

Epreuve de droit commercial

Rapport de jury

Sujet : Les droits des tiers et des associés dans la société en participation

Remarques générales

Le sujet de droit commercial du concours 2016 présentait, semble-t-il, une aspérité importante : il requérait de la réflexion. Conçu, en effet, autour de la spécificité de la société en participation (SEP) il pouvait pourtant être abordé de deux façons. Pour les candidats connaissant parfaitement le régime de cette société, il leur était aisé de structurer le raisonnement à partir de l'étude de son fonctionnement. Pour les autres, dotés de moins de connaissances, il leur suffisait de se rappeler : d'abord, que la société en participation est un contrat et n'est pas dotée de la personnalité morale, ce qui leur permettait de mesurer la situation des tiers et des associés sur le fondement du droit commun et, ensuite, que c'est une société exigeant, pour sa formation, la réunion des conditions du contrat de société. Les règles les plus complexes relatives au régime de la SEP n'étaient pas exigées (l'indivision etc.) et ont été placées hors barème.

Les éléments de corrigé qui suivent ne sont qu'indicatifs et ne préjugent ni du plan ni du contenu qui auront pu être suivis par les candidats.

Eléments de corrigé

L'introduction devait souligner brièvement les points suivants : la SEP est un contrat, les associés ne souhaitent pas l'immatriculer et elle ne se voit pas conférer la personnalité morale. C'est, toutefois, une société qui obéit aux règles de formation de toutes les sociétés. Les associés sont donc des parties à un contrat mais leurs droits sont parfois ceux d'associés : droit aux bénéfices, de participer aux assemblées etc... (ici pas de distinction selon que la SEP a un caractère ostensible ou non).

Les tiers, eux, sont tiers à un contrat qui leur est inopposable mais, se trouvant face à une société, des spécificités seront applicables dans les relations qu'ils entretiennent avec cette entité (il est alors utile de différencier selon que la société est ostensible ou non).

On pouvait ainsi s'appuyer sur une problématique assez simple : les droits des tiers et des associés face à la SEP sont déterminés en fonction de mécanismes sociétaires sous-jacents qui modifient leur situation juridique, originellement placée sous un régime conventionnel.

Première partie / Tiers et associés face au fonctionnement sociétaire de la SEP

Les associés sont face à une société à la formation de laquelle ils participent. Les conditions de formation spécifiques au contrat de société doivent donc tous être réunis. Des apports sont ainsi requis, l'*affectio societatis* également, l'objet social doit être possible et licite etc., conditions nécessaires sous peine de nullité.

Quant au fonctionnement de la SEP, les dispositions impératives (1871-1) des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2ème alinéa), 1841, 1844 (1er alinéa) et 1844-1 (2e alinéa) s'appliquent.

La SEP, par ailleurs est marquée par la pluralité des associés, le principe de contribution aux pertes, celui de la participation aux décisions collectives, la société ne peut non plus augmenter leurs engagements etc..

Dans le vide statutaires, enfin, les règles applicables à la SEP sont celles qui sont relatives aux sociétés civiles ou commerciales, « en tant que de raison » nous dit le Code civil.

Hors barème : En cas de dissolution, les associés sont tenus des obligations nées du contrat (Cass. crim., 26 juin 73), transposition de la survie de la personnalité morale.

Les tiers, en revanche ne sont face à une société qu'en présence d'un comportement ostensible des associés qui « *agissent en qualité d'associé à l'égard des tiers* » (1872-1 du Code civil), c'est à dire qui ont un comportement d'associé se traduisant, par exemple, par des apports manifestes.

Les associés peuvent volontairement choisir, d'emblée de rendre la SEP ostensible, mais ce caractère peut également ressortir de leur comportement.

En ce cas, chacun de ces associé est tenu à l'égard des tiers 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.

Ce comportement peut être également *partiellement* ostensible comme c'est le cas dans l'hypothèse d'une déclaration à l'administration fiscale. C'est alors une véritable société pour le fisc mais elle n'est pas perceptible pour les autres tiers. Elle sera alors imposable différemment selon que sa nature est civile ou commerciale.

Dans tous les cas, les tiers se trouvent face à une société en fin de vie en cas de dissolution, qui est souvent l'opération qui leur fait découvrir l'existence d'une SEP occulte.

Hors barème , les 1/3 peuvent agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause à l'occasion d'un acte commis par le gérant (qui n'aurait pas exécuté ses obligations) et dont les associés auraient bénéficié. (1872-1 al 3) à la condition de démontrer l'existence du contrat de société et la qualité d'associé de la personne poursuivie

Les tiers peuvent se trouver face à une indivision calquée sur la société

Seconde partie / Tiers et associés face à la nature contractuelle de la SEP

Les tiers, sont face à un régime contractuel dès lors que la société n'est pas révélée.

Les droits dont ils disposent sont ceux de tiers *stricto sensu* à la société ce qui est logique puisque la SEP est un contrat qui « *ne leur nuit ni ne leur profite* », selon les termes du Code civil, ce qui se traduit par son inopposabilité.

On retrouve cette règle à l'article 1872-1 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « *chaque associé contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers* ». En effet, ce n'est pas avec la société qu'ils contractent mais avec un associé, généralement le gérant.

Mieux encore, lorsque la SEP est occulte, le tiers ne peut pas savoir qu'il y a contrat. Cela entraîne par ailleurs, une neutralité statutaire qui le protège comme, par exemple, au cas où la SEP aurait limité les pouvoirs de son gérant.

Il peut arriver, toutefois, qu'un associé s'immisce dans la gestion d'une société occulte, en ce cas l'associé est tenu à l'égard des 1/3 des actes pour lesquels il a laissé croire au cocontractant qu'il allait s'engager à son égard. (par exemple, il propose un paiement). Ici la nature sociétaire n'est pas en cause mais les droits du tiers à la société sont ceux d'une partie à un contrat avec une personne physique, la société n'y étant pas partie.

Les associés sont également, dans certaines situations, face au versant contractuel de la société ce qui entraîne, en principe, des conséquences importantes dont, au premier chef, le principe de l'unanimité en cas de vote mais cette unanimité peut toutefois être aménagée statutairement. En effet, dans cette société-contrat, l'organisation sociétaire est libre.

Les biens restent la propriété des associés puisqu'il n'y a pas de personnalité morale, faute d'immatriculation. Cela a conduit le législateur, par sécurité, à imposer légalement le régime de l'indivision dans la plupart des situations relatives au droit des biens, (réinvestissement des dividendes par exemple).

Le décès de l'associé entraîne la dissolution sauf clause de continuation.