéraire et les sommes laissées dans les comptes de la société62
1. Dépôt et retrait de l'apport en numéraire 62
2. Distinction entre l'apport en numéraire, le compte courant et les primes 65
B. Distinction entre les apports et le bien rémunéré par un avantage particulier 67

§ 2. Le montant du capital social face aux apports 69
A. Le transfert définitif de l'apport et de sa valeur au capital 70
1. L'apport en pleine propriété 70
2. L'apport en nu-propriété 72
B. Le transfert définitif au capital de la valeur des apports effectués temporairement 75
1. L'apport en jouissance 75
2. L'apport en usufruit 77

Sous-section 2. L'évaluation des apports en nature 80

§ 1. L'évaluation libre des apports en nature 81
A. L'évaluation des apports en nature par les associés 81
B. La méthode d'évaluation des apports en nature 84

§ 2. L'évaluation des apports en nature par un expert 86
A. Les règles contraignantes de désignation du commissaire aux apports 86
B. Les règles souples de désignation du commissaire aux apports 90

CHAPITRE 2
LE MAINTIEN DU CAPITAL SOCIAL EN COURS DE VIE SOCIALE 94

Section 1
L'intangibilité du capital social 94

Sous-section 1. L'intangibilité du capital découlant du principe du coût historique .. 94

§ 1. L'intangibilité du capital social malgré l'inflation monétaire et la variation des apports 95
A. L'intangibilité du capital malgré l'inflation monétaire 95
B. L'intangibilité du capital malgré la variation de la substance des apports 97

§ 2. L'intangibilité du capital social à la réalisation de l'actif 99
A. La réalisation des apports ayant subi l'inflation 99
B. La réalisation des apports ayant subi une variation de valeur 101

Sous-section 2. L'intangibilité du capital social face aux dérogations au principe du coût historique 103

§ 1. La comptabilisation anticipée des éléments d'actif 103
A. Les provisions sur les éléments d'actif non amortissables 103
B. L'amortissement sur les éléments d'actif amortissables 105

§ 2. La réévaluation de l'actif immobilisé 107

A. La réévaluation de l'actif immobilisé 107
B. L'intangibilité du capital social malgré la réévaluation des éléments d'actif 110

Section 2
Variations du capital social 112

Sous-section 1. L'augmentation du capital social 113

§ 1. Les modalités d'augmentation du capital social 113
A. Les modalités des sociétés à risque illimité 114
B. Les modalités des sociétés à risque limité 118

§ 2. La réalisation de l'augmentation de capital social 122
A. La souscription du capital social augmenté 123
B. La libération des apports promis 124
1. La libération des apports 125
2. L'évaluation des apports en nature 128
3. L'augmentation de capital sans apports nouveaux 130

Sous-section 2. La réduction du capital social 133

§ 1. Les causes à l'origine de la réduction du capital social 134
A. Les réductions du capital social non consécutives aux pertes 134
1. La réduction du capital social découlant de la sortie d'un associé 134
a). La réduction résultant de l'obligation légale de rachat 134
b). La réduction suite au droit de retrait de l'associé 137
2. Les réductions découlant d'un défaut de formation du capital 139
3. La protection des créanciers 141
B. La réduction du capital social motivée par les pertes 143
1. Les pertes sociales 144
2. La réduction du capital social 145
3. Les effets de la réduction 148

§ 2. Les raisons d'être de la réduction du capital social 150
A. Le principe de fidélité 153
B. Les principes de régularité et de sincérité 155

TITRE II

LA RENOVATION DU CAPITAL SOCIAL JUGEE UTILE 162

CHAPITRE 1
LE CAPITAL SOCIAL ET LES AUTRES GARANTIES DES CREANCIERS 164

Section 1
L'utilité du capital social au sein des garanties de droit commun 164

Sous-section 1. Le patrimoine social : la base du droit au gage général 164

§ 1. L'étendue du patrimoine social 165
A. La composition du patrimoine social 166
B. L'utilité du capital social 169

§ 2. La reconstitution des éléments d'actif correspondant au montant du capital social 172
A. L'action oblique 172
B. L'action paulienne 174

Sous-section 2. L'importance du capital social au sein des sûretés 175

§ 1. La garantie personnelle : contrat de cautionnement 176
A. Les conditions de validité du contrat de cautionnement 177
B. Les conditions spécifiques du contrat de cautionnement 180
1. La vérification de la solvabilité de la caution 181
2. L'information de la caution 184

§ 2. Les garanties réelles 186
A. Le capital social : première ligne garantissant la formation du patrimoine sur lequel reposent les sûretés réelles 187
B. Inconvénients des sûretés réelles et utilité du capital social 191

Section 2
L'utilité du capital social au sein des fonds propres 195

Sous-section 1. L'utilité du capital social au sein des capitaux propres 196

§ 1. Le caractère fondamental du capital social 197
A. Le caractère fondamental du capital social par rapport aux plus values 198
1. Les écarts de réévaluation 198
2. L'écart d'équivalence 200
B. Le caractère fondamental du capital social par rapport aux réserves 202

§ 2. Le caractère tangible des autres éléments des capitaux propres 204
A. Les capitaux propres d'origine interne 204
1. Les bénéfices de l'entreprise 204
2. Les provisions réglementées 207
B. Les capitaux propres d'origine externe 208
1. Les primes 208
2. Les subventions d'investissement 210

Sous-section 2. L'utilité du capital social par rapport aux autres fonds propres 213

§ 1. Les caractéristiques de chaque élément composant les autres fonds propres 214
A. Les éléments visés par le 2° de l'article R123-190 du Code de commerce 214
1. Les titres participatifs 214
2. Les avances conditionnées 216
B. Les autres éléments composant les autres fonds propres 219

1. Les fonds investis sans contrepartie de titres 219
a). Les inconvénients des avances en compte courant 219
b). Les inconvénients des prêts participatifs 221
2. Les fonds investis en contrepartie de titres 223
a). Les inconvénients des titres subordonnés à durée indéterminée..... 223
b). Les inconvénients des obligations remboursables en actions 225

§ 2. Etude d'ensemble des caractéristiques des autres fonds propres..... 226
A. L'incertitude des autres fonds propres 227
B. La capitalisation des autres fonds propres par conversion 231

CHAPITRE 2
LA RENOVATION DES REGLES INSUFFISANTES DU CAPITAL SOCIAL..... 235

Section 1
Le fondement de l'exigence du capital social : le droit communautaire 235

Sous-section 1. Les supports communautaires instituant le capital et son adoption dans l'espace communautaire 236

§ 1. Les instruments communautaires instituant le capital social 237
A. Les directives du capital social..... 241
1. L'exigence d'un capital social aux sociétés à risque limité par la première directive 237
2. L'exigence d'un capital social minimum légal aux sociétés anonymes par la deuxième directive 239
B. Les règlements consacrant le capital au sein des nouvelles sociétés..... 241

§ 2. L'adoption par les Etats membres des textes communautaires sur le capital social..... 245
A. L'anticipation du droit français sur le capital social par rapport au droit communautaire .. 246
B. L'anticipation du droit allemand sur le capital social par rapport au droit communautaire 248

Sous-section 2. L'introduction tardive du capital social au sein des législations nationales..... 250

§ 1. Les pays ayant introduit tardivement le capital au sein leurs législations 251
A. L'Italie, le Luxembourg, le Danemark, la Grèce, l'Espagne, les Pays-Bas et la Belgique .. 251
B. L'Angleterre 253
1. La source de l'abandon en droit anglais du capital minimum légal 254
2. La reconsidération du capital social 257
§ 2. Les conséquences de l'absence de réglementation communautaire sur le capital minimum légal à l'ensemble des sociétés à risque limité 259
A. L'influence limitée de la jurisprudence communautaire..... 260
B. Les controverses sur l'utilité du capital social 264

Section 2
Contributions sur les règles régissant la formation du capital social 271

Sous-section 1. La compensation du maintien du capital social statutaire 272

§ 1. Le maintien du capital social minimum statutaire 272
A. Suppression d'une barrière à l'initiative entrepreneuriale..... 272
B. La conséquence du maintien du capital social minimum statutaire 275

§ 2. L'extension de la libération immédiate aux apports en numéraire 277
A. Justification et champ d'application du principe de libération immédiate 279
B. L'exception au principe de libération immédiate..... 279

Sous-section 2. L'intégration des apports en industrie au capital social 282

§ 1. Arguments mettant en cause l'exclusion des apports en industrie au capital social..... 283
A. Mise en cause de leur difficulté d'évaluation 283
B. Mise en cause de leur caractère insaisissable 285

§ 2. Les conditions de l'incorporation de l'apport en industrie au capital 289
A. Leur évaluation..... 290
B. Leur libération selon le principe de libération échelonnée..... 293

PARTIE II

LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL GARANTIE DES CREANCIERS ET L'UTILITE DE LA NOTION A L'EGARD DES ASSOCIES..... 298

TITRE I

LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL, GARANTIE DES CRÉANCIERS..... 301

CHAPITRE 1
LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL DES PRELEVEMENTS DE LA SOCIETE 306

Section 1
La protection du capital social des rémunérations des titres sociaux..... 306

Sous-section 1. La limitation des rémunérations des titres 307

§1. Le fonds assurant la rémunération du dividende..... 308
A. La détermination du bénéfice distribuable 309
B. Les mesures alternatives..... 311

§ 2. Le fonds assurant les rémunérations : l'acompte sur dividende et la valeur d'amortissement du capital 314
A. L'acompte sur dividende..... 315
B. L'amortissement du capital 317

Sous-section 2. Les rémunérations interdites 320

§ 1. Les dividendes fictifs 321
A. Le dividende fictif prélevé sur le capital 322
B. Le dividende fictif prélevé en dehors du capital 325

§ 2. L'interdiction des clauses d'intérêt fixe 326
A. L'interdiction des clauses d'intérêt fixe 326
B. Le champ d'application de la prohibition clauses d'intérêt fixe 329

Section 2
La protection du capital social des prélèvements effectués en dehors des rémunérations des titres des associés 332

Sous-section 1. La protection du capital dans le régime de l'autodétention 333

§ 1. La mesure de la protection du capital : les interdictions des articles L225-206 et L225-216 du Code de commerce 335
A. Les interdictions de l'article L225-206 Code de commerce 335
B. Les interdictions de l'article L225-216 du Code de commerce 337

§ 2. La mesure de la protection du capital en cas d'auto-détention 339
A. Les hypothèses d'auto-détention 339
B. Le fonds de prélèvement 342

Sous-section 2. La législation encadrant le compte courant d'associé 344

§ 1. La faiblesse de la réglementation juridique sur la protection du capital social en cas d'ouverture de compte courant 345
A. La limitation du compte courant d'associé par la procédure des conventions réglementées 346
B. Les limitations au sein des sociétés d'exercice libéral 350

§ 2. La protection du capital en dehors du droit des sociétés 352
A. Position du problème des taux d'intérêt élevés 353
B. Solutions envisagée en droit fiscal 354

CHAPITRE 2
LA PROTECTION DU CAPITAL SOCIAL PAR DES MESURES DISSUASIVES 359

Section 1
La protection de la formation du capital social par des mesures dissuasives 359

Sous-section 1. La menace d'une sanction lors des souscriptions et de l'évaluation du capital 360

§ 1. Les mesures sanctionnant les souscriptions fautives 361

A. Les sanctions de la violation de l'article L225-206 du Code de commerce 361
B. La sanction des souscriptions fictives 364

§ 2. La sanction de l'évaluation frauduleuse 366
A. La sanction pénale des évaluateurs 367
B. La sanction civile des évaluateurs 369

Sous-section 2. La menace d'une sanction lors de la libération du capital social 372

§ 1. La menace d'une sanction à l'encontre des personnes concernées par la libération du capital social..... 373
A. Les sanctions de l'associé défaillant 374
B. La sanction des personnes en charge des affaires sociales 377

§ 2. Condamnation à libérer le capital social en période de procédure collective 382
A. L'exigibilité du capital social en phase de liquidation..... 383
B. L'impossible libération par compensation en cas d'ouverture d'une procédure collective .. 386

Section 2
La protection du capital social en cours de vie sociale 389

Sous-section 1. La protection du capital social par la menace d'une sanction 390

§ 1. La menace des sanctions en cours de vie sociale 392
A. Les sanctions des dirigeants fautifs 392
B. Les sanctions des associés fautifs 394

§ 2. La menace des sanctions de la liquidation de la société 395
A. La sanction consécutive à l'ouverture d'une procédure collective..... 395
1. L'action en comblement de passif 396
2. L'extension de la procédure collective 399
B. Les sanctions consécutives à la dissolution de la société 401

Sous-section 2. La protection du capital investi par les associés 402

§ 1. La mise en lumière des risques des fonctions de direction 404
A. Les risques des fonctions de direction analysés par les théories économiques..... 404
B. Les risques du mandat de gestion découlant de l'étendue des pouvoirs du dirigeant..... 409

§ 2. La protection du capital social investi : le droit à l'information de l'associé. 412
A. Le droit à l'information institué dans toutes les formes sociales..... 412
1. Le droit à l'information de l'associé 413
2. La garantie de la fiabilité du contenu de l'information..... 415
B. Le droit à l'information institué dans les sociétés à risque limité..... 417
1. Le droit à l'information par l'expertise 417
2. L'information de l'actionnaire d'une société cotée 422

TITRE II

L'UTILITE DU CAPITAL SOCIAL AU PROFIT DES ASSOCIES 427

CHAPITRE 1
L'UTILITE DU CAPITAL DANS LA DÉTERMINATION DES DROITS FINANCIERS ET OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS 431

Section 1
Le capital social comme moyen de détermination des droits des associés 431

Sous-section 1. La connexion capital social, apports et titres de capital 431

§ 1. La contrepartie de l'apport au capital : les titres représentatifs du capital.... 432
A. Enumération 432
B. Distinction 435

§ 2. Le lien entre le titre et le capital social : la valeur nominale..... 437
A. La connexion entre le titre, le capital social et la valeur nominale 437
B. Les actions françaises sans valeur nominale 442

Sous-section 2. La connexion capital social, apports et qualité d'associé..... 445

§ 1. La qualité d'associé découlant de l'apport effectué au capital social ou de la détention des titres de capital 446
A. La qualité d'associé résultant de la libération personnelle de l'apport au capital social..... 447
B. La qualité d'associé résultant de la détention des titres de capital..... 449

§ 2. La qualité d'associé déconnectée de l'apport en capital 453
A. La qualité d'associé reconnue aux détenteurs de titres non représentatifs du capital social 454
B. Le maintien de la qualité d'associé en dépit de la restitution de l'apport en cours de vie sociale..... 456

Section 2
Le capital social comme clé de répartition et d'attribution des droits et obligations 459

Sous-section 1. Le capital comme clé de répartition des droits et obligations..... 460

§ 1. Le principe de proportionnalité au capital social 461
A. L'égalité proportionnelle conséquence du principe de proportionnalité 462
1. L'égalité proportionnelle dans la répartition des droits financiers 463
2. L'égalité proportionnelle dans la répartition des obligations 466
B. L'exclusion du principe de proportionnalité en dehors des formes sociales classiques : le cas de la société coopérative 469

§ 2. L'inégalité dans la répartition des droits et des obligations condamnée 472
A. Les clauses léonines et d'exonération aux pertes..... 473
B. La condamnation des clauses léonines 476

Sous-section 2. Mesure d'attribution des droits et obligations 480

§ 1. Le principe de proportionnalité lors des opérations sur capital 480
A. L'attribution proportionnelle du DPS 481
1. Le champ d'application du droit préférentiel de souscription 481
2. L'attribution proportionnelle du DPS 483
B. L'annulation proportionnelle des titres 488

§ 2. Le capital social comme moyen d'attribution des droits 492
A. La détention du capital comme condition d'ouverture du compte courant..... 492
B. La détention du capital comme condition pour être nommé dirigeant 493

CHAPITRE 2
L'UTILITÉ DU CAPITAL DANS LA DETERMINATION DES DROITS POLITIQUES DES ASSOCIES . 499

Section 1
L'utilité du capital social dans la répartition des droits politiques 499

Sous-section 1. Le capital social comme clé de répartition des droits politiques au sein des formes sociales 500

§ 1. Le capital institué ou choisi comme clé de répartition des doits de vote 500
A. Les sociétés concernées par l'application du principe de proportionnalité 501
B. Les sociétés pouvant opter pour l'application de la règle de la proportionnalité au capital social..... 504
1. Les formes sociales classiques 504
2. L'impossibilité de la société coopérative de choisir pour l'application du principe de proportionnalité 506

§ 2. Les détenteurs de titres de capital social pris en compte dans le décompte du quorum et de la majorité..... 509
A. Les détenteurs de titres de capital social pris en compte dans le quorum 509
B. Les titres de capital pris en compte dans le décompte de la majorité..... 511

Sous-section 2. Le capital social connecté aux dérogations au principe de proportionnalité 514
§ 1. Le capital social présent en dépit de la dépossession temporaire des droits de vote 514
A. La dépossession fondée sur les atteintes du droit des sociétés..... 515
B. La dépossession fondée sur la nature du titre 519

§ 2. L'utilité du capital du capital dans l'attribution des votes accrus 522
A. Les actions à vote plural 523
B. Les actions à vote double..... 525
C. L'attribution des votes limités..... 530

§ 3. Suppression des dérogations au principe de proportionnalité dans l'espace communautaire 532

Section 2
L'utilité du capital social dans la détermination de la domination au sein des groupes de sociétés 538

Sous-section 1. L'appréhension du contrôle, de la filiale et de la participation par le capital social en droit des sociétés 539

§ 1. Le capital social comme critère de définition 540
A. Définitions des notions de contrôle de droit, de filiale et de participation en fonction du capital social 540
B. La connexion possible du capital social au contrôle de fait 544

§ 2. La connexion possible du capital social aux critères définissant le contrôle déclenchant l'obligation de publier des comptes consolidés 548
A. Les critères d'appréciation du contrôle exclusif 549
B. Les critères d'appréciation de l'influence notable et du contrôle conjoint 552

Sous-section 2. L'appréhension du contrôle par le capital social en dehors du droit des sociétés 555

§ 1. Le capital social comme critère exclusif d'appréciation du contrôle 555
A. Le droit à l'exception au monopole bancaire 555
B. Le droit à l'intégration fiscale 558

§ 2. Le capital social comme premier critère de déclenchement d'imposition d'une obligation 561
A. L'obligation de dépôt d'une offre publique d'achat 562
B. L'obligation de garantie de cours 566

CONCLUSION GENERALE 572

BIBLIOGRAPHIE 578

INDEX ALPHABÉTIQUE 615

TABLE DES MATIÈRES 618

UNIVERSITE CLERMONT I - UNIVERSITE D'AUVERGNE
U. F. R DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

NANY ELODIE MABIKA ITSIEMBOU

L'UTILITE DU CAPITAL SOCIAL
(ETUDE DE DROIT FRANÇAIS)

En dépit des critiques proférées à l'encontre du capital social, cette notion existe encore et continue d'être régie en droit français comme la garantie minimale des créanciers. En effet, la loi assure sa formation au sein de toutes les formes sociales. Il se compose de la valeur des apports en nature et en numéraire et des ressources internes à la société. Toutefois, les textes révèlent des faiblesses notamment au niveau de l'exclusion de la valeur des apports en industrie et de l'institution du principe de libération fractionnée. D'où les solutions envisagées dans ces travaux sur ces points.
Le capital social participe à la protection des créanciers, en ce que son montant est préservé des distributions effectuées au profit des associés et non des pertes sociales. Or, à l'exception, du compte courant d'associé, l'étude souligne la présence d'une réglementation non moins négligeable des mesures protégeant l'intangibilité du capital social afin de lui permettre d'être utile dans sa mission principale. En effet, les associés et les dirigeants notamment encourent des sanctions en cas de violation des textes régissant la formation et le maintien du capital. Ces mesures ayant une portée dissuasive marquent incontestablement l'intérêt que le législateur français porte au capital social.
Le capital social n'intéresse pas que les créanciers puisqu'il correspond d'abord à l'investissement des associés. En effet, ces derniers apportent des biens au capital dans le but de s'enrichir personnellement. Le législateur institue à leur avantage un instrument de mesure de leurs droits et obligations qu'est le capital social. En effet, son principe de proportionnalité a l'avantage de proportionner et d'équilibrer tous les partages effectués entre eux afin d'éviter que certains associés ne s'imposent au détriment des autres.

the usefulness of the share capital
(study of french law)

In spite of criticisms the notion of social capital still exists and continues to be governed in French law as the minimal guarantee of creditors. In fact, the law insures its shaping within all social forms. It is composed of the value of provisions in kind and in cash, it is also made up of the company internal resources. Nevertheless, weaknesses were noticed, especially from the exclusion of the in industry provisions value and from the institution of the fractioned release principle. Hence the envisaged solutions from this research work on these points.
The share capital participates in the protection of the creditors as its amount is not distributed to the associates. Instead, that amount is preserved to cover social losses. Yet, excepted from the associate's current account, the study highlights the presence of an important regulation bill protecting the inviolability of the share capital to allow it to be useful in its main mission.
In fact, the associates and the management board are liable to sanctions in case of violation of the governing legislation on the shaping and maintenance of the share capital. The dissuasive nature of these measures clearly shows how important the share capital is to the French legislator. The creditors are not the only one to be interested by the share capital since it corresponds to the investment of the associates first. In fact, the associates invest in the capital in order to become rich. The legislator institutes a measurement tool for their rights and obligations. That tool is the share capital. In effect, its principle of proportionality has the advantage of making proportional and balancing all transactions made between them in order to avoid that certain associates get over others.