



Dossier

La société en participation

4 Interview

Entretien avec Jannet Regalado,
Directrice juridique de Shell Philippines

5 Pluriprofessionnelle

Signature de la charte portant création du
comité consultatif conjoint de déontologie
de la relation magistrats/avocats

6 Entreprises

Restitution de l'étude
« *Directeurs juridiques à mi-carrière* »

8 Avocats

États généraux de l'avenir de la
profession d'avocat
Construire la société de droit de demain

75 Fiche pratique

Actualité Restructuring

Actualité

Interview

- 4 Entretien avec Jannet Regalado
Directrice juridique de Shell Philippines

Pluriprofessionnelle

- 5 Signature de la charte portant création du comité consultatif conjoint de déontologie de la relation magistrats/avocats

Entreprise

- 6 Restitution de l'étude
« Directeurs juridiques à mi-carrière »

Avocats

- 8 États généraux de l'avenir de la profession d'avocat
Construire la société de droit de demain

Fiches pratiques

64 Actualités Restructuring

Bastien Brignon, Adeline Cerati-Gauthier, Anne-Marie de Matos, Vincent Perruchot-Triboulet, Jean-Brice Tap, Nancy Vignal

68 Flash info du Journal Spécial des Sociétés

La société en participation

13 *Propos introductifs*

Deen Gibirila,
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier

16 **Société en formation, société en participation et société créée de fait**

Nicolas Mathe
Avocat à la Cour

20 **La révélation aux tiers de la société en participation**

Karine Rodriguez,
Maître de conférences HDR,
Responsable du M2 Droit de la consommation,
Université de Pau et des Pays de l'Adour

26 **Le gérant de la société en participation**

Deen Gibirila,
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier

34 **Les obligations des associés en participation à l'égard des tiers**

Christelle Chieudji Nguedou,
Docteur en droit,
Élève avocat

40 **L'indivision dans la société en participation**

Lamine Dobassy,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

45 **La société en participation des professions libérales**

Linda Erlandsson,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

51 **Étude critique de la fiscalité des sociétés en participation**

Grégoire Loustalet,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

59 **La société en participation et les procédures collectives**

Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences HDR,
Université Toulouse III



Pour un droit européen des affaires adapté aux PME



Alors que les institutions européennes se mettent en place pour les cinq années à venir, nul ne peut nier que l'Union a, aujourd'hui, besoin d'un souffle nouveau.

Le changement de personnalités n'est pas suffisant. Pour relancer la construction européenne, il faut des projets fédérateurs sur lesquels s'appuyer.

Des projets pour les citoyens, bien sûr... mais des projets pour les entreprises, aussi, afin que le développement des échanges intracommunautaires de biens et de services soit non seulement encouragé, mais surtout facilité.

Or nous ne pouvons ignorer que nos entreprises européennes doivent, à l'heure actuelle, composer, dès lors qu'elles ont des velléités « exportatrices », avec 28 droits différents. Ce qui, pour des structures de petite taille, est, au mieux, un véritable challenge, au pire, un frein, voire un obstacle insurmontable.

Il est donc grand temps que l'Union européenne se saisisse de ce défi et propose des solutions concrètes afin d'améliorer la fluidité des échanges transfrontières.

Certes, un gros travail d'harmonisation du droit a déjà été entrepris. Il n'est pas question ici de l'occulter. Pour autant, il faut bien reconnaître que seuls certains pans du droit des affaires ont été concernés par ces avancées ; notamment le droit des marchés financiers et le droit des consommateurs.

C'est pourquoi plusieurs propositions formulées par le monde de l'entreprise ou par la « société civile », méritent de retenir l'attention du législateur européen.

Une première, relativement ancienne, concerne la Société privée européenne (SPE).

La CCI Paris Île-de-France et le Medef (1) avaient, en effet, fait valoir, dès 1998 (2), que l'absence d'une structure sociétaire européenne à destination des PME était extrêmement préjudiciable. L'adoption par la Commission européenne du projet de règlement sur la SPE, le 25 juin 2008, avait été très bien reçue par l'ensemble des PME (et par les grandes sociétés qui trouvaient l'instrument utile, notamment pour leurs filiales communes). Cette proposition n'a malheureusement pas abouti pour des raisons politiques, et il est essentiel de relancer les discussions sur ce sujet (3) : le monde de l'entreprise a besoin d'un texte instituant une société européenne simplifiée.

Une seconde proposition, plus récente, est portée par l'Association Capitant qui s'est donné pour objectif de convaincre les institutions, nationales et européennes, de l'importance, pour la relance de la construction européenne, de structurer les échanges commerciaux intra-communautaires autour du droit continental, ce qui contribuera à consolider la zone euro. L'idée est de créer un « Code européen des affaires » en codifiant, dans un premier temps, les normes européennes à droit constant. À plus long terme, et idéalement, il s'agirait de compléter l'existant par un ensemble de règles harmonisées.

Ce travail, une fois réalisé, présenterait l'avantage de mettre à la disposition des PME, c'est-à-dire aux entreprises qui en ont le plus besoin, un corpus de règles unifiées, claires et accessibles.

Ces deux projets ont en commun d'être ambitieux... et de bénéficier de nombreux soutiens qu'ils soient institutionnels, politiques ou économiques. Si le second représente un travail colossal et nécessitera du temps pour prendre forme, le premier devrait pouvoir se concrétiser rapidement. C'est en tout cas le souhait de la CCI Paris Île-de-France.

Didier Kling,
Président de la CCI Paris Île-de-France,
Anne Outin-Adam,
Directrice des politiques juridiques et économiques de la CCI Paris Île-de-France

1) S'appuyant sur une étude du Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA) de la CCIP, [Propositions pour une société fermée européenne](#), Litec, 1997.

2) V. une [présentation synthétique](#) du projet de Société Privée Européenne (SPE) de la CCIP et du MEDEF (2007).

3) V. également la [Proposition de directive relative aux sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée](#) de 2014 et le [rapport](#) de la CCI Paris Ile de France.

Entretien avec Jannet Regalado



Directrice juridique de Shell Philippines

Avec plus de 3000 salariés, Shell Philippines est l'un des plus grands conglomérats du pays, présent depuis plus de 100 ans dans toute la chaîne d'exploration, de raffinage et de distribution de pétrole et de gaz. Sa Fondation, créée en 1982, a mené des actions sociétales en faveur de plus de 2 millions de Philippines.

Vous êtes Directrice juridique de Shell aux Philippines, quels sont les principaux enjeux liés à votre fonction ?

En tant que Directrice juridique de la filiale de Shell aux Philippines, j'apporte mon appui au Directeur général de la société ainsi qu'à ses managers opérationnels. Avec mon équipe, nous intervenons sur tous les sujets juridiques dont le management exécutif nous saisit. Et dans un groupe international où les relations hiérarchiques et de reporting sont complexes et multi-dimensionnelles, c'est un réel défi que d'être au fait de tous les risques juridiques émergents ou encore de l'évolution des sujets en cours. Pour cette raison il est essentiel que la communication et la coordination entre les équipes juridiques – indépendamment de leurs liens de hiérarchie – soit pleinement efficace, de telle sorte que les différentes entités de la filiale respectent bien toutes les lois qui leur sont applicables.

Ensuite, je suis un membre permanent de l'équipe locale de gestion de crise et à ce titre, j'ai en charge la gestion des ressources juridiques en cas de crise.

Par ailleurs en tant que Compliance Officer, j'ai la responsabilité de la conformité et à cet égard, je dois m'assurer que l'entreprise, ses dirigeants et ses administrateurs respectent toutes les réglementations qui s'imposent à notre filiale qui, il faut le souligner, est l'une des trois sociétés cotées du groupe Shell.

La gouvernance entre aussi dans le périmètre de mes missions et je travaille de ce fait en étroite collaboration avec le conseil d'administration. Sans compter que je siége dans plusieurs comités pour m'assurer du respect des règles émises, notamment par la SEC (*Securities and Exchange Commission*), les autorités boursières et les différents régulateurs.

Il convient de noter que je consacre environ 20 % de mon temps aux relations extérieures au groupe, ce qui fait sens puisque notre entreprise évolue dans un environnement



Jannet Regalado

très régulé et dans lequel les juristes occupent des positions importantes les conduisant à accompagner notre filiale et à la représenter auprès de diverses autorités avec lesquelles il est essentiel de conserver de bonnes relations.

Avec toute mon équipe, nous sommes enfin très impliqués auprès des barreaux et des écoles de droit et contribuons ainsi à créer des ponts entre ces institutions et le groupe Shell, sur la base de valeurs qui nous sont communes.

Vous le voyez, les défis sont nombreux et la gestion du temps ainsi qu'une délégation efficace sont essentielles pour parvenir à les relever.

Comment la fonction conformité est-elle structurée et dans quels domaines intervient-elle ?

La Direction Éthique et Conformité est l'une des plus importantes directions au sein de la fonction juridique du groupe Shell. Elle met principalement en œuvre les standards définis par le Code de conduite de Shell. Elle intervient également pour conseiller les entités opérationnelles et pour contrôler et évaluer le niveau de conformité au sein du groupe Shell. La Direction Éthique et Conformité

détermine également les risques juridiques, éthiques et de conformité prioritaires pour Shell dans des domaines tels que le droit de la concurrence, la lutte contre la corruption, les données personnelles ou encore les assurances, et conseille les entités opérationnelles dans le cadre des programmes de conformité associés à tous ces sujets.

Quel est le niveau de parité dans les fonctions exécutives de Shell? Y a-t-il des obligations ou des incitations juridiques en la matière ?

Dans les entreprises du groupe Shell aux Philippines, 59 % des fonctions et près de 40 % des postes exécutifs sont occupés par des femmes. Par ailleurs 49 % du management intermédiaire et 42 % de nos expatriés sont des femmes. Cela démontre que l'équilibre entre les femmes et les hommes est relativement bon au sein de notre filiale.

Qu'en est-il de la place des femmes dans les professions du droit ?

Jusqu'à la fin des années 1990, les femmes philippines étaient encore peu nombreuses dans les professions du droit. La situation a beaucoup évolué et aujourd'hui elles représentent environ 35 % à 40 %. J'enseigne également le droit et je dois dire que dans les principales écoles de droit du pays, la proportion de femmes atteint près de 70 %. C'est une excellente évolution, d'autant que de sérieuses études montrent que les femmes juristes sont très impliquées, rigoureuses et analytiques. Les femmes avocates ou juristes ont également un excellent relationnel ainsi qu'une conscience aiguë de l'éthique et de la bonne gouvernance, et ce quel que soit leur mode d'exercice, que ce soit en entreprise, en cabinet ou encore au sein d'entités publiques.

Propos recueillis par Anne Durez

Signature de la charte portant création du comité consultatif conjoint de déontologie de la relation magistrats/avocats

Le 26 juin dernier, la charte portant création du comité consultatif conjoint de déontologie de la relation magistrats/avocats a été signée à la Cour de cassation.

C'est dans les prestigieux locaux de la Cour de cassation que Bertrand Louvel, encore Premier président de la Cour de cassation, a convié les représentants du Conseil supérieur de la magistrature, de la Conférence nationale des Premiers présidents de cours d'appel, de la Conférence nationale des procureurs généraux près les cours d'appel, de la Conférence nationale des présidents des tribunaux de grande instance, de la Conférence nationale des procureurs de la République près les tribunaux de grande instance, de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, du Conseil national des barreaux, de la Conférence des bâtonniers de France et d'Outre-mer et de l'Ordre des avocats au barreau de Paris pour la signature de la charte portant création du comité consultatif conjoint de déontologie de la relation magistrats/avocats.

Dès le début de l'année 2018, Bertrand Louvel avait déjà invité les grands acteurs judiciaires à la constitution d'un organe de déontologie croisée entre magistrats et avocats qu'il appelait de ses vœux. C'est à Bruno Pireyre, président de chambre à la Cour de cassation, directeur du service de documentation, des études et du rapport, directeur du service des relations internationales et du service de la communication, qu'avait été confié l'élaboration et la mise en œuvre de ce projet.

Au terme de nombreux mois de rencontres et d'échanges, un accord global a été trouvé, résultant la création du Conseil consultatif conjoint (CCC) dont



Les membres du Conseil consultatif conjoint

l'objectif « est de se déterminer sur des questions générales ou particulières intéressant la déontologie de la relation magistrat/avocat » ont assuré les rédacteurs de la Charte. Ne pouvant se saisir d'office, le CCC ne peut être saisi que par l'un de ses membres participants.

Ses champs d'intervention :

1. Émettre des avis strictement consultatifs, sans valeur normative, portant sur des difficultés d'identification, d'interprétation et d'application des questions déontologiques relatives à la relation

magistrats-avocats, à partir de situations concrètes, non nominatives.

2. Formuler des recommandations, élaborer un référentiel de jurisprudence et un guide de bonnes pratiques en matière de déontologie et d'éthique des relations professionnelles magistrats/avocats.

3. S'il y a lieu, mettre en évidence les domaines dans lesquels une intervention législative ou réglementaire apparaît souhaitable.

Constance Périn



Les articles de ce journal sont protégés par le droit d'auteur

Restitution de l'étude

« Directeurs juridiques à mi-carrière »

Le Cercle Montesquieu, en partenariat avec la practice juridique d'Oasys Consultants et l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE), ont présenté le 24 mai dernier les résultats de l'étude sur les directeurs juridiques (DJ) à mi-carrière. Celle-ci a été réalisée à partir d'une enquête menée auprès des directeurs juridiques et de leurs recruteurs. Quels sont les directeurs juridiques aujourd'hui ? Comment devient-on DJ et quelles sont les évolutions professionnelles ? Quels sont les freins au recrutement... ? Autant de questions auxquelles tente de répondre l'étude élaborée par les experts.

« Soumise aux impératifs de la mondialisation et de la globalisation du droit, la carrière d'un directeur juridique (DJ) a profondément évolué ces dernières années. Au-delà de l'expertise technique en droit, il lui est demandé d'être un véritable business partner, c'est-à-dire de participer à la stratégie et aux évolutions profondes de l'entreprise en sécurisant et en accompagnant le développement de l'entreprise sur de nouveaux produits ou de nouveaux marchés, notamment à l'international », peut-on lire dans le préambule de cette étude. Ce constat justifie la raison d'être de cette étude.

Face aux évolutions du métier de DJ, en effet, Oasys Consultants, le Cercle Montesquieu et l'AFJE ont décidé de mener une enquête en partenariat, afin de mettre en lumière les points clefs dans le recrutement et le parcours des DJ à travers les regards croisés des directeurs juridiques et ceux de leurs recruteurs (DG, secrétaires généraux, DAF, DRH, DJ groupe, cabinets de recrutement et de chasse de tête). Quelles sont les nouvelles compétences et expériences recherchées ? Faut-il choisir entre expertise et management ? Comment devient-on DJ et quelles évolutions professionnelles peut-on attendre ensuite ? Quels sont les parcours gagnants et les freins au recrutement... ?

Le résultat des recherches a été présenté le 24 mai dernier par Claude Mulsant, associée et directrice de la practice juridique d'Oasys Consultants. S'est ensuivie une séance d'échanges avec Renalda Harfouche, directrice juridique EMEA et directrice juridique IP and Technologies d'IPSOS – co-responsable de la Commission employabilité des DJ du Cercle Montesquieu ; Brigitte des Abbayes, co-responsable de la Commission employabilité des DJ du Cercle Montesquieu avec Renalda Harfouche ; Sarah Leroy, directrice juridique, vice-présidente de l'AFJE.

Les circonstances de l'enquête

Afin de réaliser cette étude, un questionnaire a tout d'abord été adressé à un panel représentatif



Christian Lamy, Renalda Harfouche, Emmanuel Ojzerowicz et Sarah Leroy

de directeurs juridiques en exercice et directeurs généraux, directeurs administratifs et financiers, DRH... 221 réponses ont été reçues suite à l'envoi des questions.

Le questionnaire était composé de 47 questions, articulées autour de quatre principaux thèmes : formations et parcours de carrière des DJ ; pratiques de recrutement des DJ ; critères et freins majeurs aux recrutements ; poursuite de carrière.

Certaines questions n'ont d'ailleurs été envoyées qu'aux DJ et d'autres qu'à leurs recruteurs, afin de comparer leurs visions et leurs attentes.

Comme l'a indiqué Claude Mulsant, 85 % des répondants de cette étude travaillent dans des entreprises qui œuvrent à l'international, ce qui « montre une corrélation entre l'apparition du DJ dans une entreprise et l'internationalisation de celle-ci ».

74 % des directeurs juridiques interrogés habitent en Île-de-France, par conséquent, les autres régions sont en pénuries de DJ. Les chasseurs de têtes ont du mal à recruter hors IDF.

Devenir directeur juridique

L'étude indique qu'en plus d'être titulaires, au minimum, d'un diplôme de niveau Bac +4 en droit (obligation légale), 40 % des DJ ont une double formation : école de commerce, sciences-po, MBA,

études fiscales, etc.

En outre, 98 % des directeurs juridiques ont plus de dix ans d'expérience et 52 % plus de 20 ans. En général, ils deviennent DJ entre 35 et 45 ans. 61 % des recruteurs préfèrent recruter un DJ entre 40 et 45 ans, 48 % entre 35 et 40 ans.

Seuls 7 % deviennent DJ après 45 ans, mais les DRH qui ont répondu au questionnaire sont 47 % à avoir indiqué qu'ils étaient prêts à recruter au-delà de cet âge. Selon les résultats de l'enquête, une première expérience de management permet d'accéder à un poste de DJ.

Parmi le top 4 des expériences requises pour devenir DJ, il faut savoir gérer des dossiers généralistes en droit, des contrats, gérer les contentieux et les conflits corporate.

Enfin, 55 % des DJ en France font aussi partie du comité de direction/comité exécutif de leur entreprise, ce qui, selon Claude Mulsant, reste insuffisant : « les pays anglo-saxons en ont une vision beaucoup plus dynamique et le DJ y est considéré comme un réel support du business ». Heureusement, a-t-elle ajouté, « la France évolue en faveur de cette présence ».

Le recrutement des DJ

L'étude révèle qu'en général, à 68 %, on devient directeur juridique suite à un recrutement interne. Ainsi, les entreprises de moins de 1 000 salariés créent souvent leur direction juridique par la promotion interne de leurs juristes, les grands



groupes quant à eux favorisent la mobilité interne (à 81 %), car les candidats sont nombreux.

Dans 74 % des recrutements, les chasseurs, spécialisés ou non, sont sollicités. La cooptation est aussi une pratique courante, quant aux réseaux professionnels AFJE et Cercle Montesquieu, ils sont mis à contribution dans plus de 25 % des recrutements.

La plupart du temps, le recrutement d'un DJ est déclenché par un départ, ce qui explique le nombre assez limité des opportunités ouvertes sur le marché de l'emploi. Cependant, les entreprises peuvent recruter des directeurs juridiques pour des raisons de croissance, la réorganisation du service juridique ou de l'entreprise en général.

Quels sont les critères de recrutement mis en avant par les chasseurs et les DRH ?

Les résultats de l'enquête démontrent que pour la majorité des recruteurs, savoir communiquer, être un partenaire stratégique du CODIR/COMEX, détenir des compétences managériales sont des compétences aussi importantes que l'expertise technique.

S'ils doivent départager deux candidats à un poste de DJ, les recruteurs vont regarder la loyauté, l'honnêteté et l'éthique des postulants. Les capacités relationnelles et de *leadership* sont aussi très attendues, ainsi qu'une forte capacité d'anticipation et l'aptitude à décider dans des contextes incertains. Pour résister au stress, une bonne dose d'humour et d'optimisme sont également nécessaires, estiment les recruteurs.

En outre, la méconnaissance du métier/



Claude Mulsant

secteur de l'entreprise n'est pas un frein incontournable, car celle-ci peut s'acquérir ensuite.

De leur côté, les DJ considèrent qu'ils doivent avoir une bonne culture client puisqu'ils se perçoivent comme des *business partners*. Ils sont également d'accord sur le fait qu'ils doivent être de bons communicants et managers plutôt que de simples techniciens. Enfin, quels sont les freins au recrutement d'un DJ ?

En général, les recruteurs s'intéressent peu aux profils trop experts, pas assez managers ni communicants. Quant au juriste pas suffisant opérationnel ou qui ne maîtrise pas assez l'anglais, il risque de ne pas être retenu.

Perspective d'avenir pour le DJ à mi-carrière ?

Globalement, les directeurs juridiques qui ont répondu au questionnaire se projettent mal dans d'autres fonctions, financières ou commerciales par exemple, ni dans des postes de DG ou de création d'entreprise. Une évolution vers les postes de DJ au périmètre élargi ou de secrétariat général est davantage envisagée.

De leur côté, les recruteurs estiment à 60 % que rester DJ avec un périmètre élargi est tout à fait envisageable pour un DJ à mi-carrière, comme devenir secrétaire général (à 37 %), ou rester DJ mais dans un autre environnement (43 %).

Le management de transition ou la profession d'avocat peuvent aussi être envisagés comme des perspectives de carrière, pensent les recruteurs.

En outre, « 41 % demandent une présence dans les instances de direction et/ou un rattachement au DG, 17 % sont en attente d'autonomie et 12 % de pouvoir. Ces attentes sont également fortement perçues par les recruteurs qui les ont retenues à 47 % lorsqu'on leur a posé la même question » précise l'étude.

En conclusion, selon l'étude, les directeurs juridiques aujourd'hui sont globalement en attente d'évolution de carrière, de nouveauté et de challenge. Ils souhaitent également une plus grande reconnaissance salariale.

Pour y parvenir, a préconisé Claude Mulsant, « les directeurs juridiques doivent apprendre à valoriser financièrement les missions juridiques pour pouvoir justifier de budget plus élevé ».

Maria-Angélica Bailly



FORMULE 100 % NUMÉRIQUE

PDF + VISIONNEUSE EN LIGNE

99 €/AN

96,96 € HT

États généraux de l'avenir de la profession d'avocat

Construire la société de droit de demain



Le 27 juin dernier, le Conseil national des barreaux a organisé les États généraux de l'avenir de la profession d'avocat. Une journée qui clôturait les débats et les consultations menés depuis novembre 2018, et lors de laquelle ont été présentées aux avocats et élèves-avocats 40 propositions – élaborées par quatre groupes de travail – sur l'identité, la qualité, la compétitivité et l'unité de la profession. À l'issue de cet événement, sur l'ensemble de ces propositions soumises au vote des professionnels, 30 d'entre elles ont été retenues.

Dans son programme de campagne pour la présidence au Conseil national des barreaux, Christiane Féral-Schuhl avait fait savoir que si elle était élue, elle convoquerait les premiers États généraux de l'avenir de la profession d'avocat, un débat consultatif d'environ neuf mois dont l'objectif serait de réaffirmer la légitimité du CNB auprès des professionnels.

Une fois élue, la présidente du CNB a réaffirmé cette volonté lors de l'assemblée générale décentralisée du Conseil les 14 et 15 septembre 2018. Face aux mutations sociétales et numériques que connaît notre société, l'Institution n'est « *peut-être plus totalement adaptée aux attentes du citoyen, voire aux attentes des jeunes avocats* », avait-elle assuré. Selon elle, il faut donc repenser la profession en termes d'offres et de relations clients. L'enjeu est d'importance, car il s'agit ni plus ni moins de rappeler la place et le rôle de l'avocat dans notre société.

Placés sous le thème « *Ensemble, construisons la société de droit de demain* », les États généraux de l'avenir de la profession d'avocat ont donc été lancés par le CNB en novembre 2018.

Neuf mois plus tard, après de nombreuses étapes, les débats ont abouti le 27 juin dernier à une journée entière consacrée aux États généraux de l'avenir de la profession d'avocat à la Maison de la Mutualité.

Les différentes étapes de la consultation

Les États généraux de l'avenir de la profession d'avocat ont débuté avec une première consultation en ligne du 20 novembre au 20 décembre 2018, intitulée « *Quels avocats pour quels*



défis dans la société du 21^e siècle ? ». Avocats et élèves-avocats étaient invités à voter sur les propositions soumises par le CNB ou par d'autres contributeurs, mais aussi à les reformuler ; à les enrichir ou même à en soumettre des nouvelles. Deux thèmes conduisaient cette consultation ; quels sont les défis de société auxquels les avocats doivent répondre ? (Vieillesse de la population, migrations, conquête spatiale, énergie, démocratie... Et quels avocats relèveront ces défis ?). Et comment déterminer les nouveaux contours de la profession ?

Les résultats de cette première consultation ont ensuite permis de constituer quatre groupes de travail ouverts aux avocats, mais également à la société civile, lesquels ont été chargés d'élaborer des propositions à partir des priorités définies lors de la première consultation.

Les groupes se sont réunis de mars à mai 2019 et ont tenté de répondre à des questions essentielles telles que : l'avocat du 21^e siècle peut-il être utile à la société ? Comment être une profession plus forte, plus moderne, plus compétitive ?

- Le groupe de travail « *Identité de l'avocat* » a réfléchi aux sujets suivants : rôle et respect de l'avocat dans le système judiciaire et au sein des juridictions – Indépendance et secret professionnel – Accès à la profession/numérisation – Mobilités professionnelles – Périmètre du droit – Justice sans juge/MARD.
- Le groupe de travail « *Qualité de la prestation* » s'est penché sur la formation initiale et l'installation – la formation continue et les spécialisations – la collaboration – les conditions d'exercice et les difficultés.

- Le groupe de travail « *Compétitivité des cabinets* » a réfléchi aux honoraires des avocats, aux autres sources de revenus et nouveaux modes d'exercice, ainsi qu'aux charges des professionnels.

- Enfin, le groupe de travail « *Unité de la profession* » a planché sur les problématiques suivantes : gouvernance/organisation/ moyens financiers – influence et représentativité – outils : service aux avocats et aux justiciables.

Chaque thématique étudiée dans ces groupes de travail s'est articulée autour de trois axes : qualité, utilité, adaptabilité. L'objectif étant de parvenir à formuler 5 à 12 propositions concrètes par groupe.

Comme indiqué plus tôt, les groupes de travail ont été constitués pour être les plus représentatifs possible de la profession. C'est donc en tout 22 avocats contributeurs, 9 avocats *twittos*, 18 élèves-

avocats des 11 écoles en France, 19 élus du CNB qui composaient les équipes... Ces dernières étaient également ouvertes sur la société civile. Chaque groupe de travail a en effet auditionné des personnes extérieures au métier d'avocat comme des professionnels du chiffre, des chefs d'entreprise, des professeurs d'université, des huissiers, etc.

Après deux mois de travail, les quatre groupes sont parvenus à formuler 40 propositions pour l'avenir de la profession d'avocat. Celles-ci ont été soumises à une consultation début juin auprès des avocats et élèves-avocats. Ces derniers avaient jusqu'au 27 juin 2019 17h pour voter pour celles qu'ils préféraient.

En outre, ce même jour, toute la profession s'est réunie lors des États généraux de l'avenir de la profession d'avocat à la Maison de la Mutualité. Ce grand rassemblement a clôturé les débats et les consultations menés depuis novembre 2018.

Une journée de réflexion pour préparer l'avenir

Cette grande réunion des avocats a commencé par une brève intervention de Maître Jean-Luc Forget, vice-président du Conseil national des barreaux.

« Cette aventure a commencé il y a plusieurs mois. Ce n'est pas un achèvement aujourd'hui, mais le point d'orgue de cette démarche » a-t-il commencé. Se tournant ensuite vers la présidente du CNB, Christiane-Féral Schuhl, Jean-Luc Forget a félicité cette dernière pour l'engagement pris « lorsqu'[elle a] souhaité [s']engager au sein du Conseil pour le présider ».

Cette journée, a-t-il ajouté, constitue donc « Le respect d'une démarche qui a été présentée dès le départ. », c'est-à-dire celle de se demander si le CNB est bien « en résonance avec les inquiétudes, les soucis, les préoccupations de la profession ».

Malgré tout, ces 40 propositions ne sont pas celles du CNB, a poursuivi son vice-président, « parfois elles sont même en contradiction avec le travail du Conseil », a-t-il reconnu. Elles sont celles de tous les professionnels.

En outre, a précisé l'avocat, cette grande consultation n'est pas un sondage, mais a pour but de « permettre à ceux qui avaient envie de donner leur avis, de donner leur orientation ».

« L'institution reprendra ces propositions, les instruira, les traitera ou décidera

Nicolas Gilet, Françoise Artur et François Guguen



parfois de ne pas les traiter, et on vous dira pourquoi », a conclu Jean-Luc Forget.

Le vice-président du CNB a ensuite laissé la place aux différents groupes de travail qui ont présenté leurs propositions pour l'avenir de la profession.

Les propositions des groupes de travail

Identité

Le premier groupe de travail consacré à l'identité de l'avocat était co-animé par Françoise Artur, ancienne bâtonnière du barreau de Poitiers et membre du CNB, et Nicolas Gilet, avocat à Poitiers, ainsi que par la co-rapporteuse, Gabrielle Barnaud, élève-avocate à Bordeaux (la deuxième co-rapporteuse Roxane Chambaud, élève-avocate à l'EDA Sud-Est était absente ce jour-là). Pour préparer les propositions, les membres du groupe ont auditionné les personnes suivantes : Jean Danet, avocat honoraire, maître de conférences à la faculté de droit de Nantes et membre du Conseil supérieur de la magistrature ; le mouvement ADT Quart Monde dont Éric Baudeau, responsable département DH et Justice ; le CREA/IHEJ en présence d'Anne-Laure-Hélène des Ylouses, membre du CNB, déléguée au CREA et Gilles Pillet, professeur à l'ESCP, directeur scientifique du CREA.

Parmi les propositions présentées par ce groupe, on trouvait notamment : l'instauration d'un droit à une consultation préalable par un avocat pour toute personne éligible à l'aide juridictionnelle ; l'institutionnalisation de la place de l'avocat dans le fonctionnement des juridictions par une réforme du Code de l'organisation judiciaire ; l'obligation d'utiliser l'adresse mail « @avocat-conseil.fr » pour

l'inscription au tableau ; assortir par une modification législative, l'acte d'avocat issu d'un mode alternatif de la force exécutoire et de la signature électronique, etc.

Au terme de cette première table ronde, Olivia Dufour, présidente du Cercle des journalistes juridiques (CJJ), a été invitée à s'exprimer sur les débats. Celle-ci a préféré présenter sa vision de l'état actuel de la profession.

« Je crois que les palais de Justice sont en train de devenir des usines à jugement », a-t-elle déclaré. Selon elle en effet, les magistrats sont éreintés. Les chiffres sont éloquentes : 40 % sont en souffrance au travail, et l'on compte 4/5 de suicides par an. Bref, pour Olivia Dufour « l'avocat est en train d'être chassé comme dans les Temps modernes de Chaplin ».

Même dans l'architecture du palais « on voit que l'avocat est chassé physiquement ». « Les plaidoiries ne nous intéressent plus. C'est une perte de temps » a-t-elle parfois entendu de la bouche de certains magistrats. Certains pensent même que les avocats « sont de simples auxiliaires de justice » a-t-elle dénoncé.

Pour elle, cela est très grave, car derrière l'avocat, c'est le justiciable qui est visé.

Olivia Dufour s'est ainsi dite très inquiète de voir que les avocats en sont désormais réduits à s'interroger « sur leur place dans le processus judiciaire et d'essayer de l'affirmer ». « C'est terrifiant », a-t-elle jugé.

Qualité

Le deuxième groupe de travail s'est penché sur le thème de la qualité de la prestation. Il était composé de 11 personnes et était co-animé par Jean-François Mérierne, ancien

bâtonnier, membre élu du CNB, barreau de Dijon ; Marie-Laure Viel, ancienne bâtonnière, membre élue du CNB, barreau de Saint-Quentin. Quant aux deux co-rapporteurs, il s'agissait de Stéphane Baller, avocat au barreau des Hauts-de-Seine, et Margot Cavagna-Crestani, avocate au barreau de Chambéry. Parmi les personnes qui ont été auditionnées par cette équipe, on compte : Enké Kédebé directrice de l'école Erage ; Sylvie Magnen, directrice RH chez EY Avocats ; Xavier Aurey, *lecturer* à l'Université d'Essex (UK), docteur en droit (Université Panthéon-Assas Paris) et président du Réseau des cliniques juridiques francophones...

Les propositions de ce groupe ont questionné la place du numérique au sein de la profession, mais aussi la formation à dispenser aux élèves-avocats. Pierre Berlioz, directeur de l'EFB, présent dans l'assistance, s'est notamment exprimé : « *Je crois que c'est une erreur capitale de faire une césure entre l'université et les écoles d'avocats et de vouloir les opposer, de mettre un mur entre les deux. Il faut au contraire qu'il y ait des ponts très importants entre l'université et les écoles d'avocats* » a-t-il déclaré.

Une autre participante a même souhaité que soient réinstaurées les deux années de stage obligatoires autrefois.

Olivier Cousi, bâtonnier élu du barreau de Paris, l'a assuré : « *Nous avons besoin d'une profession qui soit adaptée à la modernité* ».

Parmi les propositions que ce groupe a élaborées, on trouvait : le renforcement



Pierre Berlioz

de la professionnalisation en aménageant une alternance entre les enseignements et une expérience professionnalisante afin d'améliorer l'accès à la profession et l'entrepreneuriat des élèves-avocats ; le développement des cliniques juridiques, avec le soutien des barreaux et en synergie si possible avec les incubateurs pour renforcer la formation, l'apprentissage et la professionnalisation des élèves avocats et étudiants ; l'instauration d'un contrôle *a posteriori* par les Ordres des conditions d'exécution du contrat de collaboration libérale, etc.

Au terme de cette table ronde, Olivia Dufour a de nouveau été entendue : « *Ce qui vient d'être dit, je l'entends depuis plus de 20 ans : formation, installation,*

spécialisation, collaboration libérale » a-t-elle déclaré. Trois aspects cependant manquaient au débat selon elle : le risque de fracture par rapport au numérique entre les anciennes et les futures générations ? Le sujet du *burn-out* (et notamment le surmenage des associés) mais encore un sujet insuffisamment pris en compte « *la demande des jeunes d'être managés* ».

La présidente du CNB a clos les discussions de la matinée. Celle-ci a rappelé les enjeux de ces États généraux : « *Ce qui est important c'est cette parole libre. C'était l'engagement que j'avais pris. [Celui] de pouvoir échanger, dialoguer sur des sujets sur lesquels nous tournons en rond depuis 20 ans* ». « *La profession a énormément changé,* » a-t-elle ajouté, *l'évolution se poursuit. On la déploie soit dans la résistance, soit dans la construction.* »

Quoi qu'il en soit, pour elle : « *à travers ces propositions qui ont été débattues, qui ne sont pas parfaites bien sûr, il y a place à cette fierté de construire ensemble la profession* ».

Les débats de l'après-midi ont porté sur les thèmes de la compétitivité et de l'unité de la profession.

Compétitivité

Le troisième groupe sur la compétitivité des cabinets était animé par Anne Krummel, membre du CNB. Les co-rapporteurs étaient Karadec Coeffic, élève-avocat à l'EDAGO, et Madleen Bressler, élève-avocate à Bordeaux. Au sein des personnes auditionnées par ce groupe, on trouve :

Les 30 propositions votées lors des États généraux de l'avenir de la profession d'avocat

Sur l'identité de l'avocat :

- 1) Instaurer le droit à une consultation préalable par un avocat pour toute personne éligible à l'aide juridictionnelle.
- 2) Institutionnaliser la place de l'avocat dans le fonctionnement des juridictions par une réforme du Code de l'organisation judiciaire.
- 3) Rédiger les impératifs de fonctionnement de la profession opposables à l'ensemble des juridictions sur le territoire national.
- 4) Interdire, sous peine de nullité, les transcriptions et les communications des correspondances du bâtonnier dans l'exercice de sa fonction.
- 5) Assortir par une modification législative,

l'acte d'avocat issu d'un mode alternatif de la force exécutoire et de la signature électronique.

- 6) Créer un centre de mode alternatif de régulation des conflits par barreau.
- 7) Intégrer dans la formation universitaire des modules d'initiation à la profession d'avocat.
- 8) Organiser un examen d'entrée national aux écoles d'avocat, délocalisé en 4 à 6 centres régionaux, avec une correction nationale pour mieux satisfaire aux exigences d'égalité et de qualité.
- 9) Inscrire dans la loi du 31 décembre 1971, réglementant l'exercice de la profession d'avocat, la définition de la consultation juridique.

Sur la qualité de la prestation :

- 10) Renforcer la professionnalisation en aménageant une alternance entre les enseignements et une expérience

professionnalisante afin d'améliorer l'accès à la profession et l'entrepreneuriat des élèves-avocats.

- 11) Développer les cliniques juridiques, avec le soutien des barreaux et en synergie si possible avec les incubateurs, pour renforcer la formation, l'apprentissage et la professionnalisation des élèves-avocats et étudiants.
- 12) Mettre en place, dans le prolongement de l'objectif de professionnalisation, un programme de parrainage « très jeune barreau » dès l'entrée à l'école et jusqu'au début de l'exercice professionnel.
- 13) Créer et mettre en place une structure spécifique à la profession en vue de proposer un bilan d'expériences professionnelles et de compétences, et d'aider les avocats à avoir une réflexion sur leur exercice professionnel, sur le développement et l'adaptation de leur activité à l'évolution de la profession.
- 14) Favoriser l'accès aux spécialisations et



François Pinon ; ancien directeur juridique du Groupe ACCOR, médiateur de Pacte PME ; Frédéric Roussel, notaire ; Cédric Kieffer, huissier et Nicole Calvinhac, vice-présidente du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables, présidente de la Commission « Secteur Performance des cabinets ».

Les propositions de cette troisième équipe ont porté sur des sujets plus clivants que ceux de la matinée.

Maître Olivier Cousi l'a rappelé, faisant référence au rapport Gauvin : « *Nous sommes à la croisée des chemins* ».

La proposition concernant « *l'autorisation de la rémunération de l'apport d'affaires* » a notamment divisé les avocats.

Maître Adjedj, bâtonnier de Carpentras, a ainsi déclaré que « *quand on fait rentrer la notion d'argent... c'est l'indépendance qui est en jeu. Car certains ont compris que le droit peut être un marché (cf. levée de fonds)* ». Pour lui en effet, si l'on accepte cette proposition, il n'y aura plus de garde-fous : « *Demain ce sont les grands capitaux qui feront le droit* » a-t-il protesté.

Pour un de ses confrères, au contraire, puisque la compétitivité des avocats français est aussi à l'étranger, « *on va se retrouver avec l'obligation d'être compétitifs, alors que nos règles seront pires que celles de nos voisins* ». C'est pourquoi, pour celui-ci : « *la rémunération de l'apport d'affaires, il faut l'autoriser, et même l'ouvrir à toutes les professions avec lesquelles on travaille* ».

Quant à la proposition sur « *la rémunération de l'avocat exclusivement*

au résultat obtenu, notamment dans les cas où l'exigibilité de la créance est incontestable », certains ont fait part de leur crainte que cette proposition ne soit profitable qu'aux gros cabinets tandis que les plus petits « *se paupériseraient* ». Pour d'autres au contraire, « *aujourd'hui même les legaltech utilisent des honoraires de résultat* ».

Unité

Enfin, le dernier groupe qui s'est exprimé a suscité les plus vives réactions.

Celui-ci était animé par Stéphane Lallement, membre du CNB, Odile Haxaire, élève-avocate à l'EDARA, et co-rapporté par Laurent Pettiti, vice-président de la commission des affaires européennes et internationales du CNB. Quant aux personnes auditionnées par ce groupe, il y avait : Jean-Pierre Machelon, constitutionnaliste ; Gérald Tremblay et Antoine Aylwin, avocats au Québec ; Fadhel Mahfoudh, actuel ministre des Droits de l'homme en Tunisie et ancien bâtonnier de l'Ordre national de Tunisie, et Jacques Lucas, Premier vice-président du Conseil national de l'Ordre des médecins. Parmi les propositions, celle portant sur l'élection au suffrage universel du président du Conseil national des barreaux, celle sur la suppression des vice-présidences de droit du bâtonnier de Paris et du président de la Conférence des bâtonniers, et celle sur l'inscription dans la loi que le CNB est la seule institution représentative de la profession d'avocat ont littéralement déchaîné les passions. Les anciens clivages entre Paris et la Province ont notamment resurgi durant les échanges.

Résultats de la consultation

Au terme de cette journée, sur les 40 propositions défendues par les différents groupes de travail, 30 ont été retenues. Au total, sur les quelque 66 000 avocats que compte la profession, environ 7 692 avocats ont voté, soit un peu plus d'un avocat sur dix. Un succès mitigé, donc. Certains se sont montrés très investis quand d'autres sont restés indifférents, voire critiques, face à cette consultation qu'ils ont jugée opportuniste. Cependant, pour Christiane Féral-Schuhl qui s'est exprimée suite aux résultats de cette consultation, il s'agit tout de même d'une victoire. « *J'ai une pensée pour les neuf avocats sur dix qui n'ont pas voté. Pour moi, ils ont définitivement perdu le droit de se plaindre de leur institution* », a-t-elle déclaré.

Que va-t-il ensuite se passer ? Le Conseil national des barreaux va se saisir des propositions retenues par les États généraux de l'avenir de la profession d'avocat dès septembre prochain et arbitrera en assemblée générale. Ces décisions votées en assemblée générale seront ensuite portées auprès des pouvoirs publics et dans le débat public, courant 2019-2020. Les résultats des réformes engagées seront enfin présentés à la Convention nationale des avocats en novembre 2020. C'est en tout cas ce que prévoit le programme.

Maria-Angélica Bailly

réduire à deux années le temps de pratique professionnelle pour pouvoir prétendre à une mention de spécialisation en mettant davantage en valeur la formation et les diplômes déjà obtenus.

15) Fixer des objectifs précis dans le contrat-type de collaboration libérale justifiant le choix du recours à la collaboration libérale plutôt qu'à la collaboration salariée.

16) Instaurer un contrôle *a posteriori* par les Ordres des conditions d'exécution du contrat de collaboration libérale.

17) Harmoniser la durée du congé paternité au sein de la profession en la fixant à 4 semaines, pouvant être réparties pendant une période de 6 mois suivant l'arrivée de l'enfant.

18) Instaurer dans le R.I.N. un droit à la déconnexion pour les avocats collaborateurs.

Sur la compétitivité des cabinets :

19) Donner la force exécutoire aux ordonnances de taxation du bâtonnier.

20) Fixer un taux de TVA à 5,5 % à tous les honoraires d'avocat.

21) Élaborer une grille de cotisations ordinales qui soit proportionnelle aux revenus de l'avocat.

22) Permettre aux avocats de se constituer devant les juridictions de première instance et d'appel sur l'ensemble du territoire national.

23) Exonérer les indemnités versées au titre de l'AJ de l'imposition fiscale et à tout le moins de l'assujettissement à charges sociales dans la limite d'un plafond.

Sur l'unité de la profession :

24) Élire le président du CNB au suffrage universel direct.

25) Supprimer les vice-présidences de droit du bâtonnier de Paris et du président de la Conférence des Bâtonniers.

26) Inscrire dans la loi que le CNB est la seule instance représentative de la profession d'avocat.

27) Créer un guichet d'accès numérique unique pour tous les organismes techniques de la profession.

28) Ouvrir à l'avocat dès son inscription au tableau un espace de travail numérique personnel avec activation de son profil sur la plateforme « avocat.fr ».

29) Permettre à la commission Règles et Usages du CNB de voir conférer un caractère contraignant à certains de ses avis déontologiques après vote de l'assemblée générale.

30) Aider à la diversité de la représentation par la création d'un statut de l'élu. Faire assurer par le CNB le recensement et la publication, après anonymisation, des décisions rendues par les conseils régionaux de discipline.



LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Si au 1^{er} janvier 2011, sur plus de deux millions de sociétés commerciales immatriculées, seulement 1 600 sociétés en participation étaient recensées au fichier SIRENE, on serait enclin à penser que celles-ci sont devenues obsolètes, au point de les voir disparaître progressivement. Or, il n'en est rien. En effet, les entrepreneurs recourent souvent aux sociétés en participation pour des opérations risquées fréquemment liées à des produits de haute technologie ou de dimension internationale. Cette particularité justifie amplement qu'une étude approfondie soit consacrée à ce type de groupement.

13 *Propos introductifs*

Deen Gibirila,
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier

16 Société en formation, société en participation et société créée de fait

Nicolas Mathe,
Avocat à la Cour

20 La révélation aux tiers de la société en participation

Karine Rodriguez
Maître de conférences HDR,
Responsable du M2 Droit de la consommation,
Université de Pau et des Pays de l'Adour

26 Le gérant de la société en participation

Deen Gibirila,
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier

34 Les obligations des associés en participation à l'égard des tiers

Christelle Chieudji Nguedou,
Docteur en droit,
Élève avocat

40 L'indivision dans la société en participation

Lamine Dobassy,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

45 La société en participation des professions libérales

Linda Erlandsson,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

51 Étude critique de la fiscalité des sociétés en participation

Grégoire Loustalet,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

59 La société en participation et les procédures collectives

Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences-HDR,
Université Toulouse III



**Deen Gibirila (1),
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier**

Propos introductifs

La société en participation ne date pas d'aujourd'hui (2), ni même d'hier, mais d'avant-hier. Son origine remonte au droit romain, et provient en particulier du *Jus fraternitatis*, l'ancien consortium entre frères (3), alors qu'au 12^e siècle on y avait recours pour contourner la prohibition canonique de l'usure. Identifiée sous diverses désignations, compte en participation, compte à demi, société anonyme, elle illustre un contrat par lequel des commanditaires réalisaient par l'intermédiaire d'un gérant, une ou plusieurs opérations commerciales et participaient aux bénéfices sans engagement personnel et sans revêtir la qualité de négociant (4). Elle s'avérait alors difficilement dissociable de la société en commandite, ce qu'a permis dans une certaine mesure l'article 2 de l'ordonnance de 1673 en exigeant la publicité des sociétés en commandite (5). Société occulte destinée à réaliser promptement une opération déterminée, elle était mal connue en raison du caractère illicite de certaines sociétés par exemple, spéculation sur les grains, pluralité de personnes s'accordant pour acheter massivement des grains afin de les bloquer ensuite, jusqu'à la survenance d'une disette et les revendre en fin de compte très cher.

Pour sa part, le Code de commerce déterminait dans les articles 47 à 50 le régime d'une société dite « association en participation ». Cette expression avait créé un doute et des controverses dans la doctrine relatifs à l'existence même d'une société. En l'absence d'un patrimoine social appartenant à l'association en participation, certains auteurs avaient considéré que, faute d'apports à un fonds social, il ne pouvait y avoir un contrat de société, mais un contrat innommé (6). Dès lors, ces associations en participation, « relatives à une ou plusieurs opérations de commerce », ne pouvaient qu'être précaires ; elles étaient passagères, à objet unique, isolées et de courte durée.

Une loi du 24 juin 1921 a clarifié la situation en énonçant que « les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers » (7) et qu'elles ont « ...lieu pour les objets... convenus entre les parties » (8).

La loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, aujourd'hui abrogée, avait repris dans ses anciens articles 419 à 422 les dispositions de « l'association en participation » sous une autre dénomination toujours en vigueur aujourd'hui, celle de « société en participation ». L'article 419 de ce texte avait consacré en des termes différents le principe auparavant posé par la loi de 1921 : « la société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers ». Ladite société était ainsi marquée par son caractère occulte impliquant qu'elle ne devait pas se révéler aux tiers (9).

En substituant les articles 1871 à 1872-2 du Code civil aux articles 419 à 422 de la loi du 24 juillet 1966, la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 a amplement modifié le régime juridique de la société en participation (10). Elle a inséré dans le titre neuvième du Code civil « De la société », après un chapitre premier consacré aux sociétés en général et un chapitre deuxième réservé aux sociétés civiles, un chapitre troisième intitulé « De la société en participation ». En outre, elle a supprimé l'ancienne disposition qui exigeait que la société en participation fût occulte, si bien que de nos jours elle peut être occulte ou ostensible, c'est-à-dire révélée ou non aux tiers. Cette société pouvant être civile ou commerciale, le législateur a choisi d'insérer leur réglementation dans le Code civil (article 1871 à 1873) plutôt que dans le Code de commerce (11).

L'organisation et le fonctionnement de la société en participation sont conditionnés par l'absence de personnalité morale de ce groupement (12). Celui-ci ne peut donc être propriétaire, créancier ou débiteur. Les associés contractent en leur nom personnel et sont seuls titulaires de droits et obligations à l'égard des tiers (13). Cette organisation et ce fonctionnement sont également gouvernés par la liberté avec laquelle les associés peuvent en convenir, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives du droit des sociétés (14).

Au-delà de ces différentes caractéristiques, cette structure sociétaire soulève un certain

1) deen.gibirila@gmail.com

2) D. Pernot, La société sans personnalité morale, p. 8 : thèse Dijon 1988.

3) A.-E. Giffard et R. Villers, Droit romain et ancien droit français – Obligations, 3^e éd. par R. Villers, Précis p. 78 : Dalloz 1970.

4) D. Deschezeles, De l'action *communi dividundo* (droit romain). Des associations en participation (droit français) : thèse Paris 1892.

5) Poule, Traité théorique et pratique des associations en participation, 1887, p. 4 – Pothier Contrat de société n° 61.

6) Y. Bonnecase, De la condition juridique des apports dans l'association en participation : *Ann. dr. com.* 1908, p. 5.

7) J. Escarra et J. Rault, Traité théorique et pratique de droit commercial, n° 479 : *Sirey* 1950, t. 1.

8) C. com., art. 43 et 48, anc.

9) Ph. Merle, Sociétés commerciales, Précis, n° 707 : *Dalloz* 2017-18, 21^e éd.

10) M. Jeantin, La réforme du droit des sociétés par la loi du 4 janvier 1978 : *D.* 1978, chron. p. 173. – Y. Chartier, La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 : *JCP G* 1978, I, 2917 ; Remarques sur la société en participation : *RTD com.* 1979, p. 637. – P. Bézard, Sociétés civiles, contrat de société, sociétés en participation : *Litac* 1979.

11) F. Dekeuwer-Défossez, L'unification des sociétés civiles et commerciales : vers un droit commun ? Les sociétés en participation : *RTD com.* 1984, p. 569.

12) Pour une étude complète, J. Vallansan et Desmorieux, Société en participation et société créée de fait : *GLN Joly* 1996. – V. aussi, Y. Chartier, Remarques sur la société en participation : *RTD com.* 1979, p. 637. – J. Guyénot, Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du Code civil : *Gaz. Pal.* 1979, 2, doct. p. 628. – J.-P. Storck, Le contrat de société en participation. Mélanges en l'honneur de A. Rieg, p. 767 : *Bruylant* 2000. – Ch. Boutry, L'absence de personnalité morale dans les sociétés : *JCP E* 2001, n° 7-8, p. 310. – S. Broder-Leibovici, La société en participation et l'efficacité des pactes d'actionnaires : thèse Paris IX, 2000. – B. Dondero, Les groupements dépourvus de personnalité

juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale : *PUAM*, 2006. –
E. Vierling-Kovar, Le contrat de société en participation : thèse Strasbourg 2013. –
G. Loiseau, Les groupements sans personnalité juridique, *Mélanges en l'honneur de J-J. Daigre* : *Éd. Joly* 2017.

13) C. civ., art. 1872-1.

14) C. civ., art. 1871, al. 2.

15) J.-P. Pillebout, Sociétés en participation, sociétés créées de fait en agriculture : *JCP N* 1986, I, p. 418.

16) N. Mathe, Société en formation, société en participation et société créée de fait : *Journ. sociétés* juill. 2019.

17) K. Rodriguez, La révélation aux tiers de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019. – *Contra*, Rép. min. 5 nov. 1981 : JO débat Sénat p. 2 441 ; *Rev. sociétés* 1982, p. 192.

18) C. civ., art. art. 1872-1, al. 2.

19) D. Gibirila, Le gérant de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

20) C. civ., art. 1871-1.

21) C. Chieudji Nguedou, Les obligations des associés en participation envers les tiers : *Journ. sociétés* juill. 2019.

nombre de questions que la présente étude collective se propose de mettre en exergue et d'y répondre, grâce à la contribution d'auteurs (universitaires et praticiens) éminents spécialistes du droit des sociétés. D'ailleurs, à son propos, ont été rendues une multitude de décisions toutes juridictions confondues. Bien loin d'être tombée en désuétude, la société en participation mérite que l'actuelle étude collective lui soit consacrée en raison de son adoption dans de nombreux domaines : recherche, spectacles, agriculture (15), exportation, financement.

1 – La société en formation, la société en participation et la société créée de fait. Si de toute évidence, faute d'être immatriculée au registre du commerce et des sociétés, une société ne bénéficie pas de la personnalité morale, sa situation et celle de ses membres ne se révèlent pas toujours d'une clarté à toute épreuve. Cette incertitude tient au fait que le projet élaboré par les fondateurs connaît parfois des contretemps qui les laissent dans la situation ambiguë d'associés d'une société non-immatriculée ; d'où des difficultés de qualification des sociétés soumises à l'appréciation des tribunaux. Ce constat d'insécurité juridique est susceptible de décourager la conclusion de contrats avec les sociétés, plus précisément avec leurs membres avant l'immatriculation de celles-ci. Il s'avère donc important de déceler les critères permettant aux personnes intéressées, associés et tiers, de qualifier la société en présence : société en formation, société en participation ou société créée de fait (16) ? Ces sociétés sont régulièrement sources d'ambiguïtés qui méritent amplement d'être levées.

L'intérêt de les distinguer reste néanmoins essentiel dans la mesure où le régime juridique diffère dans les rapports entre associés, mais également dans les rapports entre les associés et les tiers. À cette fin, l'intention des participants constitue un critère fondamental. Celle-ci se matérialise non seulement par la conscience ou non des membres d'œuvrer à une activité commune, mais également par la volonté ou non de ces derniers de donner la personnalité morale à la structure. Conscience, volontés, et intentions sont alors au cœur du droit des sociétés sans personnalité morale.

2 – La révélation aux tiers de la société en participation. Comme préalablement signalé, la société en participation telle qu'issue de la loi du 4 janvier 1978 insérée dans le Code civil, n'est plus nécessairement commerciale, pas plus qu'elle n'est obligatoirement occulte ; elle peut donc être ostensible par sa révélation aux tiers qui est une révélation « de fait » (17). Certes, dans cette hypothèse elle demeure toujours

dépourvue de la personnalité morale, mais les associés agissent au vu et au su des tiers (18) et peuvent être donc tous engagés envers ces derniers.

En la matière, le droit positif semble passer de la prise en considération de la révélation de la société aux tiers, à la prise en considération de la révélation de la qualité d'associé aux tiers, non point pour invalider la société, mais pour déterminer les associés qui sont responsables à leur égard. Or, cette révélation est appréhendée strictement par le droit positif. D'une part, elle suppose la démonstration d'un comportement manifestant sans ambiguïté la volonté du participant de s'engager avec celui qui a agi, soit « des agissements en qualité d'associé au vu et au su des tiers », soit une « immixtion qui laisse croire à un engagement au cocontractant ». D'autre part, la portée de cette révélation s'avère limitée, tant du point de vue de son périmètre, que du point de vue de ses conséquences. En particulier, certains associés peuvent voir leur responsabilité engagée alors que d'autres non, sans compter que la révélation a seulement pour effet de rendre débiteurs mais non parties au contrat, les associés révélés.

3 – Le gérant de la société en participation. À l'instar de la société en participation elle-même, la désignation, la révocation, les pouvoirs, les obligations et responsabilités des gérants personnes physiques ou morales obéissent au régime applicable aux sociétés civiles si l'activité du groupement est civile, ou à celui applicable aux sociétés en nom collectif, si l'activité est commerciale (19). Cette situation tient au fait que la loi du 4 janvier 1978 qui ne traite pas du gérant, renvoie aux dispositions applicables à ces sociétés, sauf organisation autrement prévue des rapports entre associés (20) ; encore faut-il que le gérant soit associé, ce qui est fréquemment le cas. Cette ligne générale ne suffit cependant pas toujours à éviter les difficultés ou à les résoudre lorsqu'elles se présentent, le juge se trouvant parfois confronté à un vide législatif ou même jurisprudentiel.

4 – Les obligations des associés à l'égard des tiers. La société en participation pose les exceptions qui permettent de conférer aux tiers un droit d'action à l'égard de l'associé auteur de la révélation, que celui-ci ait eu un rôle actif ou passif (21). Les créanciers ne peuvent donc obtenir paiement de la part des associés lorsque la société en participation est occulte, pas plus qu'ils ne le peuvent de la part de la société dans le cadre d'une action oblique (22). À l'opposé, la société ne peut être créancière en raison de l'absence de la personnalité morale. Enfin, la révélation de la société permet aux créanciers d'obtenir



contre les associés une condamnation solidaire à leur rencontre, mais elle n'a pas pour effet de conférer des droits aux associés qui ont contracté avec le créancier.

Force est de constater que la caractérisation des comportements générateurs d'obligations ne conduit plus exclusivement à la révélation de la société, mais également à la révélation de l'activité de l'associé. Cependant, la mise en œuvre de ces obligations ne va pas sans poser des difficultés. Ces dernières trouvent leur source dans l'essence même de la société en participation qui constitue à certains égards un frein à la mise en œuvre efficace des garanties des tiers. En outre, la protection accrue des participants au détriment des tiers, démontre explicitement la précarité de leur situation.

5 – L'indivision dans la société en participation. L'actuelle définition de la société par la loi du 4 janvier 1978 ne permet pas toujours de distinguer celle-ci d'autres groupements privés (23), en particulier l'indivision. Parler de l'indivision dans la société en participation revient à s'interroger sur l'application de règles impératives dans un espace où les associés sont dotés d'une extrême liberté d'organisation de leur projet commun. Jadis comparées comme opposées, la société en participation et l'indivision, depuis les réformes de 1976 et de 1978, se rapprochent plus qu'elles ne s'opposent (24). L'adjonction de l'indivision à la société en participation n'est cependant pas sans conséquence. Elle conduit à une application cumulative des règles de l'indivision et de celles de la société en participation et crée une situation complexe, tant dans les relations entre la société et les tiers qu'entre les associés eux-mêmes. Les règles de l'indivision qui sont impératives, s'appliquent systématiquement dans les rapports entre la société et les tiers. En revanche, les associés de la société en participation ont toute la liberté d'organisation de la gérance qui constitue une affaire intérieure à la société, ce dernier étant considéré à l'égard des tiers, non point comme un représentant de la société, mais comme un cocontractant ordinaire qui s'engage personnellement dans tous ses actes (25). En toute hypothèse, les dispositions de l'article 1832 du Code civil doivent être respectées.

6 – La société en participation des professions libérales. Cette société est dotée d'un statut particulier instauré par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral (26). Elle est bien évidemment privée de la personnalité morale et sa constitution est réservée aux personnes physiques qui exercent une

profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé. Bien que son régime juridique fasse référence au droit commun de la société en participation, la société en participation des professions libérales présente certaines spécificités qui se rapportent à sa constitution, à son fonctionnement et à sa dissolution. Le principe de la liberté contractuelle est l'une des caractéristiques essentielles de cette société qui doit par ailleurs avoir une dénomination. Elle est aussi soumise à une publicité obligatoire (27) qui a pour effet de la rendre ostensible, et ainsi permettre aux membres de professions libérales d'exercer leur activité avec plus de sécurité. Son régime fait également ressortir des dispositions spécifiques par rapport à l'agrément, à la révocation et au retrait d'un associé.

7 – La fiscalité de la société en participation. Bien qu'elle ne jouisse pas de la personnalité morale, la société en participation est reconnue pour la détermination de l'impôt et des relations avec l'administration fiscale comme une entité propre disposant d'une personnalité fiscale distincte de celle de ces associés (28). Cette approche spécifique au droit fiscal va à l'encontre même du fonctionnement de ladite société. Cette situation est de nature à engendrer de nombreuses difficultés pratiques que l'administration comme le juge essaie de surmonter tant bien que mal, quitte à se livrer à de nombreuses « acrobaties ». Si des mesures peuvent être prises en pratique par les participants, l'insécurité juridique et fiscale que ce régime entraîne conduit à l'écartier, bien qu'il puisse offrir une solution pragmatique pour le développement d'opérations ponctuelles, voire d'activités entre des entités économiques qui, malgré leur association ponctuelle, demeurent indépendantes.

8 – La société en participation et les procédures collective. Envisager la société en participation et les procédures collectives semble une proposition inaccessible (29). En effet, le droit des procédures collectives, outil de gestion de crise, ne concerne que les personnes physiques (exerçant une activité commerciale, artisanale, ou professionnelle et indépendante..., agriculteur) et les personnes morales de droit privé (30). Or, la société en participation, dépourvue de personnalité juridique, devrait échapper au droit des procédures collectives. Cependant, celui-ci arrive à atteindre celle-là par le truchement de son caractère contractuel originel et, par ricochet, à toucher le ou les participants qui ont agi.

22) C. civ., art. 1341-1, anc. art. 1166.

23) E.-N. Martine, Les problèmes de qualifications à propos de la société en participation : *RTD com.* 1959, p. 41.

24) L. Dobassy, L'indivision dans la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

25) D. Gibirila, art. préc., note 19.

26) L. Erlandsson, La société en participation des professions libérales : *Journ. sociétés* juill. 2019.

27) Le Code de la santé publique prévoit dans ses articles D4113-102, D4381-23, et D6212-70, la constitution d'une société en participation de médecins, de chirurgiens-dentistes, de sages-femmes, d'infirmiers, de masseur-kinésithérapeutes, d'orthophonistes, d'orthoptistes de pédicures podologues, de diététiciens et de laboratoires d'analyse de biologie médicale mentionnés au titre II de la loi n° 90-1258 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales, donne lieu à l'insertion d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de chacun des lieux d'exercice. L'avis contient la dénomination, l'objet et l'adresse des lieux d'exercice. Il est communiqué au préalable au conseil de l'ordre départemental de chacun des lieux d'exercice. La SEP n'est pas immatriculée au RCS.

28) G. Loustalet, La fiscalité de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

29) M. Rakotovahiny, Société en participation et procédures collectives : *Journ. sociétés* juill. 2019.

30) C. com., art. L. 631-2 et L. 640-2.



Nicolas Mathe,
Avocat à la Cour

Société en formation, société en participation et société créée de fait

Introduction : l'absence de personnalité juridique, un trait commun source de confusion

Société en formation, société en participation, et société créée de fait sont régulièrement sources de confusion. Il est vrai que ces notions présentent des similitudes lesquelles ressortent notamment d'un trait caractéristique commun à savoir l'absence de personnalité morale. Le risque de méprise est d'autant plus fort que si ces notions sont bien exclusives les unes des autres, elles peuvent se succéder dans le temps. Une société en formation pouvant par exemple être requalifiée en société créée de fait (1).

L'absence de personnalité morale aura des conséquences évidentes. Ainsi, une société en formation étant dépourvue de personnalité morale, est nul le contrat conclu directement par elle et non pour son compte. À ce stade en effet la Société ne peut avoir de patrimoine propre. Pour la Société en participation et les sociétés créées de fait qui suivent ici un régime identique, les effets sont tout aussi naturels et fixés de manière constante par la jurisprudence. En raison de l'absence de personnalité juridique, elles n'ont pas non plus la capacité d'ester en justice (2), ni de siège social (3), pas de dénomination sociale (4) et évidemment donc sont dépourvues de patrimoine social.

De sorte qu'elles ne peuvent souscrire le moindre engagement personnel, que ce soit en qualité de créancier ou de débiteur (5).

La reconnaissance de l'existence juridique est liée inévitablement à la réunion des conditions de constitution des sociétés telles qu'elles sont définies par l'article 1832 du Code civil : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. [...] Les associés s'engagent à contribuer aux pertes.* ». Cette démarche peut intervenir soit à la demande de celui qui se prétend associé pour participer à un partage, soit le plus souvent, à la demande d'un tiers qui recherche l'engagement d'un associé. Mais l'existence d'une société même dépourvue de personnalité morale supposera toujours de rapporter la preuve des trois caractéristiques propres à ce contrat : La réalisation d'un apport d'une part. Le partage des bénéfices et des pertes

entre les associés d'autre part. Et enfin un affectio societatis, lequel est définie par la jurisprudence comme la volonté, au moins implicite, de tous les associés de collaborer ensemble et sur un pied d'égalité à la poursuite de l'œuvre commune. Il apparaît ici comme un élément crucial. En effet, à défaut d'affectio societatis, l'existence d'une société en participation n'est pas démontrée (6-7). Dans le même sens, la société créée de fait doit, et ce malgré ses particularités liées à l'absence de conscience de ses membres, répondre aux conditions de validité du contrat de société. Les associés devant notamment travailler sur un pied d'égalité (8). L'affectio societatis revêt alors des caractères particuliers dans cette forme sociale et se révèle, plus par l'exercice effectif d'une activité commune que par la volonté de collaboration des associés.

Le mode de preuve. La société en participation (9), ainsi que la société créée de fait, peuvent être prouvées par tous moyens (10) et ce peu importe que l'objet soit commercial ou civil. Il n'est donc pas besoin d'un écrit (11) même si celui-ci est fortement conseillé (12)... bien qu'insuffisant : un contrat dénommé société en participation ne vaut pas forcément société en participation (13).

L'intérêt de la distinction reste néanmoins essentiel dans la mesure où le régime juridique diffère dans les rapports entre associés, mais également dans les rapports entre les associés et les tiers. C'est pourquoi il apparaît nécessaire de définir ces notions. La société en formation recouvre la période où la société n'est pas encore immatriculée et où, à ce titre, elle n'a pas encore acquis la personnalité morale, même si elle a déjà une certaine consistance juridique. La Société en participation¹⁴ quant à elle est une « *société créée en connaissance de cause ; elle résulte d'un choix délibéré des partenaires en présence qui, après avoir pesé le pour et le contre, décident de se réunir au sein d'une société non immatriculée (15)* ». Enfin, la société créée de fait (16), notion d'origine jurisprudentielle se définit manière unanime comme la situation par laquelle « *deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, sans avoir exprimé la volonté de former une société (17)* »

Le critère de distinction. De ces précisions il résulte que le critère de distinction est psychologique. L'intention des membres devient ici le cœur du sujet. Ainsi le praticien sera amené à s'interroger sur la volonté explicite ou non des associés à travailler ensemble pour un objectif commun.

1) Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 26 mai 2009, 08-13.891, Inédit.

2) cass. civ. 2^e, 26 Mars 1997, *Droit des affaires* 1997, p 637.

3) cass. req. 28 nov. 1904 D 1906. 1. 109.

4) Cass. civ. 31 mars 1936, DH 1936, 300.

5) C. civ., art. 1872-1.

6) Revue Lamy droit des affaires, n° 128 du 01 sept. 2017.

7) Dès lors en l'absence de faits justifiant son implication en qualité d'associé d'une société, une personne physique est irrecevable à solliciter la moitié des bénéfices.

8) La société créée de fait est incompatible avec la subordination. *RTD civ.* / Jean Hauser – *RTD civ.* 1995. 332 – 15 juin 1995.

9) Article 1871 du Code civil.

10) C. civ., art. 1871, sur renvoi de l'art. 1873, Cass. com., 13 mars 1984 : D. 1985, 244, note Reinhard.

11) Cass. 1^{er} civ., 1^{er} déc. 1952 : D. 1953, 90.

12) Pour des raisons de preuves donc, mais également fiscales. La question est différente pour la société créée de fait car comme il sera vu infra, l'existence de celle-ci est ignorée par ses propres membres, de sorte qu'un écrit est fort improbable.

13) Revue Lamy droit des affaires, n° 1, du 1^{er} janvier 2006.

14) La loi du 4 janvier 1978, a consacré aux sociétés en participation les articles 1871 à 1872-2 du Code civil.

15) M. Cozian et M. Viandier, *Droit des sociétés*, 9^e éd., *Litec* 1996.

16) Article 1873 du Code Civil.

17) M. Cozian et M. Viandier, *Droit des sociétés*, 9^e éd., *Litec*



Il devra prendre en considération la conscience ou l'ignorance de ces derniers dans le développement d'une activité. Il devra encore apprécier la détermination des participants à immatriculer ou non la Société. L'analyse de l'intention initiale des associés étant cruciale afin de connaître le régime utile.

I. Un critère de distinction : l'élément psychologique

A. La volonté de participer à une œuvre commune

Comme exposé en introduction, l'intention des participants est fondamentale. Celle-ci se matérialise non seulement par la conscience ou non des membres d'œuvrer à une activité commune mais également par la volonté ou non de ces derniers de donner la personnalité morale à la structure commune. Il ressort que conscience, volontés, et intentions sont au cœur du droit des sociétés sans personnalité morale.

1. La société en formation : l'intention de constituer une société

Pour fixer la naissance d'une société en formation, il faut se référer aux faits prouvant l'intention des associés ou actionnaires fondateurs de constituer une société. Souvent, les associés vont conclure un contrat de société, et vont explicitement déclarer agir pour le compte d'une société. C'est ici la possibilité de recourir au mécanisme de la reprise (18) qui marque l'intérêt qu'il y a à fixer le point de départ à partir duquel on peut parler de société en formation (19). Et par conséquent de distinguer cette notion de celle des sociétés créées de fait et des sociétés en participation.

2. Sociétés en participation et sociétés créées de fait : la conscience ou l'ignorance de collaborer à une œuvre commune

À première vue, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait notamment, paraissent relativement proches l'une de l'autre, la loi les soumettant aux mêmes dispositions (20) !

Ceci étant dit, le contexte dans lequel elles évoluent sera sensiblement différent puisque la société créée de fait elle-même est ignorée de ses propres membres. Il y a un défaut de conscience et c'est sans même s'en rendre compte que des personnes vont se comporter comme des associés. À tel point que certains auteurs ont pu dire qu'elle « *correspond au degré zéro de la conscience sociétaire* » (21). Elle est donc inévitablement constituée sans publicité, le plus souvent sans écrit. (22)

En revanche, un tiers, voire plus rarement un participant, peut avoir un intérêt certain à mettre en lumière l'existence d'une telle société de fait. C'est donc l'un ou l'autre qui prendra l'initiative de la révélation de la structure. En pratique, cette notion est invoquée à l'occasion de litiges bien spécifiques. Un créancier peut soulever l'argument d'une société créée de fait entre son débiteur et

un ou plusieurs des associés de fait de ce dernier. L'objectif est évident. Son argumentation, si elle est accueillie, lui permettra d'étendre ses recours à l'encontre d'autres débiteurs. Les concubins, ou les époux séparés en bien (23) peuvent également avoir recours à cette notion pour régler *a posteriori* leur vie commune. Ainsi à l'occasion d'une rupture et lorsque les parties n'ont pas défini leurs relations d'affaires, l'une d'elle peut avoir intérêt à prétendre qu'une société existait, et ce parfois depuis de nombreuses années. La société permet alors la reconnaissance au profit du concubin d'un droit pécuniaire. Cette stratégie est toutefois très incertaine tant la jurisprudence demeure fluctuante. Les décisions sont prises au cas par cas en fonction des éléments de preuve apportés par le demandeur (24). En outre certaines difficultés pratiques seront vite insurmontables. Par hypothèse, les concubins n'anticipent pas au moment de la vie commune le litige à venir et l'existence de cette société. Au-delà de ses affirmations il sera alors difficile pour le demandeur d'apporter la démonstration de ses apports, de sa participation aux bénéfices ou aux pertes, faute d'éléments suffisamment probants (25).

Enfin la société créée de fait pourra surgir dans le cas où la société se refuse en tant que telle (26), par exemple parce que les associés de fait prétendront être liés par un contrat de travail (27), ou de collaboration (28), ou encore seront réunis au sein d'un autre groupement, comme une association (29) ou une indivision. De manière classique, l'appellation donnée au contrat ne liera pas les associés ou les tiers quant au régime juridique, et il reviendra au juge de fixer la qualification conforme à l'intention des membres. La société créée de fait est donc une société constatée par le Juge. Il conviendra d'établir cette preuve en démontrant que sont réunis les éléments caractérisant le contrat de société. L'existence de celle-ci, sans surprise, sera intimement liée à la notion de l'*Affectio Societatis*. La société en formation se distingue alors de la société créée de fait ne serait-ce que parce que la société créée de fait se caractérise par le fait qu'il n'existe aucune intention d'immatriculer (30), ou même seulement de constituer une société.

Pour sa part, la société en participation est définitivement un simple contrat et non une institution. Elle a été créée intentionnellement et en pleine conscience, et c'est ici un élément fondamental qui la distingue notamment de la société créée de fait. Ses fondateurs ont également voulu la qualité d'associé et en connaissent les conséquences.

B. La volonté d'immatriculer la société

1. La distinction entre la société en formation et la société en participation : l'absence volontaire d'immatriculation

Il vient d'être dit que la Société créée de fait tenait sa particularité de ce que ses membres ignoraient son existence. Ce critère permet d'isoler cette notion des deux autres évoquées. La distinction entre la société en participation et la société en formation

1996 p. 514 n° 1560.

18) Article 1843 du Code Civil et L. 210-6, al. 2, C. com. pour les sociétés commerciales.

19) V. D. Plantamp, Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales, *RTD com.* 1994.1 ; M. Germain, Naissance et mort des sociétés commerciales, Mélanges R. Roblot, 1984, *LGDJ*, p. 217 ; D. Bastian, La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce, Études de droit commercial à la mémoire d'H. Cabrillac, 1968, *Librairies techniques*, p. 23

20) Ainsi, l'article 1873 du Code civil précise que les dispositions du Chapitre 3 relatif aux Sociétés en participation sont applicables aux sociétés créées de fait.

21) M. Champaud et M. Danet, obs. sous CA Paris, 12 novembre 1991 : *RTD Com.*, 1992, p. 812

22) J. Hémar, Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 2^e éd., 1926, *Sirey*,

23) Civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-21.878, *RTD civ.* 1998. 731, obs. B. Vareille.

24) Pour un exposé de cette jurisprudence, v. 95^e Congrès des notaires de France,

25) Situation qui a pu inciter certains auteurs à plaider pour un nouveau quasi-contrat au service des concubins : le quasi-contrat de participation aux acquêts : *Droit et Patrimoine*, n° 251 du 19 oct. 2015, M. Soler.

26) Les sociétaires auront par exemple décidé de rechercher la réalisation de bénéfices afin de les répartir entre eux.

27) Pour un exemple de requalification de contrats de travail en société créée de fait, *Com.* 5 nov. 1974, n° 73-12.919, *Bull. civ. IV*, n° 280, *Rev. sociétés* 1975. 492, note Y. Guyon.

28) Question notamment relative aux litiges au sein d'activité libérales où le contrat de collaboration, peut en réalité cacher une société. Là encore l'*affectio societatis*, le partage des bénéfices et des pertes, et l'existence d'apports seront des indices essentiels.

29) La difficulté pour établir l'existence d'une société créée de fait est en effet de la distinguer de contrats voisins, en particulier le contrat de prêt avec participations aux

bénéfices, le contrat de travail et l'indivision.

30) Et plus encore, de constituer une société.

31) C. civ., art. 1871, al. 1.

32) G. Ripert et R. Roblot, traité de droit commercial, tome 1, 15^e édition, LGDJ, 1993.

33) V. Cass. req. 20 déc. 1920, S. 1922.1.17 et comp. CA Versailles, 16 nov. 2000, *Bull. Joly* 2001.403, note B. Saintourens

34) C. Champaud, obs. *RTD com.* 1969.993, no 3

35) V. not. D. Gibirila, notes sous Cass. com. 7 avr. 1992, *LPA* n° 148, 10 déc. 1993, p. 16, et CA Paris, 13 mai 1997, *JCP* 1998. II. 10831 ; P. Le Cannu, note sous ce même arrêt, in *Bull. Joly* 1992.622,

36) Y. GUYON, « Droit des affaires », t. I, n° 165 et 172, Bordeaux, 14 mai 1990, *Rev. sociétés*, 1990.591, note P. Le Cannu

37) Com. 26 mai 2009, no 08-13.891, *Rev. sociétés* mars 2010. 26, note Dondero ; *RTD Com.* 2009. 567, obs. Champaud

38) Cass. com., 7 avr. 1992, n° 90-18.212 ; *Bull. Joly* 1992, 622, note Le Cannu

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

40) Société créée de fait (dissolution) : notification adressée aux autres associés – Cour de cassation, com. 10 avril 2019 – D. 2019. 817.

41) Article 1843 du Code civil.

ressort également de la référence à l'intention des associés, à savoir la volonté ou le refus d'immatriculer la société.

La société en participation « n'est pas soumise à publicité (31) ». En raison de l'absence d'enregistrement, « elle ne prendra pas corps » selon une belle formule (32). La dispense d'immatriculation est logique : c'est l'essence même de contrat. Plus encore, la publicité doit être évitée au risque d'apparaître aux tiers avec les conséquences qui s'attachent à cette révélation. C'est donc volontairement que les associés conviennent que la société ne sera pas immatriculée.

La question se pose notamment parce que les textes n'imposent aucun délai pour accomplir la formalité de l'immatriculation. La période de formation peut donc en théorie s'étaler sur plusieurs semaines, plusieurs mois, voire plusieurs années. Par ailleurs, la jurisprudence retient une conception assez souple de la société en formation. *A priori*, il semble certain qu'il ne peut être retenu comme point de départ de la période de formation les premiers pourparlers ou une simple et vague promesse (33). En revanche, il peut être tenu compte comme indice suffisamment fort des actes dont la « la cause ne peut résider que dans la volonté de créer une société et que leur objet se rattache sans ambiguïté à l'existence de l'entreprise sociétaire (34) ». Plus simplement, la période de formation prendra fin au jour où la société acquiert la personnalité morale, c'est-à-dire lorsque les associés auront pris soin de procéder à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. À noter qu'après avoir signé les statuts, les associés peuvent également renoncer à continuer les démarches en vue de l'immatriculation et préférer poursuivre leurs activités dans le cadre d'une société en participation. Preuve alors que la distinction est parfois délicate (35).

Mais c'est donc toujours par un acte volontaire que les associés ou actionnaires décident de mettre à fin à la période formation et de soumettre au régime juridique de la structure choisie. La formalité est cruciale. Tant qu'elle n'est pas immatriculée, une société ne peut commencer son exploitation... Au risque d'être assimilée à une société créée de fait (36).

2. Un critère néanmoins insuffisant pour écarter définitivement la notion de société créée de fait

La société est en formation tant que sont passés en son nom des actes de portée limitée ayant comme seul but de préparer la constitution et l'immatriculation de la société et de faciliter son futur fonctionnement. Dès lors en l'absence d'immatriculation au registre du commerce, une société créée de fait peut se substituer à la société en formation dès lors que l'activité développée avait dépassé l'accomplissement des simples actes nécessaires à sa constitution (37). À l'inverse en effet, la société créée de fait est celle qui « a développé de manière durable et importante une activité dépassant l'accomplissement des simples actes nécessaires à sa constitution (38) ».

II. L'intérêt de la distinction

Il existe naturellement des points communs à ses sociétés sans personnalité morale. Il est ainsi évident que ces structures ne peuvent faire l'objet d'une procédure collective. Néanmoins l'intérêt de la distinction est double puisque les règles applicables diffèrent dans les rapports entre associés comme dans les rapports avec les tiers. Ce qui motivera parfois un créancier à privilégier telle qualification selon ses intentions et fréquemment dans l'objectif d'accroître le périmètre de ses potentiels débiteurs.

A. Les rapports entre associés

Sans surprise les apports qui constituent le patrimoine initial de ces sociétés sont de trois sortes (39). L'apport en numéraire est un apport de somme d'argent rémunéré par l'attribution de droits sociaux soumis aux aléas de l'entreprise. L'apport en industrie est celui par lequel un associé ou un futur associé met à la disposition de la société son activité, son travail et ses connaissances professionnelles. L'apport en nature est constitué par l'apport de tout autre bien que du numéraire ou de l'industrie. Les associés d'une société en participation comme ceux d'une société créée de fait pourront solliciter la reprise des biens mis à disposition de la société dont ils sont demeurés propriétaires, sauf indivision. Chaque associé a également droit, proportionnellement à ses apports, à une part de l'actif subsistant une fois la reprise des biens réalisés. Mais l'utilité de la société créée de fait consiste principalement à régler leurs rapports passés.

Par ailleurs, lorsque la société en participation est à durée indéterminée, chaque associé peut en demander la dissolution à n'importe quel moment par le biais d'une notification adressée à tous les autres associés, sous réserve de la bonne foi et qu'elle ne soit pas faite à contretemps. De même, il résulte des articles 1872-2 et 1873 du Code civil que la dissolution d'une société créée de fait peut être unilatérale et résulter à tout moment d'une notification adressée par l'un d'eux à tous les associés, pourvu que cette notification soit de bonne foi, et non faite à contretemps (40). C'est à cette occasion que les apports seront repris, et les associés pourront prétendre au partage du bénéfice

La situation est plus simple dans les sociétés en formation. Les relations entre associés sont fixées par le contrat de société et par les principes généraux du droit relatif aux contrats. Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas (41). Quant aux décisions collectives, elles sont soumises au droit commun des contrats de sorte que toute modification des statuts avant la publication nécessitera un accord unanime des fondateurs.

B. Les rapports avec les tiers

La distinction est utile pour appréhender la responsabilité des partenaires dans leurs rapports avec les tiers. Les trois notions – de société en formation, de société créée de fait, et société en participation – reposent sur un premier postulat identique : pour qu'une responsabilité ou un engagement personnel puisse être retenu à la charge d'un individu, il doit être constaté que celui-ci a personnellement agi. En revanche les situations obéissent pour le reste à des règles différentes. En effet il existe deux conceptions de la notion de personnes responsables de l'engagement souscrit (42). La conception large engage outre ceux qui ont agi au nom de la société non immatriculée et ont contracté pour elle des obligations, les individus pourvus de la qualité d'associés. La conception large est retenue pour la société en participation ostensible, et pour la société créée de fait. La conception étroite vise uniquement ceux qui ont passé l'acte ou donné mandat de le conclure, sans considérer celles qui lui sont restées étrangères, même si par ailleurs elles ont acquis la qualité d'associés. Elle est celle applicable à la société en formation.

Pour les sociétés créées de fait et les sociétés en participation, la jurisprudence décide alors, depuis fort longtemps (43), que les tiers qui ont exclusivement contracté avec l'un des participants ne sauraient en principe exercer aucune action directe et solidaire contre les autres. Ce principe simple est consacré, de sorte que chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers (44). Toutefois, cette règle connaît certaines exceptions. Les associés seront tous tenus conjointement ou solidairement (45) à l'égard des tiers des actes accomplis par l'un d'eux en qualité d'associé. Dans le cas d'une société créée de fait une fois l'existence de celle-ci établie, les engagements pris pour le compte de la société obligent personnellement tous les autres, même s'ils n'ont pas participé à l'acte. Et il arrive parfois que

l'ensemble des participants à une société créée de fait voient leur responsabilité engagée s'ils agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers (46).

Au contraire, seules « les personnes qui les ont accomplis et non point toutes celles qui ont participé à cette formation (47) » sont tenues à défaut de reprise. Sont donc ici déclarés personnellement et solidairement tenues « les personnes qui ont agi ». Ce qui signifie que des agissements personnels et positifs sont exigés (48). Ces critères ne permettent pas de retenir un engagement personnel à la charge d'un fondateur dès lors qu'il n'y a pas eu, de sa part, participation personnelle à l'acte litigieux (49). Dans l'hypothèse d'une action commune à plusieurs associés, ceux-ci seront néanmoins engagés ensemble solidairement, dans le cas d'une nature commerciale de la société. Ils seront alors exposés à une action en paiement sans pouvoir opposer ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division.

La naissance de la personne morale (50) pourra enfin aboutir à la substitution de la personne morale à ses associés quant à la responsabilité des actes accomplis. Toutefois, l'acquisition par la société de la capacité juridique à la suite de l'immatriculation au registre du commerce n'entraîne pas nécessairement la disparition des engagements individuels des associés vis-à-vis des tiers (51). La procédure de reprise devra être respectée, celle-ci se présentant comme une exception. Dès lors, seuls les actes accomplis durant la période de formation de la société sont susceptibles de reprise, et il faut, en outre, que la ou les personnes qui ont agi, non seulement aient entendu le faire pour le compte de la future société, mais encore qu'elles l'aient formellement précisé (52). Le défaut de reprise, lequel peut survenir dans des circonstances variées (53) ne sera pas sans conséquences. Toutes les personnes qui ont agi au nom de la société en projet ainsi que celles qui leur ont donné mandat d'agir resteront alors engagés à l'égard des tiers (54).

42) Le sort des actes accomplis au nom d'une société en formation, M. Deen Gibirila, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 9, 1^{er} octobre 2006.

43) Cass. civ., 21 mars 1876, DP, 1876.1.198 et Cass. req., 23 juill. 1877, DP, 1878.1.88.

44) Article 1872-1 du Code civil.

45) Selon que la société a un objet commercial ou civil.

46) Cass. 2^e civ., 22 mai 2008, n° 07-10.855, P + B.

47) Cass. com., 4 mai 1981, D., 1982.J.482, note J.-J. Daigre, D., 1982, IR 124, note M. Vasseur et *Rev. sociétés* 1982.277, note C. Philippe.

48) Société en formation et société créée de fait – Jean-Pierre Sortais – *Rev. sociétés* 1990. 32.

49) Cass. com., 25 oct. 1983, *Rev. sociétés* 1985.523, note J.-L. Sibon, D., 1985.149, 1^{re} esp., note Y. Chartier et 15 nov. 1983, D., 1985.149, 2^e esp., note Y. Chartier.

50) Article 1842 du Code civil : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation ».

51) Lopez C., La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société, *JCP E* 1998, n° 11, p. 408.

52) V. Cass. com. 1^{er} avr. 1974, *Rev. sociétés* 1975.62, note M. Guilbeteau, *Bull. civ. IV*, n° 116, *Quot. jur.* n° 29, 11 mars 1975, p. 6, *RTD com.* 1975.528, no 8, obs. R. Houin

53) Par exemple en cas de refus des associés de la décider, ou encore du non-respect des formalités imposées ou même du... défaut d'immatriculation de la société.

54) Cass. com. 9 nov. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 236 ; 17 mai 1989, *Rev. sociétés* 1990.32, note J.-P. Sortais.

Retrouvez dès maintenant votre Journal en ligne sur



www.jss.fr



Connectez-vous avec votre numéro d'abonné



Karine Rodriguez,
Maître de conférences HDR,
Responsable du M2 Droit de la consommation,
Université de Pau et des Pays de l'Adour

La révélation aux tiers de la société en participation

1) V. La double acception de la révélation mise en avant par X. Blanc-Jouvan in : La révélation aux tiers de la société en participation, *RTDCom.*, 1959, p. 649.

2) V. notamment, Y. Chartier, Remarques sur la société en participation, *RTDCom.* 1979, 637.

3) V. B. Dondero, Société en participation, *Rép. Soc., Dalloz*, n° 32 ; I. Riassetto, Société en participation, Fasc. 1179, *LexisNexis*, n° 19 ; J. Derruppé et S. Nizard de Saint-Didier, Sociétés en Participation – Notions générales, Fasc.47-10, n° 8.

4) V. Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil.

5) Le caractère volontaire et conscient de l'absence d'immatriculation la distingue de la société créée de fait.

6) L. n° 90-1258, 31 décembre 1990, article 22 : « Nonobstant toute disposition législative ou réglementaire déterminant limitativement les modes d'exercice en commun de la profession, il peut être constitué entre personnes physiques exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé une société en participation, régie par les dispositions ci-après et celles non contraires des articles 1871 à 1872-1 du Code civil. Une société en participation peut également être constituée, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, entre personnes physiques exerçant plusieurs des professions libérales définies au premier alinéa. La dénomination sociale de la société doit être immédiatement précédée ou suivie de la mention : "société en participation" ou des

Révéler une société consiste à porter son existence à la connaissance du public. Concernant la société en participation, il s'agira d'une révélation « de fait », et non de droit suite à une immatriculation, puisque par définition cette société n'est pas immatriculée (1). Certaines sociétés en participation ont vocation à rester discrètes, les associés ne révélant pas l'existence de la société aux tiers, seul un gérant en pratique contractant avec eux ; tant l'existence d'une société en participation que l'appartenance des associés à cette société restent occultes. En revanche, dans d'autres sociétés en participation que l'on pourrait qualifier d'ostensibles, les associés assument pleinement leur qualité d'associé et l'existence d'une société à l'égard des tiers, cocontractants notamment (fisc, banques, fournisseurs...).

Mais encore faut-il s'interroger sur la possibilité de révéler une société en participation aux tiers. Auparavant, les sociétés en participation devaient être occultes (2). Tel était le principe d'abord posé par l'article 44 al. 1^{er} du Code de commerce issu de la loi du 24 juin 1921 selon lequel « les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers », puis, suite à son abrogation par l'article 419 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 en vertu duquel « La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers. Elle n'a pas la personnalité morale, n'est pas soumise à publicité, et peut être prouvée par tous moyens. » Lorsque la société était révélée aux tiers, elle était irrégulière et soumise au régime de la SNC, de la société civile ou de la société créée de fait (3).

Cependant le législateur de 1978 a abandonné cette exigence (4). Dorénavant, la société en participation n'est pas nécessairement une société occulte, elle peut se révéler aux tiers dès le départ ou en cours de fonctionnement. Sa révélation aux tiers ne remet plus en cause sa qualification de société en participation. La société en participation n'est désormais caractérisée que par son absence volontaire d'immatriculation au RCS (5), ce qui la prive tout simplement de la personnalité juridique. Il en résulte que la révélation aux tiers de la société en participation est désormais possible et que même si d'aucuns continuent de distinguer les sociétés en participation occultes et les sociétés en participation ostensibles, cette distinction n'a en réalité plus lieu d'être.

Possible, la révélation aux tiers est même parfois obligatoire. C'est en effet le cas des sociétés en participation constituées entre personnes physiques exerçant une profession libérale soumise à un statut

législatif ou réglementaire. Ce sont des sociétés en participation ostensibles en ce qu'elles doivent respecter des règles de publicité notamment, conformément à l'article 22 de la loi n° 90-1258, 31 décembre 1990 (6). En particulier, la constitution des sociétés en participation d'avocats fait l'objet de l'insertion d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du lieu d'inscription au tableau de l'ordre ou sur la liste du stage de chacun des associés, qui contient la dénomination, la liste des associés et le nom du barreau auquel ils appartiennent (7). De même, et cette fois-ci, non pas au niveau de la société mais des associés, le fisc impose une déclaration aux associés qui souhaitent bénéficier de l'impôt sur le revenu au détriment de l'impôt sur les sociétés (8). Néanmoins, ces révélations obligatoires restent une exception au principe d'une révélation facultative.

Toutefois, partant de ce constat que le législateur ne parle plus de « révélation » et n'en fait plus officiellement un élément déterminant de la validité ni du régime des sociétés en participation, y a-t-il encore un intérêt à s'interroger en la matière ?

Une réponse positive s'impose dans une double mesure : d'une part, parce que si les nouveaux textes n'utilisent pas le terme de « révélation », ils utilisent des mots équivalents (V. *Infra*) ; d'autre part, parce qu'en réalité, cette manifestation aura une influence sur la responsabilité des associés ou de certains d'entre eux tout au moins, autrement dit, elle n'est pas totalement neutre sur le régime de la société en participation.

Il convient donc d'analyser comment le législateur a exactement formulé les textes pour apprécier cette révélation nouvellement conçue. En effet, concernant la responsabilité des associés à l'égard des tiers, le législateur pose un principe mâtiné d'exceptions, exceptions qui témoignent de la prise en compte d'une révélation à l'égard des tiers qui est désormais celle des participants à la société en participation eux-mêmes.

Il pose en premier lieu un principe : celui de l'existence d'une action du créancier contre celui qui a contracté. En vertu de l'article 1872-1 al.1^{er} du Code civil, « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ». Ainsi, le créancier ne peut poursuivre contre celui avec lequel il a contracté, quand bien même le contrat est signé dans l'intérêt de la société en participation et que le tiers a connu son existence. Les autres associés sont étrangers à ce contrat. Tout au plus, le tiers pourra agir contre les autres associés grâce l'action oblique en vertu du droit



commun si le cocontractant est lui-même créancier des associés (9). Il pourrait également agir contre ceux qui se seraient portés garants en vertu du droit commun du cautionnement par exemple (10).

Mais le législateur prévoit en second lieu des exceptions pour lui permettre de poursuivre également les autres associés, soit certains d'être eux, soit tous. À cette fin, le texte n'utilise plus l'expression de révélation. L'idée est que la révélation en tant que connaissance de l'existence de la société ne suffit plus. Le texte exige désormais une volonté expresse ou tacite des associés de s'engager. C'est pourquoi, l'article 1872-1 al.2 et 3 dispose que « *Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. Il en est de même de l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, ou dont il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit.* »

Il semble qu'en réalité, le droit positif soit passé de la prise en compte de la révélation de la société aux tiers à la prise en compte de la révélation de la qualité d'associé (11), et ce, non plus pour invalider la société, mais pour déterminer les associés qui sont responsables à l'égard des tiers.

Car à bien y regarder, tel est désormais l'enjeu de la révélation : déterminer les associés responsables à l'égard des tiers, et pour cela, l'appréciation ne se fait plus au niveau de la société en participation elle-même, mais au niveau de chaque associé. C'est donc en réalité la révélation de la qualité d'associé en participation que l'on va étudier. À partir de là, il est possible d'affirmer que cette révélation est prise en compte dans deux cas : lorsque les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers ; lorsque l'associé, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard. C'est cette double révélation faite par les associés qui est appréhendée par le droit positif.

Il conviendra donc d'étudier comment le droit positif appréhende cette double révélation, aussi bien concernant les moyens de cette révélation que concernant sa portée. Or, il apparaît que si cette révélation se doit de respecter des conditions strictes (I), sa portée s'avère également limitée (II).

I. Les conditions strictes de la révélation

La révélation aux tiers suppose la démonstration d'un comportement manifestant la volonté du participant de s'engager avec celui qui a agi. Cela vise l'un des deux comportements prévus par le texte, la jurisprudence procédant à une appréciation stricte, soit des agissements en qualité d'associé au vu et au su des tiers (A), soit de l'immixtion qui laisse croire à un engagement au cocontractant (B).

A. Les participants agissant en qualité d'associés au vu et au su des tiers

La révélation de la qualité d'associé d'un participant suppose qu'il agisse en qualité d'associé au vu et

au su des tiers. Le législateur invite ce faisant à une appréciation au cas par cas. Néanmoins, une telle caractérisation emportant un régime dérogatoire au principe d'engagement du seul contractant, elle est d'appréciation stricte à l'instar de toutes les exceptions. Ainsi, à partir de cette formule consacrée par le législateur, la jurisprudence a progressivement identifié l'objet de la preuve et les éléments de preuve admissibles, toujours dans une approche restrictive. Il en résulte que trois éléments doivent cumulativement être prouvés : il faut un agissement personnel, positif, en qualité d'associé. Nous reprendrons successivement ces différents éléments afin d'en préciser la teneur.

• Un agissement personnel

L'agissement et les actes dont il s'agit doivent être personnels, ce qui signifie que la révélation de la qualité d'associé ne doit pas émaner d'une autre personne que le participant lui-même. Cette solution était expressément retenue par le législateur antérieur à 1978 qui prévoyait dans l'article 421 de la loi du 24 juillet 1966 que « *chaque associé contracte avec les tiers en son nom personnel. Il est seul engagé, même au cas où, sans l'accord des autres associés, il révèle leur nom aux tiers* ». En l'absence de précision dans les nouveaux textes, la jurisprudence devait prendre position. Dans un premier temps, elle avait pu déduire de l'abrogation de l'article 421 de la loi du 24 juillet 1966 que seul l'associé ayant révélé le nom des autres était tenu. Cette jurisprudence avait soulevé les critiques dans la mesure où elle incitait les gérants à révéler le nom des associés pour échapper aux conséquences des contrats conclus par eux. Aussi, confortant le droit positif antérieur, la Cour de cassation a pris position dans un arrêt de la Chambre commerciale du 15 juillet 1987 (12), en estimant que seuls des agissements personnels des participants permettent de les engager.

Pour bien comprendre le problème, il convient de revenir aux faits de l'espèce. Six personnes avaient constitué une société en participation pour rénover un bien immobilier dont elles devaient vendre des lots. Destinée à rester occulte, cette société devait agir à l'égard des tiers grâce à son gérant. Toutefois, le gérant avait communiqué l'acte constitutif de la société à l'établissement financier auprès duquel il sollicitait un crédit pour financer l'opération ; il avait publié en outre dans un journal d'annonces légales la convocation à une assemblée générale de la société. Si les autres associés ne sont jamais intervenus dans la négociation du prêt, certains avaient toutefois été personnellement informés par courrier de l'octroi du prêt, courriers auxquels ils n'avaient pas réagi. Suite à des difficultés de la société en participation, la banque demandait le remboursement du montant du prêt, et pour ce faire, elle souhaitait poursuivre tous les associés, quand bien même ils n'avaient pas été parties au contrat. Elle devait donc démontrer pour cela les agissements des participants en qualité d'associé au vu et au su des tiers. Or, si la cour d'appel retient l'engagement des participants, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que la révélation aux tiers est subordonnée à des actes personnels des participants. Or, en l'espèce, seule l'attitude du gérant était invoquée pour démontrer la révélation de la société, de sorte qu'il était impossible d'en déduire la volonté individuelle des associés : la Cour de cassation estime que cour d'appel n'avait pas caractérisé les actes personnels des

initiales : "SEP", elles-mêmes suivies de l'indication de la ou des professions exercées. Le nom d'un ou de plusieurs associés peut être inclus dans la dénomination sociale. Ces sociétés sont soumises à publicité dans des conditions fixées par décret. Leur durée peut être illimitée. » ; L. n° 90-1258, 31 décembre 1990, article 23, al.1^{er} : « *Les associés sont tenus indéfiniment à l'égard des tiers des engagements pris par chacun d'eux en qualité d'associé.* »

7) Décret n° 93-492 du 25 mars 1993, article 44.

8) V. CGI, art.8, 2° : « *Sous réserve des dispositions de l'article 6, les associés des sociétés en nom collectif et les commandités des sociétés en commandite simple sont, lorsque ces sociétés n'ont pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux, personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société. En cas de démembrement de la propriété de tout ou partie des parts sociales, l'usufruitier est soumis à l'impôt sur le revenu pour la quote-part correspondant aux droits dans les bénéfices que lui confère sa qualité d'usufruitier. Le nu-proprétaire n'est pas soumis à l'impôt sur le revenu à raison du résultat imposé au nom de l'usufruitier. Il en est de même, sous les mêmes conditions ... Des membres des sociétés en participation-y compris les syndicats financiers-qui sont indéfiniment responsables et dont les noms et adresses ont été indiqués à l'administration ; ... » ; V. Infra, G. Loustalet, La fiscalité de la société en participation.*

9) V. Ch. Chieudji, Les obligations des associés en participation envers les tiers, *Infra*.

10) Sur le sujet, V. A Picand-L'Amézec, L'obligation des associés en participation envers les tiers, *Rev. Soc.*, 1990, p. 567.

11) V. toutefois, pour une vision plus nuancée du régime antérieur à 1978, J. Derruppé, *Fasc. Préc.*, n° 9.

12) Com. 15 juillet 1987, BJS, 1987, p.723 ; JCP, G, 1988, II, 20958, Ph. Petel ; *Rev. Soc.* 1988, p.70, Didier ; Com. 11 juillet 1988, BJS, 1988, p.664, P. Le Cannu ; Com. 26 novembre 1996, n° 1996-004513, *Dr. Soc.*, 1997, n° 25, T. Bonneau ; JCP, G, 1997, II, 22904, D. Gibirila ; BJS, 1997, p.149, P. Serlooten.

13) V. Contra toutefois, Cass. Com. 14 juin 1994, n° 92-16370 : *BJS* 1994, 1003, Barbiéri, *Dr. Soc.* 1994 n° 152 Chaput et n° 186, Th. Bonneau : pour une dénomination sociale utilisée dans les relations avec les tiers comme le prévoyaient les statuts de la société. V. également, sous l'empire des anciens textes, Cass. Com. 9 mai 1983, n° Bull. Civ. IV, n° 33 : pour l'admission comme preuve, de l'utilisation par un associé de papier entêté et de bons de commande comportant la mention de la dénomination de la société en participation.

14) CA Paris, 11 février 2000, *BJS*, 2000, p.567, §125, J.J. Daigre.

15) En ce sens, v. X. Blanc-Jouvan, *Op.Cit.* n° 34 et Req. 23 juillet 1877 cité in Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation, préc. § n°16.

16) Cass.Com.15 juillet 1987, V. *Supra*.

17) Com. 26 novembre 1996, n° 94-14519, Lautier, *JCP, G*, 1997, II, 22904, D. Gibirila ; *JCP, E*, 1997, 639, §36, Caussain et Viandier ; *BJS*, 1997, p.149, P. Serlooten ; *Dr. Soc.*, 1997, n° 25, Th. Bonneau.

18) Com. 25 octobre 1983, n° 82-13868, D. 1985, 149.

19) Ph. Petel, Société en participation – Révélation aux tiers. Associés..., Note sous Com. 15 juillet 1987, préc.

20) Civ. 2° 22 mai 2008, n° 07-10855, D. 2008, AJ, 1549.

21) Com. 9 juillet 1996, n° 94-13515, *BJS* 1996, 1052, P. Le Cannu.

22) Cass.Com. 13 janvier 1998, n° 95-19198 : Bull. Civ.IV, n° 23 ; *Rev. Soc.* 1998, 103, note P. Le Cannu ; *Dr. Soc.*, 1998, n° 75, Th. Bonneau ; *RJDA*, 1998, n°742 ; *JCP, G*, 1998, 1490.

23) On notera que l'arrêt relevait en outre que la société Ramsay n'avait pas fait apport à la société en participation de son contrat d'édition du 22 juin 1988 avec les droits et obligations qui y étaient attachés

participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associé au vu et su de la banque.

Conforme à la lettre des textes et à son interprétation stricte, cette position est également conforme à l'esprit du texte qui consiste à n'engager que les participants qui ont manifesté leur volonté de s'engager, ce qui ne saurait être le cas lorsque la divulgation leur est extérieure. La volonté du participant de se révéler en tant que tel aux tiers ne peut émaner que de son propre comportement. En outre, comme nous l'avons précisé *supra*, une position contraire aurait constitué une incitation faite aux gérants de révéler l'existence des coassociés aux tiers afin d'en faire des codébiteurs.

Il en résulte que concrètement, la révélation ne peut émaner d'une personne autre que l'associé lui-même, qu'elle soit le gérant, un associé voire un tiers, protégeant ainsi l'associé d'une éventuelle imprudence ou malveillance d'autrui. Ainsi, il ne suffira pas que le gérant ou un associé ait révélé le nom des autres associés (13). En outre, le gérant ne commet pas une faute en révélant aux tiers le nom des associés sauf s'il s'est engagé à ne pas le faire¹⁴.

• Un agissement positif

Le législateur utilise le terme d'« agissement », ce qui vise sans aucun doute un comportement positif du participant. Toutefois, une attitude passive peut-elle tout de même être prise en compte au même titre qu'un acte positif ?

Dans un premier temps, la jurisprudence l'a admis. La révélation pouvait résulter d'un comportement passif : le fait par exemple pour un associé d'une société en participation de ne pas s'opposer en connaissance de cause à l'utilisation par le gérant de la raison sociale, d'imprimés ou de prospectus faisant état de la participation des associés, laissant ainsi se répandre la notoriété de la société (15).

Mais tel ne semble plus être le cas depuis l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 15 juillet 1987 (16) confirmé depuis (17) : la Cour de cassation exige désormais des actes positifs de la part des participants et non une simple passivité. Rappelons qu'en l'espèce, la passivité des participants était mise en avant dès lors qu'informés personnellement par une banque de l'octroi d'un crédit au bénéfice de la société, ils n'avaient pas réagi, confirmant en quelque sorte leur qualité de participant à la société. C'est implicitement que la Cour de Cassation rejette ce raisonnement. L'attitude passive des participants ne pouvant être retenue pour caractériser leurs actes personnels, on en déduit que seuls des actes positifs sont de nature à révéler la qualité de participant aux yeux des tiers.

La réponse à cette question était moins évidente que celle apportée à la question précédente (V. *Supra*). En effet, s'il est normal d'exiger un acte personnel, rien n'impose un acte positif. Le silence et la passivité étant de nature à induire les tiers en erreur par la création d'une apparence, pourquoi ne seraient-ils pas pris en compte pour assurer leur sécurité ? Car tel est au fond l'objectif de l'article 1872-1 al.2 : la protection des tiers qui se sont fiés à une apparence.

Certes, le choix du terme « action » par le législateur semble indiquer qu'il se réfère à un comportement positif. D'ailleurs, l'analogie avec le régime du sort

d'actes conclus au nom d'une société en formation va en ce sens, puisque sont responsables pour les actes conclus au nom des sociétés en formation « ceux qui ont agi », la jurisprudence ayant précisé que pour déterminer ceux qui ont agi, la simple connaissance ne suffisait pas (18). Toutefois, le professeur Pétel indique que l'obstacle n'est pas diriment et pourrait être surmonté par la référence à la technique du mandat : « si le gérant a été autorisé (fût-ce implicitement) par les associés à révéler la société, les actes qu'il accomplit les engage personnellement » (19). Il n'en reste pas moins que, bien que discutable, la position de la Cour de cassation se justifie pleinement en ce qu'elle ne laisse aucune place à l'équivoque.

Il en résulte que les associés seront protégés au détriment des tiers qui devront rester prudents et ne pas tenir compte de la présence d'associés, aussi solvables fussent-ils, dès lors qu'ils n'ont pas exprimé ouvertement leur volonté d'engagement.

Quant au comportement positif retenu, il varie selon les circonstances. Il peut s'agir de la délivrance par les membres de la société de bulletins de salaire, d'un certificat de travail et d'une attestation de salaire établis au nom de la société et remis par eux aux salariés (20). Il a également été retenu que la société était dénommée par ses membres du nom de chacun d'eux dans les documents publicitaires à destination des tiers (21).

• Un agissement en qualité d'associé

Tout agissement positif et personnel ne permet pas de caractériser une révélation aux tiers des participants à la société en participation. Encore faut-il que le participant agisse *es qualité*, c'est-à-dire en qualité d'associé, de « participant », et non en une autre qualité.

C'est ce qu'a précisé la chambre commerciale de la Cour de Cassation dans son arrêt du 13 janvier 1998 (22) : « Si, aux termes de l'article 1872-1, alinéa 2, du Code civil, les membres d'une société en participation, qui agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, sont tenus à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis par l'un des autres, c'est à la condition que celui-ci les ait accomplis en cette qualité. » En effet, tout comportement positif et personnel ne révèle pas nécessairement la qualité d'associé d'une personne dès lors qu'il pourrait se justifier par une autre qualité que celle de participant à une société en participation.

En l'espèce, l'agent d'un auteur avait cédé les droits sur l'ouvrage à une société cessionnaire qui signait avec un autre éditeur un contrat de société en participation pour éditer et exploiter l'œuvre. Le cessionnaire ayant été mis en liquidation, l'auteur demandait le paiement du solde de ses droits d'auteurs au coassocié. Comme il n'avait pas contracté avec lui mais seulement avec son coassocié en liquidation judiciaire, il devait pour cela identifier de la part du coassocié des agissements au vu et su des tiers « en qualité d'associé ». Or, la Cour estime que les mentions sur l'ouvrage des noms des sociétés et du copyright commun n'étaient pas des actes de révélation de la qualité de participant, la collaboration pouvant s'inscrire dans un autre cadre juridique que celui de la société en participation.



Elle rejette donc le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui rejetait les prétentions de l'auteur (23).

Le tiers demandeur devra donc être très rigoureux dans le fait que le comportement positif et personnel s'analyse réellement en un comportement révélateur de la qualité d'associé.

B. L'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager

Pour agir contre un associé d'une société en participation qui n'a pas directement contracté, le créancier peut également démontrer que l'associé par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager. Il s'agit de celui qui personnellement s'immisce dans la gestion externe de la société en participation, l'immixtion supposant par définition des actes positifs et personnels laissant croire qu'il s'engage à l'égard du tiers. Cette règle trouve son origine dans la jurisprudence très antérieure à la loi du 4 janvier 1978.

Par hypothèse, l'associé ne contracte pas, mais il laisse entendre qu'il s'engage, ou bien il laisse à penser au cocontractant qu'il garantit l'engagement du contractant. Là encore, son comportement correspond à un engagement tacite.

Ainsi, il y a immixtion dans les affaires sociales alors qu'un associé n'était pas le gérant, mais a laissé croire à une cogérance (24). En réalité, c'est surtout la jurisprudence antérieure à la loi du 4 janvier 1978 qui fournit des exemples d'immixtion retenue : le fait que les fournisseurs de la société ont été en droit de regarder la fortune et le crédit d'un des associés comme étant un gage de sécurité pour eux (25) ; le fait de payer les dettes ou d'engager les ouvriers, de fixer leurs salaires, de les congédier, de fréquenter les chantiers avec l'autorité d'un maître (26). Il en serait également ainsi de celui qui signe un chèque ou qui participe à la négociation d'un contrat (27).

En revanche, la règle exclut la prise en compte des actes d'immixtion dans la gestion interne (28). Ainsi, n'est pas responsable celui qui n'a eu qu'un rôle en interne de contrôle ou de surveillance (29), ou celui qui n'a eu qu'un rôle d'intermédiaire entre le gérant et le tiers, un banquier prêteur notamment (30).

Cette seconde hypothèse de révélation de l'article 1872-1 alinéa 3 interroge toutefois dans sa coexistence avec la première hypothèse de révélation prévue par l'article 1872-1 alinéa 2 du Code de commerce. En est-elle réellement distincte et est-elle réellement autonome ?

Le paradoxe vient du fait qu'elle renvoie, comme la première, à l'application de la théorie de l'apparence, le comportement de l'associé témoignant dans cette hypothèse également de sa qualité d'associé. À moins précisément que ce soit cette fois-ci non pas de sa qualité d'associé mais de gérant (de fait à l'évidence) qui soit révélée (dans le cadre de la négociation d'un ou plusieurs contrats s'entend), mais ce serait peut-être là ajouter au texte de l'alinéa 3.

Une des solutions a été de considérer que la première hypothèse de révélation correspondait à une révélation collective. Elle concernerait tous les

associés, tandis que la seconde correspondrait à une révélation individuelle (31). Dans le premier cas, c'est la société dans son ensemble qui serait révélée, et non la qualité d'associé d'un ou plusieurs associés précisément identifiés. Une révélation collective s'opposerait à la révélation individuelle. Néanmoins, il paraît difficile de maintenir cette vision des choses tout en exigeant un « *comportement positif et personnel en qualité d'associé au vu et su des tiers* » dans la première hypothèse de révélation. Car dans ce cas, c'est bien la qualité d'associé d'une personne qui devient ostensible, et non la société, ce qui n'est plus compatible avec une révélation qui serait systématiquement collective. Bien au contraire, il s'agit d'une révélation relative, notamment à certains contrats et à certains créanciers (32). On pourrait penser que cela « *ruine la construction légale en vidant de sa substance l'alinéa 3* » (33), l'alinéa 3 étant alors absorbé par l'alinéa 2.

De ce fait, il est légitime de se demander s'il n'y a pas redondance en conséquence, entre les deux hypothèses. La seconde hypothèse pourrait certes avoir un domaine plus restreint : ses effets concernent semble-t-il le contrat au cours de la formation duquel voire de la conclusion duquel l'associé s'est immiscé. Mais ce caractère relatif n'existe-t-il pas également dans la première hypothèse de révélation ? La seconde hypothèse pourrait aussi correspondre à une immixtion qui emporterait une révélation qui ne correspondrait pas à la révélation en qualité d'associé ; voilà qui paraît bien difficile à caractériser et pourrait apparaître somme toute peu convaincant. La confusion est telle qu'elle incite à s'interroger sur le bien-fondé de cette dualité d'hypothèses et pose donc la question de la pertinence du dualisme des exceptions. Signe ultime de cette ambiguïté, l'arrêt important de la chambre commerciale du 15 juillet 1987 (34), traite sur un même plan des actes personnels qui relèvent du comportement ostensible d'associé ou de l'immixtion dans la gestion (35).

Et les hypothèses de révélations sont d'autant plus difficiles à distinguer que leurs conséquences sont similaires. C'est pourquoi nous nous intéresserons, dans un second temps de cette étude, à la portée de cette révélation dont nous observerons le caractère assurément limité (II).

II. La portée limitée de la révélation

La révélation, une fois prouvée, va produire des conséquences dont la portée s'avère limitée. Cette limitation apparaît d'autant plus importante au regard des conséquences que produisaient la qualification de société en participation ostensible avant 1978 (36). Or, cette limite est double. Si elle vise d'abord le périmètre de la révélation (A), elle concerne également ses conséquences (B).

A. Les effets relatifs de la révélation

Les effets de la révélation sont limités dans leur périmètre qui s'en trouve circonscrit. En effet, dès lors que le droit positif n'analyse pas la révélation de la société dans sa globalité mais la révélation de la

24) Cass. Req. 26 avril 1926 : l'associé était rentré en rapport direct avec les fournisseurs, avait demandé des encaissements, effectué des paiements... et cela, de manière régulière et non ponctuelle.

25) Cass. Req. 23 juillet 1877 : DP, 1878, 1, jur., p.88.

26) Cass.req., 8 février 1926, *RJS*, 1926, p.127.

27) P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, *LGDJ*, 7^e édition, n° 469.

28) Oh. Pétel, préc., n° 21.

29) Cass.Req. 8 juin 1912, *Rev. Soc.*, 1913, p. 8.

30) Cass. Civ.3 décembre 1890, DP, 1891, 1, Jur., p.117.

31) V. Ph. Petel qui distingue la révélation commune à tous les participants et la révélation limitée à certains participants ; Ph. Petel, *La révélation aux tiers de la société en participation*, préc.

32) V. *Infra*.

33) Ph. Pétel, *La révélation aux tiers de la société en participation*, préc.

34) Cass.Com. 15 juillet 1987, préc.

35) « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs sans caractériser les actes personnels des participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associés au vu et au su de la CGIB ou qu'ils s'étaient immiscés dans l'accord passé par M. Y... avec elle faisant croire à cette banque qu'ils entendaient s'engager à son égard, la cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision.* »

36) V. *Supra*, Introduction.

37) Pour une opinion contraire bien que mesurée, V. B. Dondero, *Société en participation*, fasc. Préc., n° 100.

38) V. Supra, *Le régime fiscal des sociétés en participation*.

39) Y. Chartier, *Remarques sur la société en participation*, préc., p. 643.

40) En ce sens, V. M. Storck, *Société en participation*, fasc. Lextenso, n° 123.

41) V. Ph. Petel, *La révélation aux tiers de la société en participation*, préc. n° 20.

42) V. J. Derruppé, *Société en participation - Généralités*, Fasc. 47-10, *JurisClasseur Sociétés*, spéc. n°12.

qualité d'associé aux tiers, et cela, par une étude du comportement de chaque associé, les conséquences engendrées par la révélation sont devenues relatives et à géométrie variable. Il faut y voir en outre la preuve que l'existence d'un droit spécial au sein des alinéas 2 et 3 de l'article 1872-1 du Code civil empêche les tiers d'invoquer l'existence d'une société en participation comme ils peuvent le faire en matière de société créée de fait pour engager la responsabilité de tous les associés (37), c'est-à-dire par la preuve de l'apparence d'une société créée de fait.

Ce faisant, les effets de la révélation voient leur périmètre limité, en fonction de critères essentiellement *intuitu personae* même s'ils ne le sont pas tous.

La première variable concerne le créancier de l'engagement. En effet, celui qui a fait preuve d'un comportement manifestant sa volonté de s'engager avec celui qui a agi, peut à son tour être engagé soit à l'égard de tous les partenaires, soit à l'égard de certains tiers seulement. La révélation peut en effet se faire à l'égard de tous les tiers lorsque l'associé ou les associés assument leur qualité « de manière indifférenciée », mais elle peut également se faire à l'égard d'un seul tiers, par exemple le fisc auquel la société serait révélée pour des raisons fiscales (38), ou de plusieurs tiers. Consciemment ou non, les associés peuvent se révéler à l'égard de certains tiers mais pas à l'égard d'autres tiers. Ainsi, selon les circonstances, les effets de la révélation seront plus ou moins circonscrits quant aux créanciers qui bénéficient de l'engagement de son auteur.

La seconde variable concerne le débiteur de l'engagement. En effet, certains associés peuvent être tenus alors que d'autres ne le sont pas, dès lors que des actes personnels de révélation sont requis. Le Professeur Chartier appelait cela la « *révélation partielle de la société* » (39). L'acte de révélation étant le fruit personnel de chaque associé, l'engagement qui en résulte s'appréciera au niveau individuel. Ainsi, celui qui agit en qualité d'associé au vu et au su des tiers, ou celui qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard, est engagé même si les autres n'ont pas fait montre d'un tel comportement, et inversement, tous ceux qui ont adopté un tel comportement sont engagés. Ce faisant, peut être engagée l'intégralité des associés dans le cas d'une société qui serait « pleinement ostensible », ou bien peut-être engagé un seul associé voire plusieurs d'entre eux dans le cas d'une « société occulte » où seulement un ou plusieurs associés se révèlent en tant que tels.

La troisième variable concerne l'engagement lui-même. Outre que, naturellement, la révélation ne produit pas d'effet sur les créances antérieures mais seulement sur les créances postérieures à la révélation, l'associé peut en effet être engagé pour certaines opérations alors qu'il ne le serait pas pour d'autres. Ceci étant, cette nuance ne devrait pas concerner de nombreuses hypothèses dans la mesure où, la plupart du temps, cette variable rejoint la première variable relative au créancier bénéficiaire de l'engagement : l'associé est en effet engagé par les actes conclus avec le créancier à l'égard de qui il a révélé sa qualité d'associé. En revanche, elle pourrait plus certainement concerner la seconde catégorie de révélation, c'est-à-dire l'hypothèse de l'immixtion, car on peut imaginer qu'à l'égard d'un même créancier,

l'associé s'immisce dans un acte en laissant croire au tiers qu'il s'engage à son égard, tout en ne s'immisçant pas dans un autre pourtant conclu avec le même cocontractant. L'immixtion ne joue en effet que pour l'acte dans lequel l'associé s'est immiscé, ce qui doit être apprécié contrat par contrat, et non pour les autres actes ni pour l'ensemble du passif (40). Cette absence de portée absolue quant aux engagements visés est d'ailleurs corroborée par les termes de l'article 1872-1 du Code civil : l'alinéa 3 vise, dans le cas de l'immixtion qui laissait croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard « le cocontractant » et non « les tiers », signe que la portée de l'engagement est limitée et non absolue (41).

En somme, la révélation engage seulement celui qui a manifesté sa volonté de s'engager d'une manière ou d'une autre, mais seulement pour les actes pour lesquels il a entendu s'engager, et seulement à l'égard des créanciers auprès de qui il s'est révélé. Le caractère relatif des effets de la révélation étant constaté, nous verrons qu'en outre, les conséquences de la révélation sont elles-mêmes très mesurées.

B. Les conséquences mesurées de la révélation

Le principe est que les effets de cette révélation sont limités au domaine de la responsabilité des associés. Et déjà, sur ce point, les conséquences de la révélation interrogent.

Pour rappel, la révélation du comportement d'associé emporte leur engagement envers les tiers créanciers. Dans les deux hypothèses de révélation, leurs auteurs sont tenus à l'égard des tiers des obligations nées des actes accomplis par l'un des autres associés, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La portée de cet engagement varie donc selon la nature civile ou commerciale de l'activité de la société. Si l'activité est commerciale, les associés sont tenus solidairement et le tiers peut poursuivre l'un d'entre eux pour l'intégralité de la dette. Lorsqu'elle est civile, il n'y a pas de solidarité mais engagement conjoint. Toutefois, si les associés sont tenus conjointement, il sera probablement difficile de savoir dans quelle mesure chacun des associés concerné sera redevable. S'ils sont tenus à proportion dans leur part du capital, encore faut-il qu'il existe un capital dans la société en participation et que l'on sache comment il est réparti. Il serait peut-être opportun de considérer alors qu'ils sont tenus par parts viriles. On notera pour finir que les recours récursives entre associés peuvent faire l'objet des mêmes interrogations, à moins bien sûr que les statuts aient régi la question.

Au-delà du principe et des interrogations afférentes, force est de constater que les effets de la révélation font l'objet de limites non négligeables bien que découlant du principe lui-même.

D'une part, la révélation n'a aucune incidence juridique concernant la société elle-même. Elle n'a aucun impact au niveau social, seulement au niveau des associés pris individuellement. En particulier, elle est sans incidence sur le régime des biens de la société en participation puisqu'elle ne donne pas naissance à un patrimoine social faute de personnification, pas plus qu'elle ne donne naissance à un patrimoine indivis. En effet, en



vertu de l'article 1872 du Code civil, « À l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société. Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société. Il en est de même de ceux que les associés auraient convenu de mettre en indivision. Il peut en outre être convenu que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social. » Seule une convention d'indivision permet donc à la société en participation de disposer de bien en indivision, la révélation ne lui permettant pas à elle seule de disposer d'une certaine autonomie patrimoniale, quelle qu'en soit la forme (42).

Cette réflexion fait écho à l'idée qui avait été discutée devant la commission mixte paritaire après avoir été initiée par Jean Foyer (43) en 1975 (44), de distinguer les sociétés en participation occultes et les sociétés en participation ostensibles (45). Les premières auraient été conformes à la traditionnelle société en participation non révélée aux tiers dont les biens restaient la propriété de l'apporteur. Les secondes, caractérisées par une révélation de la société aux tiers, auraient vu les biens apportés ou acquis subir le régime de l'indivision, indivision dont chaque associé aurait été le gérant sauf convention contraire. Autrement dit, il n'était toujours pas envisagé de prévoir un patrimoine social faute de personnification, mais un ensemble de biens indivis affecté spécialement aux tiers dont la créance aurait résulté d'un acte entrant dans l'objet social. Cela rapprochait le régime de cette société en participation ostensible de celui de la société en nom collectif selon Y. Chartier (46), la personnalité morale en moins. Toutefois, la proposition n'a pas été retenue, seul un texte de compromis l'ayant été, qui ne retient pas l'indivision de plein droit dans les sociétés en participation révélées aux tiers. Cela confirme la volonté d'exclure tout impact de la révélation sur le patrimoine de la société.

D'autre part, la révélation a seulement pour effet de rendre les associés révélés débiteurs, mais pas partie au contrat. De sorte que, s'ils sont tenus des obligations résultant des actes accomplis par un autre, la révélation n'a pas pour effet de donner des droits aux associés qui n'ont pas contracté.

Cette limite importante aux effets de la révélation a été expressément affirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 octobre 2007 (47). En l'espèce et en simplifiant quelque peu les faits, une société en participation avait été créée pour acquérir un fonds de commerce exploité en vertu d'un bail commercial contracté par un associé. Or, suite à des loyers impayés, le bailleur avait fait jouer une clause résolutoire prévue au contrat et il avait obtenu contre l'associé qui avait signé le bail, une ordonnance d'expulsion et une ordonnance le condamnant au paiement. Les autres associés, excipant de la nature indivise du bail, avaient alors agi en responsabilité contre le bailleur en lui reprochant de n'avoir mis en œuvre la procédure qu'à l'égard du seul contractant du bail, ce qui ne leur avait pas permis d'empêcher la réalisation du bail, alors que le bailleur connaissant la société en participation et leur qualité d'associé,

deux d'entre eux ayant déjà payé des loyers. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par les associés contre l'arrêt de la Cour d'appel qui ne faisait pas droit à leur demande. Elle disposa qu'« après avoir énoncé qu'aux termes de l'article 1872-1 du Code civil, chaque associé d'une société en participation contracte en son nom personnel et est seul engagé envers les tiers de sorte que les associés, qui n'ont pas été parties au contrat, n'ont aucune action contre les tiers avec lesquels leur associé a contracté, puis relevé que la SCI (Bailleur) avait contracté avec M.B..., l'arrêt retient que le fait pour la SCI d'avoir connu l'existence de la société en participation et le nom des associés, notamment ceux de MM.C... et Y..., lesquels avaient réglé à plusieurs reprises les loyers dans le cadre du bail précédant les actes du 2 octobre 1998, est sans incidence dès lors que la connaissance de l'existence et du nom des autres associés de la société en participation a seulement pour conséquence de permettre à la SCI d'obtenir à son profit une condamnation solidaire à leur rencontre mais n'a pas pour effet de donner des droits aux associés qui n'ont pas contracté avec elle. »

Il en résulte que conformément au texte de l'article 1872-1 du code civil, seul celui qui contracte acquiert la qualité de partie au contrat et acquiert à l'égard des tiers les droits nés de ce contrat. Le fait que d'autres associés aient révélé leur qualité d'associé en participant à l'exécution du contrat ne leur confère pas la qualité de partie au contrat avec les droits afférents à cette qualité. La connaissance par le tiers de l'existence d'autres associés de la société en participation a seulement pour conséquence de lui permettre d'obtenir une condamnation à leur rencontre mais n'a pas pour effet de donner des droits et obligations aux associés qui n'ont pas contracté. Ils deviennent codébiteurs et non partie au contrat, principe appliqué en l'espèce en matière de bail mais qui vaut pour tout contrat.

Conclusion

À l'issue de cette étude, il est possible de constater l'appréhension restrictive par le droit positif de la révélation de la qualité d'associé en participation à l'égard des tiers. Avant toute chose, la révélation aux tiers suppose la démonstration d'un comportement manifestant sans ambiguïté la volonté du participant de s'engager avec celui qui a agi. Aussi, la jurisprudence procède-t-elle à une appréciation stricte « des agissements en qualité d'associé au vu et su des tiers » comme de « l'immixtion qui laisse croire à un engagement au cocontractant ». Mais ce n'est pas tout, puisque la portée de cette révélation s'avère également limitée, tant du point de vue de son périmètre que du point de vue de ses conséquences. En particulier, certains associés peuvent voir leur responsabilité engagée alors que d'autres non, sans compter que la révélation a seulement pour effet de rendre les associés révélés débiteurs mais pas partie au contrat. Cette appréhension restrictive est parfaitement légitime dans la mesure où elle a pour objet une dérogation au régime de principe des sociétés en participation et dans la mesure où elle permet une juste conciliation des intérêts des associés et des tiers. Pour autant, nous avons pu voir que de nombreuses questions restent encore en suspens qu'il serait bon de résoudre.

43) JOAN, 25 juin 1975, p. 4654.

44) V. Y. Chartier, Remarques sur la société en participation, préc.

45) V. Ann. Au rapport de la commission mixte paritaire, p. 35.

46) V. Y. Chartier, préc.

47) Cass. Com. 16 octobre 2007, n° 05-19756, Bull. Civ. IV, n° 207 ; D., 2007, p. 2736, Rouquet ; JCP E, 2008, 1280, §10, J.-J. Caussain ; RJDA, 2008, n° 1, janvier, p. 56 ; JCP, E, 2007, 2422.



Le gérant de la société en participation

**Deen Gibirila (1),
Professeur émérite (Université Toulouse 1 Capitole),
Directeur scientifique du dossier**

1) deen.gibirila@gmail.com

2) A. Gauvin, Le gérant de la société en participation : *Gaz. Pal.* 5 juill. 1998, p. 2.

3) *JO Sénat Q*, 4 nov. 1981, p. 2441 ; *RTD com.* 1982, p. 86, n° 2, obs. J. Derruppé.

4) Trib. com. Seine, 24 avr. 1950 : *DP* 1950, I, p. 350.

5) Rép. min. : *JO Sénat Q* 1981, p. 2441 ; *RTD com.* 1982, p. 86, obs. J. Derruppé.

6) Rép. min. : *JO Sénat Q* 4 nov. 1981, p. 2441 ; *RTD com.* 1982, p. 86, n° 2, obs. J. Derruppé, selon laquelle le contrat de société en participation constitue la preuve de sa qualité pour exploiter le fonds de commerce.

L'organisation et le fonctionnement de la société en participation sont dominés par la liberté contractuelle exprimée dans l'article 1871, alinéa 2 du Code civil aux termes duquel « *les associés conviennent librement... du fonctionnement... de la société en participation* » qui, comme nous le savons, n'a pas la personnalité morale. Cette liberté se manifeste tout particulièrement en ce qui concerne la gérance, objet de la présente réflexion doctrinale.

À l'inverse des simples associés de la société en participation à propos desquels le Code civil énonce des dispositions très précises, les articles 1871 et suivants de ce code ne disent mot du gérant (2). La présence de ce dernier se fonde indirectement sur l'article 1871-1 dudit code lequel, à moins d'une organisation différente, renvoie en tant que de raison aux dispositions applicables aux sociétés civiles ou aux sociétés en nom collectif, selon son caractère civil ou commercial. Ce mutisme constitue probablement la survivance de l'ancienne conception de la société en participation, comme société occulte dépourvue de personnalité morale ; d'où le renvoi, sauf stipulation statutaire différente, aux dispositions relatives aux sociétés civiles et aux sociétés en nom collectif. Néanmoins, un gérant y est généralement nommé.

I. Le statut juridique du gérant de la société en participation

En dépit du silence du législateur auparavant relevé, la liberté qui régit cette forme sociale autorise les participants à désigner un gérant, en faisant là également application des règles relatives aux sociétés civiles et aux sociétés en nom collectif, sauf organisation différente.

A. L'entrée en fonctions du gérant

Le gérant ne représentant pas la société en participation qui est dépourvue de personnalité juridique, agit en son nom personnel pour le compte de celle-ci. Il doit donc avoir la capacité personnelle ou commerciale d'accomplir les actes relevant de l'objet social.

Si la société a pour objet l'exploitation d'un fonds de commerce, le gérant est tenu de se faire immatriculer personnellement au registre du commerce et des sociétés. Si au lieu d'être propriétaire du fonds, il est simplement exploitant

pour le compte des participants, il doit justifier du contrat qui lui donne qualité pour exploiter le fonds ; le contrat de société en participation constitue cette preuve (3).

1. La nomination du gérant

a) La nomination d'une personne physique ou morale

Le principe selon lequel une personne physique ou une personne morale peut indifféremment assurer les fonctions de gérant d'une société en participation semble trouver appui dans les articles 1847 du Code civil et L. 221-3 du Code de commerce. L'application de ces textes à la société en participation ne relève cependant pas de l'évidence, en dépit des dispositions de l'article 1871-1 du Code civil et de l'opinion unanime de la doctrine pour cette solution.

Le gérant peut tout d'abord être une personne physique pleinement investie de la capacité juridique. Il doit donc pouvoir disposer des immeubles, si l'objet social consiste à réaliser des opérations immobilières. Pareillement, il doit être capable d'exécuter des actes de commerce, si l'activité du groupement est d'ordre commercial (4). De plus, il est contraint de s'immatriculer au RCS, en tant que propriétaire et exploitant du fonds de commerce, s'il en est l'apporteur ou, en tant qu'exploitant non propriétaire, s'il ne l'est pas. Dans cette seconde hypothèse, il est tenu de justifier de son pouvoir d'exploiter par le dépôt au greffe du contrat de société en participation (5).

L'unicité de gérance n'étant pas obligatoire, il est possible de désigner plusieurs gérants pas nécessairement dotés de la capacité commerciale, sauf s'ils ont la qualité d'associé et que l'activité sociale est commerciale, car en l'absence d'énonciations particulières, les règles de la SNC vont s'appliquer à lui. En présence d'une société à objet commercial, notamment par l'exploitation d'un fonds de commerce, le gérant est tenu de se faire immatriculer personnellement au registre du commerce et des sociétés. Cette exigence n'est point douteuse s'il est propriétaire et exploite le fonds. Elle vaut également, s'il n'est qu'exploitant pour le compte des participants (6). Au contraire, en présence d'une société à objet civil, l'exigence de capacité commerciale ne vaut que pour ceux voués à exécuter des actes de commerce.



Une personne morale peut légitimement être désignée comme gérant dans des conditions identiques à celles de la nomination d'une personne physique. Dans ce cas, elle doit être représentée par son dirigeant légal, afin d'assurer la gestion de la société, sauf délégation de pouvoirs. Si la personne morale gérante est une société anonyme, la notion de dirigeant doit s'entendre des membres du conseil d'administration ou du directoire, et non des membres du conseil de surveillance (7). Pour autant, conformément au principe de spécialité, l'exercice de la gérance par une personne morale ne doit pas constituer un acte excédant l'objet social.

b) Les modalités de la nomination

La désignation statutaire ou par un acte ultérieur. – Les statuts ou un acte ultérieur n'emportant pas modification des statuts, peuvent désigner un ou plusieurs gérants personnes physiques ou morales choisis parmi les associés. Il est possible de mettre en place une cogérance. À moins que les statuts n'aient prévu d'autres conditions, une décision postérieure ne peut être adoptée qu'à l'unanimité. Cette modalité de désignation repose à la fois sur la valeur contractuelle et sur l'absence de personnalité morale de la société. Faute d'unanimité, le gérant ne peut en principe intervenir que pour le compte des participants qui l'ont choisi. Néanmoins, selon une décision fort ancienne (8), non remise en cause depuis lors, rien ne s'oppose à ce que les associés décident unanimement que le gérant soit désigné à la majorité, simple ou qualifiée.

L'absence de précision de la durée de nomination des gérants emporte leur nomination pour la durée de la société.

En dehors de l'un d'entre eux, le choix des participants peut également se porter sur un tiers (9), auquel cas, il est lié par un mandat exclusif à l'effet de représenter les associés de la société en participation, et se trouve en situation de dépendance économique et de subordination à l'égard des associés de la société en participation (10). Ce gérant serait donc personnellement engagé par les actes accomplis, sans être directement intéressé par les profits en résultant. Toutefois, en raison des lourdes responsabilités qui pèsent sur le gérant, le recours à un tiers est assez rare et a lieu le plus souvent par la technique du mandat, ce qui n'engage que la responsabilité du mandant. En effet, les tiers sont très fréquemment désireux de ne pas confier à un étranger la direction d'une affaire à laquelle il n'est pas intéressé (11).

Par ailleurs, la Cour de cassation a approuvé une juridiction de seconde instance d'avoir exclu l'existence d'un contrat de travail et conféré la qualité de commerçant à celui qui, d'une part, a bénéficié d'une liberté dans les horaires et dans l'exécution, d'autre part, a eu la faculté de traiter directement avec les tiers (12). En revanche, la qualité de gérant ne convient pas à un tiers, lorsqu'on lui accorde celle de mandataire salarié, dans la mesure où il ne se trouve pas dans une situation de subordination juridique. Cette situation tient à l'indépendance du gérant fondée

sur sa prééminence en raison de son mandat évinçant toute position de dépendance au profit d'une position de compétence.

La différence entre la situation de gérant associé et celle de gérant tiers (non associé) est notable. En effet, si le mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant (13), pour sa part, le gérant associé de la société en participation intervient en son nom personnel (14), bien que soit possible le cumul des qualités de mandataire et de gérant associé.

La difficulté provient d'une part, de l'absence de texte de référence de la notion de gérant, d'autre part, du fait que le gérant de la société en participation n'est pas un organe de représentation. Selon l'article 1872-1, alinéa 1^{er} du Code civil, l'associé (qui n'est ni mandataire, ni gérant) contracte en son nom propre et se trouve seul engagé à l'égard des tiers. Étant dépourvue de personnalité juridique, une société en participation ne peut ester en justice et le président de son comité de direction, bien qu'étant gérant de droit de cette société, n'a pas qualité pour ester en justice, puisqu'il agit en son nom personnel (15).

Bien que « gérant » soit le vocable utilisé pour désigner le responsable légal de la société en participation, le recours à ce terme est quelque peu excessif car, s'agissant d'un contrat régi par les articles 1984 et suivants du Code civil, il ne peut à vrai dire avoir de responsable légal. En réalité, la mission du gérant est réalisée par référence à la notion juridique de mandat.

Si le gérant associé est seul tenu de ses actes, de même, un associé qui conclurait un acte dans le cadre du contrat de participation serait seul engagé et non le gérant associé, les autres associés ne l'étant qu'en cas de révélation aux tiers de la société (16). Les associés demeurent étrangers aux relations contractuelles tissées entre le gérant et les tiers, à moins qu'ils n'aient agi en tant que tels au vu et au su de ces derniers, ou s'y soient immiscés en laissant croire au « *cocontractant qu'ils entendaient s'engager à son égard* » (17).

La désignation en l'absence de clause statutaire. – Lorsque les statuts ne prévoient rien en ce qui concerne la nomination du gérant, les participants sont censés s'être donnés réciproquement pouvoir à cette fin. Cette solution doit être admise quelle que soit la nature civile ou commerciale de la participation, même si un membre de la doctrine considère que l'absence de désignation d'un gérant entraîne la dissolution anticipée d'une société en participation civile. Selon cet auteur, la disparition du groupement peut être évitée par la procédure judiciaire de convocation des associés à l'initiative de l'un d'entre eux, afin qu'ils nomment un gérant (18).

Cette analyse doctrinale paraît discutable pour la simple raison qu'il est inopportun de soumettre les deux types de sociétés en participation à un régime juridique différent. Par conséquent, si la société est occulte, chacun des participants réputés gérants agit en son nom, mais dans l'intérêt de tous, ainsi que dans les limites de l'objet social et est seul connu des

7) Rép. min. n° 8732 : *JO Sénat Q* 19 avr. 1990, p. 876.

8) Trib. com. Seine, 15 mai 1882 : *Journ. sociétés* 1882, p. 487.

9) C. civ., art. 1846. – C. com., art. L. 221-).

10) CA Paris, 3 avr. 1992 : *BJS* 1992, p. 669, note J.-F. Barbiéri.

11) CA Paris, 3 avr. 1992 : préc., note 10.

12) Cass. soc., 12 mai 1971 : *Bull. civ. V*, n° 346.

13) - Ph. Pétel, *Le contrat de mandat*, p. 12 : *Dalloz* 1994.

14) J. Guyénot, *La réalisation de l'objet d'une société en participation en l'absence de personnalité morale* : *LPA* 28 juill. 1986, n° 90, p. 19.

15) CA Versailles, 22 sept. 2010, n° 09-5646 : *BRDA* 1/2011, n° 6 ; *RJDA* 3/2011, n° 254 ; *Dr. sociétés* déc. 2010, n° 219, obs. M.-L. Coquelet.

16) K. Rodriguez, *La révélation aux tiers de la société en participation* : *Journ. sociétés* juill. 2019.

17) C. civ., art. 1872-1, al. 3.

18) Y. Chartier, *Remarques sur la société en participation* : *RTD com.* 1979, p. 637, n° 374.

19) J. Guyénot, Régime juridique de la société en participation après sa métamorphose par les articles 1871 à 1873 du Code civil : *Gaz. Pal.* 1979, 2, doctr. p. 628.

20) C. civ., art. 1871, al. 2.

21) C. com., art. L. 221-12, sur renvoi de C. civ., art. 1871-1. - CA Bordeaux, 3 mars 2010 : *Dr. sociétés* 2011, n° 113, obs. D. Gallois-Cochet. - M. Rémond, La révocation du gérant selon l'article 18 de la loi du 24 juillet 1966 : *Rev. sociétés* 1972, p. 421.

22) C. civ., art. 1851.

23) Cass. com., 12 mars 1952 : *JCP G* 1953, II, 7383 ; *Journ. sociétés* 1955, p. 149 ; S. 1953, I, p. 15, selon lequel le simple retard apporté par le gérant à la tenue des comptes est un motif insuffisant de révocation.

24) Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2000 : *Bull. civ.* I, n° 22 ; *Defrénois* 2000, p. 500, note J. Honorat ; *Dr. sociétés* 2000, n° 71, obs. Th. Bonneau.

25) C. com., art. L. 221-12, al. 4. - C. civ., art. 1851, al. 1^{er}.

26) C. civ., art. 1846-2.

27) M. Rakotovahiny, Société en participation et procédures collectives : *Journ. sociétés* juill. 2019.

tiers. Si la société est ostensible, chacun contracte au vu et au su des tiers en tant qu'associé, soit à titre personnel, soit en tant que mandataire d'un associé, soit en cumulant les deux qualités. Il doit rendre compte de sa gestion, les actes accomplis ne pouvant engager les autres associés que s'ils ont été effectués dans les limites de l'objet social.

En pratique, l'absence de désignation de gérant se conçoit quand deux ou plusieurs entreprises conviennent de mettre en commun leurs résultats, mais continuent par ailleurs à fonctionner comme auparavant.

Si la société en participation a un objet commercial, le gérant est commerçant et demeure justiciable des juridictions consulaires. Il doit donc remplir les conditions requises pour posséder cette qualité.

En l'absence de désignation d'un gérant, conformément à l'article L. 221-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce relatif à la SNC, cette fonction est dévolue à tous les associés. Si la société a un objet civil, l'article 1846, dernier alinéa du Code civil confère à tout associé la faculté de demander au président du tribunal statuant sur requête, la désignation d'un mandataire chargé de réunir les associés en vue de nommer un gérant. L'article 1846-1 de ce code rend possible la dissolution anticipée de la société, à la demande de tout intéressé, si un gérant n'a pas été nommé depuis plus d'un an. L'application de ces dispositions résulte d'une initiative prise par un associé et d'une intervention judiciaire (19). L'inertie des associés pourrait conduire à admettre qu'ils ont tacitement instauré une cogérance de la société permettant à chacun d'eux de s'engager pour réaliser l'objet social.

B. La cessation des fonctions de gérant

En dehors de la révocation (1.) et de la démission (2.), le mandat du gérant s'achève par l'arrivée du terme lorsqu'il a été désigné pour une durée déterminée.

1. La révocation du gérant

Les statuts déterminent librement et souverainement les conditions de révocation du gérant. Rien n'interdit donc d'envisager une révocation *ad nutum* ou au contraire une révocation pour justes motifs, et de prévoir pour cette dernière forme une majorité simple ou qualifiée ou encore, ce qui est plus souvent le cas, l'unanimité, à condition de ne pas déroger aux dispositions impératives de la loi (20).

Là encore, le mutisme du pacte social quant aux conditions de révocation conduit, au regard de l'article 1871-1 du Code civil, à appliquer les règles prévues pour les sociétés en nom collectif si la participation a un objet commercial (21), et à celles relatives aux sociétés civiles si elle a un caractère civil (22).

En conséquence, lorsque l'activité est de nature commerciale, le gérant statutaire associé n'est révocable qu'à l'unanimité des coassociés, la révocation entraînant la dissolution de la société, sauf clause contraire, et conférant un droit de retrait à l'intéressé avec remboursement de la valeur de ses droits sociaux. Le gérant non statutaire peut être révoqué suivant les conditions prévues par les

statuts, ou à défaut dans les mêmes conditions que précédemment, mais sans que cette destitution n'entraîne la dissolution et n'autorise le retrait. Le gérant non associé est évincé à la majorité.

Quand l'activité est civile, la révocation intervient pour juste motif (23), quel que soit le mode de nomination, puisque l'article 1851 du Code civil ne fait pas de distinction entre le gérant associé ou non et le gérant statutaire ou non, sur décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales (24). Le gérant a alors le droit de se retirer de la société en obtenant le remboursement de la valeur de ses droits sociaux, en vertu des dispositions de l'article 1869, alinéa 2, du Code civil. Néanmoins, les associés peuvent convenir de dissoudre la société afin de paralyser les effets de la décision de retrait prise par le gérant.

Conformément au droit commun des sociétés, indépendamment du caractère civil ou commercial de la participation et sauf disposition contraire des statuts, la révocation décidée sans justes motifs peut occasionner l'octroi de dommages et intérêts (25).

En toute hypothèse, l'application des règles relatives à la SNC ou à la société civile ne doit se faire qu'« *en tant que de raison* ». C'est ainsi que la publication de la nomination ou de la révocation du gérant (26) ne se conçoit pas, en l'absence de publicité. En pratique, lorsque la société en participation est ostensible, il est utile d'en informer les créanciers, faute de quoi la théorie de l'apparence doit pouvoir jouer.

Cependant, la transposition à la société en participation des textes applicables à la SNC ou à la société civile, prête à hésitation. En effet, si la société personne morale (SNC ou société civile) provient initialement d'un contrat, après immatriculation, la vie de la société personne morale ne se confond pas nécessairement avec celle de ses membres. On peut alors s'interroger sur la pertinence de l'application à un contrat (la société en participation) des règles ayant trait à une personne morale (la SNC ou la société civile). Par exemple, comment expliquer que la révocation du gérant de la société en participation soit décidée à la majorité des parts sociales dans une société-contrat dépourvue de capital social et dont les apports des participants sont justement mis à la disposition du gérant. Aussi, il semble judicieux de décider dans les statuts au regard de l'article 1871-1 du Code civil, par référence au principe du parallélisme des formes, que le gérant soit évincé de ses attributions à l'unanimité, à l'instar de la procédure de désignation.

Par ailleurs, si la société en participation, faute de personnalité morale, ne peut faire l'objet d'une procédure collective (27), il en va différemment du gérant personne physique ou morale.

2. La démission du gérant

La démission du gérant demeure possible, peu importe l'objet de la société en participation. Néanmoins, si elle intervient dans des conditions susceptibles de porter atteinte aux intérêts de la société, le gérant démissionnaire peut être condamné à des dommages et intérêts au profit du groupement.

La démission du ou des gérants est régie par les stipulations des statuts et, à défaut, par les règles applicables en matière de SNC ou de société civile, selon l'objet de la société (28).

La constitution de la société ne donnant lieu à aucune publicité, la démission du gérant n'a pas à être publiée. Rien n'empêche pour autant de convenir d'une publicité en pareille circonstance.

II. L'exercice des fonctions de gérant de la société en participation

En contrepartie de ses attributions et pouvoirs (A.), le gérant assume des obligations et responsabilités (B.).

A. Les attributions et pouvoirs du gérant

La situation ne laisse place à aucun doute lorsque les statuts, organisant la gérance, précisent les pouvoirs du gérant. Celui-ci est alors obligé de se conformer aux stipulations statutaires, lesquelles subordonnent fréquemment ses actes au consentement préalable et unanime des participants. Le pacte social peut également interdire au gérant de s'engager sans cet accord, au-delà d'un certain montant.

Bon nombre d'auteurs (29) utilisent le terme de « mandataire » pour qualifier la fonction du gérant de la société en participation. Ce dernier devant se conformer au contenu du pacte social dont il tire ses attributions, il s'ensuit que tout dépassement de ses pouvoirs est inopposable aux associés, mais l'acte litigieux conserve son efficacité à l'égard des tiers. L'opération irrégulière exclue du compte de la participation demeure aux risques du gérant qui ne saurait exiger que les coassociés supportent leur part (30). En outre, ce dernier assume seul les actes d'administration et, sous certaines réserves les actes de disposition, sur les biens mis à sa disposition par les associés apporteurs de ceux-ci en propriété ou en jouissance. En cela, sa situation est comparable à celle du mandataire de droit commun, mais cette analyse ne vaut que si le gérant n'est pas associé et, par conséquent, est tiers à la société.

La question des attributions et pouvoirs du gérant se pose surtout dans les relations entre associés (1.). En effet, vis-à-vis des tiers (2.), le gérant n'agit qu'en son nom personnel et dispose de tous les pouvoirs que lui confère son aptitude à contracter. Pour autant, bien qu'essentiellement consacrée aux rapports avec les associés, l'étendue de ses pouvoirs amène à distinguer l'activité qui met l'intéressé en contact avec les tiers et les prérogatives qu'il peut exercer à l'égard des associés

1. Les attributions et pouvoirs dans les rapports avec les associés en cours de vie sociale

Le domaine des attributions et pouvoirs. – Nul doute qu'en raison de la nature contractuelle de la société en participation énoncée par l'article 1871, alinéa 2 du Code civil, sous réserve de ne pas nuire aux dispositions impératives de la loi, les pouvoirs du gérant sont généralement librement déterminés dans

les statuts, faute de quoi, celui-ci peut valablement accomplir tous les actes de gestion dans la limite de l'intérêt social (31). Dès lors, ses pouvoirs ne trouvent de limite que dans les stipulations de son mandat social.

C'est dire que le silence des textes sur les pouvoirs entraîne l'application des règles prescrites pour les sociétés en nom collectif ou les sociétés civiles, selon que la société en participation a un objet commercial ou civil.

Les gérants, s'ils sont plusieurs, détiennent séparément les pouvoirs de gestion, sauf le droit pour chacun d'eux de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue.

Les actes de gestion doivent être entendus dans un sens large, comme pour les sociétés dotées de la personnalité morale. Ils comprennent non seulement les actes d'administration, mais également les actes de disposition. C'est donc en tant que mandataire commun des associés que le président d'un comité de direction a été habilité à signer la mise à la retraite d'un salarié précédemment engagé par un associé de la société. En l'espèce, ce mandat résultait d'une clause statutaire stipulant que les associés étaient solidairement responsables des actes accomplis par le président du comité qui les représentait (32).

Néanmoins, l'absence de personnalité morale et le régime particulier des biens limitent considérablement le pouvoir de disposer de la part du gérant. En effet, la libre disposition des biens affectés à l'activité sociale suppose que le gérant en soit personnellement propriétaire, ou qu'il soit en même temps gérant de l'indivision si elle a été convenue. Dans l'hypothèse inverse, il devra être muni d'une procuration du propriétaire pour réaliser l'acte de disposition. Il est donc judicieux de déterminer les biens sur lesquels doivent porter ces actes, selon qu'ils seront la propriété de leurs apporteurs ou seront entièrement ou partiellement indivis.

Les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant doivent être unanimement prises par les associés. Dans le cadre d'un pool bancaire qualifié de société en participation, le gérant excède ses pouvoirs en consentant un abandon de créance sans l'accord des membres du pool (33).

À l'occasion de tous ces actes, en tant que mandataire des autres associés, le gérant a droit au remboursement des avances et frais engagés dans l'exercice de sa mission, ainsi qu'aux intérêts des sommes avancées par lui (34).

La liberté d'action du gérant est réduite en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de représenter ses coassociés en justice. Il n'est habilité qu'en son nom personnel, à défendre en justice les intérêts de la société. S'il obtient gain de cause, les associés vont tirer un profit indirect de l'action dont il doit leur rendre compte. En cas de perte du procès, les associés prenant la qualité de tiers intéressés, pourront contester la décision par la voie de la tierce opposition.

Le gérant est en droit d'exiger des participants qu'ils réalisent leurs apports selon les modalités définies au pacte social. En cas de défaillance d'un des leurs, il peut agir à son encontre au même titre qu'un créancier vis-à-vis d'un débiteur, afin d'obtenir l'exécution des engagements convenus.

28) C. civ., art. 1871-1.

29) D. Pernot, La société sans personnalité morale, n° 209 : thèse Dijon 1988. – J. Vallansan et E. Desmorieux, Société en participation et société créée de fait, n° 89 : *GLN* Joly 1996.

30) Trib. com. Seine, 24 avr. 1950 : *Gaz. Pal.* 1950, 1, jurispr. p. 350 ; *Rev. sociétés* 1950, p. 311.

31) *Infra*, « L'obligation de respecter l'intérêt social ».

32) - Cass. soc., 30 avr. 2014, n° 13-11.43 : *BRDA* 18/2014, n° 1.

33) Cass. com., 27 mars 2001, n° 98-22.828 : *Bull. civ.* IV, n° 66 ; *RJDA* 2001, n° 891 ; *RTD civ.* 2002, p. 805, obs. J. Mestre et B. Fages.

34) C. Dupouy, La comptabilité des sociétés en participation : *Rev. sociétés* 1979, p. 753.

35) Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1975, n° 74-12.247 : *Bull. civ. I*, n° 148.

36) TGI Lyon, 1^{er} ch., 14 août 1991, *Chevallaz c/ Greco*. – CA Paris, 9 juill. 1991 : *RTD com.* 1992, p. 629, obs. C. Champaud et D. Danet. – CA Versailles, 3 févr. 1994 : *Bull. Aix 2/1984*, p. 43, réservant toutefois la désignation d'un administrateur provisoire aux sociétés ostensibles.

37) C. civ., art. 1872-1, al. 1^{er}.

38) C. civ., art. 1341-1, depuis l'ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, anc. art 1166.

39) Cass. com., 23 oct. 1984 : *BJS* 1984, p. 1211.

40) Cass. com., 20 nov. 2001 : *Bull. civ. IV*, n° 180 ; *RJDA* 2002, n° 269 ; *LPA* 25-26 déc. 2001, p. 5, note E. C. ; *Rev. sociétés* 2002, p. 316, note J.-J. Daigre ; *BJS* 2002, p. 277, note J. Vallansan.

41) CA Paris, 16 févr. 2001 : *RTD com.* 2001, p. 462, obs. C. Champaud et D. Danet.

42) Cass. com., 26 oct. 1981 : *Rev. sociétés* 1982, p. 858, note F. Dekeuwer-Défossez.

43) C. civ., art. 1871, al. 2.

44) – CA Paris, 5 juill. 1994 : *BJS* 1994, p. 1108.

45) Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-16.504 : *BRDA* 4/2019, n° 4 ; *BJS* 2919, p. 37.

46) CA Paris, 3 avr. 1992 : préc. n° 62.

47) C. civ., art. 1999 et 2000.

48) CA Rennes, 29 avr. 1881 : S. 1886, I, p. 20. – En ce sens également J. Escarra et J. Rault, *Traité théorique et pratique de droit commercial : Les sociétés commerciales* : *Sirey*, 1950, n° 492.

49) Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, n° 96-10.718 : *Bull. civ. I*, n° 211.

50) CA Versailles, 26 sept. 2006, n° 05/4479 : *RJDA* 2/2007, p. 269.

51) CA Paris, 28 avr. 2000 : *Juris Data* n° 2000-117754.

52) C. civ., art. 1848. – C. com., art. L. 221-4, al. 1^{er}. – Pour les études les plus récentes, D. Poracchia, *Le rôle de l'intérêt social* : *Rev. sociétés* 2000, p. 223. – C. Bailly-Masson, *L'intérêt social, une notion fondamentale* : *LPA* 9 nov. 2000,

La limitation des attributions et pouvoirs par la nomination d'un administrateur provisoire. – La Cour de cassation a implicitement admis la possibilité de nommer un administrateur provisoire dans le cadre d'une société en participation (35). Elle a effectivement estimé que l'assignation en référé aux fins de désignation d'un mandataire de justice pour administrer et gérer une société en participation a été rejetée à bon droit, aucun élément n'établissant ni l'urgence, ni le péril des droits.

En revanche, cette situation d'urgence et de périls de droits justifiant une administration judiciaire a été ultérieurement admise à maintes reprises (36).

2. Les attributions et pouvoirs dans les rapports avec les tiers en cours de vie sociale

Le gérant est investi des plus larges pouvoirs sur les biens apparemment mis à sa disposition, puisqu'il intervient en son nom personnel et pas de celui de la société (37). Cette situation résulte à la fois de l'absence de personnalité morale et du caractère occulte de la société en participation.

Les tiers ne connaissent que le gérant dont les actes sont toujours valables à leurs yeux. Ils ne craignent donc pas de se voir opposer un dépassement de l'objet social par le gérant. Il en découle une double conséquence. D'une part, les associés, en dehors de l'action oblique de droit commun (38) ne disposent d'aucune action à l'encontre des tiers qui ont traité avec le gérant (39). D'autre part, les tiers ne bénéficient d'une action qu'à l'encontre du gérant avec lequel ils ont contracté, mais en sont privés à l'égard des associés. Ils viennent en concours avec les créanciers personnels du gérant.

S'agissant d'une société en participation ostensible constituée par un groupement momentané d'entreprises pour l'exécution de travaux, seul le gérant peut recouvrer les créances dues à la société ; le client peut opposer aux associés non gérants qui lui réclament tout ou partie du prix des travaux, les stipulations du pacte social, jusqu'à la dissolution du groupement (40).

Le gérant qui a reçu les pouvoirs de gérer la société en participation, ne peut exiger des créanciers qu'ils assignent chaque associé (41).

3. Les attributions et pouvoirs lors de la liquidation de la société

À l'instar d'un liquidateur, le gérant est tenu lors de la liquidation, de réaliser tous les actes utiles à la clôture des opérations (42) et de procéder à la liquidation des comptes. Vis-à-vis des tiers, en l'absence de convention contraire, il ne peut engager les associés et, par conséquent, demeure seul cocontractant des créanciers, à l'égard de qui il recouvre les créances et règle les dettes.

En revanche, vis-à-vis des associés, sa mission se limite à la réalisation des opérations en cours. En outre, bien que valables, les opérations nouvelles passées par le gérant n'engage que ce dernier et non les associés.

Dans la liquidation des comptes, le gérant prend en considération les bénéfices et les pertes issus des opérations effectuées par chaque associé et de ceux réalisés par chacun d'eux pour le compte de la société. En définitive, il va rendre compte des opérations de liquidation aux associés.

4. La rémunération, contrepartie de l'exercice des fonctions de gérant

Comme dans toute structure sociétaire, le gérant d'une société en participation peut être rémunéré ou non. Dans l'affirmative, la rémunération est librement fixée par les associés (43). Elle vient alors s'ajouter à sa part dans les bénéfices, s'il est associé. Pareille rémunération ne saurait, lorsque le gérant dispose également de la qualité d'associé, rendre fictif son apport (44). À ce sujet, il a été décidé que, quand bien même les statuts de la société en participation ne préciseraient rien en ce qui concerne les avantages et la rémunération perçus par le gérant, dès lors que le procès-verbal d'approbation des comptes de cette dernière détailleraient les salaires, primes sur salaires et avantages en nature dont il avait bénéficié, les rémunérations et avantages perçus par lui devaient être considérés comme ayant été approuvés par les associés et ne pouvaient faire l'objet de demande de remboursement de la part de l'un d'eux (45).

Par ailleurs, en présence d'un lien de subordination, le gérant d'une société en participation peut se voir reconnaître la qualité de salarié (46).

En l'absence de dispositions statutaires, en vertu de l'article 1986 du Code civil, la qualification de mandat commande la gratuité des fonctions du mandataire. Cependant, le gérant peut revendiquer une indemnisation au titre de son activité de mandataire (47), surtout lorsque sa participation est commerciale, le montant de la rémunération étant par ailleurs arbitré par le juge (48).

Signalons tout de même que la jurisprudence relative au mandat le présume salarié quand il exerce ses fonctions à titre de profession habituelle (49). Du point de vue fiscal, la rémunération allouée sous le régime des sociétés de personnes est considérée comme une affectation des bénéfices et, en conséquence, ne constitue pas une charge déductible.

B. Les obligations et responsabilités du gérant

Est-il besoin de le rappeler ? Le gérant d'une société en participation n'est pas un organe de représentation investi de pouvoirs personnels et agissant au nom et pour le compte de la société. Il est donc un mandataire au sens du droit commun du mandat et, en cette qualité, se trouve impliqué sur deux fronts : d'une part, il engage sa responsabilité vis-à-vis des associés (1.), en raison des fautes inhérentes à la mise en œuvre de ses attributions de mandataire (50) ; d'autre part, il est personnellement obligé envers les tiers par les actes accomplis par lui, et engage à leur égard les associés qui lui ont donné mandat d'agir (2.).



En effet, il ne bénéficie pas de l'écran protecteur de la personnalité morale qui le met à l'abri des actions intentées par les tiers contre la société.

1. Les obligations et responsabilités à l'égard des associés

L'obligation de respecter les limites des pouvoirs. - Le gérant a l'obligation de respecter les limitations de pouvoirs qui lui sont imposées. À défaut, les actes accomplis en violation de ces restrictions statutaires ou légales, bien que valables à l'égard des tiers, sont inopposables aux participants. Ceux-ci ne doivent pas supporter les conséquences des opérations abusives qui restent à la charge du gérant, s'ils décident de les écarter des comptes de la participation.

Dans ce contexte, les associés peuvent intenter une action en dommages et intérêts contre le gérant, s'ils ont subi un préjudice dont ils doivent apporter la preuve. En outre, l'inopposabilité aux tiers des limites du mandat autorise notamment l'un d'eux à obtenir le paiement complet de sa créance auprès d'un des associés sur le fondement de l'article 1872-1, alinéa 2, du Code civil (51).

L'obligation de respecter l'intérêt social. - Mandataire des participants, le gérant, outre qu'il doit agir dans l'intérêt de la société (52) c'est-à-dire de son bon fonctionnement, et non du sien, est astreint au moins une fois par an à leur présenter un relevé de sa gestion. Il est alors habilité à agir contre un associé en paiement d'appels de fonds votés par une assemblée générale (53). L'intérêt de la société doit être compris comme l'intérêt commun des associés et est souverainement apprécié par les juges du fond. Il ne se confond pas avec l'objet social. La conformité à l'objet social tient uniquement à la nature de l'acte, tandis que la conformité à l'intérêt social dépend de l'utilité de l'acte et de son opportunité vis-à-vis de la société et de ses membres. Il en découle qu'un acte peut être profitable à la société, tout en excédant les limites de l'objet social. Il est alors nul à l'égard de quiconque. Inversement, un acte quoique conforme à l'objet social, peut nuire à la société. Il est dans ce cas inopposable aux associés. Si l'objet social joue dans les relations avec les tiers, l'intérêt social ne produit d'effets que dans les relations entre associés ; aussi, bien que conforme à l'intérêt social, un acte n'engage pas la société s'il ne respecte pas l'objet social (54).

Signalons que la loi PACTE (Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises) n° 2019-486 du 22 mai 2019 dont le projet a été définitivement adopté le 11 avril 2019 a ajouté un alinéa à l'article 1833 du Code civil, selon lequel toute société doit être gérée « dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité » (55). Cette disposition consacre cette notion jurisprudentielle utilisée dans le cadre de certains contentieux tels que celui d'abus de bien social ou d'abus de majorité. Elle ne définit pas l'intérêt social dont les contours sont précisés par la jurisprudence. Les enjeux sociaux et environnementaux de

l'activité sociale ne sont pas non plus abordés. La considération de ces enjeux doit être adaptée à chaque société, particulièrement en fonction de sa taille et de son activité. De plus par les modifications proposées à l'article 1835 du Code civil, ce texte permet aux associés de toute société d'inscrire sa raison d'être dans les statuts de l'entreprise, plus précisément, celle « dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ». La raison d'être peut être conçue « comme l'expression de ce qui est indispensable pour remplir l'objet social ». Ainsi que préalablement dit, elle ne recouvre pas la nature de l'activité de la société qui correspond à l'objet social, mais « vise à rapprocher les chefs d'entreprise et les entreprises avec leur environnement de long terme ». Elle peut « avoir un usage stratégique, en fournissant un cadre pour les décisions les plus importantes » (56). Dès lors, les sociétés ne doivent plus être guidées par la seule « raison d'avoir », mais également par la « raison d'être ».

Cette nouvelle disposition est applicable à la société en participation, bien que n'étant pas immatriculée et illustrant donc une société « contrat » (57) et non une « société personne morale ». Elle obéit en effet aux articles 1832 à 1844-17 du Code civil relatifs au droit commun des sociétés.

Le gérant peut valablement accomplir à l'égard des associés tous les actes tendant à la réalisation de l'entreprise sociale, c'est-à-dire ceux de pure administration. En revanche, il ne saurait réaliser les actes de disposition, sauf pour le contrat de participation à lui en donner expressément le pouvoir.

La responsabilité du gérant est donc mise en cause chaque fois que par dol ou négligence l'intérêt social est compromis, ses pouvoirs étant limités à l'accomplissement des actes de gestion dans l'intérêt de la société. Les décisions qui excèdent ces actes sont unanimement prises par les associés (58). Elle est également engagée en raison des conséquences dommageables de l'inaccomplissement de ses obligations (violation des statuts, actes déloyaux). Il en va de même pour sa responsabilité pénale, lorsque les fautes commises sont constitutives d'infractions pénales. Cela peut être le cas d'un abus de confiance ou d'un détournement de fonds commis par le gérant lui-même ou par tout associé mandataire.

Toujours est-il que l'appréciation de la conformité des actes du gérant à l'intérêt social ou à l'objet social est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.

L'obligation de rendre des comptes. - À l'image de tout dirigeant, plus précisément de tout mandataire, le gérant d'une société en participation doit rendre compte de sa gestion aux associés, faute de quoi il engage sa responsabilité. Le plus souvent, les statuts mentionnent les conditions de contrôle de la gérance, la périodicité des comptes et leur présentation aux associés. Ces modalités varient souvent au gré de la durée de la société, du nombre et de la nature des opérations à effectuer et du nombre des participants. Les statuts peuvent instituer une procédure d'approbation

n° 224, p. 6. - B. Delecourt, L'intérêt social : thèse Lille II, 2001. - B. Dupuis, La notion d'intérêt social : thèse Paris XIII, 2001. - S. Zeindenberg, L'intérêt social. L'étude du particularisme du contrat de société : thèse Bordeaux IV, 2000. - A. Couret, Le désintérêt social : Mélanges P. Bézard p. 63, LPA et Montchrestien 2002. - A. Constantin, L'intérêt social : quel intérêt ? : Mélanges B. Mercadal, p. 315, F. Lefebvre 2002. - G. Goffaux-Callebaut, La définition de l'intérêt social : RTD com. 2004, p. 35 - B. Basuyaux, L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales : LPA 6 janv. 2005, n° 4, p. 3. - I. Tchoutourian, L'intérêt social en droit des sociétés : Rev. sociétés 2009, p. 735 - D. Martin et G. Bugeja, L'intérêt social dans le contentieux des ordonnances sur requêtes en référé et en la forme des référés : RTD com. 2010, p. 481 - D. Poracchia et D. Martin, Regard sur l'intérêt social : Rev. sociétés 2012, p. 475.

53) Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-12.336 ; RJDA 2002, n° 1291 ; BRDA 18/2002, p. 5.

54) Cette règle ne vaut que pour les sociétés à risque illimité (C. civ., art. 1849, al. 1^{er}, pour les sociétés civiles et C. com., art. L. 221-5, al. 1^{er}, pour les sociétés en nom collectif), car pour celles à risque limité les dirigeants disposant des plus larges pouvoirs pour agir en toute circonstance au nom de la société, engagent la société même pour les actes qui excèdent l'objet social (C. com. art. L. 223-18, al. 5, pour les SARL, L. 225-56, I et L. 225-64, al. 2, pour les sociétés anonymes, L. 227-6, al. 2, pour les sociétés par actions simplifiées).

55) Art. 61 de cette loi. - D. Schmidt, La loi PACTE et l'intérêt social : D 2019, p. 633. - R. Mortier, S. de Vendeuil et B. Zabala, Loi Pacte et droit des sociétés : JCP E 2019, n° 17-18, act. 281, spéc. n° 1. - I. Grossi, L'intérêt social élargi, quel(s) intérêt(s) ? dans « Loi Pacte et droit des sociétés » (s/s la direction de B. Brignon et I. Grossi) : Journ. sociétés avr. 2019, p. 13 ; Journ. spéc. sociétés 11 mai 2019, p. 11. - BRDA 10/2019. - V. aussi, B. Brignon, Loi « PACTE » et droit des sociétés : RSE et raison d'être (art. 169), société à mission (art. 176) et contrat de partage de plus-value (art. 162) : Lexbase hebdo, éd. affaires n° 595, 23 mai 2019. - D. Poracchia, De l'intérêt social à la raison d'être des sociétés : BJS juin 2019, p. 40.

56) J.-D. Senard et N. Notat, Rapport « l'entreprise, objet de l'intérêt collectif ».

57) D. Gibirila, Le contrat de société : quelques observations en guise d'introduction, dans « Droit des obligations et droit des sociétés » (s/s la direction de M. Rakotovahiny) : *Journ. sociétés* mars 2019, p. 13.

58) CA Versailles, 26 sept. 2006 : *Juris-Data* n° 2006-321095.

59) CA Paris, 7 mars 2003 : *RJDA* 10/2003, n° 969.

60) J.-P. Métivet, Les articles 52, alinéa 1^{er} et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité du dirigeant social envers les tiers : *Rapp. Cass.* 1998, p. 111 et s. - G. Auzero, L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé : *D. affaires* 1998, n° 110, p. 502. - V. Wester-Ouisse, Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions : *D. Affaires* 1999, n° 161, p. 782. - R. Besnard Goudet, La faute détachable commise par un dirigeant social engage sa responsabilité à l'égard des tiers : *D.* 2002, cah. dr. aff., doct. p. 1821. - J.-F. Barbiéri, Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants, la responsabilité personnelle à la dérive : *Mélanges Y Guyon*, p. 41, *Dalloz* 2003. - J. Abras, L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? : *JCP E* 2008, n° 27, 1912. - E. Nicolas, La notion de faute séparable des fonctions des dirigeants sociaux à la lumière de la jurisprudence récente. Mutation, disparition ou simple besoin de changement de désignation ? : *Rev. sociétés* 2013, p. 535.

61) Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-12.251 : *Bull. civ.* IV, n° 96 ; *RJDA* 8-9/2008, n° 927 ; ; *D.* 2008, act. jur. p. 1408, obs. A. Lienhard ; *D.* 2008, p. 2113, note B. Dondero ; *BJS* 2008, p. 762, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 2008, n° 171, obs. M.-L. Coquelet ; *RTD civ.* 2008, p. 500, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. sociétés* 2009, p. 618, note D. Poracchia. - Sur cet arrêt, D. Gibirila, La responsabilité du gérant de société en participation : *RJDA* 11/2008, p. 1063.

62) Cass. com., 4 févr. 2014, n° 13-13.386 : *BRDA* 6/2014, n° 4 ; *RJDA* 5/2014, n° 453 ; *Dr. sociétés* avr. 2014, n° 60, obs. R. Mortier ; *Lexbase hebdo*, éd. affaires n° 374,

périodique des comptes par l'assemblée des associés. À ce propos, le gérant doit prendre garde à bien différencier ses activités personnelles des opérations menées pour le compte de la société.

Dans le mutisme des statuts, le droit commun du mandat trouve à s'appliquer en vertu des dispositions de l'article 1993 du Code civil. Une reddition des comptes doit être établie au plus tard à la dissolution de la société. Dans une espèce, les statuts d'une société en participation n'envisageaient aucune disposition spécifique en matière de reddition des comptes. Aussi, le gérant avait estimé à bon escient qu'une assemblée ne devait pas être convoquée pour que les comptes sociaux fussent soumis à l'examen de son co-associé, d'autant plus que ce dernier avait refusé de délibérer sur les comptes des cinq derniers exercices, qu'il n'avait pas pris connaissance des documents mis à sa disposition avant la tenue de l'assemblée générale destinée à approuver les comptes de liquidation et qu'en raison de son refus de prendre part à la vie sociale, les comptes ne traduisaient aucune activité, ni une opération significative (59).

2. Les obligations et responsabilités à l'égard des tiers

a) Les obligations et responsabilités du gérant in bonis

Le gérant intervenant en son nom personnel, engage sa responsabilité contractuelle ou délictuelle. Sur le terrain délictuel, la mise en cause de la responsabilité suppose la réunion de trois conditions : une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. En l'absence de personnalité juridique, la société en participation ne saurait tirer profit d'une action sociale en réparation d'un dommage subi par elle. Seule doit être intentée à l'encontre du gérant par l'associé ou par le tiers victime du préjudice, une action individuelle en responsabilité.

Dans toutes les sociétés civiles ou commerciales dotées de la personnalité morale en raison de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés, le dirigeant est perçu comme un organe de direction du groupement agissant au nom et pour le compte de celui-ci et non, par représentation des associés qui lui en ont confié la gestion. L'action intentée à son encontre est fondée sur l'article 1240 (ancien article 1382) du Code civil. L'auteur de l'action en responsabilité doit prouver que le dirigeant s'est rendu coupable d'une faute personnelle détachable ou séparable de ses attributions directoriales (60).

Il en va différemment dans la société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité morale. Le gérant est en sa qualité de mandataire des associés, responsable des fautes commises à leur égard dans sa gestion sur le fondement des articles 1992 et 1240 du Code civil. Dès lors, doit être censurée la décision d'appel qui, à l'appui dudit article 1240 subordonne sa responsabilité à l'existence d'une faute détachable de ses fonctions de gérant, en l'absence de

dispositions légales ou statutaires spécifiques (61). En ce sens, il a été décidé que toute faute commise par le gérant d'une société en participation, laquelle est dépourvue de personnalité juridique, constitue une faute personnelle de nature à engager sa responsabilité à l'égard des tiers, peu important qu'elle soit ou non détachable de l'exercice du mandat qui a pu lui être donné par les autres associés (62). Les tiers viennent en concours avec les créanciers personnels du gérant dont le droit est né d'une opération étrangère à la participation, ce qui ne les empêche pas d'agir parfois contre les participants.

La condamnation du gérant à payer à un tiers une somme relative à une opération conforme à l'objet social génère à son profit une créance sur les participants (63).

b) Les obligations et responsabilités du gérant en difficulté

Le maintien ou non dans ses fonctions.

— Signalons d'emblée que, sauf stipulation statutaire, l'ouverture d'une procédure collective contre le gérant n'entraîne pas systématiquement la fin de ses attributions. Pour autant, il paraît difficile de concevoir qu'une personne confrontée à une procédure de redressement, a plus forte raison une procédure de liquidation judiciaire, puisse mener à bien la mission qui lui a été confiée par les participants, ce qui n'irait d'ailleurs pas dans l'intérêt de ces derniers. De surcroît par application de l'article L. 221-16 du Code de commerce, la dissolution de la société en participation est provoquée par la liquidation judiciaire du gérant eu égard à sa qualité d'associé. Il en va pareillement en présence d'un gérant frappé notamment d'une mesure d'incapacité juridique ou d'interdiction d'exercer une profession commerciale.

De plus, selon l'alinéa 2 de cet article, le gérant perd sa qualité d'associé, et ne peut donc se maintenir au sein de la société en conservant son mandat social, à moins de devenir tiers gérant, la valeur des droits sociaux à lui rembourser étant déterminée conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. Ajouter à cela que l'article 1860 de ce code prévoit l'exclusion de l'associé confronté à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, la perte de la qualité d'associé ne pouvant être préalable au remboursement des droits sociaux (64). Cette règle présente un caractère d'ordre public qu'aucune stipulation statutaire ne saurait remettre en cause (65).

L'atteinte personnelle du gérant. - S'il se trouve en état de cessation des paiements, c'est-à-dire dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible (66), le gérant est seul personnellement déclaré en redressement, ou en liquidation judiciaire en cas d'impossibilité manifeste de redressement (67). S'il est une personne morale, l'appréciation de l'état de cessation des paiements s'effectue non seulement en vertu des affaires conclues pour le compte de

la participation, mais également au regard de la totalité du patrimoine du débiteur. S'il est une personne physique, le prononcé du redressement (ou de la liquidation) judiciaire suppose que soit démontrée sa qualité de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel indépendant (68).

La détermination de cette qualité ne repose pas sur la seule fonction de gérant de la société en participation. Par conséquent, si l'intéressé exerce une activité parallèle de commerçant, il peut être déclaré en redressement (ou en liquidation) judiciaire et tous ses créanciers personnels, y compris ceux qui ont contracté à l'occasion de la participation, sont admis à déclarer leur créance. Le patrimoine entier du commerçant servira à régler le passif, sans distinction de la provenance.

Par ailleurs, si c'est la mission de gérant de la société en participation qui lui a permis d'acquiescer le statut de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel indépendant, les tribunaux doivent prendre en considération tout le patrimoine personnel du gérant pour se prononcer sur l'état de cessation des paiements. En pareille circonstance également, tout son patrimoine et uniquement celui-ci sera engagé dans la procédure.

Cependant, malgré le caractère occulte convenu entre les associés par le contrat, la révélation par le gérant de la société en participation crée un lien de solidarité entre les associés, en cas de dettes sociales (69).

La situation diffère notablement en présence d'une société ostensible : sauf preuve contraire, le gérant est réputé intervenir pour le compte de la participation ; il engage la responsabilité de tous les participants contre qui les tiers peuvent agir.

Quant au gérant non associé, il ne subit pas la procédure collective, puisque la loi ne vise que chaque associé qui contracte en son nom personnel. Un semblable gérant ne peut être considéré à l'égard des tiers que comme un mandataire. Il engage alors le patrimoine de celui ou de ceux des participants qui lui ont expressément conféré mandat.

La procédure de mise en redressement ou en liquidation judiciaire du gérant.

La procédure de redressement ou de liquidation judiciaire est engagée contre le gérant sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, ou sur requête du ministère public (70). Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le gérant dispose de son principal établissement (71). Bien que le principal établissement du gérant corresponde généralement au siège de la société en participation, il existe parfois une dissociation lorsque le gérant exerce d'autres activités conjointement au mandat social.

D'une manière générale, le droit commun des entreprises en difficulté s'applique à la société en participation, avec la particularité liée à l'absence de personnalité morale et les conséquences rigoureuses pour les associés gérants ou non (72).

20 mars 2014, note D. Gibirila ; *BJS* 2014, p. 435, note B. Dondero. – Sur cet arrêt, D. Gibirila, La faute détachable et la responsabilité à l'égard des tiers du gérant d'une SEP et d'un associé d'une SAS : *RLDA* mai 2014, n° 5082.

63) - Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-19.010 : *RJDA* 10/2014, n° 780.

64) - Cass. 3^e civ., 9 déc. 1998, n° 97-10.478 : *Bull. civ.* III, n° 243.

65) Cass. com., 5 mai 2015, n° 14-10.913 : *Dr. sociétés* 2015, n° 127, obs. H. Hovasse.

66) C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er} – Pour une étude générale, D. Gibirila, La notion de cessation des paiements, critère de distinction entre la société *in bonis* et l'entreprise en difficulté dans « Sociétés et entreprises en difficulté » (s/s la direction de M. Rakotovahiny) : *LPA* 31 juill. 2018, n° 152, p. 5.

67) C. com., art. L. 640-1, al. 1^{er}.

68) C. com., art. L. 631-1, al. 1^{er} et L. 640-2, al. 1^{er}.

69) Trib. com., 16 janv. 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 536, note Y. Reinhard.

70) - C. com., art. L. 631-3, al. 2 et L. 640-3, al. 2.

71) C. com., art. R. 600-1, al. 2.

72) M. Rakotovahiny, art. préc., note 27.

DÉCOUVREZ NOS FORMATIONS JURIDIQUES

Des professionnels pour vous faire progresser

Service formation

Mél. : formation@jss.fr - tél. : 01 47 03 10 10 - Fax : 01 47 03 99 31



Christelle Chieudji Nguedou,
Docteur en droit,
Élève avocat

Les obligations des associés en participation à l'égard des tiers

1) L. Godon, La société en participation dépourvue de personnalité juridique et la cession des droits d'associé : *BJS* 2012, n° 12, p. 842 – Y. Chartier : Remarques sur la société en participation : *RTD Com*, 1979, p. 637. – C. civ., art. 1871, al.1.

2) Cass. Req., 28 octobre 1940 : *J. Soc* 44, 10 – CA Paris 4 juin 1991 : *BJS* 1991, p. 835.

3) Il en est cas par exemple de la réunion des éléments constitutifs du contrat de société.

4) Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-68.778 : *BJS* 2010, p. 864, note Robine ; *JCP E* 2010, n° 1916, note B. Dondero.

5) Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-13.202 : *D* 2008, AJ 1549, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2008, Comm. 170, note Coquelet.

6) Cass. com., 4 juill. 2006, n° 04-16578 : *Bull. civ.* IV, n° 168.

7) R. Szramkiewicz, *Histoire du droit des affaires* : Montchrestien 1999, n° 372, p.156 - V. aussi, à ce propos P. Didier note sous Cass. com., 15 juillet 1987, n° 86-10787 : *Rev. Sociétés* 1988, p. 70, citant Pothier dans le même sens : « la société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi compte en participation est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul ».

8) Art. 419, loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 : « La société en participation n'existe que dans les rapports entre associés et ne se révèle pas aux tiers. ».

9) X. Blanc-Jouvan, La révélation aux tiers de la société en participation : *RTD Com*. 1959, p.649, n° 4.

10) J. Derruppé, Sociétés en participation : *Jcl Sociétés*. fasc. 44-A, n° 16.

11) B. Dondero, La société en participation, vraie société : *Gaz. Pal.* 8 juill. 2014, n° 186d4, p. 18 - J.-J. Daigre, D. Gaveau, D. Gerry et H. Le Blanc, La société en participation – instrument de coopération : *Dr. sociétés*, actes prat., 1994, n° 16.

12) Sur la question, K. Rodriguez, La révélation aux tiers de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

13) C. civ., art. 1872-1, alinéas 2 et 3.

La société en participation est d'un particularisme accentué. Dépourvue de personnalité morale, cette entité se démarque nettement des autres types de sociétés, notamment au regard de la volonté des associés de ne pas l'immatriculer (1). Aussi, ne dispose-t-elle pas d'un patrimoine propre (2).

Si elle n'est soumise à aucune mesure de publicité, la société en participation est néanmoins astreinte à l'instar des autres sociétés, au respect de certaines conditions impératives du droit commun des sociétés auxquelles elle ne peut déroger (3). Cependant, parce qu'elle ne dispose pas de personnalité juridique, la société en participation ne peut ni contracter en son nom personnel (4), ni être créancière d'obligations (5), ni ester en justice (6).

Ces particularités attestent de l'originalité de la société en participation, « cette société d'un moment, inconnue, obscure, et que pour ces raisons les contemporains de Colbert appelaient « société anonyme » (7), en raison de son caractère occulte. Toutefois, elle peut devenir ostensible.

En effet, sous l'empire de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, notamment en son article 419, la société en participation était nécessairement occulte, toute révélation aux tiers étant exclue (8). Les ambiguïtés soulevées par la révélation aux tiers, avait pour conséquence la transformation de la société en participation en société en nom collectif, et partant, la soumission à l'obligation aux dettes des associés dans ces cordes.

Dès lors, l'avènement de loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 à travers les articles 1871 à 1872-2 a impulsé une nouvelle vision de la société en participation en consacrant ainsi son caractère ostensible. La société en participation sort ainsi de l'incognito, pour se faire connaître du public (9). Le critère de la révélation laissant place à un critère plus simple : le défaut de personnalité morale (10).

Caractérisée par une grande souplesse dont la liberté contractuelle en est le corollaire, la société en participation est déterminée par un défaut de formalisme, traduction même de la simplicité dont elle est empreinte. Ses divers atouts en font un instrument juridique de collaboration très louable. C'est justement cet état de choses qui lui vaut toujours les faveurs intemporelles

de la pratique, notamment pour des usages de collaboration économique, ponctuelle ou prolongée (11).

Incontestablement, la société en participation est empreinte d'originalité. Dès lors, encore plus originale est la problématique des obligations des associés en participation envers les tiers, qui ne va pas sans soulever des interrogations. Le nœud gordien de ces questionnements réside non seulement dans le défaut de personnalité morale de la société en participation qui traduit son incapacité à être sujet de droit, mais aussi et surtout, à travers le comportement de l'associé qui scelle son obligation vis-à-vis des tiers. Ne pouvant contracter et donc disposer d'un passif social, il va sans dire que c'est au gérant désigné et plus largement aux participants, qu'incombe cette responsabilité, compte tenu des éléments factuels et circonstanciels en présence. Cependant, les rouages qui entourent cette nébuleuse ne sont pas toujours faciles à cerner, car la preuve de l'existence de la société ne suffit pas à obliger le participant.

Par ailleurs, la révélation aux tiers de la société en participation (12), qui traduit son caractère ostensible, est d'un avantage certain pour les tiers. Cette révélation a un impact considérable dans la relation entre les associés en participation et les tiers. Mais force est bien de constater que sa dimension s'est fortement amenuisée, même si elle conserve un intérêt au regard du mystère qui entoure la société en participation. Ainsi, l'obligation de l'associé en participation à l'égard des tiers ne naît pas de la nature de la société, qu'elle soit occulte ou ostensible, elle naît du comportement de l'associé (13) qui, il faut le préciser, ne conduit plus seulement à révéler la société mais aussi, à dévoiler d'une certaine manière l'activité même de l'associé. Cela passe nécessairement par l'accomplissement d'actes dans ce sens, d'où l'identification des actes vecteurs des obligations (I). Toutefois, les incidences de ces obligations révèlent l'approximation des garanties accordées aux tiers (II).

I. L'identification des actes vecteurs d'obligations

Les associés de la société en participation ne sont pas nécessairement connus des tiers. La règle est



posée par l'article 1872-1, alinéa 1^{er} du Code civil en des termes clairs et précis ; « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* » (14). Ce principe qui consacre l'effet relatif des contrats avait déjà été posé par la jurisprudence. En effet, seul l'associé qui s'oblige envers un tiers est tenu envers ce dernier, les autres associés ne pouvant interférer dans le rapport entre cet associé et ledit tiers. De la même manière, les tiers ne peuvent se prévaloir d'une quelconque action directe à l'égard des participants envers lesquels ils n'ont pas contracté. Dès lors, ce principe n'a de sens que si la société en participation conserve sa dimension occulte.

Toutefois, le même article 1872-1 du Code civil pose également des exceptions pouvant engager la responsabilité de l'associé en participation envers les tiers. On y voit clairement une allusion explicite à l'hypothèse de la société en participation ostensible. Ces exceptions sont identifiables à travers le comportement de l'associé en participation. Il s'agit notamment de l'accomplissement d'actes positifs à l'extérieur de la société (A) et du bénéfice d'un acte ayant tourné à l'avantage de l'associé (B).

A. L'accomplissement d'actes positifs à l'extérieur de la société : l'associé acteur

La fixation de l'obligation de l'associé repose sur le comportement générateur d'obligations. Ainsi, sera tenu, vis-à-vis des tiers, l'associé qui aura agi au vu et au su de tous (1.) et celui qui par son immixtion dans la gestion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard (2.).

1. Les agissements au vu et au su de tous

Ce cas de figure vise clairement l'hypothèse de la révélation de la société en participation. En effet, lorsque les participants agissent en qualité d'associés et ce de façon manifeste, la société perd son caractère occulte et devient ostensible. L'article 1872-1, alinéa 2 du Code civil dispose à ce propos que : « *si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas* » (15). Cet article met en lumière une sorte de « révélation collective ». Cependant que revêt cette révélation collective ? Comment s'apprécie-t-elle ? Autrement dit, quels sont les indices qui permettent de la caractériser ? Et plus encore, en quoi consiste concrètement l'agissement au vu et au su de tous ?

Un arrêt topique de la Cour de cassation du 15 juillet 1987 (16) apporte des éclaircissements sur ces questions. Les faits méritent d'être exposés. Dans cette espèce, un gérant agissant pour le compte d'une société en participation avait communiqué à la banque les statuts de celle-ci, dans le but d'obtenir un crédit. En

outre, il avait fait apparaître dans un journal d'annonces légales la convocation des associés en assemblée. Le juge d'appel avait condamné solidairement les membres de la société en participation au remboursement du prêt contracté par le gérant auprès de la banque, au motif que « *la loi nouvelle du 4 janvier 1978, destinée à protéger davantage les tiers, leur permet d'écarter la clandestinité des associés lorsque leur existence leur est révélée* » (17). Par conséquent, pour la cour d'appel, la révélation de la société en participation faite par le gérant à la banque suffisait à engager tous les participants. La Haute juridiction, censurant la cour d'appel, lui a reproché de n'avoir pas « *caractérisé les actes personnels des participants permettant de considérer qu'ils avaient agi en qualité d'associés au vu et au su [de la banque]* ». Dit autrement, la révélation doit être le fait du comportement personnel de l'associé et ce n'est que sur cette base qu'un tiers créancier peut être fondé à agir contre lui (18). Ainsi, chaque participant « *doit être en quelque sorte l'artisan de sa propre révélation* » (19).

Quand bien même le gérant aurait dévoilé les noms des associés aux tiers, et d'autant plus sans leur accord, il n'y aurait pas pour autant révélation de la société en participation à proprement parler. Cette dernière ne saurait résulter d'un pareil acte, mais d'un comportement personnel et positif de l'associé agissant ès qualité. Le gérant, loin d'engager ses coassociés à travers la divulgation de leurs noms et partant, la révélation de la société en participation, s'engage personnellement par ses actes. Aussi, comme l'indique à juste titre le professeur Gibrila, « *pour que tous les participants soient engagés, il ne suffit pas d'une simple révélation, il ne suffit pas que le gérant ait révélé leur nom, même avec leur accord, il faut qu'ils aient eu ouvertement un comportement d'associé ; qu'ils aient laissé croire, par leur attitude, qu'ils "s'associaient", au plein sens du mot, aux engagements souscrits* » (20).

À l'évidence, un participant ne saurait être tenu contre son gré, ni même à son insu, à l'égard d'un tiers envers qui il n'a pas personnellement contracté (21). Admettre une solution contraire aurait transformé les participants en « *otages du gérant* » (22). Bien plus, cet état de choses ferait assurément passer la société en participation en « *un piège pour des associés inexpérimentés* » (23) ; le gérant ou même certains participants, pouvant user des pratiques malveillantes aux fins d'échapper à leurs engagements (24).

Cependant, si la question de l'auteur de la révélation semble acquise, celle de l'appréciation des comportements révélateurs est plus délicate. En réalité, la question qui suscite des interrogations est celle de savoir comment s'apprécie le comportement personnel instigateur d'obligations ?

De manière pratique, il est nécessaire de déceler les éléments qui permettent d'affirmer que le tiers a pu effectivement croire à l'engagement de l'associé à son égard. C'est en cela que réside la difficulté de l'exercice.

14) V. dans le même sens : Cass. soc., 20 juin 1979, n° 78-40447 : Bull. civ. V, n° 553.

15) V. dans ce sens : Cass. com., 11 mars 2003, n° 99-14033 : BJS 2003, § 147, p. 688, note J. Vallansan.

16) Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-10787 : Juris-Data n° 1987-001360 ; Bull. civ. IV, n° 195 ; BJS 1987, p. 723 ; JCP E 1987, I, 16959, A. Viandier et J.-J. Caussain ; LPA 5 oct. 1987, n° 119, p. 8, note P. Moretti ; JCP G 1988, II, 20958, Ph. Pétel ; Rev. sociétés 1988, p. 70, note P. Didier ; RTD com. 1988, p. 67, obs. C. Champaud et P. Le Floch ; Deffinois 1988, p. 609, obs. J. Honorat, cassant CA Lyon 20 déc. 1985 : D. 1986, p. 299, note Y. Reinhard ; JCP E 1986, I, 15846, n° 24, A. Viandier et J.-J. Caussain, qui a confirmé T. com. Lyon, 16 janv. 1984 : Rev. sociétés 1984, p. 536, note Y. Reinhard – Cass. com., 11 juill. 1988, n° 86-13759 : Bull. civ. 1988, IV, n° 247 ; BJS 1988, p. 664, note P. Le Cannu – Cass. com., 14 juin 1994, n° 92-16370 : Bull. civ. IV, n° 217 ; BJS 1994, 1003, note J.-F. Barbièri ; Dr. sociétés 1994, n° 152, note Y. Chaput et n° 186, note T. Bonneau – Cass. com., 13 janv. 1998, n° 95-19198 : Bull. civ. IV, n° 23 ; Dr. sociétés 1998, comm. 75, note Th. Bonneau ; D. affaires 1998, p. 343, obs. Boizard ; Quot. jur. 3 mars 1998, p. 7, note P. M. ; Rev. sociétés 1998, p. 103, note P. Le Cannu – Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-14519 : Bull. civ. IV, n° 295 ; JCP G 1997, II, 22904, note D. Gibrila.

17) Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-10787 : préc.

18) V. aussi dans ce sens, D. Gibrila, note sous Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-14519 : Bull. civ. IV, n° 295 ; JCP G 1997, II, 22904.

19) K. Rodriguez, La révélation aux tiers de la société en participation : art. préc. – V. aussi, Cass. com., 9 juill. 1996 n° 94-13515 : Juris-Data n° 1996-003340 ; BJS 1996, p. 1052, note P. Le Cannu. – 13 janv. 1998, n° 95-19198 : préc. – Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-18807 : Juris-Data n° 2002-018206 ; BJS 2003, p. 229, note B. Saintourens ; Dr. sociétés 2003, comm. 87, note F.-X. Lucas.

20) D. Gibrila, La société en participation : Jcl. Civil, art. 1871 à 1873, Fasc. unique, 2018, n° 34. [Document: JCl. Responsabilité civile et Assurances - Fasc. 370-40 : Responsabilité. – Modalités de la réparation (Extrait)].

21) Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation : préc., n° 15.

22) Y. Reinhard, note sous CA Lyon 20 décembre 1985 : D 1986, p. 299 : « *les participants deviennent l'otage du gérant* ».

23) Ph. Pétel, note sous Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-10787 : JCP G 1988, II, 20958, n° 8.

24) X. Blanc-Jouvan, La révélation aux tiers de la société en participation : préc., n° 33.

25) Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-10787 : préc., note 16.

26) Ph. Pétel, note sous Cass. com., 15 juill. 1987, n° 86-10787: préc., n° 12.

27) X. Blanc-Jouvan, La révélation aux tiers de la société en participation : préc., n° 34.

28) Tels que des imprimés par exemple.

29) CA Paris, 29 mai 1852 : J. Trib. Com., 1852, p. 245 – CA Paris, 5 déc. 1900 : J. soc., 1901, p. 260.

30) D., 1894. I. 261, S., 1896. I. 284.

31) V. dans ce sens : CA Limoges, 19 juill. 1839 : D., 1840. 2. 76.

32) C. civ., art. 1984, alinéa 1^{er} : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* ».

33) Sur la question, C. Gerschel, Le principe de non-immixtion en droit des affaires : LPA 30 août 1995, n° 104, p. 8 et 1^{er} sept. 1995, n° 105, p. 4.

34) D. Gibirila, La société en participation : préc., n° 37. (Document: JCl. Responsabilité civile et Assurances - Fasc. 370-40 : Responsabilité. – Modalités de la réparation (Extrait).

35) D. Gibirila, La société en participation : préc., n° 83. (Document : JCl. Responsabilité civile et Assurances - Fasc. 370-40 : Responsabilité. – Modalités de la réparation (Extrait).

36) *Ibid.*

37) V. dans ce sens : Cass. req., 8 juin 1912 : *Rev. sociétés* 1913, p. 8.

38) Cass. com., 11 juill. 1988, n° 86-13759.

39) X. Blanc-Jouvan, La révélation aux tiers de la société en participation : préc., p. 667. Les participants pouvaient être alors tenus conjointement et solidairement s'ils avaient agi ensemble, soit comme codébiteurs, soit comme cautions, mais non comme associés. Cf., jurisprudence citée, note I.

À la lecture de l'article 1872-1, alinéa 2, on pourrait penser que le législateur met un accent particulier sur des actes manifestes, sans équivoque ou même, émanant d'une simple apparence : « agir au vu et au su de tous ». Ce qui paraît exclure d'office une abstention, vu que le texte met en avant « une action » soit, « agir ».

La jurisprudence n'est pas très loquace concernant les actes en question. Cependant, elle milite pour une caractérisation des actes pouvant conduire à considérer des agissements au vu et au su de tous. Elle en donne une interprétation limitée du comportement coupable : un acte positif faisant état de sa qualité d'associé (25). Cette appréhension invite à exclure toute action passive.

À considérer cette approche intéressante, on ne saurait conclure à une approche rédhitoire. Aussi, cette démarche reste discutable.

D'abord, l'abstention de l'associé peut donner lieu à une interprétation positive du tiers créancier ; un comportement pouvant matérialiser un avis. La thèse de l'abstention mérite qu'on lui accorde du crédit car, comme le souligne Monsieur Pétel « *les participants nous semblent en effet suffisamment protégés. Ils ne seront jamais tenus contre leur gré ou à leur insu. Rien ne justifie donc qu'on les autorise à tromper les tiers. Or c'est bien ce qui va se produire si l'on admet qu'un participant notoirement solvable puisse, par sa seule présence, susciter la confiance d'un créancier, tout en restant en réalité à l'abri d'une éventuelle action de celui-ci.* » (26).

De plus, s'il est admis que la manifestation de la volonté de s'engager peut résulter d'un acte positif, on peut tout aussi considérer qu'elle pourrait être l'émanation d'un acte passif. À cet effet, « *le simple comportement passif [Des associés], leur simple tolérance, peuvent valoir confirmation ou approbation tacite et il n'en faut pas plus pour que le public soit induit en erreur* » (27). C'est le cas par exemple lorsque les participants ne s'opposent pas à ce que l'un d'eux fasse usage de documents (28) exposant au grand jour la société et suscitant ainsi l'ambiguïté et la confusion (29). Dans ce sens, il n'est pas superflu de croire qu'un associé peut être tenu si celui-ci « *a fait naître ou laissé se répandre une notoriété d'après laquelle les tiers auraient lieu de le considérer comme associé* » (30).

C'est sans nul doute la raison pour laquelle la jurisprudence faisait de cette vision sa part par le passé, lorsqu'alors elle admettait la révélation de la société en participation, consécutivement à un comportement passif (31). Prendre en considération cet état de choses permettrait de protéger les tiers qui sont moins lotis que les participants, et aussi, de rétablir un équilibre actuellement invisible.

En outre, la responsabilité des participants peut tout aussi naître de la théorie du mandat (32). On pourrait évoquer la possibilité d'un mandat conféré au gérant par les participants, aux fins

de révélation de la société en participation. Cette hypothèse étant envisageable dans ce contexte. L'autorisation donnée par le biais du mandat les rendrait alors responsables personnellement du moment qu'ils ont donné leur accord au gérant pour révéler la société. Ainsi, les possibilités peuvent être aussi nombreuses que diverses et variées.

Si la recherche des indices appelle quelques réticences quant au comportement révélateur de l'associé ayant agi au vu et au su de tous, il en va différemment lorsque l'associé s'immisce dans la gestion de la société.

2. L'immixtion dans la gestion externe de la société

L'article 1872-1, alinéa 3 pose clairement la responsabilité de « *l'associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard* ». L'immixtion est la matérialisation de l'ingérence de l'associé dans la gestion externe de la société (33) ; c'est l'acte par « *lequel le participant dévoile sans équivoque sa qualité d'associé* » (34). Cela suppose un contact direct avec le tiers, l'accomplissement des actes de représentation de la société, conclusion de marchés, signature de documents (35). L'associé sera tenu du moment que ce comportement ait pu conduire les tiers à croire à son engagement.

Concrètement, l'immixtion est déterminée par « *les propos ou le comportement de l'associé qui ont pu faire croire sa participation aux opérations menées par le gérant et garantissant les engagements pris par ce dernier* » (36). Cette condition trouve son fondement dans la théorie de l'apparence, cela s'entend et se comprend.

Par ailleurs, l'immixtion est caractérisée, alors même que l'associé a participé à la préparation d'un acte sans le conclure. La seule idée que le tiers ait pu être induit en erreur suffit à fixer l'immixtion du participant. Toutefois, elle ne saurait être retenue si le participant s'est limité à accomplir des actes de gestion internes (37).

L'immixtion dans la gestion externe de la société est très souvent envisagée concomitamment aux agissements au vu et au su de tous en raison de leur étroitesse. Aussi, la Haute juridiction en donne une illustration quand il s'agit principalement de caractériser l'une ou l'autre des conditions dans le cadre de la révélation de la société en participation aux tiers (38). Dès lors, on peut néanmoins émettre quelques réserves quant à l'intérêt de la distinction actuellement. Si par le passé, elle semblait justifiée au regard des conséquences divergentes qui en découlaient notamment sur la société en participation (39), aujourd'hui, on note que dans l'un comme dans l'autre cas, que l'associé ait agi au vu et au su de tous ou même qu'il y ait eu immixtion, le comportement personnel et positif de l'associé n'a aucune incidence sur la régularité de la société en participation.



De surcroît, s'il est possible en pratique que les agissements au vu et au su de tous n'entraînent pas nécessairement une immixtion, il est en revanche difficilement concevable qu'un acte d'immixtion n'induisse pas un agissement au vu et au su de tous (40).

L'appréciation de l'immixtion est laissée à l'appréciation souveraine des juges. Seul le participant qui s'est immiscé subit les conséquences de son acte (41). Les autres participants non concernés par l'immixtion sont exempts de toute action. La situation est toute autre lorsque le participant a profité d'un acte qui a tourné à son avantage.

B. Le bénéfice d'un acte ayant tourné à l'avantage d'un associé : l'associé spectateur

Assurément, l'une des grandes nouveautés de la loi du 4 janvier 1978 réside dans l'article 1372-1, alinéa 3. Cet article dispose que l'associé peut être tenu envers le tiers s'« il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit ». De cette exception, il ressort que le tiers qui a traité avec l'un des associés de la société en participation est fondé à obtenir le règlement de sa créance auprès des autres coassociés de son débiteur, s'il parvient à établir qu'ils sont bel et bien associés mais aussi, que l'engagement pris par le débiteur à son endroit a tourné à leur avantage (42). Ceci est la consécration de l'admission de l'action de *in rem verso*. Reste à en cerner les contours (1.) et la portée de ladite action (2.).

1. Le bénéfice de l'action de *in rem verso*

Cette solution scelle la rupture avec la jurisprudence antérieure selon laquelle un tiers qui avait traité avec un associé, ne pouvait pas engager d'action contre ses coassociés, alors même que l'opération leur aurait procuré un avantage (43).

La mise en œuvre de l'action de *in rem verso* est conditionnée par le respect des exigences strictes. Pour que soit acquise l'action de *in rem verso*, il est nécessaire qu'il y ait enrichissement d'un patrimoine au détriment d'un autre (44). Il est tout à fait justifié que les associés inactifs bien que spectateurs, soient tenus envers les tiers du profit qu'ils ont pu retirer des opérations auxquelles ils n'ont certes pas participé ; le doute n'étant pas permis sur le fait que nul ne doit s'enrichir et ce de manière injuste, au détriment d'autrui (45). Les auteurs s'accordent à reconnaître que cette action permet de révéler le véritable « contractant » (46), son enrichissement étant perçu comme une révélation de sa qualité d'associé (47). Toutefois, il n'est pas exclu que l'enrichissement puisse résulter au moyen d'un troisième patrimoine. La prise en considération d'un troisième patrimoine traduit fidèlement l'hypothèse configurée par l'article 1372, alinéa 3. Cela

donne un autre relief à la complexité de la recevabilité de l'action de *in rem verso*. Dès lors, cette action n'est recevable qu'à la condition que l'avantage retiré le soit indépendamment de la mise en œuvre du contrat de société (48). Ce qui donne à penser qu'il s'agit d'un bénéfice non seulement direct, mais aussi personnel ; un profit en dehors de toute exploitation sociale. Même si l'admission de l'action est incontestablement une belle initiative, il reste que cette dernière est néanmoins limitée dans sa mise en œuvre.

2. Les limites de l'action de *in rem verso*

L'action de *in rem verso* dont bénéficie le créancier lui permet d'engager les participants coassociés de son débiteur insolvable, sous réserve de prouver que l'enrichissement a été possible par l'intermédiaire du gérant, et que ses coassociés ont véritablement tiré un profit distinct des bénéfices relevant de l'exploitation sociale. Si ce canal reste un moyen pour le tiers de récupérer son dû, il reste tout de même assez limité et assez cadré.

D'abord, la mise en œuvre de l'action suppose une révélation de la société en participation dont les tiers ont connaissance.

Ensuite, il est important de relever que bien qu'ils soient habilités à actionner en restitution les participants envers qui ils n'ont pas directement traité, cela en raison du profit tiré par ces derniers, cette restitution se trouve limitée conformément à l'obligation légale. Les créanciers ne peuvent entrer en possession de la totalité de leur dû. Autant le participant ne peut être tenu plus que ce dont il s'est enrichi, autant le créancier ne peut réclamer de lui plus que ce dont il s'est appauvri (49).

Enfin, en ce qui concerne le montant de la restitution, il ne saurait excéder sa valeur la plus petite.

Les obligations des associés en participation résultent de leurs comportements. Qu'ils soient acteurs ou simplement spectateurs, leurs comportements peuvent être source d'obligations. Ces obligations ont d'ailleurs un impact sur les tiers qui n'ont pas toujours connaissance de l'étendue de leurs garanties et de la pleine mesure de leurs droits.

II. Les incidences des obligations des associés en participation à l'égard des tiers

La mise en œuvre des obligations des associés à l'égard des tiers n'est pas rectiligne. Le créancier dispose de garanties notamment, un droit de gage sur les biens du débiteur (A). Mais on verra aussi quelles en sont les limites, les insuffisances ou mieux les difficultés qui biaisent de manière considérable la sécurité juridique de ces derniers (B).

40) A. Picand-L'Amézec, L'obligation des associés en participation envers les tiers : *Rev. soc.* 1990, p. 567, n° 25.

41) Cass. req., 22 févr. 1886 : DP 1886, 1, jurispr. p. 104 – P. Merle et A. Fauchon, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 21^e éd., 2018, n° 721.

42) V. dans ce sens, B. Dondero, *Sociétés en participation* : Rép. Soc. Dalloz, 2006, actualisé en septembre 2018, n° 137.

43) Cass. civ., 21 mars 1876 : DP 1876, 1, p. 198. – Cass. civ., 26 août 1879 : DP 1880, 1, p. 120. – T. civ. Toulouse, 30 juin 1905 : DP 1906, 5, p. 8

44) A. Picand-L'Amézec, L'obligation des associés en participation envers les tiers : préc., n° 8.

45) V. dans ce sens, CA Paris, 3 juill. 1931 : Gaz. Pal. 1932. 2. 571, 3^e esp.

46) J. Derruppé, *Sociétés en participation* : préc., n° 50 – D. Gibirila, *La société en participation* : préc., n° 41. (Document : JCl. Responsabilité civile et Assurances - Fasc. 370-40 : Responsabilité. – Modalités de la réparation (Extrait).

47) Y. Chartier, *La société dans le Code civil* après la loi du 4 janvier 1978, JCP, 1978.I.2917, n° 400.

48) D. Gibirila, *La société en participation* : préc., n° 84. (Document : JCl. Responsabilité civile et Assurances - Fasc. 370-40 : Responsabilité. – Modalités de la réparation (Extrait).

49) *Ibid.*, n° 41.

50) *Ibid.*, n° 16.

51) L'extension de la responsabilité de la dette aux associés est possible. Cette hypothèse peut être retenue lorsque les associés ne seront tenus que s'ils se sont engagés vis à vis du gérant du fait de leur comportement. Cette situation a pour effet, l'élargissement du gage des créanciers au patrimoine personnel des associés. Ce qui n'est pas condamnable en soi, dans la mesure où les garanties des créanciers s'accroissent – D. Gibrila, Le gérant de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

52) C. civ., art. 1872, alinéa 4. – Habituellement il s'agit du gérant. C'est ce dernier qui sera tenu vis-à-vis des tiers.

53) C. civ., art 1872, alinéa 2 : « *Sont réputés indivis entre les associés les biens acquis par emploi ou remploi de deniers indivis pendant la durée de la société et ceux qui se trouvaient indivis avant d'être mis à la disposition de la société.* ».

54) C. civ., art. 815 à 815-18.

55) C. civ., art. 1873-1 à 1873-18.

56) C. civ., art. 815-17, alinéa 2 ; qu'il s'agisse des biens meubles ou immeubles.

57) C. civ., art. 815-17, alinéa 3.

58) C. civ., art. 815-17, alinéa 1^{er}.

59) C. civ., art. 1873-2, alinéa 2. Dans le cadre d'une indivision conventionnelle, les créanciers personnels d'un indivisaire ont la possibilité de saisir la part indivise de ce dernier en raison de l'existence d'une convention d'indivision. Cela n'est pas en valable en revanche dans une indivision légale.

60) C. civ., art. 1873, alinéa 1^{er}.

61) C. civ. art 1873, alinéa 2.

A. Les garanties relatives aux biens : le droit de gage

Les garanties octroyées par la société en participation ne représentent pas une mine d'or pour les créanciers. S'il leur est déjà difficile de s'attaquer aux participants qui n'ont pas traité avec eux en dehors des exceptions légales, leurs chances sont davantage amoindries pour ce qui concerne à certains égards le gage de leurs débiteurs. La raison est qu'en matière de biens, le gage des créanciers varie selon que certains biens conservent une nature privative (50) (1) et d'autres biens, relevant de l'indivision (2).

1. Un droit de gage limité en matière de biens privatifs

L'article 1872, alinéa 1 du Code civil pose le principe selon lequel : « *à l'égard des tiers, chaque associé reste propriétaire des biens qu'il met à la disposition de la société* ». La règle est valable, à moins que les associés décident de transférer la gestion des biens au gérant pour l'exploitation sociale ; dans ce cas, seul le gérant sera tenu à l'égard des tiers (51). L'articulation de la règle susmentionnée suppose que le créancier qui a traité personnellement avec un associé, dispose d'un droit de gage sur les biens de ce dernier ; ce qui exclut tout naturellement toute action en saisie des biens des participants envers qui il n'a pas traité.

Le droit de gage peut être légitimement opposé aux participants et même à leurs créanciers. L'idée est que les biens en question relèvent de la propriété privative de l'associé débiteur. À cet effet, il peut en disposer selon son bon vouloir, du moment qu'il en a la pleine propriété et ce, même si l'usage dont il affecté, l'est en dehors de toute exploitation sociale. De la même manière, l'associé ne peut se prévaloir de la mise à disposition dudit bien au bénéfice de l'exploitation sociale pour se dérober de ses obligations. Par conséquent, les créanciers des autres participants ne peuvent se prévaloir de ces biens, ni même prétexter une indivision sans preuve. Dans ce contexte, il ne fait aucun doute que les créanciers semblent disposer d'une part non négligeable. Cependant, cet état de choses peut rapidement prendre une autre tangente, lorsqu'il est convenu « *que l'un des associés est, à l'égard des tiers, propriétaire de tout ou partie des biens qu'il acquiert en vue de la réalisation de l'objet social* » (52). Toutefois, ce régime diffère radicalement de celui applicable aux biens soumis à l'indivision.

2. Un droit de gage encadré en matière de biens indivis

Les droits des associés portent également sur les biens indivis. Ces derniers ont la liberté de mettre en indivision les biens selon leur convenance. La détermination des droits ne repose pas sur le critère de l'engagement d'un ou de plusieurs participants, ce critère étant ici sans intérêt.

Lorsque les droits des créanciers portent sur des biens indivis (53), la situation est plus simple.

En effet, l'issue varie en fonction du régime de référence de l'indivision en présence soit, le régime légal (54) ou le régime conventionnel (55).

Ainsi, dans l'hypothèse où les biens sont réputés indivis entre les associés, l'article 815-17 du Code civil trouve application. Dès lors, il est néanmoins nécessaire de faire la différence entre les créanciers personnels de l'indivisaire et les créanciers de l'indivision.

Aussi, conformément à l'article 815-17 du Code civil, les créanciers personnels d'un ou de plusieurs participants ne pourront saisir les biens indivis représentant la part de l'indivisaire (56). En revanche, lesdits créanciers disposent de la faculté de provoquer le partage de l'indivision en leur qualité de créanciers d'un ou de plusieurs participants débiteurs ou encore, de demander à être reçus dans le partage à l'initiative du débiteur. Par conséquent, le remboursement sera prélevé des biens indivis (57).

Relativement aux créanciers de l'indivision, la question ne pose aucune difficulté dans la mesure où ces derniers pourront être payés sur les biens indivis, par prélèvement sur l'actif avant le partage (58) et cela, par préférence aux créanciers personnels des participants. En outre, ils disposent de la faculté de saisir, mais aussi de faire vendre les biens indivis.

Toutefois, la connaissance de l'existence de l'indivision reste tout de même difficile, encore et surtout s'il n'existe manifestement pas de convention d'indivision (59). Il ne faut pas perdre de vue que les créanciers personnels des participants, qui ne peuvent pas provoquer le partage des biens notamment dans le cadre de l'indivision légale, sont néanmoins fondés à saisir la part du participant débiteur en indivision.

En revanche, cela n'est pas systématique dans le cadre d'une indivision conventionnelle, où la solution diffère selon que la convention est à durée déterminée ou indéterminée. Si la convention est à durée déterminée, le partage ne peut intervenir avant le terme convenu que pour justes motifs (60). Par contre, si la convention est à durée indéterminée, le partage peut intervenir à tout moment, sous réserve que cela ne le soit de « *mauvaise foi ou à contretemps* » (61). Mais encore, la mise en œuvre de ces acquis implique nécessairement un concours entre les créanciers de l'indivision et les créanciers personnels des participants débiteurs. C'est la preuve de l'indivision qui fera alors toute la différence. Force est de constater que cette preuve est malheureusement difficile à rapporter.

Cet état de choses conduit à porter le doute sur les garanties octroyées aux créanciers dans ce sens ; toutes les issues énoncées ne pouvant être considérées comme de véritables portes de secours. Les principes posés comportent des restrictions ou des exceptions, qui ne contribuent



pas à assurer aux créanciers une visibilité certaine sur leur gage. Ces derniers n'ont pas toujours pleinement connaissance de leurs droits plus précisément sur les biens. Cela n'a pour effet que d'alimenter l'insécurité dans laquelle ils se trouvent déjà.

En outre, il faut aussi relever que les biens de l'indivision peuvent s'avérer insuffisants à désintéresser les créanciers. En pareille situation, il va sans dire que la responsabilité des indivisaires est collective. En effet, ils sont tenus et de manière indéfinie, des dettes issues de l'indivision. Si la dette porte sur un fonds de commerce, ils le sont solidairement (62). Même si cette parade vise à conférer à ceux-ci une extension de leurs garanties, il reste que cela est assez fragile.

B. Les difficultés à la mise en œuvre efficace de la sécurité juridique des tiers

La mise en œuvre des garanties octroyées aux tiers est parsemée d'embûches. Elles trouvent leur origine dans l'essence même de la société en participation qui ne favorise pas la mise en œuvre des obligations (1). Il est plus que nécessaire de rechercher un cadre adéquat, censé assurer leur sécurité juridique (2).

1. Les insuffisances inhérentes à la mise en œuvre des obligations : des défaillances étendues

La société en participation ne faisant l'objet d'aucune publicité, il est difficile pour les tiers de connaître ou mieux de déterminer avec certitude, l'étendue des garanties qui sont les leurs ; preuve de ce que ces derniers ne semblent pas instruits de leurs droits. Cette inconstance conduit à penser que les bénéficiaires de la société en participation dont le défaut d'immatriculation et de publicité, se constituent en véritables obstacles des garanties auxquelles les créanciers peuvent prétendre. Et pourtant, l'idée est de rendre chaque participant responsable de ses propres engagements (63).

Lorsque l'engagement des associés à l'égard des tiers est reconnu, c'est-à-dire dans la lettre de l'article 1872-1 du Code civil, le régime de la dette dépendra du statut de la société : société commerciale, ou société civile. Ainsi, s'il apparaît clairement que dans certaines circonstances, l'ensemble des participants est tenu solidairement des obligations nées des actes de l'un des leurs, notamment si la société est commerciale, il n'en demeure pas moins vrai que cette responsabilité est dépourvue de solidarité lorsque la société en participation est civile.

La société en participation ne disposant de la personnalité juridique ne peut être titulaire d'un patrimoine. Par conséquent, aucun

transfert de propriété, notamment pour ce qui concerne les apports, ne peut être réalisé en sa faveur. Cependant, les associés peuvent décider de remettre la gestion des biens entre les mains du gérant qui sera alors le seul responsable et l'interlocuteur des tiers en cas de problème.

Ainsi, la nature même de la société en participation, société d'une extrême souplesse, impacte fortement la situation des tiers ; d'où la nécessité de trouver des voies et moyens pour bâtir un cadre plus sécurisé et équilibré.

2. La recherche d'un cadre sécurisé et équilibré : une solution attendue

Les freins à la mise en œuvre efficace des garanties des tiers sont nombreux. En effet, les droits des tiers sont limités par l'absence de formalisme de la société en participation. La théorie de l'apparence qui aurait pourtant été d'un grand support, ne suffit pas à fixer l'obligation des participants. Si la jurisprudence fixe des critères stricts d'application de la théorie de l'apparence dont la croyance légitime et l'ignorance de la réalité juridique (64), ces éléments sont insuffisants à conférer une personnalité morale à la société en participation, ce qui semble logique au vu des modalités de sa constitution. Par ailleurs, même si l'existence de la société venait à être prouvée par le créancier, ce dernier se heurterait à la preuve également du « *comportement générateur d'obligations* » (65). L'appréciation desdits comportements étant soumise à l'appréciation des juges.

De plus, comme précédemment indiqué, la société en participation ne disposant pas d'un patrimoine social, ne possède pas non plus un passif social. À cet effet, on ne saurait parler de dettes sociales, vu qu'elle ne peut contracter. Cela suppose que chaque participant qui s'engage avec un tiers en porte l'entière responsabilité de son acte, même si cet engagement a été consenti pour les besoins de l'activité sociale. Il reste donc l'unique débiteur de l'obligation à l'égard du tiers contractant.

Il est nécessaire pour les créanciers de connaître, l'objet de la société en participation ; civile ou commerciale. Cette information leur permettra de connaître *a minima* une infime partie de leurs droits. Cela est d'autant plus utile aujourd'hui ; que la société en participation soit occulte ou ostensible, son régime ne change pas véritablement car, la révélation de cette dernière ne lui attribue pas la personnalité morale et les avantages qui y sont attachés.

En outre, le nouveau régime, s'il apporte des dispositions louables, semble plus rigide à l'égard des tiers et cela peut d'ailleurs être invoqué à la charge du législateur, qui en reconnaissant le caractère ostensible de la société en participation, aurait pu dans le même temps définir leurs droits. Finalement, c'est le tiers qui prend sur lui les conséquences de ces insuffisances.

62) L. Dobassy, L'indivision dans la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

63) Notamment ceux qui se sont immiscés dans la gestion et ceux qui ont agi au vu et au su de tous.

64) V. dans ce sens, Cass. civ. 1, 13 nov. 1980, n° 79-13895 : D 1981, p. 541, note J. Calais-Auloy ; *Rev. sociétés*, 1981, p. 788, note C. Philippe – CA, Paris, 5^e Ch., 2 févr. 1983 : *Rev. sociétés*, 1984, p. 542, note C. Philippe – J. Duclos, L'opposabilité, essai d'une théorie générale : *LGDJ* 1984, p. 390.

65) A. Picand-L'Amézec, L'obligation des associés en participation envers les tiers : préc., n° 12.



Lamine Dobassy,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

L'indivision dans la société en participation

1) C. Saint-Alary Houin, Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil, *RTD Com.* 1979, p. 645.

2) *Ibid.* ; F. Deboissy et G. Wicker, La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux, *RTD Civ.* 2000, p. 225.

3) *Ibid.* ; J.-J. Daigre, L'étalon au prétoire ou des saillis comme critère de la société en participation, *Bull. Joly sociétés*, 1998, n° 2, p. 99 ; H. Aberkane, La société en participation et la convention d'indivision, in *Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, *Dalloz* 1991, p. 11.

4) F. Deboissy et G. Wicker, La distinction de l'indivision et de la société, *RTD Civ.* 2000, p. 225.

5) B. Dondero, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, *PUAM* 2006 ; G. Loiseau, Les groupements sans personnalité juridique, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Éd. Joly 2017, p. 61 ; Ch. Boutry, L'absence de personnalité morale dans les sociétés, *JCP E*, n° 7-8 du 15 fév. 2001, p. 310.

6) Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-13.202, *RTD Civ.* 2008, p. 500.

7) P. Catala, L'indivision, *Deffrénois* 1979, art. 31874 ; F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, *LexisNexis* 2017, p. 1 ; Ch. Albiges, Indivision, Généralités, Répertoire de droit immobilier, n° 26 ; F. Zenati-Castaing, La propriété collective, in *Mélanges Gilles Goubeaux*, *Dalloz* 2009, p. 589 ; C. Saint-Alary Houin, Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil, *RTD Com.* 1979, p. 645.

8) F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, *LexisNexis* 2017, p. 1.

Tantôt opposées, tantôt rapprochées, l'indivision et la société en participation ont fait l'objet de plusieurs études afin de déceler leurs critères distinctifs (1) mais aussi les points de convergence (2). Dans la plupart de celles-ci, les auteurs fondent la différenciation entre ces deux institutions sur l'élément intentionnel, *l'affectio societatis* opposé à *l'affectio communis*, à savoir la volonté de poursuivre et de construire un projet commun dans la durée ou non (3).

Pour ces auteurs, comme le rapportent si bien, les professeurs Florence Deboissy et Guillaume Wicker, « l'indivision ne vise qu'à la satisfaction de l'intérêt individuel de chacun de ses membres et ne trouve son accomplissement que lors du partage. *Son existence n'étant que transitoire et tendue vers une fin égoïste, elle est un état passif et improductif, d'essence purement individualiste. L'indivision se distingue ainsi de la société qui est un groupement de personnes collaborant durablement en vue de la poursuite d'une activité commune dans un but lucratif* » (4).

Cette distinction est certes théoriquement très intéressante, cependant depuis les réformes de 1976 sur l'indivision et de 1978 sur la société en participation, les ingéniosités pratiques se multiplient, et font qu'aujourd'hui ces deux institutions, soit se concurrencent, soit simplement se combinent pour la poursuite d'un but commun.

En effet, structure sociétaire la plus simple qui n'exige aucun formalisme, la société en participation est un contrat par lequel les personnes physiques ou morales unissent leur force pour la poursuite d'un but ou la réalisation d'une opération ou d'un projet commun, sans être révélées au public si elles ne le souhaitent pas.

Dépourvue de personnalité juridique (5), la société en participation ne peut être titulaire d'un patrimoine (6), ne peut avoir de dettes, ni actifs, ni être représentée, donc ne peut agir en justice pour défendre ses droits ou ses intérêts. Son patrimoine, c'est le patrimoine personnel de chacun de ses participants mis à sa disposition et qui contractent en leur nom personnel et agissent seuls à l'égard des tiers.

Un bien ou un ensemble de biens est réputé indivis lorsque plusieurs personnes détiennent, sur ce bien ou cet ensemble de biens, chacune un droit de même nature que les autres, et peuvent l'utiliser, disposer ou encore percevoir les fruits et les revenus qui en résultent (7). Le bien ou l'ensemble de biens appartient à plusieurs titulaires dont la somme des droits forme une propriété exclusive (8). On dit de ces cotitulaires de droits identiques sur le bien ou l'ensemble de biens qu'ils sont en indivision, situation qui peut être légale ou conventionnelle, mais dont les règles sont d'application impérative.

Par ailleurs, il arrive que les associés d'une société en participation, dans la poursuite d'un but commun ou dans la réalisation d'une opération précise, décident de mettre en commun des biens ou un ensemble de biens sur lesquels ils détiennent chacun un droit propre identique et de même nature que celui des autres. Dans ce cas, ils créent une indivision. Il y a adjonction de l'indivision à la société en participation.

L'adjonction de l'indivision à la société en participation n'est pas sans conséquence. Elle induit à une application cumulative des règles de l'indivision et celles de la société en participation et crée une situation complexe tant dans les relations entre la société et les tiers qu'entre les associés eux-mêmes, d'où l'intérêt de notre étude, l'indivision dans la société en participation.

Cette étude nous amènera à examiner les règles applicables dans les rapports de la société en participation avec les tiers (I) et celles applicables entre les associés participants eux-mêmes en présence d'une indivision (II).

I. L'application des règles de l'indivision dans les rapports de la société avec les tiers

Il résulte des dispositions de l'article 1872-1, al. 4 du Code civil que dans tous les cas, en ce qui concerne les biens réputés indivis, en application de l'article 1872, sont applicables dans les rapports avec les tiers les règles de l'indivision.

L'application de ces règles n'est pas aussi aisée surtout lorsque l'on est en présence



d'une société occulte où les tiers n'ont aucune connaissance de l'existence de la société (A). Mais, c'est surtout le sort des différents créanciers de la société qui semble très difficile à disséquer (B).

A. La complexité de la gestion des biens indivis dans la société en participation

Il faut rappeler que dans l'indivision, chaque coindivisaire détient un droit identique que les autres, et peut user, disposer et percevoir les fruits et revenus résultant du bien indivis (9). Ce qui signifie que chaque coindivisaire détient un droit propre sur le bien ou sur la masse de biens (10), droit absolu qui, selon les dispositions de l'article 544 du Code civil, ne saurait être violé. Ce caractère du droit des indivisaires rend la gestion des biens difficiles dans le cadre d'une société en participation dès lors que chaque associé agit en son nom personnel et s'engage seul à l'égard des tiers. Les participants conviennent le plus souvent des modalités de gestion des biens (11). Cependant, en l'absence de toute convention, la gestion des biens obéit aux règles de l'indivision primaire (12).

1. La gestion des biens indivis en l'absence de convention

La combinaison de l'indivision avec la société en participation semble plus adaptée dans une société ostensible que dans une société occulte. Selon la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez, « une société occulte peut, théoriquement, être combinée avec une indivision de biens » (13), mais il semble difficile de combiner une indivision avec une société occulte dès lors que certains biens sont soumis à une obligation de publicité, tels les immeubles.

Pour certains, il est possible, dans une société occulte, d'acquérir les biens en commun et de les affecter à la propriété exclusive d'un seul associé qui sera chargé de leur gestion et se présentera à l'égard des tiers comme le seul propriétaire (14) tel qu'il ressort des dispositions de l'article 1872 du Code civil. L'associé propriétaire gérant est aux yeux des tiers seul propriétaire du bien ou des biens indivis (15), et en l'absence de toute révélation de l'existence de la société aux tiers (16), il pourrait être amené à accomplir des actes de disposition *stricto sensu* sur le bien ou la masse de biens indivis (17), et ce, conformément aux dispositions de l'article 1872-1 al.1 du Code civil, selon lesquels, « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ». Ces actes, s'ils ne sont pas autorisés par les autres associés devront être, conformément à l'article 815-3 du Code civil, invalides (18), d'autant que les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 1872-1 soumettent les biens indivis aux règles de l'indivision. Or, dans une société occulte où les associés ne se montrent

pas (19), les tiers n'ont aucune connaissance de l'existence de l'indivision et cela peut poser des difficultés sur l'étendue des pouvoirs du gérant. Il faut rappeler que dans une société occulte, les créanciers de chaque associé dont la créance est née dans le cadre de l'activité de la société en participation n'ont aucune action contre les autres associés, et viennent en concours avec les autres créanciers dont le droit est né d'opérations étrangères à l'activité de la société (20).

Pour être en phase avec les règles de l'indivision, le gérant propriétaire indivis doit, même dans une société occulte, disposer d'un pouvoir spécial (21) pour accomplir les actes de disposition (22) *stricto sensu*, pouvoir qui ne saurait être facilement vérifié par les tiers en l'absence de toute publication. Mais aussi, l'existence d'un pouvoir connu des tiers révélera systématiquement l'existence de la société. Ce qui irait totalement à l'encontre de la volonté des participants.

Comme le souligne Monsieur Pernot, pour éviter toute contradiction et de fragiliser les droits des tiers, il serait plus judicieux, dans une société occulte d'exclure les règles de l'indivision et d'appliquer le droit des sociétés en participation (23). Ainsi, les actes de disposition accomplis par un associé gérant sur les biens indivis dans une société en participation, qui serait apparu aux yeux des tiers comme seul et unique propriétaire desdits biens, devraient être déclarés valides en application de l'article 1872-1, al. 1 du Code civil (24). Dès lors, le cocontractant devrait pouvoir agir sur les biens indivis qui sont à ses yeux les biens personnels de l'associé gérant sans que les règles de l'indivision puissent lui être opposées.

En outre, en l'absence de gérant désigné, la situation est bien plus complexe encore pour les tiers, chaque associé étant gérant des biens mis à la disposition de la société, y compris les biens indivis (25). En ce cas également, les règles de l'indivision s'appliquent et chaque associé doit conclure les actes à la limite de ses pouvoirs (26).

Toutefois, dans tous les cas, le gérant participant d'une société occulte qui a la propriété privative et exclusive sur le bien ou l'ensemble de biens affectés à la société peut librement les aliéner en sa qualité de propriétaire unique desdits biens. Il revient aux autres créanciers des autres participants et les participants eux-mêmes qui soutiennent l'existence d'une propriété indivise de rapporter la preuve de la nature indivise des biens en question. À défaut d'une telle preuve, et en l'absence de toute action directe des créanciers personnels de chaque participant à l'égard des autres participants (27), seuls les créanciers personnels du gérant participant peuvent agir sur les biens affectés à l'activité de la société et dont il assure la gestion. Il s'avère donc improbable d'appliquer les règles de l'indivision dans une société en participation occulte.

9) *Ibid*

10) *Ibid*.

11) Ch. Vernières, Les conventions d'indivision, Dossier Indivision, AJF 2010, n° 7, p. 312 ; Th. Massart, Convention d'indivision : la pérennité par la société, *JCP N* n° 4, 22 nov. 2013, 1266.

12) F. Dekeuwer-Défossez, L'indivision dans les sociétés en participation, *JCP G* 1980, I, 2970 ; Dupouy, La comptabilité des sociétés en participation, *Journ. sociétés*, 1979, p. 753.

13) *Ibid*.

14) CA Paris, 8 avr. 1994, *Bull. Joly* 1994, 668, note P. Le Cannu ; M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires*, Tome 2 : Les sociétés commerciales, 2017, p. 215 et s., n° 1768.

15) *Ibid*

16) Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation, *JCP E* 1987, 16369, n° 21 ; K. Rodriguez, La révélation aux tiers de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

17) *Ibid* ;

18) A. Gauvin, Le gérant de la société en participation, *Gaz. Pal.* du 5 au 7 juill. 1998, *doctr.*, p. 2 ; D. Gibrila, Le gérant de la société en participation : *Journ. sociétés* juill. 2019.

19) Ph. Pétel, art. préc. K. Rodriguez, art. préc.

20) *Ibid* ; M. Germain et V. Magnier, *Traité de droit des affaires*, Tome 2 : Les sociétés commerciales, 2017, p. 215 et s., n° 1768 ; P. Le Cannu, La relativité du contrat de société en participation, Note sous Cass. Com., 13 janv. 1998, *Rev. Soc.*, 1998, p. 103 ; A. Picand-L'Amezec, L'obligation des associés en participations à l'égard des tiers, *Rev. Sociétés* 1990, p. 567 ; A. Gauvin, *préc. Spéc.*, p. 7 : « Les contractants du gérant ne sont pas admis à agir contre les participants, quand bien même les premiers auraient eu connaissance de l'existence des derniers ; alors même que le gérant aurait révélé la société en participation. Seul, l'accord de tous les associés pour rendre la société ostensible, ouvre, à leur rencontre, un droit d'action au profit des tiers » ; F. Pasqualini, Les conséquences de l'existence ou de l'inexistence d'une société en participation, *Rev. Sociétés* 1997, p. 357 ; Y. Chartier, l'évolution de l'engagement des associés, *Rev. Sociétés* 1980, p. 1.

21) F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, *LexisNexis* 2017, p. 193, n° 472.

22) P. Jourdain, Les actes de dispositions sur la chose indivise (Condition Juridique des actes irréguliers pendant l'indivision, *RTD civ.*, juill.-sept. 1987, p. 498.

23) D. Pernot, La société sans personnalité morale, Thèse Dijon 1988, p. 280, n° 217.

24) *Ibid* ; J.-P. Storck, Le contrat de société en participation, in *Mélanges en l'honneur du professeur RIEG, Bruylant* 2000, p. 767.

25) A. Gauvin, art. préc. ; D. Gibrila, art. préc..

26) *Ibid*.

27) *Ibid* ; A. Picand-L'Amezec, L'obligation des associés en participations à l'égard des tiers, *Rev. Sociétés* 1990, p. 567 ; S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30 : Sociétés en participation – Fonctionnement, n° 23 et s.

28) *Ibid.* ; Ph. Pétel, La révélation aux tiers de la société en participation, *JCP E* 1987, 16369, n° 21 ; M. Germain et V. Magnier, Traité de droit des affaires, Tome 2 : Les sociétés commerciales, 2017, p. 216 et s., n° 1769 ; P. Le Cannu, La relativité du contrat de société en participation, Note sous Cass. Com., 13 janv. 1998, *Rev. Soc.*, 1998, p. 103 ; Chartier, L'évolution de l'engagement des associés, *Rev. Sociétés* 1980, p. 1.

29) *Ibid.* ; F. Pasqualini, Les conséquences de l'existence ou de l'inexistence d'une société en participation, *Rev. Société*, 1997, p. 357 ; P. Le Cannu, La relativité du contrat de société en participation, *Rev. Sociétés* 1998, p. 103 ; N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30 : Sociétés en participation – Fonctionnement, N° 19 ; CA Paris, 16e Ch., sect. A, 8 janv. 2003, n° 1998/09526, *AJDI* 2003, p. 262.

30) B. Dondero, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé : Contribution à la théorie de la personnalité morale, préf. de H. Le Nabasque, Tome I, *PUAM* 2006, p. 149, n° 172.

31) A. Gauvin, Le gérant de la société en participation, *Gaz. Pal.* du 5 au 7 juill. 1998, doctr., préc., spéc., p. 9.

32) *Ibid.* F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, préc., p. 183 et s., n° 449 et s.

33) F. Dekeuwer-Défossez, L'indivision dans les sociétés en participation, préc.

34) Art. 1873-6 du Code civil ; J. L. Costes, la représentation dans la gestion d'une indivision, *JCP N* 1985, I, 3181 ; Th. Massart, Convention d'indivision : la pérennité de la société, *JCP N* n° 47 du 22 nov. 2013, 1266.

35) Art. 1873-6 du Code civil ; H. Aberkane, La société en participation et la convention d'indivision, in Mélanges en l'honneur de André Breton et de Fernand Derrida, *Dalloz* 1991, p. 11 ; J. Leprovau, Les nouvelles règles de gestion de l'indivision successorale issues de la loi du 23 juin 2006, *JCP N* n° 50 du 15 déc. 2006, n° 1381, p. 2386 ; N. Couzigou-Suhas et P. J. Claux, La gestion de l'indivision successorale, *AJF* sept. 2006, p. 31 ; J. – Fr. Sagaut, Du problème de la gestion de l'indivision : la solution de l'indivisaire-gérant, *AJF* 2002, p. 280.

36) F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, préc., p. 536, n° 1305 ; p. Voirin et G. Goubeaux, Droit civil, Tome 2, Régimes matrimoniaux, successions – libéralités, 30^e éd., P. 71 et s., n° 128 et s. ; J. Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30 : Sociétés en participation – Fonctionnement, n° 19 ; H. Bosse-Platière, Indivision et communauté dans le régime des biens du Pacs aujourd'hui, in Mélanges Gilles Goubeaux, *LGDJ* 2009, p. 37.

37) F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, préc., p. 537, n° 1308 ; J. Leprovau, Les nouvelles règles de gestion de l'indivision successorale issues de la loi du 23 juin 2006, *JCP N* n° 50, du 15 déc. 2006, n° 1381, p. 2386.

38) *Ibid.* ; Cass. com., 6 mai 2008, n° 07-12.251, *RTD Civ.* 2008, p. 500, Note P. – Y. Gautier ; D. 2008, 2113, Note B. Dondero ; D. Gibrilla, La responsabilité du gérant de société en participation, *RJDA* 2008, n° 11, p. 1063 ; J. Guyénot, Les sociétés en participation : rapports entre associés et à l'égard des tiers, *LPA* 17 août 1987, n° 98, p. 4.

39) F. Collard, J. Lafond et Cl. Brenner, L'indivision, préc., p. 537, n° 1308.

Dans une société ostensible, la situation est beaucoup plus simple. Il s'agit de la situation dans laquelle, selon l'article 1872-1, al. 2, « les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par les autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas ».

Il résulte de cette disposition que l'existence de la société en participation est connue des tiers ; les participants s'engagent et se comportent les uns à l'égard des autres comme à l'égard des tiers comme de véritables associés (28). Tous les actes accomplis par l'un des participants dans le cadre de l'activité de la société engagent les autres participants de manière solidaire ou non selon que la société est commerciale ou civile (29).

En l'absence de convention, le gérant désigné ou chaque participant considéré comme gérant des biens sociaux peut accomplir tous les actes qui assortissent à l'exploitation normale de la société. Il s'agit d'actes normaux de gestion courante (30). Cependant, l'associé gérant ou le gérant ne peut pas accomplir sur les biens indivis des actes de disposition autres que ceux cités au 3^e et 4^e de l'article 815-3 du Code civil, il ne peut pas non plus disposer des apports des autres associés (31). Cela dit, tous les actes de disposition sur les biens indivis autres que ceux cités au 3^e et 4^e de l'article 815-3 précité doivent être accomplis avec l'accord unanime de tous les associés (32). On assiste là à une prépondérance du droit de l'indivision dans la société en participation pour tout ce qui concerne la relation de la société avec les tiers (33). L'existence d'une convention formelle d'indivision rend la situation beaucoup plus claire et maîtrisée même dans le cadre d'une société occulte.

2. La gestion des biens indivis en présence d'une convention formelle

Aux termes de l'article 1873-1 du Code civil, « ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers, peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits ».

Les conditions d'administration et de gestion des biens indivis sont définies par la convention qui délimite les pouvoirs du gérant. Ce dernier représente les indivisaires dans la mesure de ses pouvoirs (34). Il accomplit tous les actes qui assortissent à l'exploitation normale de la société (35). Il a les mêmes pouvoirs que ceux attribués à chaque époux sur les biens communs (36). En cas de pluralité de gérants, chaque gérant, sauf stipulations spéciales, administre la société conformément à l'article 1873-6 du Code civil.

Il faut rappeler que toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs du gérant sont prises à l'unanimité (37). Les participants peuvent,

certes, convenir sur l'ensemble des conditions d'administration des biens indivis, cependant, comme dans l'indivision légale, ils ne peuvent étendre les pouvoirs du gérant au-delà des pouvoirs qu'il tient de l'article 1873-6 précité (38). Toute clause qui étendrait les pouvoirs du gérant au-delà des limites posées par cette disposition sera réputée non écrite. Toutefois, « si le gérant qui a par ailleurs la qualité d'indivisaire, n'obtient pas l'accord des autres indivisaires pour réaliser un acte excédant ses pouvoirs, il peut s'y faire autoriser judiciairement si l'un des indivisaires dont le consentement est nécessaire se trouve hors d'état de manifester sa volonté, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun, ou encore s'il s'agit d'un acte urgent devant être accompli dans l'intérêt commun » (39).

La gestion des biens indivis dans un régime conventionnel est beaucoup plus maîtrisée et encadrée (40). Cependant, malgré l'existence d'une convention formellement établie entre les participants, ces derniers ne peuvent déroger au droit de l'indivision conventionnelle. Ils doivent se confiner à strictement respecter les règles qui gouvernent l'indivision conventionnelle (41), ce qui contraste avec la liberté reconnue aux participants dans l'administration et la gestion de la société (42).

En effet, dans une société en participation, en l'absence de personnalité juridique, les participants passent des actes d'administration et de disposition en leur nom propre et en leur compte personnel, rendant la gestion de la société plus souple. L'application systématique des règles de l'indivision même en présence d'une convention formelle restreint la liberté des participants à gérer et administrer la société selon leur convenance. Ils ne sont pas libres, en présence de biens indivis, d'organiser comme ils le souhaitent la gestion de la société. Ils sont dans tous les cas obligés de respecter les règles de l'indivision qui requièrent pour certains actes l'unanimité de tous les indivisaires (43), ce qui rend complexe le sort des créanciers.

B. Le sort des créanciers de la société en participation en présence de biens indivis

Aux termes de l'article 1873-15 du Code civil, « l'article 815-17 est applicable aux créanciers de l'indivision, ainsi qu'aux créanciers personnels des indivisaires ».

Or, l'article 815-17 fait la différence entre les créanciers qui détiennent leurs droits sur les biens avant l'indivision et les créanciers de l'indivision d'une part, et d'autre part, les créanciers personnels des indivisaires. S'agissant des créanciers de l'indivision et ceux qui auraient pu agir sur les biens avant qu'il eût indivision, leur situation est très simple ; ils bénéficient d'un droit de paiement par prélèvement sur la masse indivise avant



le partage, donc d'une véritable priorité de paiement (44). Ils ont, en cas de résistance, le droit de saisir et de vendre les biens indivis (45). En revanche, la part indivise ne peut être saisie par les créanciers personnels de chaque indivisaire participant, mais ils ont la faculté de provoquer le partage (46).

La situation de ces créanciers n'est pas toutefois aussi facile ; elle est complexe et difficile, surtout dans la situation d'une société occulte. Dans le cadre d'une société occulte, chaque participant contracte en son nom personnel et s'engage seul à l'égard des tiers. Ces derniers ne traitent qu'avec une seule personne et n'ont aucun droit de recours contre les autres participants qui restent et demeurent à l'écart, inconnus ou non (47). Dès lors, la priorité de paiement des créanciers de l'indivision sera obligatoirement sous-tendue par la preuve de l'existence de biens indivis dans une société occulte. En principe, les biens affectés à la société appartiennent au gérant qui traite personnellement avec les tiers et engage seul sa responsabilité à leur égard ; ces derniers traitent non avec un indivisaire gérant mais plutôt avec un cocontractant ordinaire ; sa qualité d'associé peut ne pas être connue de ses cocontractants et même si elle est connue de ces derniers, la nature indivise des biens peut être inconnue d'eux. Tout naturellement, dans une société occulte, les créanciers personnels du gérant et les créanciers de l'indivision bénéficient des mêmes droits sur les biens affectés à l'activité de la société qui sont la propriété exclusive et privative du gérant, chacun de ces créanciers peut valablement saisir ces biens pour se faire payer, sauf si les autres participants et leurs créanciers intéressés qui veulent faire valoir le caractère indivis des biens affectés à l'activité sociale rapporte la preuve de la nature indivise de ces biens. À défaut d'une telle preuve, les biens restent les biens personnels et exclusifs du gérant, saisissables par l'ensemble de ses propres créanciers.

Dans une société ostensible, et surtout en présence d'une convention d'indivision, la situation des créanciers de l'indivision est plus simple, mais surtout plus favorable. Ils bénéficient tant sur les biens indivis que sur les biens de la société d'une priorité de paiement par rapports aux créanciers personnels de chacun des participants. Ils peuvent concourir avec les créanciers personnels de chaque participant sur ses biens personnels en raison de la solidarité qui existe entre les participants d'une société commerciale et la possibilité d'une condamnation *in solidum* des participants d'une société civile (48).

Si les règles de l'indivision régissent particulièrement les rapports entre la société en participation avec les tiers en présence d'une indivision, les rapports entre associés sont régis par les règles particulières du droit des sociétés.

II. Le fléchissement des règles de l'indivision dans les rapports entre associés

La société en participation est une société dépourvue de personnalité morale, donc elle ne peut, en principe, être représentée en l'absence de toute existence juridique aux yeux des tiers (49). Toutefois, malgré l'absence d'une personnalité juridique, la société en participation renferme toutes les caractéristiques d'une société ordinaire (50). Dès lors, comme tous les associés des autres sociétés, les associés de la société en participation ont toute la liberté d'organisation de la gérance qui constitue une affaire intérieure à la société (51), le gérant étant aux yeux des tiers non un représentant de la société, mais un cocontractant ordinaire qui s'engage personnellement dans tous ses actes (52).

L'organisation de la gérance est donc une affaire interne de la société qui concerne uniquement les rapports entre associés, les règles applicables sont celles du droit des sociétés en participation, et en tant que de raison, celles de la société en nom collectif ou de la société civile selon la nature de la société (53).

De la même manière, la dissolution de la société en participation qui entraîne la fin de l'activité sociale et l'établissement des comptes définitifs entre associés donne l'occasion à une restitution des apports ou à un règlement des comptes qui se traduit par des recours entre associés (54) ; il n'y a réellement partage des biens que s'il existe des biens indivis entre participants (55). Les règles de l'indivision ressurgissent donc dans les effets de la dissolution.

Ainsi, même dans les rapports entre associés, tant dans l'organisation de la gérance (A) que dans la liquidation de la société (B), on assiste à une rémanence des règles de l'indivision dès lors qu'il existe des biens indivis parmi les biens affectés à la société.

A. La liberté d'organisation de la gérance de la société

Les associés de la société en participation comme tous les associés des autres sociétés disposent d'une grande liberté dans l'organisation de la gérance de la société (56). Le gérant de la société peut être désigné dans l'acte fondateur de la société comme il peut être désigné lors d'une délibération ultérieure (57) ; il s'agit ici d'un gérant statutaire dont la désignation est soumise au consentement unanime des participants (58). Ces derniers peuvent aussi prévoir dans les statuts que le gérant sera désigné à la simple majorité entre eux ou à une majorité qualifiée. L'on est donc en présence d'un gérant non statutaire.

40) Ph. Davy, L'indivision des parts sociales ou d'actions de sociétés, *Deffrénois* 2014, n° 23, p. 1266.

41) *Ibid.* ; B. Liard, L'exploitation en commun d'un logiciel par les personnes morales, Recueil Dalloz 2006, p. 1810.

42) J. P. Storck, Le contrat de société en participation, in *Mélanges en l'honneur du professeur RIEG, Bruylant* 2000, p. 767.

43) Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-19.283, *Bull. Joly sociétés* 2018, n° 3, p. 140, note Th. Revel.

44) F. Dekeuwer-Défossez, L'indivision dans les sociétés en participation, préc.

45) Cass. 1^{re} Civ., 4 juill. 2007, n° 06-13.770, D. Act. 17 juill. 2007, Note C. Delaporte-Carré ; Cass. 2^e civ., 16 mai 2013, n° 12-16.216 ; Cass. com., 2 juin 2015, n° 12-29.405, EDED 2015, n° 7, p. 2.

46) F. Lucet, L'entreprise indivise à la merci des créanciers personnels de chaque indivisaire, in *Mélanges en l'honneur de Jean Derruppé, Joly-Litec* 1991, p. 315.

47) M. Germain et V. Magnier, préc., p. 216, n° 1769.

48) CA Paris, 16^e Ch. Sect. A, 8 janv. 2003, n° 1998/09526, AJDI 2003, p. 262

49) Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30 : Sociétés en participation – Fonctionnement, n° 42.

50) Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-30.192, *Bull. Joly sociétés*, 2012, n° 12, p. 842, Note L. Godon ; Memento pratique *Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 50^e éd., 2019, n° 94022, p. 1687.

51) *Ibid.* ; C. civ., art. 1871 ; G. Loiseau, Les groupements sans personnalité juridique, préc., spéc., p. 65.

52) Art. 1872-1, al. 1 ; P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 7^e éd., *LGDJ* 2018, n° 1460 et s.

53) C. civ., art. 1871-1.

54) Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-19.010, *Bull. Joly sociétés*, 2014, n° 10, p. 400, Note N. Borgia ; EDED 2014, n° 9, p. 6, Note S. Pellet ; J. Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-40.

55) *Ibid.*

56) P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, préc., n° 1460.

57) J. Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30, préc., n° 1.

58) *Ibid.*, n° 55.

59) D. Gibirila, Fasc. unique : Société en participation, n° 65.

60) *Ibid.*, n° 62.

61) Art. 1873-9 du Code civil.

62) J. Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-30, préc., n° 47.

63) Art. 1871-1 du Code civil.

64) *Ibid.*

65) P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, préc., n° 1476.

66) *Ibid.*, n° 1474 et s.

67) D. Gibirila, Dissolution pour mésestente entre les associés, Note sous Cass. com., 1^{er} oct. 1996, n° 94-15.660, *JCP G* n° 16, du 16 avr. 1997, II, 22825 ; Bull. Joly sociétés, 1997, n° 1, p. 40, Note D. Randoux.

68) *Ibid.*

69) Cass. com., 8 nov. 2016, n° 14-23-461, *JurisData* n° 2016-023311 ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 17, Note R. Mortier.

70) Cass. 1^{re} civ., 28 mars 2018, n° 17-16.198, *Defrénois* n° 36 du 13 sept. 2018, Note A. Chamoulaud ; J. Derruppé et S. N. De Saint-Didier, Fasc. 47-40, Sociétés en participation – Liquidation, n° 4.

71) Cass. com., 9 juin 1975 : Bull. civ., 1975, IV, n° 160.

La présence de biens indivis parmi les biens affectés à la société ne change presque pas les règles de désignation du gérant d'autant que l'article 815-3 al. 1, 2° du Code civil permet de donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration à la majorité des deux tiers des droits indivis et l'article 1873-5 du même Code permet aux coindivisaires de déterminer les modalités de désignation et de révocation du gérant par une décision unanime des indivisaires (59). Il ressort donc que malgré l'adjonction de l'indivision à la participation, les associés bénéficient toujours de la liberté d'organisation de la gérance, d'autant d'ailleurs que l'unanimité requise généralement dans l'indivision est impérative dans la désignation d'un mandataire gérant statutaire dans les sociétés en participation à objet commercial surtout (60).

En effet, dans les sociétés à objet commerciales, en présence de biens indivis, et en l'absence de désignation d'un mandataire gérant, chaque associé est considéré comme gérant (61), ce qui conduit tout naturellement à confier la gestion à tous les associés, donc au retour à la règle de l'unanimité dans la gérance des biens indivis. Il y a là, comme le soulignent les professeurs Derruppé et De Saint-Dedier, une concordance entre la gérance de la société et celle des biens indivis (62).

L'absence de mandataire gérant conduit, dans les sociétés à objet civil, en vertu des dispositions de l'article 1846 du Code civil, soit à la désignation judiciaire du mandataire gérant ou la dissolution anticipée de la société (63).

De la même manière, en ce qui concerne la révocation du mandataire gérant, les associés ont la liberté d'organiser les modalités de la révocation de celui-ci. Cependant, si aucune stipulation statutaire n'organise les conditions de révocation du gérant, les règles de la société en nom collectif s'appliqueront pour les sociétés à objet commercial et celles des sociétés civiles si la société a un objet civil conformément aux articles L. 221-12 du Code de commerce et 1846 du Code civil (64).

Sans nul doute, l'organisation de la gérance de la société en participation est une affaire des associés dont les règles applicables sont celles du droit des sociétés comme dans le cadre de la dissolution de la société.

B. L'application des règles de la société en participation lors de la dissolution de la société

La société en participation est avant tout une convention des parties qui peut être à durée déterminée ou indéterminée. Aux termes de l'article 1872-2 du Code civil, si elle est à durée indéterminée, chaque associé a la possibilité de demander à tout moment

sa dissolution, pourvu que la demande de dissolution soit de bonne foi et ne soit pas faite à contretemps. L'associé qui demande la dissolution doit le faire à un moment opportun, mais aussi sa demande ne doit pas être brusque au point de causer un préjudice aux autres participants(65). Elle peut être dissoute pour l'une des causes communes à toutes les sociétés (66), mais aussi pour les causes qui appartiennent aux sociétés de personnes selon leur caractère commercial ou civil.

Ainsi, en cas d'adjonction de l'indivision à la participation, la durée de l'indivision s'aligne sur celle de la société et les indivisaires ne peuvent demander la fin de l'indivision que dans les conditions de l'article 1872-2, al. 2, à savoir l'indivision ne peut prendre fin qu'à la dissolution de la société (67). Il y a donc l'alignement des règles de l'indivision sur celles du droit des sociétés en participation (68).

Cependant, les parties au contrat de société en participation dotées d'une grande liberté d'organisation et de gestion de leur société peuvent convenir des modalités et de la date de partage des biens indivis même si la société est à durée indéterminée. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 1872-2, al. 2 qui dispose qu'« à moins qu'il n'en soit autrement convenu ». Cela dit, les associés peuvent, dans leur convention d'indivision, déterminer les conditions dans lesquelles le partage des biens indivis doit intervenir.

La société en participation peut être aussi à durée déterminée ; dès lors, sa dissolution ne pourra être demandée qu'à l'arrivée du terme. Aucun associé ne peut, en ce cas, demander la dissolution de la société avant l'arrivée du terme de la société qui peut résulter de l'extinction de l'objet social(69). En effet, la société en participation peut être conçue pour réaliser une opération précise de sorte qu'à la fin de cette opération, la société prend fin et les biens indivis mis à la disposition de la société pour la réalisation de l'objet social peuvent faire l'objet du partage.

Il faut rappeler que dans les sociétés en participation où il n'y a aucune personnalité morale, donc aucun patrimoine, aucun actif, la dissolution aboutit à une simple reddition des comptes où chaque associé reprend tout naturellement ses propres biens mis à la disposition de la société ou les associés procèdent à une simple reddition de compte en valeur (70). Il s'agit donc d'un règlement de comptes entre associés en participation, qui sont libres d'aménager à leur convenance les conséquences de la dissolution (71).

En définitive, en présence de biens indivis parmi les biens affectés à la société, les règles de l'indivision s'incrustent même dans les rapports entre associés.



Linda Erlandsson,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

La société en participation des professions libérales

La société en participation qui réunit des membres de professions libérales est dotée d'un statut particulier instauré par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral. L'objectif essentiel de cette loi était de permettre aux membres de professions libérales de recourir aux différents groupements d'exercice en commun soumis à des règles propres qui permettent de protéger l'indépendance de ces professionnels ainsi que d'assurer le respect des règles déontologiques. La création du statut particulier de la société en participation des professions libérales constituait une nouveauté inattendue de la loi du 31 décembre 1990 dans la mesure où elle avait été ajoutée au projet de la loi en cours de discussion parlementaire. Le régime de la société en participation des professions libérales ainsi créé n'a presque pas fait l'objet de débats dont le contenu aurait éventuellement pu clarifier les dispositions qui ont finalement été adoptées. (1) La loi du 31 décembre 1990 qui matérialise, dans deux articles seulement, l'admission des professions libérales à cette forme de société a en effet soulevé quelques incertitudes, notamment quant aux notions utilisées.

L'instauration de la société en participation des professions libérales visait à introduire en droit français l'équivalent des *partnerships* anglo-saxons (2), ce qui peut expliquer certaines incertitudes par rapport à l'intention du législateur français. En effet, au lieu de créer un régime juridique propre à cette nouvelle forme de société, inspiré du droit anglo-saxon, le législateur a opté pour un renvoi direct à la société en participation de droit commun, ce qui supposait seulement quelques adaptations par rapport au régime de la société en participation de droit commun. (3)

Ainsi, comme la société en participation de droit commun, la société en participation des professions libérales est définie comme « *un groupement contractuel des personnes qui répond à la définition de la société, mais dont la particularité principale résulte de l'absence de personnalité morale* ». (4) Corrélativement, elle n'a pas de patrimoine propre ni de capital social, et elle ne pourra pas faire l'objet d'une procédure collective. Elle n'aura pas non plus vocation à agir en justice.

De même, comme toute société, la société en participation des professions libérales a besoin d'apports pour son fonctionnement. Il s'agit d'apports en industrie ou en jouissance, dont la

réalisation se traduit, en raison de l'absence du patrimoine propre, par une mise à disposition des biens apportés en vue de leur utilisation par les associés, conformément au contrat de société (5). Les biens ainsi mis en commun demeurent la propriété personnelle de l'associé apporteur, sauf si ce dernier décide de les placer sous le régime de l'indivision.

L'absence de personnalité morale constitue en outre un risque important d'engagement de la responsabilité personnelle des associés. Elle empêche aussi la société en participation de prendre des engagements contractuels à l'égard des tiers, ce qui conduit les professionnels à créer parallèlement à la société en participation une société civile de moyens dont l'objet est notamment la fourniture du personnel et du matériel à ses membres.

Abstraction faite de l'absence de la personnalité morale, la société en participation des professions libérales offre plusieurs avantages particuliers. Elle laisse une place importante à la liberté contractuelle pour la mise en place de l'organisation et le fonctionnement de la société. Elle présente aussi une grande adaptabilité dans la mesure où sa durée peut être très courte et son objet extrêmement précis pour se limiter à certaines opérations ou clients. Elle est soumise à une publicité obligatoire qui a pour effet de la rendre ostensible et ainsi permettre aux membres de professions libérales d'exercer leur activité avec plus de sécurité.

Le régime de la société en participation des professions libérales est régi par les dispositions spéciales des articles 22 et 23 de la loi du 31 décembre 1990 ainsi que par les règles non contraires des articles 1871 à 1872-1 du Code civil. Ces dispositions sont complétées par celles régissant le statut des sociétés civiles, figurant aux articles 1845 à 1870-1 du Code civil, qui sont applicables par renvoi, à défaut de dispositions statutaires. Un grand nombre de décrets correspondant aux professions en cause complètent les dispositions légales.

L'étude de la société en participation des professions libérales implique une analyse centrée sur les particularités que le régime de la société en participation des professions libérales présente par rapport au régime de la société en participation de droit commun. Ces particularités se rapportent aux conditions de constitution (I), au fonctionnement et à la disparition de la société en participation des professions libérales (II).

1) M. Jeantin, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », *JCP G* 1991, I, 3504 ; J.-J. Daigre, « Les sociétés en participation de profession libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », *Bull Joly* 1991, n° 4, p. 369.

2) Les *partnerships* anglo-saxons sont des sociétés sans personnalité morale utilisées pour l'exercice d'une activité de type libéral. Elles sont fondées sur un mandat réciproque par lequel les associés sont réputés mandataires les uns des autres. Leur régime légal est supplétif et réserve aux associés une liberté contractuelle pour régler leurs relations alors que les relations qu'ils tiennent avec les tiers sont soumises aux règles du *common law* applicables au mandat ; V. M. Jeantin, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », *op.cit.* p. 3504 ; B. Saintourens, « Les sociétés en participation de notaires », *Deffrénois* 1993, n° 17, p. 945.

3) M. Jeantin, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », *op.cit.* p. 3504

4) J.-J. Daigre, « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », *op.cit.*, p. 369.

5) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *Deffrénois* 2009, n° 5, p. 481.

6) Il s'agit des professions de chirurgien-dentiste, directeur et directeur-adjoint de laboratoires d'analyses de biologie médicale, médecin, pharmacien, professions paramédicales (infirmier, masseur-kinésithérapeute, orthophonique, pédicure-podologue, diététicien), sage-femme, vétérinaire, avocat, commissaire-priseur, greffier du tribunal de commerce, huissier de justice, administrateur judiciaire conseil de propriété industrielle, notaire, architecte, commissaire aux comptes, expert-comptable et comptable agréé, expert agricole et foncier, expert forestier et géomètre expert.

7) Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 22, al. 1.

8) Loi n° 90-1258, préc., art. 22, al. 1.

9) Rép.min. du 12 août 1993, *J.O. Sénat*, Questions et réponses, p. 1 411, n° 722 ; *JCP E* 1993, 971.

10) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

11) Loi n° 90-1258, préc., art. 22, al. 1.

12) Loi n° 90-1258, préc., art. 5 ; B. Saintourens, « Les sociétés d'exercice libéral », *Rev. Sociétés* 1991.707.

13) La société pluri-professionnelle d'exercice permet aux avocats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, notaires, huissiers de justice, commissaire-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires, conseils en propriété industrielle et experts-comptables d'exercer en commun au sein d'une même structure.

14) Certaines règles propres à la société d'exercice libéral sont également applicables, indépendamment de la forme sociale choisie ; B. Brignon, « La société pluri-professionnelle d'exercice (SPE) : aperçue des décrets d'application du 5 mai 2017 », *Rev. sociétés* 2018, p. 220.

I. Les conditions particulières de constitution d'une société en participation des professions libérales

Si les conditions particulières de constitution d'une société en participation des professions libérales présentent peu d'originalité concernant les associés (A) et la société elle-même (B), ce sont les conditions de publicité qui contribuent davantage à distinguer la société en participation des professions libérales par rapport à la société en participation de droit commun (C).

A. Les conditions particulières relatives aux associés

La société en participation est admise à toutes les professions libérales (6) « *nonobstant toute disposition législative ou réglementaire déterminant limitativement les modes d'exercice en commun de la profession* » (7). En effet, cette société ne peut être constituée qu'entre des personnes physiques qui exercent une profession libérale soumise à statut législatif ou réglementaire dont le titre est protégé. (8) La société en participation des professions libérales ne peut donc comprendre, parmi ses associés, de personnes morales à la différence d'autres structures d'exercice libéral dont notamment les sociétés d'exercice libéral. (9) Cette particularité explique que la société en participation des professions libérales n'ait pas rencontré le succès espéré. Il est en effet regrettable qu'une société en participation des professions libérales ne puisse pas regrouper des sociétés d'exercice libéral ou des sociétés civiles professionnelles qui, pour certaines professions libérales, comme les vétérinaires et les architectes, sont devenues les structures de référence. (10)

A. Les conditions particulières relatives à la société

Les conditions particulières relatives à la société concernent son objet social (1.), sa dénomination (2.) et sa durée (3.).

1. L'objet de la société en participation des professions libérales

L'article 1871 du Code civil dispose que « *les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation* », sous réserve de ne pas déroger à certaines dispositions impératives par rapport au statut de la société civile. Cet article est applicable à la société en participation des professions libérales par renvoi de l'article 22 de la loi du 31 décembre 1990. Les associés disposent ainsi d'une grande liberté pour déterminer l'objet de leur société qui peut être très précis pour se limiter, par exemple, à une transaction, une branche d'activité, un groupe ou un type de clientèle. Par conséquent, la société en participation est souvent utilisée comme technique d'organisation d'une activité professionnelle, permettant une mise en commun

des honoraires et une répartition des bénéfices selon des modalités convenues entre les associés. La société en participation des professions libérales a aussi pour vocation de rassembler des professionnels libéraux qui souhaitent réaliser un projet commun, le tester et le changer ensuite pour une autre structure d'exercice libéral. En cas d'échec, il n'y aura pas de conséquences lourdes puisque chacun des associés restera propriétaire de ses actifs.

Par ailleurs, la société en participation des professions libérales est en principe destinée à offrir une structure juridique pour l'exercice d'une seule profession. (11) En conséquence, son domaine se trouve limité par rapport à d'autres types de structures juridiques, comme les sociétés d'exercice libéral qui permettent notamment aux apporteurs de capital n'exerçant pas la profession libérale de devenir associé. (12)

Il est toutefois prévu à l'article 22, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1990 qu'un décret en Conseil d'État pourra autoriser la création, entre personnes physiques exclusivement, de sociétés en participation pluri-professionnelles. Compte tenu de sa souplesse d'organisation et de fonctionnement, la société en participation des professions libérales avait justement été annoncée comme devant favoriser la promotion de la pluri-professionnalité. La société en participation pourrait en effet être créée ponctuellement entre différents professionnels, par exemple, pour un marché donné afin de répondre à un appel d'offres ou pour un client en particulier. Elle pourrait aussi se limiter à une branche d'activité ou à un type de clientèle identifiée, par exemple, entre un avocat et un notaire pour une activité en droit immobilier ou entre un avocat et un conseil en propriété industrielle pour une clientèle industrielle. À ce jour, aucun décret n'a pourtant été adopté sur la base de l'article 22, alinéa 2, de la loi du 31 décembre 1990 pour offrir la possibilité à une société en participation des professions libérales d'avoir un objet pluri-professionnel.

En revanche, depuis que la société pluri-professionnelle d'exercice a été introduite en droit français par l'ordonnance n° 2016-394 du 31 mars 2016 pour permettre aux certaines professions libérales (13) d'exercer en commun au sein d'une même structure, la question se pose de savoir si la société en participation peut être une des formes que peut adopter la société pluri-professionnelle d'exercice. Cette dernière constitue en effet une forme sociale devant se greffer sur une autre forme sociale. La société pluri-professionnelle est régie par les dispositions du décret n° 2017-794 du 5 mai 2017 relatif aux sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales juridiques, judiciaires et d'expertise comptable ainsi que par les règles particulières à la forme sociale choisie (14). À cet égard, l'article 31-4 de la loi du 31 décembre 1990, créé par l'ordonnance du 31 mars 2016, précise que la société pluri-professionnelle d'exercice « *peut revêtir toute forme sociale, à l'exception de celles qui confèrent à leurs associés la qualité de*



commerçant ». Il n'est cependant pas certain que la société en participation des professions libérales puisse être choisie pour la création d'une société pluri-professionnelle d'exercice. Il peut en effet être soutenu que ce texte ne vise *a priori* que des formes sociales qui sont dotées de la personnalité morale dans la mesure où le texte de la loi évoque le capital social de la société (15), ce qui suppose une personne morale. Une autre analyse du texte de la loi peut être donnée en considérant que les formes sociales donnant lieu à la personnalité morale soient seulement celles sur lesquelles les auteurs de l'ordonnance ont raisonné, sans que celles-ci soient les seules possibles puisque les autres formes de société n'ont pas été exclues (16). Il est certain que le texte laisse une place à la créativité des praticiens et l'avenir nous montrera si la société pluri-professionnelle est compatible avec la création d'une société en participation des professions libérales.

En outre, la société en participation des professions libérales ne peut exercer elle-même la profession de ses membres. Elle ne constitue qu'un cadre juridique d'exercice conjoint au sein duquel l'exercice de la profession demeure strictement personnel à chacun des associés. La société n'est pas non plus en relation contractuelle avec la clientèle qui demeure la propriété individuelle de chaque associé. À ce titre, la société ne peut être titulaire d'un office de notaire ou de greffier du tribunal de commerce. Chacun des associés exerce ses fonctions au sein de l'office dont il est titulaire. (17)

2. La dénomination de la société en participation des professions libérales

À la différence de la société en participation de droit commun, la société en participation de professions libérales doit avoir une dénomination. (18) Cette exigence apparaît dérogatoire au regard du droit commun de la société en participation puisqu'il s'agit d'un attribut lié à la personnalité morale dont la société en participation est dépourvue. (19)

La dénomination de la société en participation des professions libérales est librement choisie par les associés et doit être immédiatement précédée ou suivie de la mention « *société en participation* » ou des initiales : « *SEP* », elles-mêmes suivies de l'indication de la ou des professions exercées. (20) Ainsi, on rencontre, entre autres, des sociétés en participation d'avocats, des sociétés en participation de notaires et des sociétés en participation d'huissiers. (21) L'article 22, alinéa 5, de la loi du 31 décembre 1990 autorise également aux associés qui le souhaitent d'inclure le nom d'un ou de plusieurs d'entre eux.

Par ailleurs, la dénomination a également pour effet de rendre les démarches civiles ou administratives, dont notamment l'ouverture d'un compte, plus faciles par rapport à la société en participation de droit commun. À cet égard, un certain nombre de décrets régissant les professions libérales prévoient que l'appartenance à la société et la dénomination de

cette dernière doivent être indiquées dans tous les actes professionnels et les correspondances de chaque associé. (22)

3. La durée de la société en participation des professions libérales

Le principe de la liberté contractuelle qui caractérise la société en participation des professions libérales permet à ses associés de déterminer librement la durée de la société. Celle-ci peut être constituée pour une durée très courte pour se limiter, par exemple, à une transaction précise. Elle peut aussi être constituée pour une durée indéterminée.

Le dernier alinéa de l'article 22 de la loi du 31 décembre 1990 prévoit en effet que la société en participation des professions libérales peut être constituée pour une durée indéterminée. Cette disposition a été insérée dans la loi du 31 décembre 1990 alors même que le droit commun prévoyait déjà expressément, par le biais de l'article 1872-2 du Code civil, la possibilité pour une société en participation d'être constituée pour une durée indéterminée. Or, l'article 1872-2 du Code civil n'est pas applicable à la société en participation des professions libérales car il n'y a pas de mécanisme de renvoi prévu audit article par la loi du 31 décembre 1990. L'exclusion de l'application de l'article 1872-2 du Code civil a été fait uniquement dans l'objectif d'écarter pour les professions libérales le droit de dissolution unilatérale accordé aux associés d'une société en participation de droit commun constituée pour une durée indéterminée. (23)

C. Les conditions particulières de publicité

La société en participation des professions libérales présente le particularité d'être soumise à une publicité obligatoire, ce qui a pour effet de la rendre obligatoirement ostensible sans pour autant la doter de la personnalité morale. (24) Ce caractère ostensible favorise l'exercice professionnel qui devient ainsi mieux sécurisé pour les clients et pour les associés eux-mêmes. (25) L'aspect occulte qui caractérise traditionnellement la société en participation est ainsi totalement écarté pour cette forme spéciale de société en participation.

La publicité de la constitution dont les conditions sont fixées par décret du Conseil d'État prend la forme d'une publicité d'information des tiers. Les décrets d'application adoptés pour les différentes professions libérales concernées prévoient des modalités de publicité qui diffèrent en fonction des professions.

Pour certaines professions, la formalité de publicité de constitution s'effectue par l'insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales du département de chacun des lieux d'exercice des associés. C'est le cas notamment pour les commissaires aux comptes, les médecins, les chirurgiens-dentistes, les sages-femmes, les professions paramédicales, les géomètres-

15) Loi n° 90-1258, préc., art. 31-6 et 31-7.

16) C. Vernières et J.-P. Viennois, « La forme sociale de la société pluriprofessionnelle d'exercice », *Journal des Sociétés*, septembre 2017, p. 10 et s ; S. Normorgue, « La nouvelle société pluriprofessionnelle d'exercice (SPE) », *JCP E* 2016, 1441.

17) V. pour les notaires, décret n° 93-78 du 13 janvier 1993, art. 74, al. 2 ; pour les greffiers des tribunaux de commerce, C. com., art. R. 743-135 ; pour les huissiers de justice, Décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992, art. 73.

18) Loi n° 90-1258, préc., art. 22, al. 3.

19) B. Saintourens, « Les sociétés en participation de notaires », *op.cit.*, p. 945.

20) Loi n° 90-1258, préc., art. 22, al. 4 ; B. Thullier, « Loi du 28 mars 2011 – Réforme des structures d'exercice des professions libérales », *Défrenois* 2011, n° 12, p. 1093.

21) V. pour les avocats, décret n° 93-492, du 25 mars 1993, art. 44 ; pour les notaires, décret n° 93-78, préc., art. 74 ; pour les huissiers de justice, décret n° 92-1448, préc., art. 73.

22) V. notamment pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, C. santé publ., art. D. 4113-103 ; pour les professions paramédicales, C. santé publ., art. D. 4381-24 ; pour les géomètres-experts, Décret n° 95-128 du 2 février 1995, art. 2 ; pour les architectes, Décret n° 95-129 du 2 février 1995, art. 2 ; pour les conseils en propriété industrielle, C. prop. intel., art. R. 422-51.

23) M. Jeantin, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », *op.cit.*, p. 3504.

24) J.-J. Daigre, « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », *op.cit.*, p. 369.

25) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

26) V. notamment pour les commissaires aux comptes, C.com., art. R. 822-108 ; pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, C. santé publ., art. D. 4113-102 ; pour les professions paramédicales, C. santé publ., art. D. 4381-23 ; pour les géomètres-experts, décret n° 95-128, préc., art. 1 ; pour les architectes, décret n° 95-129, préc., art. 1 ; pour les conseils en propriété industrielle, C. prop. intel., art. R. 422-50.

27) C.com., art. R. 814-155.

28) V. notamment pour les notaires, décret n° 93-78, préc., art. 76 à 78 ; pour les greffiers des tribunaux de commerce, C. com., art. R. 743-137 à R. 743-138 ; pour les huissiers de justice, Décret n° 92-1448, préc., art. 75 à 77.

29) V. notamment pour les notaires, décret n° 93-78, préc., art. 75 ; pour les greffiers des tribunaux de commerce, C. com., art. R. 743-136 ; pour les huissiers de justice, Décret n° 92-1448, préc., art. 74.

30) V. notamment pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, C. santé publ., art. D. 4113-102.

31) V. notamment pour les professions paramédicales, C. santé publ., art. D. 4381-23.

32) V. notamment pour les médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes, C. santé publ., art. L. 4113-9 à L. 4113-11.

33) Décret n° 93-492, préc., art. 46.

34) J.-J. Daigre, « Sociétés d'exercice libéral d'avocats et société en participation d'avocats », *Bull. Joly* 1993, p. 627.

35) Décret n° 93-492, préc., art. 46.

36) C.com., art. R. 814-156.

37) V. sur l'utilité d'une clause compromissaire, Cass.com., 5 octobre 1999, *Bull. civ. IV*, n° 156.

38) B. Thullier, « Loi du 28 mars 2011 – Réforme des structures d'exercice des professions libérales », *Défrenois* 2011, n° 12, p. 1093.

experts, les architectes, les avocats et les conseils en propriété industrielle. (26) L'avis de publication doit indiquer au moins la dénomination, l'objet social de la société et l'adresse des lieux d'exercice des associés ainsi que, pour les avocats, la liste des associés et le nom du barreau auquel ils appartiennent. L'avis de constitution d'une société en participation d'administrateurs judiciaires ou de mandataires judiciaires doit quant à lui être inséré dans le Bulletin des annonces civiles et commerciales (BODACC) (27).

Pour la constitution d'une société en participation réunissant des officiers ministériels dont les notaires, les huissiers de justice et les greffiers des tribunaux de commerce, la publication doit être effectuée au *Journal Officiel*. Cette publication est réalisée à l'initiative du garde des Sceaux, après la communication des statuts, par téléprocédure sur le site Internet du ministère de la Justice, par les associés. (28) Cette publicité constitue une condition suspensive à la constitution de la société. (29)

La formalité de publication est, pour certaines professions, précédée ou suivie d'une communication relative à la constitution de la société aux diverses instances qui assurent la discipline de la profession concernée. Pour les professions libérales organisées en ordre, c'est un contrôle préalable qui est effectué par le Conseil de l'Ordre départemental de chacun des lieux d'exercice. (30) En l'absence d'ordre professionnel, notamment pour les professions paramédicales, le contrôle est effectué par le directeur général de l'agence régionale de santé de chacun des lieux d'exercice. (31) Si ce contrôle préalable ne porte que sur le respect, par les associés, des règles déontologiques de la profession concernée, l'absence de communication peut néanmoins entraîner des sanctions (32).

Le contrôle est parfois exercé *a posteriori* de la publication de constitution. Il en va ainsi pour les sociétés d'avocats pour lesquelles le décret d'application concerné prévoit la remise, contre récépissé ou l'expédition par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, d'une copie de l'avis publié et d'un exemplaire du contrat de société de la société dans la quinzaine de la publication à chaque bâtonnier concerné. (33) L'appréciation exercée par le bâtonnier est en légalité et non en opportunité (34) et le bâtonnier peut, dans le délai d'un mois, mettre en demeure les associés de modifier le contrat de constitution pour qu'il soit en conformité avec la profession. (35) Un processus similaire est organisé pour les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises. Ces derniers effectuent ces communications pour contrôle auprès de la Commission nationale d'inscription et de discipline des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises. (36)

Le contrat de société qui est soumis au contrôle susvisé contient notamment les règles de fonctionnement de la société, et éventuellement les règles relatives à sa disparition.

II. Les particularités liées au fonctionnement et à la disparition de la société en participation des professions libérales

Le régime de la société en participation des professions libérales laisse une grande place au principe de la liberté contractuelle. Ainsi, les associés peuvent exprimer leur volonté et fixer dans le contrat de société les modalités d'exercice en commun de leurs activités. Les règles de répartition des bénéfices et de contribution aux pertes entre les associés ainsi que l'éventualité d'appels de fonds pour faire face à celles-ci doivent être clairement définies dans le contrat de société. Ce contrat doit également fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement de la société en participation ainsi que les moyens de prévention et de règlement de litiges, étant précisé que les associés peuvent soumettre leurs différends à l'arbitrage (37). La meilleure façon d'éviter un litige éventuel entre les associés est de prévoir une rédaction minutieuse du contrat de société. À défaut de précision de certaines modalités dans le contrat de société, ce sont les dispositions légales qui s'appliquent. Ainsi, le régime particulier de la société en participation des professions libérales fait ressortir certaines dispositions spécifiques à la situation des associés au cours de la vie de la société (A). Ce régime prévoit aussi des dispositions spécifiques par rapport à la dissolution de la société et au partage de biens indivis entre les associés (B).

A. La situation particulière des associés au cours de la vie de la société

Le régime de la société en participation des professions libérales présente quelques dispositions spécifiques par rapport à la situation de l'associé d'une société en participation de droit commun. Elles concernent principalement l'admission et la révocation des associés (1.) ainsi que les modalités de retrait d'un associé (2.).

Précisons au préalable que depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques et certaines professions réglementées, les associés d'une société en participation des professions libérales sont tenus, conformément au régime de la société en participation de droit commun, indéfiniment à l'égard des tiers des engagements pris par chacun d'eux en qualité d'associé. (38) Antérieurement à 2011, le régime de la société en participation des professions libérales prévoyait un principe spécifique de responsabilité dans la mesure où l'article 23 de la loi de 1990 disposait que les associés étaient tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers des engagements pris par chacun d'eux en qualité d'associé. Cette solidarité présentait non seulement une différence avec les règles applicables à la société en participation à objet civil de droit commun, révélée aux tiers, mais



dérogeait également aux autres formes d'exercice en commun des professions libérales. (39) Cette responsabilité solidaire a fini par être considérée comme un frein au développement des activités des professions libérales et a par conséquent été supprimée par l'article 20 de la loi du 28 mars 2011. (40)

1. L'admission et la révocation des associés

Le fait que la société en participation n'ait pas de patrimoine propre ne constitue pas un obstacle à la cession par les associés des droits qu'ils tiennent du contrat de société. Si ces droits ne peuvent pas être matérialisés par l'émission de titres négociables (41), ils restent néanmoins cessibles comme toute créance née d'un contrat.

Cette cession peut être subordonnée à l'agrément des associés. Conformément aux dispositions de l'article 1871 du Code civil, les associés peuvent convenir librement du fonctionnement de la société en participation et ainsi prévoir des modalités d'agrément des nouveaux associés. En l'absence de dispositions statutaires, les rapports entre associés sont régis par les dispositions applicables aux sociétés civiles et ainsi, conformément à l'article 1861 du Code civil, la cession ne peut intervenir qu'avec l'agrément de tous les associés, étant précisé que les statuts peuvent prévoir que cet agrément sera obtenu à une majorité qui est librement déterminée par les associés.

La loi du 31 décembre 1990 n'a pas prévu de mécanisme de renvoi aux textes de la société civile. Au contraire, l'article 23 de la loi du 31 décembre 1990 dispose que « *si la convention qui fonde la société en participation ne prévoit pas les modalités de l'admission et de la révocation d'un associé, la décision est prise à l'unanimité des associés non concernés* ». Si l'admission d'un nouvel associé soumise à une telle règle paraît protectrice des intérêts de chacun des associés, la révocation réalisée par la décision uniquement des autres associés paraît quant à elle donner lieu à une certaine insécurité. Par révocation, il faut sans doute ici comprendre le droit d'exclusion d'un associé dans ce type de société en participation. Compte tenu du comportement abusif que pourrait adopter certains associés, on peut s'étonner de l'absence de règles pour encadrer une telle exclusion notamment par l'exigence de juste motif, de garantie procédurale et de juste réparation au bénéfice de l'associé exclu. (42)

Par ailleurs, certains décrets d'application prévoient une obligation de publicité lors de l'admission ou de la révocation d'un associé. C'est le cas notamment pour les avocats et les mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises. (43) Comme pour la constitution de la société en participation, il s'agit d'une insertion d'un avis dans un journal d'annonces légales dans le département du lieu d'inscription au tableau de l'Ordre des avocats concernés et dans le département du lieu du siège social pour les sociétés de mandataires.

2. Les modalités particulières du retrait d'un associé

Tout associé dispose du droit de se retirer de la société en participation des professions libérales. Ce droit peut être prévu par une disposition statutaire. À défaut, c'est le régime des sociétés civiles qui s'applique. Ainsi, aux termes de l'article 1869 du Code civil, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés. Ce retrait peut également être autorisé pour justes motifs par une décision de justice.

À cet égard, l'article 23, alinéa 3, de la loi du 31 décembre 1990 dispose que les associés peuvent prévoir dans le contrat de la société « *le versement d'une prestation compensatrice en cas de retrait de l'un des associés* ». Si la loi ne donne pas de précisions sur le débiteur ou sur le fondement de cette prestation compensatrice (44), les décrets d'application relatifs aux professions libérales concernés n'en donnent pas plus. Ce silence a suscité beaucoup d'interrogations en pratique, essentiellement concernant l'interprétation de la notion de retrait figurant dans ce texte mais aussi concernant la personne redevable de la compensation.

Si l'on considère qu'il s'agit d'une indemnité de départ (45), la prestation compensatrice est *a priori* acquise en cas de retrait volontaire de la société que ce retrait soit réalisé dans les conditions prévues par l'article 1869 du Code civil ou en raison d'une cessation d'activité professionnelle. (46) En revanche, le versement d'une telle prestation compensatrice semble contraire à l'effet de sanction recherché dans l'hypothèse d'un retrait involontaire. Rien ne paraît cependant interdire aux associés de prévoir dans le contrat de société que cette prestation compensatrice soit due même en cas d'exclusion ou en présence de certaines causes d'exclusion. De même, cette compensation ne devrait *a priori* pas non plus être due en cas de retrait par cession de droits sociaux, auquel cas le prix de cession a pour effet de compenser l'investissement du cédant. Il ne faudrait pas non plus confondre cette prestation compensatrice avec le droit au remboursement des apports effectués par l'associé qui se retire, sous réserve bien évidemment que ce dernier ait contribué aux dettes sociales de la société. Dès lors, l'associé qui se retire volontairement aura droit de bénéficier à la fois de la prestation compensatrice et de la rémunération des apports qu'il a effectués. (47)

N'ayant pas de personnalité morale, la société en participation des professions libérales ne peut pas avoir de patrimoine propre. Par conséquent, elle ne peut pas être la débitrice de la prestation compensatrice. Le montant de la prestation compensatrice entrera au contraire dans le passif commun des associés et se répartira entre eux.

Les conditions de versement de la prestation compensatrice et les modalités de calcul de son

39) B. Saintourens, « Les sociétés en participation de notaires », *op.cit.*, p. 945 ; J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

40) Il est précisé que la responsabilité solidaire continue à s'appliquer pour les dettes contractées avant l'entrée en vigueur de la loi du 28 mars 2011 ; B. Thullier, « Loi du 28 mars 2011 – Réforme des structures d'exercice des professions libérales », *op.cit.*, p. 1093.

41) C.civ., art. 1871, al. 2, renvoyant à l'art. 1841 du même code.

42) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

43) V. pour les avocats, décret n°93-492, préc., art. 48 ; pour les mandataires judiciaires, C. com., art. R. 814-157.

44) J.-J. Daigre, « Les sociétés en participation de professions libérales réglementées et la réforme des sociétés civiles professionnelles », *op.cit.*, p. 369.

45) C'est la conception de la prestation compensatrice qui a été retenue par la doctrine.

46) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

47) M. Jeantin, « Commentaire de la loi du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral », *op.cit.*, p. 3504.

48) V. notamment pour les huissiers, Décret n° 92-1448, préc., art. 78 ; pour les notaires, Décret n° 93-78, préc., art. 79 ; pour les greffiers des tribunaux de commerce, C.com., art. R. 743-139.

49) V. en ce sens CA Versailles, 1^{ère} ch., 5 mai 2011, n° 09/08962.

50) V. notamment CA Montpellier, 2^{ème} ch., 12 juin 2018, n°16/02454.

51) L'article 1844-7 du Code civil prévoit que la société prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à l'article 1844-6 du Code civil, par la réalisation ou l'extinction de son objet, par l'annulation du contrat de société, par la dissolution anticipée décidée par les associés, par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour justes motifs, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société, par la dissolution anticipée prononcée par le tribunal dans le cas prévu à l'article 1844-5, par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ou pour toute autre cause prévue par les statuts.

52) B. Saintourens, « Les sociétés en participation des notaires », *op.cit.*, p. 945.

53) J.-Y. Mazan et R. Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) », *op.cit.*, p. 481.

montant peuvent être détaillées dans le contrat conclu par les associés et ainsi éviter des sources de conflits ultérieurs.

B. Les particularités liées à la dissolution de la société et au partage des biens indivis entre associés

Les spécificités liées à la dissolution et au partage des biens indivis portent sur l'obligation de publicité de la dissolution (1.), l'exclusion du droit unilatéral de dissolution (2.) et le droit au partage des biens indivis sans attendre la dissolution (3.).

1. L'obligation de publier la dissolution

Les décrets d'application relatifs aux professions juridiques et judiciaires titulaires d'un office prévoient des règles similaires en matière de publicité de la dissolution de la société en participation. La procédure est semblable à celle applicable lors de la constitution de la société. Ainsi, une notification de la dissolution doit être effectuée auprès du garde des Sceaux, par téléprocédure sur le site Internet du ministère de la justice, par l'associé ou les associés ayant demandé la dissolution. La dissolution de la société en participation est publiée au journal officiel, à l'initiative du garde des Sceaux. À compter de la date de cette publication, chaque associé reprend l'exercice individuel de ses fonctions, chacun d'entre eux étant resté titulaire de son office. (48)

2. L'exclusion du droit de dissolution unilatéral

Les règles spéciales de la société en participation des professions libérales contiennent des dispositions dérogeant au droit commun. Il a déjà été mentionné que l'article 1872-2 du Code civil relatif à la dissolution de la société en participation à durée indéterminée a été écarté par la loi du 31 décembre 1990. Cet article dispose que tout

associé peut demander la dissolution de la société en participation, à condition que la demande soit faite de bonne foi et non à contretemps. Puisque cet article n'est pas applicable à la société en participation des professions libérales, ce sont les règles du régime des sociétés civiles qui s'appliquent. (49) En conséquence, la société en participation des professions libérales ne pourra être dissoute que pour une des causes listées à l'article 1844-7 du Code civil (50). (51)

3. Le droit au partage des biens indivis sans attendre la dissolution

L'article 1872-2 du Code civil prévoit qu'aucun associé ne peut demander le partage des biens indivis tant que la société n'est pas dissoute, sauf convention contraire. L'absence de renvoi à cet article pour la société en participation des professions libérales entraîne l'application du droit de l'indivision et notamment de l'article 815 du Code civil qui prévoit la possibilité pour chaque associé de solliciter, à tout moment de la vie sociale, le partage des biens indivis affectés à la société.

Aucune disposition statutaire contraire ne pourrait être adoptée dans la mesure où l'article 815 du Code civil est d'ordre public. Il existe dès lors un risque que les biens indivis affectés à la société soient partagés à tout moment, ce qui semble s'opposer à l'intérêt même de la société en participation. Dans cette hypothèse, une convention d'indivision pourrait être conclue, en application des articles 1873-1 et suivants du Code civil, simultanément avec la constitution de la société en participation. (52) Une telle convention permettrait d'offrir un régime juridique plus stable des biens indivis, notamment en limitant le droit de retrait dans le cadre des principales opérations accomplies par les associés. (53) Cette stabilité doit néanmoins être mesurée car aux termes de l'article 1873-3 du Code civil, la durée de la convention d'indivision ne pourrait pas être supérieure à cinq ans renouvelables.



Retrouvez le dernier numéro du
JOURNAL DES SOCIÉTÉS
Le mensuel du juriste et de l'entreprise
La responsabilité du fait des produits

Dossier : La responsabilité du fait des produits ?
 Journal des Sociétés n° 175 – Juin 2019

Commandez-le en ligne sur notre site
WWW.JSS.FR
 Disponible en format numérique

12,10 € TTC



Grégoire Loustalet,
Docteur en droit,
Avocat à la Cour

Étude critique de la fiscalité des sociétés en participation

La société en participation prévue par l'article 1871 et suivants du Code civil connaît un régime juridique particulier lié à l'absence de personnalité morale. Pour autant sur le plan fiscal, l'article 8 du Code général des impôts (« CGI ») lui applique le régime de la semi-transparence habituellement appliquée aux sociétés de personnes. Ce régime de la semi-transparence considère que la société constitue une entité juridique propre exerçant de manière autonome une activité économique qui leur est propre et réalise leur propre résultat. Ces sociétés disposent d'une personnalité fiscale et ce, même si elles ne sont imposées sur leurs résultats que par l'intermédiaire de leurs associés.

La reconnaissance d'une telle personnalité aux sociétés en participation soulève de nombreuses difficultés pratiques qui ont conduit Madame le rapporteur public Bokdam-Tognetti à relever que « cette autonomie du droit fiscal conduit toutefois, sinon à des impasses, du moins à des acrobaties pour sortir l'administration et le juge de l'impôt des voies apparemment sans issue dans lesquelles ils se trouvent acculés » (1).

Si le régime de la semi-transparence fait l'objet de nombreuses critiques depuis de nombreuses années (2), la reconnaissance d'une personnalité fiscale à une entité juridique ne disposant pas de personnalité juridique conduit à accroître les difficultés, impasses et acrobaties pour trouver des solutions bien souvent mal adaptées au fonctionnement juridique et à la réalité économique de la société en participation.

Le champ d'application du régime des sociétés en participation – Le champ d'application du régime fiscal des sociétés en participation intègre également la situation des sociétés créées de fait (ou société de fait) reconnu par l'administration fiscale ou le juge dans des circonstances de faits dans lesquels les « fondateurs » n'ont pas eu nécessairement conscience de constituer une société.

Ce régime s'applique également aux associations de professionnels libéraux. L'article 238 bis LA du CGI prévoit notamment que « Les bénéfices réalisés par les associations d'avocats mentionnées à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques sont imposés selon les règles prévues au présent code pour les sociétés en participation » (3).

Il peut encore concerner des sociétés ou groupements étrangers dont le fonctionnement est similaire à celui des sociétés en participation. Le cas le plus marquant est celui des *General Partnership* anglo-saxons.

La reconnaissance de la société en participation – Le Conseil d'État a dégagé trois critères pour reconnaître l'existence d'une société en participation. Il faut que les associés aient réalisé des apports en numéraire, nature ou industrie, qu'il y ait au moins une personne en charge de la gestion (tenue des comptes...) rendant des comptes aux associés à ce titre et que les associés participent aux bénéfices et aux pertes (4). La rédaction d'un acte constitutif ou de statuts n'est en revanche pas une condition nécessaire pour caractériser une société en participation (5).

La déclaration de création de société en participation – Lors de la création de la société en participation, les associés ont l'obligation de déclarer cette constitution à l'administration fiscale. La déclaration porte sur le nom des associés et nécessite un acte positif de la part de ces derniers. Ces derniers ne peuvent pas se limiter à simplement déclarer leur quote-part de résultat dans leurs déclarations fiscales personnelles (6). Le contribuable doit faire cette déclaration au plus tard avant l'expiration du délai de dépôt de la déclaration de résultat. De même, la simple publication dans un journal d'annonces légales n'est pas considérée comme une information de l'administration des noms et adresses des associés (7). Au contraire, l'enregistrement de l'acte constitutif de la société en participation suffit à informer l'administration même si ces renseignements n'ont pas été déclarés au service des impôts compétent pour recevoir la déclaration des résultats (8).

Cette déclaration est absolument nécessaire si l'on souhaite rendre la société en participation opposable à l'administration. À défaut, l'administration fiscale sera en droit de s'en tenir à l'apparence pour la détermination de l'impôt et le contribuable ne pourra pas faire état d'une convention de société en participation à laquelle il a entendu conserver un caractère occulte pour se soustraire aux impositions mises à sa charge en tant qu'associé d'une société de fait dont l'administration a prouvé l'existence (9).

1) E. Bokdam-Tognetti, concl. sur CE 5 juin 2015 n° 369859, 9^e et 10^e s.-s., BDCF 8-9/15 n° 122.

2) P. Serlooten, Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes, JCP E n° 38, 23 Sept. 1999, p. 1477.

3) Loi n°2006-1771 du 30 déc. 2006 - art. 64 JORF 31 déc. 2006.

4) CE 18 mars 1970 n° 77568, CE 14 oct. 1970 n° 77238, CE 4 juill. 1973 n° 78179.

5) CE 23 nov. 2001 n° 205132, 9^e et 10^e s.-s., SA Cogedac : RJF 2/02 n° 196.

6) CE 21 avril 2000 n° 179092, 9^e et 10^e s.-s., SA Danone : RJF 6/00 n° 759 avec concl. G. Goulard BDCF 6/00.

7) CAA Nancy 27-12-2012 n° 11NC00591.

8) CE 6-11-1968 n° 72233, 7^e et 9^e s.-s.. Repris au BOFiP : BOI-BNC-SECT-70-50-10 ; BOI-IS-CHAMP-10-40.

9) CE 23 nov. 1977 n° 95757 et 95758.

10) CAA Versailles 4-10-2005 n° 03-2842, 3^e ch., Assous : R/JF 1/06 n° 62.

11) TA Paris 10-10-2006 n° 00-7216, 2^e sect., 1^e ch., Sté Decobat : R/JF 2/07 n° 126 ; BOI-BIC-PVMV-30-10.

12) L'inscription de l'immobilisation doit se faire au bilan de l'entité qui contrôle l'élément d'actif (BOI-BIC-CHG-20-10-10 n° 40).

Le défaut de déclaration peut donc avoir des conséquences non négligeables sur le plan fiscal, car si l'administration se rend compte de l'existence de la société en participation alors qu'elle n'a pas été déclarée, elle va pouvoir rectifier la situation.

L'appréhension particulière de la société en participation par le droit fiscal nous conduit à porter un regard critique sur les règles d'impositions des sociétés en participation d'une part, et d'autre part ses rapports avec l'administration fiscale que ce soit au stade de la déclaration, du paiement, du recouvrement, du contrôle et du contentieux fiscal.

I. L'imposition de la société en participation

La société en participation malgré son absence de personnalité morale se voit reconnaître une personnalité fiscale que ce soit au regard de l'imposition des résultats (A), de la TVA (B) et de la contribution économique territoriale (C). Par ailleurs, l'étude du régime fiscal de la société en participation conduit à s'interroger sur la sortie d'un associé de la société en participation (D).

A. La société en participation et l'imposition des résultats

La détermination du résultat imposable de la société en participation nécessite de déterminer le « patrimoine fiscal » de la société (1.). Cette détermination est un préalable à la détermination du résultat imposable de la société (2.).

1. La détermination du patrimoine fiscal de la société

La nécessité de constituer un patrimoine fiscal – Pour l'application du régime de la semi-transparence ou même de l'impôt sur les sociétés (« IS »), le droit fiscal considère que les associés reçoivent des parts sociales en contrepartie de leurs apports et va traiter la société comme si les apports avaient effectivement entraîné un transfert de propriété à la société.

En effet, l'article 238 bis M du CGI prévoit que « *Les sociétés en participation doivent, pour l'application des articles 8 et 60, inscrire à leur actif les biens dont les associés ont convenu de mettre la propriété en commun* ».

Concrètement, ce patrimoine fiscal se trouve être constitué par l'inscription des différents éléments à l'actif et au passif du bilan de la société. Il s'agit là d'une conséquence de la nécessité posée par l'article 38 du CGI pour toute entreprise de disposer d'un bilan pour déterminer le résultat imposable de l'entreprise. Il est donc nécessaire de définir un patrimoine professionnel par l'affectation à son activité professionnelle. Cette reconnaissance comptable et fiscale d'un patrimoine d'affectation n'est réalisée que pour les besoins de la gestion et de l'imposition du résultat de l'activité professionnelle de l'entrepreneur.

Cependant, sur le plan juridique, si les associés réalisent des apports à la société en participation,

en raison de l'absence de personnalité morale, elle ne peut en devenir propriétaire et, par conséquent, aucun transfert de propriété n'est réalisé. En un sens, l'apport à une société en participation peut être perçu comme une affectation exclusive de l'usage d'un bien à la finalité commune qui constitue la société.

Cette discordance d'appréciation va conduire à soumettre les titres reçus en contrepartie à un régime particulier. Si l'attribution de droits sociaux proportionnellement aux apports réalisés par les associés est reconnue sur le plan fiscal malgré l'absence de personnalité morale, de patrimoine social et du défaut de transfert de propriété (10), ces droits sociaux ne peuvent cependant pas être considérés comme des droits sociaux traditionnels. Ainsi, ils ne pourront pas bénéficier de l'application du régime des plus ou moins-values à long terme aux cessions de titres de sociétés en participation et même aux provisions prévues par l'article 39, 1-5° du CGI (11).

En effet, il ne faut pas oublier que les règles d'inscription au bilan d'un élément d'actif dépendent en grande partie de règles juridiques et ce, même si l'introduction des normes IFRS est venue modifier quelque peu l'approche (12). Par conséquent, le risque de discordance entre l'appréhension comptable et fiscale d'inscription à l'actif est grand.

Le transfert des actifs au patrimoine fiscal de la société en participation

– Selon les règles posées par l'article 1872 du Code civil les biens apportés à la société en participation peuvent être considérés comme indivis ou bien comme appartenant exclusivement à un des associés.

Si les biens apportés par les associés sont considérés comme leur appartenant exclusivement après la réalisation de l'apport, il convient encore de regarder quelle est leur provenance. En effet, cet apport va générer une plus ou moins-value imposable ou non suivant son origine. Si le bien était inscrit à l'actif du bilan d'une entreprise individuelle, il convient d'appliquer le régime des plus-values professionnelles. Ce régime prévoit ainsi que le fait générateur de l'imposition de la plus-value est la sortie de l'actif du bilan du bien considéré.

Dans ce cas, si un associé apporte un bien qui était inscrit à l'actif du bilan de son exploitation, alors ce bien va sortir de ce bilan pour rejoindre l'actif du bilan de la société en participation, constatant ainsi la survenance du fait générateur et donc l'imposition de la plus-value correspondante suivant les règles applicables à l'associé.

Au contraire, si le bien provient du patrimoine privé de l'associé, il convient d'appliquer le régime des plus-values des particuliers. Ce régime prévoit que le fait générateur de l'imposition est constitué par la sortie du patrimoine du contribuable.

Dans le cas de l'apport à une société en participation dont l'associé conserve la propriété exclusive du bien apporté, le fait générateur de l'imposition de la plus-value ne sera pas constaté et aucune imposition ne sera donc due à ce titre.



On peut considérer, en effet, qu'il s'agit ici d'un simple changement d'affectation du bien au sein de son patrimoine qui n'a aucune incidence sur la constatation et l'imposition de la plus-value.

La situation est en revanche totalement différente lorsque le bien apporté se trouve en indivision avec les autres associés. En effet, dans ce cas, l'apport entraîne une mise en indivision du bien qui entraîne sur le plan juridique un transfert de propriété. Dans un arrêt du 6 février 2003, la cour administrative d'appel de Paris a considéré que cette mise en indivision constituait donc une cession de droits immobiliers et que par conséquent, la plus-value réalisée à cette occasion était imposable (13).

De plus, compte tenu de l'absence de personnalité morale de la société en participation, l'inscription effective du bien apporté par un associé à l'actif du bilan de la société prend une importance capitale. En effet, à défaut d'une telle inscription, l'administration va considérer qu'il n'y a pas eu de transfert et que par conséquent, les charges afférentes à ce bien ne vont pas pouvoir être déductibles. La conséquence est d'autant plus redoutable que cette absence d'inscription va être considérée comme une décision de gestion du contribuable qui ne pourra alors pas demander la correction à l'administration (14).

Les conséquences de l'affectation au patrimoine fiscal – La principale conséquence de l'affectation au patrimoine fiscal de la société en participation va être la déductibilité des charges afférentes aux biens inscrits à l'actif de la société. Si le bien apporté est effectivement inscrit à l'actif de la société et qu'il est utilisé pour les besoins de l'activité, les charges y afférentes vont pouvoir être déduites du résultat de la société en participation.

L'affectation aux besoins de l'activité – Si les associés sont en principe libres de déterminer les biens affectés au bilan de la société en participation, il faut cependant faire attention à ce que les biens soient effectivement utilisés pour les besoins de l'exploitation. En effet, l'article 155 II du CGI applicable aux BIC et aux BA va conduire à neutraliser les conséquences de l'inscription de biens à l'actif du bilan dès lors qu'ils ne sont pas en lien avec l'activité. Pour les BNC, l'article 93.1 du CGI n'admet la déduction que des dépenses nécessitées par l'activité. Ces deux limitations ne sont en revanche applicables qu'aux associés personnes physiques qui seront imposables suivant le régime de la semi-transparence.

2. L'imposition du résultat de la société

La société en participation obéit au régime d'imposition des sociétés de personnes. Elle relève en principe du régime de la semi-transparence avec la possibilité d'opter pour l'impôt sur les sociétés.

L'article 8, 2 du CGI soumet par principe les sociétés en participation sont soumises par principe au régime des sociétés semi-transparentes applicables aux sociétés de personnes. Ce régime, propre à la France, considère que les associés sont

imposables sur la quote-part du résultat de la société correspondant à leurs droits dans la société. En d'autres termes, la société va être reconnue comme contribuable, mais non comme redevable. Il y a ainsi une séparation entre la détermination de l'assiette de l'impôt qui relève de la société et de l'imposition en elle-même qui est supportée par l'associé, et ce quand bien même il n'a perçu aucune distribution de la part de la société.

Il résulte donc de cette spécificité que sur le plan de la détermination et de l'imposition du résultat fiscal il y a une assimilation parfaite par le droit fiscal qui passe par une reconnaissance de l'existence de la société en participation alors même que cette dernière ne dispose pas de la personnalité morale.

Le régime fiscal de la semi-transparence repose sur une lecture de l'article 8 alinéa 1^{er} du CGI qui prévoyait l'imposition des associés sur le bénéfice de la société « à hauteur de leurs droits dans la société ». Pour le Conseil d'État, dans la mesure où la société de personnes dispose de la personnalité morale et donc d'un patrimoine, c'est bien elle qui exerce l'activité et doit donc déterminer son bénéfice imposable. La société reste en effet une entité fiscale distincte de ses membres, disposant d'une autonomie juridique et fiscale et exerce, de manière autonome, une activité économique qui leur est propre et réalisent leur propre résultat (15).

Les sociétés en participation présentent cependant une particularité par rapport aux sociétés de personnes en ce sens qu'il convient de distinguer selon que d'une part l'associé est identifié ou non et d'autre part que sa responsabilité est limitée ou illimitée.

Lorsque l'associé est tenu d'une responsabilité illimitée et qu'il a communiqué son nom et son adresse à l'administration, il sera imposable selon le régime de la semi-transparence. Au contraire, si sa responsabilité est limitée ou bien que son nom et adresse n'ont pas été communiqués à l'administration, la société sera soumise à l'IS sur la quote-part correspondante.

L'application des principes de la semi-transparence – En principe, le régime d'imposition des revenus issus de l'activité de la société en participation va dépendre de l'activité exercée par cette dernière. L'article 238 bis K prévoit par dérogation que si les titres sont inscrits à l'actif d'une entreprise individuelle exerçant une activité relevant des bénéfices industriels et commerciaux ou bien des bénéfices agricoles, dans ce cas, le régime d'imposition dépendra de l'activité de l'entreprise détenant ces titres.

Une fois le résultat imposable déterminé, chaque associé va se trouver imposable sur la quote-part de résultat lui revenant. Cette quote-part prend en compte les sommes et avantages qui ont été spécifiquement attribués à l'associé ainsi que la quote-part de résultat correspondant à sa participation dans la société en participation.

La déductibilité des frais d'acquisition des immobilisations – Se pose également la question

13) CAA Paris 6 févr. 2003 n° 98-221, 5^e ch., Piollet : *RJF* 8-9/03 n° 994.

14) CAA Lyon 27 juill. 2006 n° 02-1297, 5^e ch., Bourcier : *RJF* 1/07 n° 47.

15) CE 4 avril 1997 n° 144211 ; CE 27 avr. 1994 n° 156860 ; CE 6 déc. 1996 n° 146474 ; CE 9 févr. 2000 n° 178389 ; CE 11 juill. 2011 n° 317024.

16) CE 28 mars 2014
n° 339119, 10e et 9e s.-s., min.
c/ SEP BCM Holdings France :
RJF 6/14 n° 605.

17) CAA Lyon 27 juill. 2006,
op. cit.

18) Cette analyse ressort de la
réponse ministérielle Mesmin
du 13 mars 1976 (JOAN 13-
3-1976 p. 1002 n° 1089-1 :
BO 4 A-9-76) qui avait tenté
de clarifier le traitement fiscal
des amortissements des biens
apportés à des sociétés en
participation.

19) CE 27 janv. 1986 n° 48420
et 48421, 7^e et 9^e s.-s. : *RJF*
3/86 n° 254, concl. p. 146.

20) CE 5 sept. 2008 n°
286393, 3e et 8e s.-s., SNC
Viver promotion : *RJF* 12/08
n° 1344, concl. E. Glaser
BDCF 12/08 n° 152, *Dr. Fisc.*
n° 44-45, 30 Oct. 2008, comm.
554.

21) CE, 10e et 9e ss-sect., 11
avr. 2008, n° 289798, Mme
Hémery, concl. C. Landais,
note É. Desmorieux, *Dr. Fisc.*
n° 22, 29 Mai 2008, comm.
350.

22) CE, 3^e et 8^e ss-sect., 26 mai
2009, n° 298551, min. c/ M.
Leclerc, concl. E. Glaser et CE
3e et 8e ss-sect., 26 mai 2009,
n° 298552, min. c/ M. Leclerc,
concl. E. Glaser, *Dr. Fisc.*
n° 27, 2 Juill. 2009, comm.
393.

de la déductibilité des frais d'acquisition d'un bien que les associés ont décidé de mettre en commun et qu'ils ont inscrit à l'actif du bilan de la société en participation. Le Conseil d'État a considéré dans la lignée de son assimilation fiscale de la société en participation à une société de personne que ces frais sont intégralement déductibles des résultats de la société en participation (16).

La déductibilité des amortissements – La société en participation va pouvoir amortir les éléments d'actifs qui sont inscrits à son bilan. À nouveau, l'inscription à l'actif de son bilan et la réalisation de l'apport par un associé sont des conditions indispensables pour pouvoir procéder à une telle déduction (17).

Il convient de souligner que si les règles de droit commun doivent s'appliquer en l'espèce pour déterminer le montant des amortissements, l'appréhension propre que le droit fiscal fait de la société en participation génère des difficultés pratiques non négligeables. En effet, l'amortissement pratiqué doit être déterminé sur la base de la valeur réelle du bien à la date de l'apport effectué au profit de la société, sur leur durée normale d'utilisation appréciée à cette même date. Cependant, sur le plan juridique, le bien reste dans le patrimoine de l'associé qui en est propriétaire et par conséquent, le droit comptable impose qu'il figure également à l'actif du bilan de ce dernier (18). Comme le soulignait le commissaire du gouvernement Olivier Fouquet, cela constitue une « *contradiction absolue* » entre les règles comptables et fiscales (19). La difficulté réside dans le fait que la comptabilité de la société en participation n'est tenue que pour des raisons fiscales et n'a pas de fondement en droit comptable. De ce fait, comment faire pour démontrer que les amortissements déduits ont été réellement pratiqués. Le commissaire du gouvernement proposait que la souscription satisfaisante des imprimés de la liasse fiscale faisant apparaître les valeurs d'actifs et les amortissements permette de considérer que ceux-ci ont été réellement effectués. À ce jour aucune solution n'a été apportée sur ce point ni par les juridictions administratives ni par la doctrine administrative.

La déductibilité des provisions – Le passage de provisions par la société en participation pose également d'importantes questions du fait à nouveau de l'absence de personnalité morale. En effet, pour pouvoir être déductible, une provision doit avoir été valablement passée sur le plan comptable. Or, puisque la société n'a pas de comptabilité en dehors de la comptabilité fiscale, on peut s'interroger sur le respect de cette condition de déductibilité. De surcroît, dans la mesure où la société en participation n'a pas de personnalité morale, elle ne peut pas prendre d'engagement ni ne peut engager de poursuites judiciaires. Il en résulte donc nécessairement qu'elle ne supporte à proprement parler aucun « risque » susceptible d'être constaté par le biais d'une provision.

Le Conseil d'État a retenu dans un arrêt de principe

qu'« *il résulte de la combinaison du 2° de l'article 8 et de l'article 60 du Code général des impôts que le résultat imposable d'une société en participation est déterminé au niveau de cette dernière, alors même qu'elle n'est pas directement redevable de l'impôt correspondant, qui est dû par chacun de ses associés à raison de la quote-part des droits qu'il détient dans la société. Ainsi, alors même qu'en vertu des articles 1871 et suivants du Code civil, une société en participation n'a pas de personnalité morale, son résultat fiscal doit être déterminé en prenant en compte tous les éléments susceptibles d'affecter le bénéfice social. Dans ces conditions, l'associé d'une société en participation ne saurait prétendre déduire une provision constituée en vue de faire face aux conséquences d'un litige opposant celle-ci à un tiers, dès lors qu'il n'appartient qu'à cette société d'inscrire une telle provision dans ses comptes* » (20).

La déductibilité des intérêts d'emprunt – L'absence de personnalité empêche la société en participation de contracter par elle-même. Dès lors, les emprunts réalisés pour les besoins de la société seront nécessairement conclus par les associés et ne pourront être déductibles que dans les conditions prévues par l'article 151 *nonies* du CGI (21). Cette solution est particulièrement stricte dans la mesure où on ne tient pas compte de la discordance entre l'appréciation fiscale de la société en participation et son appréciation juridique. En effet, une société de personne disposant de la personnalité morale pourra réaliser un emprunt en son nom et pour son compte, et donc les intérêts seront déductibles du résultat imposable. Les conséquences pour les associés de sociétés en participation peuvent être particulièrement redoutables puisque la déduction des intérêts n'est admise que si l'associé exerce son activité professionnelle au sein de la société.

L'adhésion à un centre de gestion agréé – L'imposition des résultats suivant le régime de la semi-transparence pose également la question de l'adhésion à un centre de gestion agréé (« CGA » ou association de gestion agréée, « AGA » pour les activités BNC). En effet, une telle adhésion permet aux contribuables personnes physiques d'éviter de voir leur assiette d'imposition majorée de 25 %. Ainsi, toute personne physique exerçant une activité indépendante imposable aux BIC, BNC ou BA aura intérêt à adhérer à un CGA ou un AGA pour éviter la majoration. Lorsqu'une société en participation est constituée, celle-ci devra « personnellement » adhérer à un tel centre afin de permettre d'éviter la majoration d'assiette à ces associés et ce, quand bien même ces derniers auraient personnellement adhéré à un tel centre (22).

L'option pour l'IS – La société dispose également de la possibilité d'opter directement pour l'impôt sur les sociétés. Dans ce cas, il n'y a plus lieu d'appliquer les distinctions précédemment exposées. En revanche, la société devient imposable par elle-même et les associés ne



disposent plus de la faculté d'imputer les déficits de la société sur leur résultat propre.

Rappelons également que l'option pour l'IS n'est pas neutre et qu'une fois prise elle est en principe irrévocable. La loi de finances pour 2019 a toutefois ouvert une faculté de renonciation à l'option dès lors qu'elle est exercée dans les cinq ans de l'option (23).

Une fois l'option faite, les résultats de la société seront déterminés suivant les règles applicables aux BIC sauf dispositions particulières retenues pour les sociétés IS (24) et imposés au niveau de la société au taux de 33,1/3 % (25).

De la même manière, les distributions réalisées seront soumises au régime des distributions de bénéfices qui pour les personnes physiques seront soumises à la flat tax au taux de 30 % (12,8 % d'impôt sur le revenu et 17,2 % de prélèvements sociaux) ou bien au barème progressif avec application d'un abattement de 40 %.

Les distributions réalisées au profit de sociétés soumises à l'IS vont être imposables en tant que bénéfices courants sauf pour ces dernières à pouvoir bénéficier du régime des sociétés mères prévu aux articles 145 et 216 du CGI.

L'imposition des associés non-résidents –

Les associés non-résidents d'une société en participation française sont imposés en France sur leur quote-part de bénéfice (26). En effet, le Conseil d'État considère pour les sociétés semi-transparentes qu'étant des entités fiscales propres qui exercent, de manière autonome, une activité économique qui leur est propre et réalisent leur propre résultat, c'est à leur niveau qu'il faut déterminer le rattachement territorial et non au niveau des associés (27). Ainsi, les associés non-résidents de sociétés en participation soumis au régime de la semi-transparence seront imposables en France.

Au contraire, lorsque la société en participation est imposée à l'IS, les associés seront soumis à une retenue à la source applicable sur les sommes qui leur seront distribuées, sous réserve d'application des conventions internationales (28).

Le montant de la retenue à la source est de :

- 12,8 % pour les personnes physiques ;
- 15 % pour les organismes sans but lucratif étrangers ;
- 30 % pour les autres personnes morales.

Ces taux sont portés à 75 % lorsque les sommes sont payées hors de France dans un État ou territoire non coopératif. Le débiteur a toutefois la possibilité d'apporter la preuve que la distribution des produits n'a ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, leur localisation dans un tel État ou territoire.

L'application de cette retenue à la source peut être écartée par des dispositions particulières prévues par une convention fiscale bilatérale.

Tableau récapitulatif des régimes applicables selon les circonstances :

Associés	Responsabilité	Non option pour l'IS	Option pour l'IS
Associé identifié personne physique	Responsabilité illimitée	Semi-transparence : Détermination et imposition de la quote-part de résultat en fonction de l'activité de la société sauf si parts inscrites à l'actif d'une entreprise individuelle relevant des BIC ou des BA Imposition au niveau de l'associé	Opacité :
	Responsabilité limitée	Opacité : Détermination et imposition de la quote-part de bénéfices de l'associé suivant les règles de l'impôt sur les sociétés Imposition au niveau de la société en participation	
Associé identifié personne morale	Responsabilité illimitée	Semi-transparence : Détermination et imposition de la quote-part de bénéfices de l'associé suivant les règles de l'impôt sur les sociétés Imposition au niveau de l'associé	Opacité : Imposition à l'impôt sur les sociétés de l'intégralité du résultat de la société Imposition au niveau de la société
	Responsabilité limitée	Opacité : Détermination et imposition de la quote-part de bénéfices de l'associé suivant les règles de l'impôt sur les sociétés Imposition au niveau de la société en participation	
Associé non identifié	Limitée ou illimitée	Opacité : Détermination et imposition de la quote-part de bénéfices de l'associé suivant les règles de l'impôt sur les sociétés Imposition au niveau de la société en participation	

23) Article 50 de la loi 2018-1317 du 28 déc. 2018 ajoutant un second alinéa au 1° au 1 de l'article 239 du CGI.

24) Articles 209 et suivants du CGI.

25) Pour rappel le taux de l'IS est progressivement réduit pour être fixé à 25 % d'ici à 2022. Pour l'exercice 2019, il est fixé à 28 % jusqu'à 500 000 euros et 33,1/3 % au-delà pour toutes les entreprises.

26) CE, 8^e et 3^e ss-sect., 18 mai 2009, n° 301763, SAS Éts Chevannes, Merceron Ballery, *Dr. Fisc.* n° 23, 4 Juin 2009, act. 176 ; CE, 3^e, 8^e, 9^e et 10^e ss-sect., 11 juill. 2011, n° 317024, min. c/ Sté Quality Invest, concl. L. Olléon, note Ph. Derouin, *Dr. Fisc.* n° 36, 8 sept. 2011, comm. 496.

27) CE 9 févr. 2000 n° 178389 ; CE 18 mai 2009 n° 301763 ; CE 11 juill. 2011 n° 317024.

28) Article 119 bis, 2 et article 187 du CGI.

B. La société en participation et la TVA

En matière de TVA, il n'existe pas de dispositions particulières pour les sociétés en participation. Dès lors, l'absence de personnalité morale devrait empêcher la société en participation d'être redevable de la TVA. Toutefois, le Conseil

29) CE 27 mars 1963 n° 53433 Plén., Sté Les Films Ariane : Dupont p. 718 ; CE 8e ch. 13 avril 2018 n° 410155, SA Norrsken Finance.

30) CE 4 nov. 1981 n° 22403 : RJF 12/81 n° 1096 et CE 27 juill. 2005 n° 271822, Sté Gestion et Capital : RJF 11/05 n° 1172.

31) BOI-TVA-DED-20-20 n° 80, 13-5-2014.

32) BOI-TVA-DED-20-20 n° 240, 13-5-2014.

33) BOI-IF-CFE-10-10-20 n° 30, 12-9-2012.

34) CE, 8^e et 3^e ss-sect., 16 févr. 2000, n° 133296, SA Éts Quémener : Rec. Lebon 2000, p. 52 ; *Dr. fisc.* 2000, n° 14, comm. 283, concl. G. Bachelier, note J. Turot ; *RJF* 3/2000, n° 334.

d'État lui reconnaissant une personnalité fiscale considère qu'elle est soumise aux taxes sur le chiffre d'affaires à raison des opérations imposables qu'elles effectuent (29). Allant plus loin, le Conseil d'État considère que, lorsqu'une société en participation réalise des opérations passibles de la TVA, elle a la qualité de redevable de la taxe alors même qu'elle est dépourvue de la personnalité morale (30).

Pour autant, cette solution présente des difficultés pratiques évidentes dans la mesure où si la société est elle-même redevable de la TVA, cette TVA s'applique sur une livraison de bien ou une prestation de services constituée par un contrat qui sert de base à l'émission de la facture. La conséquence en est que si la société est effectivement redevable de la taxe, elle ne pourra jamais avoir de factures émises à son nom. En effet, dans le cadre de la société en participation, les opérations sont réalisées par l'intermédiaire de ses associés. Ce sont eux qui réalisent les dépenses et encaissent les produits nés de l'activité de la société en participation. Ce sont donc eux qui vont disposer du droit de déduire la TVA et vont encaisser la TVA exigible.

Cependant, dans la mesure où les associés peuvent avoir une autre activité en parallèle qui ne sera pas nécessairement soumise aux mêmes règles d'assujettissement et de redevabilité, l'administration fiscale considère que chaque associé devra constituer un secteur distinct d'activité au sein duquel il enregistrera les opérations réalisées dans le cadre de la société en participation (31).

Une fois le secteur distinct d'activité créé, celui-ci va réunir l'ensemble des opérations imposables et ouvrant droit à déduction qui devront être déclarées suivant les règles propres de l'associé.

Au moment de la dissolution de la société en participation, l'associé va récupérer les biens qui lui appartiennent. Dans ce cas, cette opération s'analyse en un transfert entre secteurs (32).

La conséquence est qu'en cas de transfert des biens ayant ouvert droit à déduction à un secteur exonéré, il conviendra de procéder à la taxation d'une livraison à soi-même tel que prévu au 3^e du I du II de l'article 257 du CGI. De même, cette situation pourra entraîner une régularisation des déductions opérées au titre des immobilisations transférées dans un autre secteur imposé.

Si les associés procèdent à des cessions au cours de la liquidation de la société en participation, celles-ci sont analysées en de simples cessions avec des tiers et ne peuvent pas bénéficier des régimes spécifiques susceptibles de s'appliquer aux liquidations, transmissions universelles de patrimoine. La TVA sera donc exigible sur la réalisation de ces opérations.

En définitive, la gestion de la TVA au niveau de la société en participation va conduire les associés à être particulièrement précautionneux dans la gestion de la TVA collectée et déductible.

C. La société en participation et la contribution économique territoriale

La personnalité fiscale de la société en participation produit également ces effets en matière de

contribution économique territoriale (« CET »). Lorsque l'organisme non doté de la personnalité morale est une société en participation, la CFE est due par cette société (33).

Ici encore, il conviendra d'organiser la répartition de la charge de l'impôt entre les associés.

D. Le traitement fiscal de la sortie d'un associé de la société en participation

À l'issue de l'étude du régime d'imposition de la société en participation, se pose la question de la sortie des associés. En effet, l'application du régime de la semi-transparence va conduire les associés à être imposés sur des quotes-parts de bénéfices qui ne leur ont pas été distribués, ou bien d'imputer des déficits dont ils n'ont pas supporté les conséquences.

Le Conseil d'État a mis en place dans son célèbre arrêt Quémener pour les cessions de titres de sociétés soumises au régime de la semi-transparence fiscale un mécanisme visant à assurer la neutralité de l'imposition de la plus-value en prenant en compte les impositions et déduction effective d'une part et les distributions et comblement de passif d'autre part (34).

Si on suit la position du Conseil d'État qui reconnaît pleinement une personnalité fiscale à la société en participation, l'associé devrait pouvoir déterminer le montant de sa plus ou moins-value imposable en recourant à la méthode de calcul posé par l'arrêt Quémener.

Cependant, cette solution a été posée pour des sociétés disposant d'une personnalité morale et propriétaire des éléments inscrits à son actif. Or l'absence de personnalité morale de la société a pour effet de l'empêcher d'être propriétaire des biens qu'elle utilise pour les besoins de son activité. La conséquence en est que d'un point de vue économique, les parts de sociétés en participation ne devraient pas avoir de valeur d'échange en elles-mêmes.

Pourtant, il est tout à fait concevable que les synergies créées par la réunion des biens et des compétences créent une survalueur (ou goodwill) qui ne sera pas constatée ni rattachée comptablement à un élément d'actif susceptible d'être cédé.

Si l'on veut trouver une solution ici, il convient de déterminer la manière dont cette cession va être réalisée. La première solution envisageable serait que l'associé sortant cède tous les biens à son successeur qui reprendra les engagements de l'associé sortant. On peut envisager ici d'appliquer le régime des plus-values à chaque bien pour la cession réalisée par l'associé cédant au profit du cessionnaire. Cependant, l'affectation du bien à l'actif de la société et la reconnaissance d'un patrimoine fiscal pourrait conduire à considérer qu'il s'agit fiscalement (fictivement ?) d'une cession de parts sociales.

L'autre possibilité serait que l'associé sortant décide de sortir simplement de la société en participation et de conserver l'ensemble des biens qu'il a reçus. Ici, la théorie des mutations conditionnelles pourrait permettre de trouver



une solution en considérant que l'associé n'a jamais « cédé » fiscalement ces biens (35). On peut également considérer qu'il s'agit d'une cession d'actif par la société au profit de l'associé sortant susceptible d'entraîner l'imposition d'une plus-value par la société en participation.

Dans tous les cas se pose la question de savoir comment doivent être traités les décalages entre les résultats perçus par l'associé sortant et les résultats sur lesquels il a été imposé.

De surcroît, le régime pourrait encore donner lieu à une solution différente lorsque la société en participation se trouve relever de l'impôt sur les sociétés.

On le voit dans les situations que nous venons d'exposer, il n'est pas possible à la fois de faire totalement abstraction de l'absence de personnalité morale de la société et de l'assimilation fiscale qui est faite sans risquer de causer des difficultés techniques et pratiques pour le calcul de la plus-value qui serait susceptibles d'entraîner soit une double imposition, soit une double déduction.

En tout état de cause, les solutions envisageables ici ne sont pas simples et vont dépendre en grande partie de la manière dont va être réalisée la sortie de l'associé.

II. Les relations de la société en participation avec l'administration fiscale

La société en participation disposant d'une personnalité fiscale va également avoir des obligations à l'égard de l'administration.

A. Les obligations déclaratives

La société en participation pouvant être soumise au régime de la semi-transparence ou bien à l'impôt sur les sociétés voire des deux en même temps, celle-ci va donc être soumise aux obligations déclaratives prévues par ces différents régimes. Ces obligations peuvent s'avérer particulièrement lourdes si par exemple la société se trouve à la fois soumise au régime de la semi-transparence et de l'impôt sur les sociétés du fait de la limitation de la responsabilité d'un associé et que la société dispose d'associés à responsabilité illimitée qui sont des personnes physiques et des sociétés soumises à l'IS. Dans ce cas, la société devrait déposer au moins trois déclarations de résultats distinctes, une pour la quote-part de bénéfices des associés personnes physiques, une pour la quote-part de bénéfices des associés personnes morales et une pour la quote-part de bénéfices des associés non identifiés.

Pour le paiement de l'impôt, la semi-transparence mettant le paiement de l'impôt à la charge des associés, il conviendra d'appliquer les règles propres à chaque situation des associés. Ainsi, les quotes-parts correspondant à des associés dont la responsabilité est illimitée devront être déclarées dans le résultat imposable de l'associé qui sera alors imposé dessus.

Ici, l'obligation déclarative de la société se limitant à la déclaration du résultat, l'absence de personnalité juridique ne cause pas de difficultés particulières.

Il en va différemment lorsque la société est soumise à des obligations déclaratives pour le paiement des impôts dont elle est personnellement redevable. Il en va ainsi pour les associés dont la responsabilité est limitée, ou bien pour ceux qui n'ont pas été identifiés ou si la société en participation a opté pour l'IS. Il en va également de même pour la TVA ou encore la CET. Elle se trouvera redevable de l'impôt alors même qu'elle n'a aucune personnalité morale et dans ce cas, l'administration ne peut s'en tenir à la seule personnalité fiscale de l'entité.

B. Le paiement et le recouvrement de l'impôt

La société en participation et le paiement ainsi que le recouvrement de l'impôt – Le paiement et le recouvrement de l'impôt ne causent pas de difficulté dès lors qu'ils concernent l'impôt dû en application du régime de la semi-transparence. En effet, dans ce cas c'est l'associé qui est directement redevable de l'impôt et, en cas de non-paiement, c'est vers lui que l'administration va se tourner.

En revanche, il en va différemment lorsque le paiement et le recouvrement concernent la quote-part qui va être soumise au régime de l'IS, la TVA ou la Contribution économique territoriale. En effet, le Conseil d'État considère que la société est personnellement redevable de ces impôts. La difficulté vient du fait que l'administration ne peut pas libeller les prélèvements au nom de la société du fait de son défaut de personnalité morale. Par exemple, il est prévu que l'imposition à la CFE des sociétés de fait et des sociétés en participation est libellée au nom du ou des gérants à compter des impositions de CFE dues au titre de 2011 (36). De même pour la TVA, il faut libeller l'avis de mise en recouvrement au nom de la société et la notifier au gérant.

Mais l'absence de personnalité morale a conduit le Conseil d'État à prendre ses aises et reconnaît ainsi de longue date la possibilité pour l'administration de libeller l'avis de mise en recouvrement de l'impôt au nom d'un seul associé ou bien de chacun des associés (37). Dans les sociétés de fait, l'avis de vérification n'a pas à être adressé à chacun des associés. La notification faite à la société est régulière. En effet, la société de fait est une société de personnes où chaque associé représente la société. La procédure de vérification des déclarations des sociétés de personnes est suivie directement entre l'administration et ces sociétés (38).

Cette position pragmatique et protectrice des intérêts financiers de l'État est fondée sur une interprétation *a fortiori* de l'article 1872-1 du Code civil (39), considérant en quelque sorte que les dettes fiscales étant issues de l'activité des associés agissant en tant que tels, chacun se trouvait tenu directement au paiement de l'impôt dans son intégralité.

Il en va différemment lorsque la société a été dissoute. En effet, le Conseil d'État considère alors que l'avis de vérification prévu à l'article L. 47 du Code général des impôts doit être adressé soit à l'ensemble des personnes qui étaient les associés de

35) Tout du moins sur le plan des droits d'enregistrement

36) Loi 2010-1657 du 29-12-2010 art. 108.

37) CE 5 juin 2015 n° 369859, 9^e et 10^e s.-s. : *RJF* 8-9/15 n° 809 ; CE 18-5-1979 n° 9540, 8^e et 9^e s.-s. : *RJF* 7-8/79 n° 462, BOI-CF-PGR-20-10 n° 30, 22-5-2015 ; CE 1-2-1989 n° 68348-68625, 9^e et 7^e s.-s., Bracelet : *RJF* 4/89 n° 439.

38) Article L. 53 du LPF.

39) Cf. conclusion E. Bokdam-Tognetti, BDCF 8-9/15, n° 122.

40) CE 31 juill. 2009
n° 290971, *Dr. Fisc.* n° 41,
8 oct. 2009, comm. 501.

41) Cass. com. 26-3-2002
n° 725 FS-P, DGI c/ Orcin :
RJF 7/02 n° 874.

42) Cass. 2e civ. 26-3-1997
n° 94-15.528 : Bull. civ. II
n° 96 ; Cass. 2e civ. 11-11-2003
n° 01-14.493 : Bull. civ. II
n° 253.

43) CE 28 mars 2014
n° 339119, 10e et 9e s.-s., min.
c/ Sté en participation BCM
Holdings France : RJF 6/14
n° 605, *Droit fiscal* n° 22, 29
mai 2014, comm. 360.

44) CE 6 août 1913.

45) CE 31 juill. 2009
n° 290971, *op. cit.*

46) CE 2 févr. 1996 n° 123532,
S. et G. Olivier : RJF 3/96
n° 356.

47) CE, 28 nov. 2012
n° 344781.

48) P. Serlooten, Brèves
réflexions sur l'utilité actuelle
du régime de transparence
fiscale des sociétés de
personnes, *JCP E* n° 38, 23
Sept. 1999, p. 1477.

la société à la clôture des exercices à vérifier soit à leur mandataire dans le cas où les associés en aient désigné un pour les représenter lors d'opérations intéressant la société après sa dissolution. La haute juridiction reconnaît également la possibilité pour l'administration de demander la désignation par la juridiction compétente d'un mandataire *ad hoc* à l'égard duquel elle mènera la procédure de vérification (40).

La position de la Cour de cassation n'est pas différente dans la mesure où elle considère que la société en participation est une société de personnes qui est valablement représentée par chacun de ses associés. Elle en tire la conséquence que l'avis de vérification notifié à l'un d'eux, lorsqu'il n'a pu l'être à la société elle-même, est opposable à tous les autres (41).

Pour ce qui est du recouvrement, si l'associé vers lequel s'est tournée l'administration n'a pas réglé la dette fiscale, celle-ci va pouvoir se tourner vers les autres associés connus pour obtenir le paiement de l'intégralité de la dette.

C. La société en participation et le contentieux

Si la Cour de cassation et le Conseil d'État sont alignés sur la manière d'appréhender la société en participation en ce qui concerne le paiement et le recouvrement de l'impôt, il en va différemment concernant le contentieux.

La Cour de cassation considère, en effet, qu'en tout état de cause, la société en participation ne peut engager de procédure devant le juge fiscal relevant de son ordre de juridiction. Toute procédure engagée par une société en participation sera considérée comme définitivement irrecevable (42).

Au contraire, la position du Conseil d'État est plus nuancée et dépend de l'imposition concernée. Se fondant sur l'article 1871 du Code civil et des articles 206 et 238 bis du CGI, il considère en effet qu'une société en participation ayant opté pour son assujettissement à l'impôt sur les sociétés, bien que n'ayant pas la personnalité morale, est recevable à contester devant le juge de l'impôt l'imposition mise à sa charge, dès lors qu'elle en est elle-même légalement redevable (43). Il en va ainsi également même après la dissolution d'une telle société en participation, aussi longtemps que ses droits et obligations à caractère fiscal ne sont pas liquidés.

Si la solution est claire lorsque la société opte pour son assujettissement à l'IS, qu'en est-il lorsque ce n'est pas le cas ? Une décision ancienne considérait que les sociétés en participation n'ayant pas d'existence au regard des tiers, leur gérant ne peut agir qu'en son nom personnel (44). Cependant plus récemment, il a été évoqué la mission de représentation légale exercée par le gérant au profit de la société en participation (45).

En cas de contentieux à la suite d'un contrôle, le Conseil d'État a considéré en matière de TVA que seule la société de fait était recevable à contester la TVA à laquelle elle a été assujettie (46).

Cette position a été confirmée dans un arrêt du

28 novembre 2012 concernant la taxe professionnelle, mais qui à notre sens peut être élargie à tous les impôts dus personnellement par la société en participation, dans lequel le Conseil d'État a jugé qu'une « société en participation, qui possède un bilan fiscal propre et qui doit, le cas échéant, acquitter la TVA à raison des opérations qu'elle effectue, constitue, du point de vue fiscal, malgré son absence de personnalité juridique, une entité distincte de ses membres. Il en a déduit que cette société est redevable de la taxe professionnelle et, le cas échéant, de la cotisation minimale de taxe professionnelle à raison de l'activité professionnelle non-salariée qu'elle exerce en propre » (47).

En définitive, la reconnaissance sur le plan du contentieux fiscal d'une personnalité fiscale est à géométrie variable. Elle implique d'être particulièrement prudent lors du dépôt d'une requête devant le juge fiscal et de bien vérifier que le demandeur dispose bien de la personnalité fiscale et d'un intérêt et de la qualité pour agir. La question de savoir qui représente la société est également primordiale si l'on veut éviter l'irrecevabilité de la requête.

Conclusion

À l'issue de cette étude, force est de constater que le recours à la personnalité fiscale pour expliquer le fonctionnement de la société en participation génère de nombreuses difficultés du fait de la forte discordance entre le fonctionnement réel de la société en participation et le modèle fiscal qui lui est appliqué.

En effet, la reconnaissance de personnalité fiscale par le Conseil d'État aux sociétés en participation pose en définitive plus de difficultés qu'elle n'apporte de solution du fait de l'absence de personnalité morale. La complexité du régime de la semi-transparence déjà critiquée de longue date par la doctrine universitaire prend une perspective exacerbée dans le cas des sociétés en participation (48).

Il serait beaucoup plus simple et plus efficace de tirer toutes les conséquences de l'absence de personnalité morale et ainsi d'assurer la cohérence de notre système juridique dans son ensemble et oublier définitivement cette idée d'autonomie du droit fiscal que le Conseil d'État abandonne discrètement et progressivement depuis maintenant plus de 20 ans.

Le régime fiscal de la société en participation repose en définitive plus sur l'idée de la constitution d'un « patrimoine d'affectation en commun » auquel on essaie tant bien que mal d'appliquer le régime fiscal des sociétés semi-transparentes. Des solutions pragmatiques ont déjà été trouvées par l'administration et les praticiens.

En attendant, pour éviter des déconvenues fiscales particulièrement malvenues, les fondateurs de sociétés en participation auront tout intérêt à bien définir l'activité de la société en participation et cadrer l'organisation de la réalisation des opérations pour que les choses soient le plus clair possible en cas de contrôle fiscal.



Marie Rakotovahiny,
Maître de conférences HDR,
Université Toulouse III

La société en participation et les procédures collectives

Affectée d'un déficit (1) mais légalement consacrée, la société en participation est la société sans personnalité morale (2). Cette absence de personnalité morale ne l'empêche pas d'avoir une certaine vitalité (3), sans doute en raison de sa simplicité de constitution (4). Cependant, à défaut d'être dotée de personnalité morale, elle a une existence sous la forme contractuelle. Privée de patrimoine social, de nom social, de siège social (...), ces éléments caractéristiques de la personnalité morale ne sont-ils pas aussi des données permettant l'appréhension par le droit des procédures collectives des personnes morales ? Drôle de société, voire société émasculée (5), la société en participation est non seulement incapable, mais dépourvue d'existence juridique (6).

Les procédures collectives sont un outil de gestion de crise pour une structure sociétaire. Elles fournissent un cadre d'action aux parties prenantes investies et impliquées lorsque la société a des difficultés ou est en cessation des paiements. Dès lors, comment envisager d'appréhender les difficultés d'une société sans personnalité juridique par le truchement des procédures collectives ? Tel est le problème et en même temps toute la particularité de ce thème. Peu évoluée sur le plan des institutions sociétaires, polymorphe au regard des attentes des participants, le contrat de société en participation devient alors un instrument de coopération entre les participants, mais aussi un dispositif de sécurité juridique (7). Dans le cadre de la société en participation, la terminologie d'entreprise en difficulté serait inadéquate. La préférence pour le vocabulaire de procédures collectives à travers le message qu'il véhicule permet de mettre l'accent sur le traitement collectif des créanciers impactés par la convention de participation, mais également des associés à cette convention.

La confrontation des procédures collectives à la société en participation ou plutôt au contrat de société en participation pose le problème de son intérêt. En effet, comment peut-on envisager qu'une société sans personnalité juridique puisse avoir un intérêt quelconque et en cas de difficultés, faire l'objet d'une procédure collective ? Loin d'être surannée, cette société-contrat (8) est souvent utilisée pour des opérations à risques liées à des

produits de haute technologie ou de dimension internationale (9).

Depuis toujours comme un thème éculé, la jurisprudence reconnaît qu'une société sans personnalité ne peut faire l'objet de procédures collectives (10). La raison en est que l'absence de personnalité morale entraîne la confusion de la structure avec la personne des associés (11). Dès lors le droit des procédures collectives n'appréhende pas la structure, puisque dépourvue de personnalité juridique, mais appréhende un autre débiteur qui sera souvent un ou une participant(e) au contrat (I). L'application des procédures collectives au contrat de société en participation va faire apparaître des spécificités liées essentiellement à l'absence de personnalité juridique (II).

I. La société en participation, hors d'atteinte des procédures collectives

Naturellement, la société en participation échappe au droit des procédures collectives (12). L'absence de personnalité juridique explique que celui-ci ne l'atteigne pas et que ces dispositions soient inapplicables en l'absence de groupement juridique.

A. L'absence de personnalité morale de la société en participation ou l'évitement du droit des procédures collectives

La société en participation est une société dont les associés ont choisi de ne pas l'immatriculer. L'article 1871 du Code civil rappelle qu'elle n'est pas une personne morale et qu'elle n'est pas soumise à publicité. Société par défaut (13), cette absence de personnalité morale la prive d'existence comme structure juridique mais constitue aussi une entrave à la prise en charge de la société en participation par le droit des procédures collectives. En la matière, la jurisprudence ne tergiverse guère quelle que soit la société sans personnalité morale : société créée de fait, société en participation, société de fait (14). Les solutions jurisprudentielles rendues en la matière ont le mérite de l'unité. L'évitement des procédures collectives à l'égard de la société en participation résulte de son

1) J.-P. Storck, *Le contrat de société en participation, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du Professeur A. Rieg, p. 767.

2) C. Civ., art. 1871, « Elle n'est pas une personne morale et n'est pas soumise à publicité. Elle peut être prouvée par tous moyens ».

3) Th. Ravel d'Esclapon, Société en participation : les rémanences de la qualité d'associé, note sous Cass.com., 30 mai 2018, n° 16-21204, *BJS*, oct.2018, p.551 qui cite Cozian M., Viandier A. et Deboissy F., *Droit des sociétés*, 30^e éd., 2017, *LexisNexis*, n° 1637, p. 677.

4) Th. Ravel d'Esclapon, Société en participation : les rémanences de la qualité d'associé, note sous Cass.com., 30 Mai 2018, n° 16-21204, *BJS*, oct.2018, p.551 qui cite Germain M. et Magnier V., *Traité de droit des affaires*, t. 2, Les sociétés commerciales, (Ripert G. et Roblot R., dir.), 22^e éd., 2017, *LGDJ*, n° 1761, p. 210.

5) M. Cozian, A. Viandier, Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 31^e éd.

6) B. Dondero, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé-Contribution à la théorie de la personnalité morale, *PUAM*, 2006, Préface de H. Le Nabasque, p. 74.

7) En ce sens, E. Vierling-Kovar, *Le contrat de société en participation*, Thèse, Strasbourg, 2013, n° 473.

8) En ce sens, E. Vierling-Kovar, *op.cit.*, n° 5.

9) E. Vierling-Kovar, *op.cit.*, 2013, p.4.

10) Cass. com., 16 déc. 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 502, note Honorat ; D. 1978, p. 292, note Temple ; Cass. com., 11 déc. 1984, n° 83-15.526, *Bull. civ.* 1984, IV, n° 241 ; Cass. com., 25 févr. 1986, n° 84-16.770, *Bull. civ.* 1986, IV, n° 32 ; Cass. com., 2 mai 1989, n° 87-16.705, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 140 ; Cass. com., 9 janv. 1990, *JCP G* 1990, IV, 94 ; Cass. com., 27 avr. 1993, n° 91-14.882, *Bull. civ.* 1993, IV, n° 158 ; *RJDA* 10/1993, n° 833, p. 717 ; En dernier lieu, Cass. com., 23 nov. 2004, n° 02-14.626, *Dr. sociétés* 2005, comm. 29, obs. J.-P. Legros, *RJDA* 4/2005, n° 381, p. 313, *Act. proc. coll.* 2005-2, comm. 16.

11) E. Vierling-Kovar, *op.cit.*, n° 55.

12) Cass. com., 23 nov. 2004, n° 02-14.262, *Dr. sociétés* déc. 2005, comm. 29, obs. J.-P. Legros ; Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14.481 et 14-14.496, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 158, note Ch. Lebel.

13) J.-P. Storck, *op.cit.*, p.771.

14) Cass. com., 23 nov. 2004, 02-14262, *Dr. sociétés* 2005, n° 29, note Legros ; *Rev. proc.*

coll., 2005. 203, obs. Lebel. Autre exemple, Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14481 et 14-14496.

15) Cass.com., 30 Janv.2015, n° 14-14481, Sauvegarde d'une société sans personnalité morale, créanciers abusés, déclaration aménagée, note M. Laroche, *Bull. Joly soc.*, 2016, p.51, « Mais attendu qu'ayant confirmé le prononcé de la liquidation judiciaire de M. X...et de Mme Y... à titre personnel, sans prononcer celle de la société créée de fait, la cour d'appel, qui n'a pas violé les dispositions invoquées par le moyen, a tiré les conséquences de l'absence de personnalité morale, dont les intéressés avaient entendu, au contraire, s'affranchir ; que le moyen n'est pas fondé. »

16) Cass.com., 30 juin 2015, n° 14-14481, Sauvegarde d'une société sans personnalité : créanciers abusés, déclaration aménagée, note de M. Laroche, *BJS*, janv.2016, n° 142, p.51.

17) J.-Cl. Hallouin, *Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires*, JCP, éd. G, 25 oct.1989, doctr.3414, n° 1.

18) En ce sens M-H. Monserié, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires, *Litec*, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Tome 33, 1994, préface de Madame le Professeur C. Saint-Alary-Houin, p.38.

19) En ce sens M-H. Monserié, op.cit., p.44.

20) Cass.com., 10 Juill.2007, n° 06-11680, D. 2007, p. 2 107, note A. Lienhard, « Aux termes de l'article 1860 du Code civil, le redressement judiciaire de l'associé d'une société civile entraîne le remboursement de ses droits sociaux et la perte de sa qualité d'associé. Le contrat de société liant un associé mis en procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'article L. 621-28 du Code de commerce », APC 2007, n° 163, obs.C. Regnaud-Moutier; *Gaz. Pal.* 26-27 oct. 2007, p. 38, obs. Fl. Reille; *JCP E* 2007. 2474, note Ph. Legros; *BJS* 2008. 46, note F.-X. Lucas; RPC 2008. 76, obs. Ph. Roussel Galle.

absence d'existence qui l'empêche d'être un débiteur certain (15) et d'avoir un patrimoine explicitement identifié.

Toute fraude à la personnalité morale est sanctionnée par la jurisprudence. Ainsi dans un arrêt du 30 juin 2015, la Cour de cassation a rappelé que l'absence de personnalité morale empêchait toute ouverture d'une procédure collective à l'égard d'une société sans personnalité juridique et que les participants d'une telle société ne pouvaient s'affranchir d'une telle réalité (16). L'absence de personnalité morale de la société en participation empêche aussi concrètement l'application des règles du droit des procédures collectives.

B. L'inapplication des dispositions des procédures collectives à la société en participation

L'absence de personnalité morale de la société en participation l'exclut du champ des procédures collectives comme débiteur expressément identifié. Ainsi les dispositions légales en la matière abordent le débiteur concerné en se référant à la personne physique exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole, libérale, une activité professionnelle indépendante, mais également à la personne morale de droit privé (17). En dehors de cette répartition duale, point de salut (...) ! La société en participation ne peut donc bénéficier d'une procédure de prévention comme le mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation. Si l'un des associés souhaite anticiper les difficultés de la société, il ne pourra le faire directement à l'encontre de la société.

De la même façon, les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ne pourront être demandées et ouvertes contre une société en participation. L'absence de personnalité morale est irrémédiablement une fin de non-recevoir à l'appréhension par les procédures collectives de la société en participation.

L'absence de personnalité morale de la société en participation la dispense patrimoniallement d'une application des procédures collectives, mais également de ces règles plus spécifiques. La société en participation ne sera jamais directement en cessation des paiements ou n'aura pas de difficultés comme un débiteur relevant des procédures de traitement des difficultés des entreprises. La société en participation n'aura pas directement de créancier. Il ne sera pas requis d'elle une distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs. Dès lors, il est impossible pour les organes d'une procédure collective ouverte contre une société en participation de procéder à une extension de procédure collective entre un débiteur qui serait, par exemple, un participant au contrat de société en participation et la société en participation elle-même, dépourvue d'existence juridique.

L'absence de personnalité juridique de la société en participation explique également que les dispositions relatives à la libération du capital lors du jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ne lui sont pas applicables. De la même façon, la sanction relevant de la responsabilité pour insuffisance d'actif ne s'exerce pas dans la mesure où elle concerne les dirigeants de personnes morales. Singularité de la société en participation, elle peut cependant, être atteinte indirectement par le droit des procédures collectives. En effet à défaut d'être un groupement sociétaire, la société en participation demeure être un contrat.

II. L'adaptabilité des procédures collectives à la spécificité de la convention de société en participation

La nature contractuelle de la société en participation ne l'exempte pas d'être atteinte par le droit des procédures collectives. À défaut d'écran sociétaire, le droit des procédures collectives par le truchement de ou des associé(s) agissant accède à la société en participation en difficulté et la traite. Cette façon allusive d'atteindre la société en participation a forcément des conséquences sur l'application des règles du droit des procédures collectives.

A. La saisine détournée de la société en participation par les procédures collectives

De nature contractuelle, la société en participation peut-elle alors être concernée par les dispositions relatives au contrat en cours dans les procédures collectives ? Le droit des procédures collectives a érigé une véritable protection du contrat en cours. Paralysie de la clause résolutoire, du mécanisme de l'exception d'inexécution, de la résolution, le contrat en cours est préservé afin d'assurer le redressement de l'entreprise (18). En outre, « lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme sociétaire, le contrat de société devient le support juridique de son activité, de son existence même » (19).

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer, à propos d'une société ayant la personnalité morale, sur le fait de savoir si la société était ou non un contrat en cours. À l'égard d'un associé, le contrat de société dont le groupement connaît des difficultés, bénéficie d'un remboursement de ses droits sociaux, n'est pas un contrat en cours (20). Cette solution est-elle transposable à la société en participation ? Cette question se pose lorsque l'un des participants connaît des difficultés financières ou est en cessation des paiements. Celui-ci doit normalement exécuter ses obligations nées de la convention en participation. La convention de société en participation crée plusieurs obligations à la charge des associés :



« celles liées à l'exécution des devoirs des associés notamment les mises à disposition nécessaires à la réalisation de l'objet social, mais aussi corrélativement celles relatives à l'objet social. Cette contribution peut être soit à exécution successive, soit à exécution instantanée mais dont les effets se prolongent dans le temps » (21).

Dans le cadre des procédures collectives, le contrat en cours suit un régime particulier. Le contrat en cours est en contrat dont la prestation principale n'est pas entièrement exécutée. Dès lors, dans le cadre du contrat de société en participation, l'absence de réalisation de l'objet social ou sa réalisation partielle en fait un contrat en cours qui dépend de la participation active des associés. Dans ce cas-là, l'écran sociétaire n'existant pas, le contenu du contrat de société dépend des associés. La jurisprudence n'a pas encore tranché la question dans le cas d'une société sans personnalité morale. Mais l'affirmation selon laquelle le contrat de société en participation est un contrat en cours ne peut être niée, « de sorte qu'il n'y a pas lieu de la faire échapper au régime des contrats en cours gouverné par les dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce, dès lors que ce texte a vocation à s'appliquer à n'importe quel contrat, serait-il conclu en considération de la personne, rien ne s'oppose à ce qu'il vise une société en participation, contrat dont l'administrateur pourrait ainsi ordonner la poursuite » (22). Cette possible reconnaissance de la convention de participation comme contrat en cours résulte certes du fort *intuitu personae* mais également du fort lien contractuel (23) qui demeure tant qu'il n'est pas dissout.

La reconnaissance du contrat de société en participation comme contrat en cours emporte des conséquences notamment sur l'admission du caractère postérieur de certaines créances. Ainsi, les créances nées de la poursuite de l'activité (sociale) des coparticipants et présentant une utilité sont des créances postérieures (24). « La société en participation ne peut elle-même effectuer la demande de poursuite des contrats en cours ; en l'absence de personnalité morale, elle n'a pu effectivement contracter en son nom, donc n'est pas en tant que tel le créancier. Seul le créancier peut agir » (25).

La société en participation est saisie par le droit des procédures collectives à travers sa situation de contrat en cours. Mais l'associé participant est celui que le droit des procédures collectives considère comme le débiteur effectif. La responsabilité personnelle de l'associé va être engagée à l'égard des tiers. Cette possibilité d'action contre l'associé participant est corroborée par l'article 1872-1 du Code civil qui dispose que « chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers ». L'article poursuit ainsi : « Toutefois, si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes

accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas ». Une procédure collective sera donc ouverte contre celui (celle) qui a agi en son nom personnel. Cependant, si les membres du groupement personnifié ont agi au vu et au su des tiers comme associés de la société en participation, une procédure collective peut être ouverte contre eux. L'intérêt d'une telle ouverture de procédure est que tout participant même dépourvu de pouvoir de direction, pourrait ainsi contracter une dette au nom de la société et subir une procédure collective (26).

Le fait d'ouvrir plusieurs procédures présente une certaine complexité et n'est pas sans inconvénients. La possibilité d'exercer une action contre certains associés et pas d'autres est une réalité. Ainsi, par exemple, dans le cas d'une société en participation créée entre une personne morale et une personne qui n'est ni commerçante, ni artisan ou une société créée entre une société immatriculée et une personne privée (27). La procédure collective s'exerce contre le participant qui agit pour la société et non à titre personnel (28), cette action emporte des conséquences particulières dans l'application des dispositions du droit des procédures collectives.

Mais l'ouverture de la procédure collective contre le participant ou les membres de la société en participation ne peut résulter de la seule qualité d'associé d'une société en participation. Le ou les participant(s) doit(vent) remplir les conditions requises pour l'ouverture d'une procédure collective. Le participant doit être soit commerçant, artisan (...) et être en cessation des paiements ou avoir des difficultés (29). La jurisprudence a fait application de cette règle pour un associé d'une société créée de fait. Pour la Cour de cassation, « ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui met en liquidation des biens une personne qui a signé les statuts d'une société et en a été désignée gérant sans rechercher, la société n'ayant jamais été immatriculée au registre du commerce et des sociétés, si cette personne avait exercé des actes de commerce et en avait fait sa profession habituelle ou si elle avait exploité elle-même l'entreprise commerciale objet de la société » (30). L'activité professionnelle du participant comme condition d'application du droit des procédures collectives légitime le fait que la faillite personnelle puisse aussi être invoquée contre lui (31).

Quant à la cessation des paiements, elle est caractérisée lorsque l'actif disponible ne permet pas de faire face au passif exigible. La preuve de la cessation des paiements se fait normalement au regard de la situation du débiteur. Dans le cas de la convention de participation, le débiteur n'est pas le groupement, car il n'a pas la capacité juridique. La cessation des paiements sera appréciée vis-à-vis du ou des membre(s) partenaire(s) de la convention de participation. La preuve de la cessation des paiements sera démontrée plus

21) E. Kovar, *op.cit.*, n°306.

22) F-X. Lucas, note sous arrêt du 10 juillet 2007, *BJS*, janv. 2008, p. 46.

23) E. Kovar, n° 307

24) J. Vallansan, arrêt commenté *Com.* 27 fév. 2007, n° 05-19619, *Les créances nées de l'exécution d'un contrat après le jugement d'ouverture sont-elles des créances postérieures ?* *BJS*, juill. 2007, n° 7, p.833.

25) E. Kovar, *op.cit.*, n° 309

26) B. Dondero, *op.cit.*, p. 541, n° 995.

27) J-Cl. Hallouin, art. précité, n° 6.

28) Cass. com., 8 juillet 2014, n° 13-19010, « La condamnation de l'associé d'une société en participation à payer une certaine somme à un tiers, au titre d'une opération rentrant dans l'objet de ladite société, fait naître une créance de cet associé sur son coassocié, qui doit être déclarée au passif du redressement judiciaire de ce dernier, lorsque cette condamnation intervient avant l'ouverture de la procédure collective de ce coassocié. »

29) Cass.com., 27 avr. 1993, n° 91-14882, « Ne donne pas de base légale à sa décision, la cour d'appel qui met en liquidation des biens une personne qui a signé les statuts d'une société et en a été désignée gérant sans rechercher, la société n'ayant jamais été immatriculée au registre du commerce et des sociétés, si cette personne avait exercé des actes de commerce et en avait fait sa profession habituelle ou si elle avait exploité elle-même l'entreprise commerciale objet de la société. »

30) Cass. com., 27 avr. 1993, n° 91-14882, *Dr. soc.*, 1993, n° 135, note Bonneau ; *BJS*, 1993, 776, note Le Nabasque.

31) C. com., art. L. 653-1, I, 1°.

32) C. de com., art. L.611-3 et L. 611-5.

33) C. de com., art. L.611-1.

34) B. Dondero, *op.cit.*, p. 521, n° 950.

35) B. Dondero, *op.cit.*, p.521, n° 956.

36) B. Dondero, *op.cit.*, p.521, n° 597.

37) Pour ces deux derniers, les procédures concernées sont uniquement la procédure de redressement et de liquidation judiciaire.

38) Cass.com., 8 juill. 2014, n° 13-19010, Date de naissance de la créance et recours entre associés d'une société en participation, note S. Pellet, L'essentiel Droit des contrats, n° 9, p.6, Règlement de comptes dans une SEP... Et déclaration de créances, note M-H. Monsérié-Bon, *BJE*, nov.2014, p. 368, Ouverture d'une procédure collective contre l'associé d'une société en participation, D., 1^{er} août 2014, note X. Delpech, Redressement judiciaire d'un associé d'une société en participation, conditions de l'antériorité de la créance née d'un jugement de condamnation de la société, *Rev. soc.*, 2014, p. 531, L-C.Henry.

39) B. Dondero, *op.cit.*, p.524.

40) B. Dondero, *op.cit.*, p.541, n° 995.

41) B. Dondero, *op.cit.*, p.515, n° 945.

42) B. Dondero, *op.cit.*, p.531, n° 977.

43) B. Dondero, *op.cit.*, p. 532, n° 978.

difficilement dans la mesure où ceux-ci ne sont tenus que d'une partie du passif du groupement.

L'ouverture d'une procédure collective contre un ou plusieurs membre(s) de la société en participation implique que le créancier impayé prouve l'existence de la société ou du moins du contrat de société en participation d'une part et que l'associé ou les associés ai(en)t agi au nom et pour le compte de la société et que les conditions d'ouverture de la procédure soient remplies à son égard, d'autre part.

L'absence de personnalité morale de la société en participation implique également que les procédures de prévention des difficultés ne bénéficieront pas directement à la société inexistante juridiquement. L'associé agissant ou les associés peuvent demander le bénéfice d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation à condition qu'il(s) rempli(ssen)t les conditions d'ouverture, autrement dit, être commerçant (...), avoir des difficultés (32). De manière identique, le groupement, en l'absence de personnalité juridique, ne pourra adhérer à un groupement de prévention agréé (33). Les participants à la convention pourront y adhérer. Le groupement de prévention agréé leur fournira des informations, assistera « le chef d'entreprise » (34). En revanche, le groupement de prévention sera dans l'impossibilité de conclure avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurance, des conventions au profit de ses adhérents (35). L'aspect limité du bénéfice des procédures de prévention se traduit également dans le fait que le ou les membre(s) du groupement peuvent être convoqué(s) par le président du tribunal. Cependant, ce pouvoir est amputé par le fait qu'il ne pourra obtenir communication de documents auprès de tiers postérieurement à cet entretien ou à son absence afin d'obtenir une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur, car le groupement n'a pas la capacité de jouissance et ne peut donc être identifié comme débiteur (36).

L'application indirecte des procédures collectives aux participants de la convention de participation présente un certain nombre de singularités, d'adaptations à la situation.

B. Les conséquences de l'application par ricochet des procédures collectives

En raison de l'absence de groupement personnifié, l'ouverture d'une procédure collective présente des particularités. Dans le cadre des procédures collectives, sont habilités à demander l'ouverture d'une procédure, le débiteur, un créancier, le procureur de la république (37). Dans le cadre d'une société en participation, groupement non personnifié, le débiteur n'étant pas identifié, la saisine résultera souvent d'un associé qui a des impayés dans le cadre du contrat de participation ou d'un créancier qui n'a pas été payé.

L'associé qui va demander l'ouverture d'une procédure collective, nous l'avons

vu précédemment, sera celui ou celle qui généralement aura agi. Mais ce même associé pourra ensuite se retourner contre un autre associé en remboursement ce qui aura été payé en trop. Cette répartition se fera soit en raison de clauses statutaires, soit en raison de l'objet social civil ou commercial. Ce recours contributif qui prendra la forme d'une créance fera l'objet d'une déclaration de créance à la procédure. Ainsi, dans un arrêt du 8 juillet 2014, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à décider que « *la condamnation de la société Chantiers modernes à payer une certaine somme à un tiers, au titre d'une opération entrant dans l'objet de la SEP, avait fait naître une créance de cette société à l'égard de son coassocié, laquelle, ayant une origine antérieure à l'ouverture de la procédure collective de ce dernier, était soumise à déclaration* » (38).

Mais l'ouverture d'une procédure collective peut aussi être demandée par un créancier. Dans le cadre, d'une société en participation, la situation d'un créancier n'est pas aussi enviable qu'il y paraît. À cet égard, le créancier peut se heurter au caractère occulte de la convention de participation, ce qui l'empêche de demander l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'associés qu'il ignore (39). Cependant, au-delà de l'absence de droit de préférence légal sur les biens sociaux, la possibilité que le créancier puisse agir contre tous les participants éventuellement tenus solidairement n'est pas négligeable (40). Ainsi par application de l'article 1872-1 alinéa 3 du Code civil, le créancier peut bénéficier de l'engagement d'autres participants que son débiteur qui n'ont pourtant pas contracté avec lui (41).

Le créancier qui souhaite augmenter ses chances d'être payé dispose de la possibilité de demander une extension de procédure non pas à l'égard du groupement qui n'existe pas, mais à l'égard d'autres membres de la convention de participation. La jurisprudence a largement défini le régime de cette action. Deux moyens peuvent fonder une action en extension : d'une part, la confusion des patrimoines d'autre part, la fictivité des sociétés. La confusion des patrimoines requiert de prouver un état d'imbrication entre l'actif et le passif de plusieurs personnes. Mais l'extension de procédure collective ne devrait pas être prononcée dès lors qu'une organisation suffisante aura été apportée à la gestion et la tenue de la comptabilité de la société en participation (42). Le plus souvent, la constatation de flux financiers anormaux ou de relations financières anormales entre membres fondera l'action en extension. Quant au moyen fondé sur la fictivité de la société, la réunion de plusieurs sociétés au sein d'une société en participation ou d'une société créée de fait pourrait remettre en question l'autonomie et la validité d'une ou de plusieurs sociétés associées (43).

L'issue d'une procédure collective est de trouver la solution adéquate par rapport à l'associé



qui la subit. Comment élaborer un plan de redressement ou organiser une cession alors que tous les éléments de l'entreprise n'appartiennent pas aux personnes qui font l'objet de la procédure ou n'appartiennent pas à une seule personne (44) ? La solution sera rendue par rapport à l'associé participant. Si la procédure est une procédure de liquidation judiciaire, il y aura sans doute vente des biens affectés par l'associé à l'exploitation de l'entreprise. La mise en liquidation judiciaire d'un associé de la société en participation met fin à l'activité, mais est également une cause de dissolution de la société en participation (45).

Dans le cas d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, l'activité de la société en participation pourra être fermée, cédée ou une

autre activité sera adjointe. En cas de cession de l'activité, les contrats de travail seront cédés ainsi que tous les éléments nécessaires à l'exploitation même s'ils appartiennent à l'associé. Cependant, la cession du contrat en participation n'est pas possible au regard de l'article L. 642-7 du Code de commerce (46). L'explication réside dans le fait que la convention de participation n'est pas une convention ordinaire dans la mesure où elle a comme fonction d'organiser des rapports entre associés. En outre, l'article L. 642-7 du Code de commerce énumère les contrats pouvant être cédés, contrat dont ne fait pas partie la société en participation. La situation de l'associé d'une société en participation en procédure collective se rapproche de celle d'un entrepreneur individuel en difficulté (...).

44) J-C. Hallouin, art. préc., n° 6.

45) Paris, 2^e ch., 30 janvier 1997, Nasri c/ Sté Atecc, *Dr. sociétés* 1997, n° 109. Cf. C. civ., art. 1844-7.

46) CA Douai, 12 oct. 1995 : *Rev. proc. coll.*, 1996, p. 98, obs. B. Soinne. Adde CA Paris, 2^e ch., 30 janv. 1997, N. c/ Sté Atecc, *Dr. sociétés*, 1997, n° 109.

BULLETIN D'ABONNEMENT



FORMULE 100 % NUMÉRIQUE

PDF + VISIONNEUSE EN LIGNE

99 €/AN

96,96 € HT

JOURNAL DES SOCIÉTÉS

Le mensuel du juriste et de l'entreprise

JE M'ABONNE PAR...

INTERNET WWW.JSS.FR

E-MAIL ABO@JSS.FR

TÉLÉPHONE 01 47 03 10 10

COURRIER Bulletin à renvoyer au
8, rue Saint Augustin
75080 Paris Cedex 02

MES COORDONNÉES

M. M^{me} M^e - Nom

Prénom

Société

Adresse

Code Postal

Ville

E-mail

Tél.

Télécopie

Date et signature

JE RÈGLE PAR :

Chèque bancaire ou postal à l'ordre de **SPPS**

Virement

Actualités Restructuring

CEDI (Centre d'Étude du Droit de l'Insolvabilité)

**Bastien Brignon, Maître de conférences HDR à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du centre de droit économique (EA 4224)**

**Adeline Cerati-Gauthier, Maître de conférences Aix-Marseille Université,
Membre du Centre de droit économique (EA 4224)**

**Anne-Marie de Matos, Maître de conférences Aix-Marseille Université,
Laboratoire interdisciplinaire de droit, médias et mutations sociales–LID2MS (EA 4328),**

**Vincent Perruchot-Triboulet, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du centre de droit économique (EA 4224)**

**Jean-Brice Tap, Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du Centre de droit économique (EA 4224)**

**Nancy Vignal, Maître de conférences HDR en droit privé à l'Université d'Aix-Marseille,
Membre du Centre de droit économique (EA 4224)**

1) Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-27947.

2) « Groupes de sociétés et procédures collectives : de l'autonomie patrimoniale des sociétés groupées à l'unité patrimoniale du groupe ? », *LexisNexis*, mars 2018

3) Voy. récemment Cass. com., 16 janv. 2019, n° 17-20.725, *Dr. sociétés*, 2019, n° 5, comm. 92, J-P. Legros.

4) Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-27947.

5) Ch. Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 216, 1991.

La présente étude consacrée au « restructuring » est l'occasion de revenir sur un certain nombre d'arrêts qui ont marqué la matière au cours des derniers mois. D'abord, la Cour de cassation a eu l'opportunité de rendre une décision tout à fait intéressante en matière de groupe de sociétés, rappelant, si besoin en est, combien cette structure questionne le traitement des difficultés. Ensuite, c'est la difficile question de la caractérisation du préjudice distinct et personnel des créanciers dans les procédures collectives qui retiendra notre intérêt, la Haute juridiction ayant rendu sur cette problématique plusieurs arrêts méritant l'attention.

I. L'appartenance à un groupe de sociétés

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 19 décembre 2018 (1) rappelle combien le traitement des difficultés dans les groupes de sociétés présente une complexité certaine. Les procédures collectives y sont en effet régulièrement confrontées (2). En la matière, les questions qui se retrouvent le plus fréquemment concernent les hypothèses d'extension de procédures d'une société à une autre du groupe pour confusion de leurs patrimoines (3), ou bien encore la recherche de la responsabilité de la société mère à l'égard de la filiale. Cependant, c'est une question sensiblement différente que soulève l'arrêt commenté, celle du traitement global des difficultés du groupe (4).

En l'espèce, un tribunal avait ouvert une procédure de redressement judiciaire à l'égard de plusieurs sociétés composant un groupe. Alors qu'un plan de redressement avait été adopté pour la société mère, le tribunal, par une décision du même jour, avait prononcé la liquidation de la filiale constituée sous forme de SCI. Cette dernière avait alors interjeté appel de cette décision.

La cour d'appel avait confirmé le jugement, affirmant qu'il n'y avait pas de lieu de tenir compte des capacités de redressement du groupe pour apprécier la situation de la filiale. La SCI se pourvut alors en cassation. Elle soulevait dans son pourvoi un argument particulièrement intéressant selon lequel « *lorsque plusieurs sociétés membres d'un même groupe font l'objet de procédures simultanées de redressement judiciaire, les chances de redressement de chacune de ces sociétés doivent être appréciées en tenant compte, non seulement de leurs propres capacités, mais aussi des chances de redressement du groupe dans son ensemble* ». Comment devaient donc s'apprécier les difficultés au sein du groupe ? Société par société ou bien du point de vue du groupe dans son ensemble ?

Au terme d'une solution de principe, la Cour de cassation énonce que si « *le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe* ». Elle n'en rejette pas moins le pourvoi dans la mesure où les conclusions de la filiale ne tendaient en l'espèce qu'à favoriser le redressement de la société mère.

Il reste que la Cour de cassation témoigne en l'espèce de l'importance des groupes de sociétés dans le paysage juridique. Reposant sur un agrégat d'entités juridiquement autonomes, les groupes constituent un vecteur majeur de structuration de l'activité économique. La constitution et le fonctionnement de ces groupes de sociétés reposent sur l'existence d'entités juridiques indépendantes (5). Par nature, chacune des sociétés membres d'un groupe dispose d'une autonomie juridique et patrimoniale propre. Le groupe n'est en ce sens saisi que par l'intermédiaire des différents éléments qui le



composent (6). L'autonomie qui caractérise chacune des sociétés membres du groupe permet ainsi la compartimentation des activités et des risques. Elle est un des attraits majeurs de l'organisation de l'activité économique par le groupe de sociétés. Plusieurs conséquences directes découlent de cette perception. N'ayant pas de personnalité morale qui lui soit propre, un groupe ne saurait faire l'objet d'une condamnation pénale (7). Une société mère ne saurait non plus être tenue responsable des engagements de sa filiale (8). Enfin une société membre d'un groupe ne saurait se voir imposer par exemple une obligation de reclassement alors qu'elle n'a pas la qualité d'employeur (9). La position du droit concernant les groupes semble donc pérenne. C'est ainsi que la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 novembre 2017 (10), a estimé que « *l'état de cessation des paiements de la société [filiale] doit être caractérisé objectivement et de manière autonome, sans prendre en considération les capacités financières de la société mère* » (11).

En l'espèce, dans l'arrêt commenté du 19 décembre 2018, la Cour de cassation réaffirme clairement cette idée d'indépendance des sociétés composant le groupe. Elle y énonce « *que le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe* ». Mais, allant au-delà, la Cour de cassation autorise la prise en compte du groupe. L'arrêt traduit à ce titre parfaitement les tendances contraires qui animent le droit contemporain. Tout en reconnaissant la nécessité de prendre en compte la réalité – notamment économique du groupe – il revient aux magistrats de préserver l'autonomie de principe des personnes morales qui le composent.

En effet, la Haute juridiction poursuit en énonçant que « *rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe* ». En l'espèce, à la fois la société mère et sa filiale connaissaient des difficultés. La filiale reprochait au tribunal d'avoir opté pour sa liquidation alors qu'elle avait arrêté un plan de redressement à l'égard de la société mère. Cette différence de traitement, exclusif d'une approche d'ensemble, est au cœur du pourvoi. Le reproche est entendu, du moins dans son principe, par la Haute juridiction, qui rejette malgré cela le pourvoi. Elle met, en effet, en exergue que les conclusions de la filiale ne tendaient en l'occurrence qu'à favoriser le redressement de la société mère. Il n'en reste pas moins que cette décision ouvre de façon novatrice la porte d'une appréciation globale des difficultés du groupe. En filigrane, et c'est bien en cela que le pourvoi est rejeté, encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une approche globale et non pas simplement orientée vers la seule société mère, ce qui était le cas en l'espèce. L'arrêt rapporté, destiné à une publication au Bulletin, affirme donc pour la première fois la possibilité d'une approche globale pour apprécier la cohérence des solutions à l'égard de chacune des sociétés composant le groupe. L'on appréciera particulièrement la formule construite à partir de « rien n'interdit » qui permet la mise

en exergue de l'absence d'obstacle rédhibitoire à une approche globale des difficultés du groupe. Ce pragmatisme est à saluer en ce qu'il constitue une nouvelle pierre à l'édifice du droit des groupes. Les praticiens sauront, à n'en pas douter, utiliser cette nouvelle opportunité.

Au-delà, la solution dégagée par la Cour de cassation s'inscrit dans une dynamique générale de prise en compte croissante des groupes de sociétés. La refonte récente du règlement européen insolvabilité n° 1346/2000 par le règlement 2015/848 (12) en témoigne. Il crée en ce sens une procédure de coordination destinée à offrir un traitement cohérent des difficultés des groupes de sociétés (13). Cette procédure constitue par ailleurs l'une des principales innovations du règlement (14). C'est le cas également du droit interne qui prend désormais en compte l'existence des groupes de sociétés par le truchement de l'article L. 662-8 du Code de commerce qui prévoit la possibilité de désigner un administrateur et un mandataire judiciaire identiques. On aura donc compris que le droit des procédures collectives se trouve aux avant-postes s'agissant de la prise en compte de la réalité des groupes.

II. Le préjudice distinct et personnel dans les procédures collectives

Une autre décision du même jour rendue par la Haute juridiction (15) mérite l'attention. Elle concerne la question délicate de la caractérisation du préjudice personnel et distinct des associés. Leurs actions en responsabilité se trouvent entravées par cette exigence lorsque la société est *in bonis* mais également lorsque la société connaît des difficultés. Quand cette dernière est *in bonis* les associés bénéficient d'une action dite individuelle arrimée à la démonstration d'un préjudice qui soit distinct de celui de la société, au risque de voir leur action déclarée irrecevable. Le préjudice personnel de l'associé est alors délicat à démontrer (16), parce qu'il est bien souvent absorbé par celui subi par la société elle-même. Depuis longtemps, la Cour de cassation refuse d'indemniser l'associé d'un préjudice qui ne serait que la simple conséquence de celui de la société (17). La tâche de l'associé s'avère en cela complexe, et trouve un écho lorsque la société connaît des difficultés. La question est dans ce cas sensiblement différente. Il s'agit de savoir si, une fois la société placée en redressement ou liquidation judiciaire, les associés peuvent agir directement ou voient leur action phagocytée par le monopole du mandataire dans sa mission de reconstitution du gage commun des créanciers (18).

En l'espèce, deux personnes, l'une physique et l'autre morale, avaient pris le contrôle d'une société. La personne physique devenue par la suite dirigeant fut contrainte de déclarer la cessation des paiements quelque mois seulement après et la société fut placée en redressement judiciaire. Estimant que la présentation de comptes faux lors de la négociation n'avait été rendue possible qu'en raison des manquements des professionnels ayant la

6) P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, 6^e éd., *LDGJ*, 2015, p. 951 n° 1508 ; Ph. Merle et A. Fauchon, *Sociétés commerciales*, 19^e éd., *Dalloz*, 2016, p. 848, n° 758.

7) Cass. com. 15 nov. 2011, n° 10-21.701, *Rev. soc.*, 2012, p. 37, obs. S. Prévost.

8) Cass. com. 14 septembre 2010, n° 09-14.564, *Rev. soc.*, 2011, p. 284, note M. Pariente.

9) Cass. soc. 13 janv. 2010, n° 08-15.776, *JCP E.*, 2010, 1332 note Ph. Mélin et F. Mélin.

10) Cass. com., 15 nov. 2017, n° 16-19690, *BJS*, 2018, n° 2, p. 115, note E. Mouial-Bassilana.

11) V. également Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-20820.

12) Règl. (UE) n° 2015/848 du PE et du Cons., 20 mai 2015.

13) L. d'Avout, « Le traitement des groupes de sociétés : entre formalisme et réalisme », in F. Jault-Seske, D. Robine (dir.), *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, 2015, Joly éditions, p. 129. M. Laroche, « Groupes de sociétés : originalité et faisabilité de la procédure de coordination collective », *BJS*, 2018, n° 2, p. 153.

14) M. Menjucq, *Le nouveau règlement insolvabilité : quelles évolutions ?*, *BJS*, 2015, n° 4, p. 259.

15) Cass. com., 19 décembre 2018, n° 17-13846.

16) J.-J. Ansault, « À la recherche du préjudice personnel subi par l'associé », *BJS*, 2018, n° 11, p. 629.

17) Cass. civ. 26 nov. 1912, D.P. 1913. 1. 377, note E. Thaller.

18) Cass. ass. plén., 9 déc. 1993, n° 89-19211 : *D.*, 1993, p. 475, note F. Derrida.

19) Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-27587, *Bull. Joly ent. en diff.*, 2016, n° 1, p. 38, note V. Perruchot-Triboulet.

20) Cass. com., 16 janv. 2019, n° 17-17210.

21) Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24714, *D.*, 2015, p. 1977, obs. F.-X. Lucas.

22) Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, *D.*, 2003, p. 2623, note B. Dondero ; *BJS*, juill. 2003, n° 167, p. 786, note H. Le Nabasque.

charge d'établir et de vérifier les comptes, et que la prise de contrôle de la société A... leur avait causé un préjudice, une action en responsabilité fut introduite à l'égard de ces professionnels du chiffre. Cette demande fut écartée par la cour d'appel qui estimait que « *la perte de valeur des parts ou actions, celle des avantages (lire avances) en compte courant et les dépenses et frais divers exposés pour l'acquisition ne constituent pas un préjudice personnel distinct de celui subi collectivement par tous les créanciers, du fait de l'amoindrissement ou de la disparition du patrimoine social résultant de la cessation des paiements* ». La Haute juridiction n'entérine pas la solution et censure la décision d'appel. Elle met en exergue la nécessité de distinguer les préjudices subis par les associés. Leur demande tendait au remboursement de différents postes, parmi lesquels des avances en comptes courant, une mise à disposition de personnel, ainsi que les dépenses et frais engagés en vue de l'acquisition de la société et la perte de la valeur des titres sociaux. Il était donc nécessaire d'opérer des distinctions entre ces différents préjudices.

D'une part, la Haute juridiction estime que « *les préjudices résultant pour les cessionnaires de l'impossibilité d'obtenir paiement par la société A... de leurs créances résultant des sommes avancées en compte courant et du coût de mise à disposition de deux salariés, lesquels préjudices ne constituent qu'une fraction du passif collectif dont l'apurement est assuré par le gage commun des créanciers, qu'il appartenait au seul mandataire judiciaire de reconstituer* ». Les préjudices dont il était ici demandé réparation relevaient ainsi de la compétence du mandataire. Effectivement, la mise à disposition de personnel et les avances en compte courant font des associés des créanciers de la société. Il en va par ailleurs de même s'agissant de la perte des apports. Il n'y a pas à cet égard de raison de les traiter différemment des autres créanciers de la société, soumis à la procédure. Le mandataire judiciaire a en effet seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, et il est corrélativement exclu qu'un créancier puisse demander directement réparation du préjudice que lui cause la procédure collective. En cela les associés ne pouvaient en l'espèce agir directement à l'encontre des professionnels ayant établis les comptes.

D'autre part, la Chambre commerciale continue en soulignant cette fois que « *les préjudices liés directement au coût de leur investissement dans l'acquisition des actions de la société débitrice, dont la réparation, étrangère à la reconstitution du gage commun, devait être demandée par les cessionnaires eux-mêmes* ». C'est dire que la réparation du préjudice relatif à l'investissement des associés à travers l'acquisition des actions de la société débitrice est bien étrangère à la reconstitution du gage commun des créanciers. Elle échappe en tant que telle au monopole du mandataire judiciaire et le produit de l'action échappera en conséquence aux règles de répartition de la procédure collective. La Cour fait en l'espèce œuvre de pédagogie en identifiant clairement ce qui relève du préjudice personnel des associés. Par le passé, la Haute juridiction a pu procéder de manière similaire, par exemple en distinguant pour l'associé dirigeant entre la perte des apports, fraction du préjudice collectif subi

par l'ensemble des créanciers, et la perte pour l'avenir des rémunérations qu'il aurait pu percevoir en tant que dirigeant social, source d'un préjudice personnel distinct (19). En l'espèce, la solution, rigoureuse sur le plan des principes, est également opportune. Elle permet en effet aux associés de ne pas se trouver totalement impuissants après s'être engagés dans une bien mauvaise opération.

Enfin, une autre décision de la Haute juridiction en date du 16 janvier 2019 (20) place une fois encore la question du préjudice distinct au centre des débats. En l'espèce, des époux avaient fait réaliser dans leur maison des travaux par une SCOP. Suite à des désordres, retards et dépassement de facturation, ils avaient sollicité l'arrêt des travaux et la désignation d'un expert en référé. Par la suite, la SCOP fût placée en liquidation judiciaire et les époux recherchèrent la responsabilité du gérant pour faute détachable. Ils demandèrent à ce titre l'allocation de dommages intérêts au titre des préjudices matériels et de jouissance, des frais d'expertise et d'un dommage moral. La cour d'appel fit droit à cette demande. Une nouvelle fois, c'est le principe selon lequel le mandataire de justice a seul qualité pour agir car il est chargé de la défense de l'intérêt collectif des créanciers sur lequel la Haute juridiction était invitée à se prononcer. Visant expressément l'article L. 622-20 du Code de commerce, la Cour censure l'arrêt d'appel pour ne pas avoir vérifié « *préalablement, et au besoin d'office, s'agissant d'une fin de non-recevoir d'ordre public [si les demandeurs invoquaient] exclusivement un préjudice personnel, distinct de celui des autres créanciers, seul de nature à rendre leur action recevable* ». La clef du litige résidait ici dans la distinction entre ce qui relève du préjudice collectif et la reconstitution du gage commun (21) et du préjudice personnel distinct.

En l'occurrence la cour d'appel s'était affranchie de cette exigence en estimant que les fautes commises étaient « *intentionnelles d'une particulière gravité, incompatibles avec le fonctionnement normal de la société* ». Or si la démonstration d'une faute détachable est nécessaire (22) pour que les tiers puissent engager la responsabilité du dirigeant de la société *in bonis*, sa démonstration ne peut suffire dans la procédure collective. C'est en effet une question tenant à la recevabilité qui doit être en premier lieu tranchée, ce qu'avaient omis de faire les juges du fond. La censure pour défaut de base légale précise que la cour d'appel aurait du : « *vérifier préalablement, et au besoin d'office, s'agissant d'une fin de non-recevoir d'ordre public qu'elle était en mesure de relever puisqu'elle avait constaté la mise en liquidation judiciaire (...) un préjudice personnel, distinct de celui des autres créanciers, seul de nature à rendre leur action recevable* ». La Cour de cassation, si besoin en était, réaffirme, le caractère d'ordre public du monopole du mandataire dans la procédure collective. Si l'action tend à la reconstitution du gage commun, sa compétence s'impose. La censure ne préjuge donc pas en l'espèce de l'issue du litige pour les demandeurs. Elle invite simplement au respect d'une certaine orthodoxie juridique.

Jean-Brice Tap



JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

8 rue Saint Augustin 75002 Paris
Tél : 01 47 03 10 10 - Fax : 01 47 03 99 31
www.jss.fr

VENDREDI 18 OCTOBRE 2019

PRATIQUE DE LA SAS(U) OU COMMENT CONCEVOIR LES STATUTS ADAPTÉS AU PROJET SOUHAITÉ

**Journée formation juridique
de 9 heures à 18 heures**

Isabelle GROSSI

*Maître de conférences HDR
(Université d'Aix Marseille)
Responsable du master professionnel
Ingénierie des sociétés
Directrice adjointe de l'Institut Droit des Affaires*

Luc ATHLAN

*Chargé d'enseignement à l'EDHEC,
à l'université de Paris-Sud
et à l'IDA d'Aix en Provence
Responsable droit des sociétés ORANGE*

PROGRAMME

**Accueil des participants à partir de 8 heures 30
Journal Spécial des Sociétés
8 rue Saint Augustin, 75002 Paris**

Introduction

Evolution de la SAS et textes applicables
Caractéristiques de la SAS : avantages et inconvénients

I- Généralités sur la SAS

1.1- Les différentes formes d'exploitation de la SAS

- 1.1.1- Selon les activités de la société
- 1.1.2- Selon la taille de la société : ETI ou PME
- 1.1.3- L'exploitation de la SAS dans les groupes de sociétés

1.2.- Le financement de la SAS

- 1.2.1- Ce qui est interdit
- 1.2.2- Ce qui est permis

1.3.- Régimes fiscal et social des dirigeants de la SAS

- 1.3.1- Le régime fiscal
- 1.3.2- Le régime social

II- Les clauses particulières de la SAS

- 2.1.- Remarques liminaires :
 - 2.1.1.- Préambule et Règlement intérieur
 - 2.1.2.- Mentions impératives à préciser dans les statuts

2.2.- Les clauses relatives à la direction

- 2.2.1- La direction elle-même
- 2.2.2- Le contrôle de la direction

2.3.- Les clauses relatives aux actionnaires

- 2.3.1- Les apports
- 2.3.2- Les différentes catégories d'actions
- 2.3.3- La consultation de l'actionnaire unique, des actionnaires
- 2.3.4- Les conventions réglementées
- 2.3.5- La sortie (voulue ou forcée) d'un actionnaire
- 2.3.6- Le contentieux entre actionnaires

2.4.- Les clauses relatives aux autres parties prenantes

- 2.4.1- Les conditions de nomination d'un ou plusieurs CAC
- 2.4.2- La clause relative à l'organe interlocuteur avec le CE

2.5.- Récapitulatif : petit guide pratique de la rédaction des statuts de la SAS

Conclusion

Perspectives d'avenir
Projet de loi pacte
Groupe de travail MEDEF

FLASH INFO DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS

Commissaires aux comptes dans les S.A., S.A.S. et S.C.A.

La Loi PACTE [Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises](#) publiée au *JO* du 23 mai 2019 apporte de nombreuses modifications au régime des commissaires aux comptes.

En effet, l'obligation de désigner un commissaire aux comptes dans toutes les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiée et les sociétés en commandite par actions est supprimée.

Les S.A, S.A.S et S.C.A qui sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes sont celles qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, les seuils pour deux des trois critères suivants :

- 4 000 000 euros de total de bilan ;
- 8 000 000 de chiffre d'affaires HT ;
- 50 salariés au cours de l'exercice.

Ces dispositions s'appliquent à compter du premier exercice clos après la publication du décret du 24 mai 2019. Toutefois, les mandats de commissaires aux comptes en cours à l'entrée en vigueur de ces dispositions se poursuivent jusqu'à leur date d'expiration.

Pour les sociétés dont le mandat des commissaires aux comptes arrive à échéance à l'assemblée d'approbation des comptes clos au 31 décembre 2018, elles n'auront pas à renouveler le mandat du commissaire aux comptes à l'assemblée d'approbation des comptes si les conditions suivantes sont réunies :

- à la clôture des comptes au 31 décembre 2018, la société ne dépasse pas deux des trois seuils définis par le décret,
- les comptes sont clos moins de 6 mois avant la publication du décret du 26 mai 2019,
- l'assemblée se tient après la publication du décret,
- 4 000 000 euros de total de bilan ;
- 8 000 000 de chiffre d'affaires ;
- 50 salariés.

Pour effectuer les formalités de suppression de C.A.C. il conviendra de fournir la mise à jour des statuts, un exemplaire de l'AGE qui en décide et un pouvoir au *JSS*.

Le service des formalités du *JSS* est à votre disposition pour traiter ces formalités aussi bien en version papier que dématérialisée avec diligence.

Suppression du stage de gestion pour le répertoire des métiers

La Loi PACTE a supprimé le stage obligatoire préalable à l'immatriculation au Répertoire des Métiers.

Délégation dans les opérations de fusions

La Loi PACTE donne la possibilité pour une assemblée générale extraordinaire (AGE) d'une société absorbante de recourir aux délégations en matière de fusion.

Ainsi, l'AGE d'une société anonyme peut déléguer sa compétence au conseil d'administration (ou au directoire, selon le cas) pour décider d'une fusion par absorption pendant une durée qu'elle fixe et qui ne peut excéder 26 mois. Elle peut également déléguer au conseil d'administration (ou au directoire, selon le cas) le pouvoir de déterminer les modalités définitives du projet de fusion, pour une durée qu'elle fixe et qui ne peut excéder 5 ans.

Lorsque le conseil d'administration (ou le directoire, selon le cas), et non l'AGE, sollicite l'une de ces 2 formes de délégation, il doit établir un rapport écrit et le mettre à la disposition des actionnaires.

De plus, l'AGE peut, si nécessaire, déléguer son pouvoir de décider de l'augmentation de capital permettant d'attribuer des titres de capital aux associés de la société absorbée (art. 102 ; c. com. art. L. 236-9 modifié).

Ces mesures sont entrées en vigueur le 24 mai 2019.

Fusion : suppression de la déclaration de régularité et de conformité pour les S.A.S. et S.C.A.

Depuis le 24 mai 2019, l'article [L. 236-6 du Code de commerce](#) a été modifié. Désormais, les sociétés par actions simplifiée et sociétés en commandite par actions ne sont plus soumises à l'obligation d'établir une déclaration de régularité et de conformité pour les fusions/scissions/apports partiels d'actifs internes.

Par contre, en cas de participation à une fusion transfrontalière, les sociétés par actions simplifiée et sociétés en commandite par actions, ont l'obligation d'établir une déclaration de régularité et de conformité, comme les sociétés anonymes.

MDM



Président: Monsieur le Professeur Jean-Jacques DAIGRE,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Monsieur le Président Guy CANIVET,
Président du haut comité juridique de la place financière de Paris
Monsieur le Président Daniel TRICOT,
Président Honoraire de la Chambre Commerciale, Financière
et Economique de la Cour de Cassation,
Agrégé des Facultés de Droit
Madame Françoise KAMARA,
Conseiller à la Cour de Cassation

Monsieur le Professeur Bruno DONDERO,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
Monsieur le Professeur Didier FERRIER,
Professeur émérite à l'Université Montpellier I
Monsieur le Professeur Jérôme HUET,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas
Monsieur le Professeur Hervé LECUYER,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas
Monsieur le Professeur François-Xavier LUCAS,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
Monsieur le Professeur Michel MENJUCQ,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS,
Professeur à l'Université Paris II Panthéon Assas
Monsieur le Professeur Pierre MOUSSERON,
Professeur à l'Université Montpellier I
Monsieur le Professeur Didier PORACCHIA,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
Madame le Professeur Sophie SCHILLER,
Professeur à l'Université Paris-Dauphine
Monsieur le Professeur Dominique SCHMIDT,
Professeur agrégé des Facultés de Droit, Avocat à la Cour

Maître Jean-Paul DECORPS,
Notaire Associé, Etude Decorps, Jumelet, Decorps
Maître Fabrice LUZU,
Notaire Associé, Luzu, Trokiner, Wolf, Jacquet & Duparc
Maître Bertrand SAVOURE,
Notaire Associé, Julien Saint-Amand, Savouré, Soreau
Maître Éric CAPRIOLI,
Avocat Associé, Cabinet Caprioli
Maître Béatrice CASTELLANE,
Avocat Associé, Castellane Avocats
Maître Xavier DELCROS,
Avocat, Cabinet Delcros-Peyrical,
Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne
Maître Dominique FERRE,
Avocat Associé, Fidal
Maître Jacques-Philippe GUNTHER,
Avocat Associé, Willkie Farr & Gallagher
Maître Thierry MONTERAN,
Avocat Associé, UGGC Avocats
Maître Bruno PICHARD,
Avocat Associé, Pichard et Associés
Maître Aline PONCELET
Avocat Associé, Paul Hastings
Maître Jean-Jacques UETTWILLER,
Avocat Associé, UGGC & Associés

Monsieur Didier KLING,
Commissaire aux comptes, Cabinet Didier Kling et Associés
Monsieur Patrick MORGENSTERN,
Commissaire aux comptes, Morgenstern et Associés

Monsieur Luc ATHLAN,
Responsable Droit des Sociétés, Orange
Monsieur Philippe COEN,
Directeur Juridique, Walt Disney Company (Europe)
Monsieur Christian HAUSMANN,
Médiateur

Le Journal des Sociétés
8, rue Saint-Augustin
75002 Paris

Tel : 01 47 03 10 10
Fax : 01 47 03 99 31

Editeur S.P.P.S.
8, rue Saint-Augustin
75002 Paris
SIRET : 552 074 627 R.C.S. Paris

Directrice de publication
Myriam de Montis

Rédactrice en chef
Cécile Leseur, cecileleseur@jss.fr

Secrétaire d'édition
Constance Périn, cperin@jss.fr

Publicité commerciale / Abonnements
Constance Périn, cperin@jss.fr

Prix au Numéro 12,10 €

Abonnement numérique : 99 €

Fabrication A.S.P.

Dépôt Légal à parution
Commission paritaire 0720 T83385
N° national 03 3 229 768

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS



Intégrez la dématérialisation de vos formalités
dans votre transition digitale
avec le **Journal Spécial des Sociétés**



8, rue Saint Augustin - 75080 Paris Cedex 02 ☎ 01 47 03 10 10
www.jss.fr – annonces@jss.fr – formalites@jss.fr – contact@jss.fr

