

NOTES DE COURS

LE FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

SECTION 2- FONCTIONNEMENT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

S'il est vrai qu'il existe une diversité de sociétés commerciales, il est toutefois possible de dégager un certain nombre de règles qui leur sont communes en ce qui concerne leur fonctionnement (I) et les sanctions qui sont encourues en cas de non respect de ces règles de fonctionnement (II).

I- Les règles communes de fonctionnement des sociétés

Il existe des principes généraux en matière de fonctionnement des sociétés commerciales. Ces principes ont trait d'une part à la situation de fonctionnement normal des sociétés, et d'autre part, à la situation de fonctionnement en cas de crise. Mais avant de dégager ces principes généraux, il convient au préalable de définir les différents organes qui interviennent dans le fonctionnement des sociétés.

A- Les organes qui interviennent dans le fonctionnement des sociétés

Le fonctionnement d'une société implique l'intervention de trois types d'organes : l'organe de décision, l'organe de gestion et l'organe de contrôle.

1- L'organe de décision

L'organe de décision est constitué de la collectivité des associés. Ces derniers jouissent de beaucoup de prérogatives dans la société. Selon l'Acte uniforme, les titres sociaux confèrent à leurs titulaires :

Un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ;

Un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ;

Le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés, à moins que

L'Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux (on parle également de droit politique). Par l'expression de ce droit, les associés se regroupent au sein des assemblées ; mais ils peuvent être consultés par écrit dans les conditions déterminées par l'Acte uniforme (articles 134 à 136). Le droit de vote de chaque associé est proportionnel à sa participation au capital de la société à moins qu'il n'en soit disposé autrement par l'Acte uniforme. L'abus de droit de vote est sanctionné. Sont principalement visés par l'Acte, l'abus de majorité et l'abus de minorité.

- Il y'a abus de majorité, lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société. Exemple : des associés majoritaires de par leur position de dirigeants ou d'associés titulaires d'un contrat de travail perçoivent de confortables rémunérations injustifiées. Il s'agit de la transposition en droit des sociétés de la théorie civiliste de l'abus de droit (on peut user de son droit, mais non en abuser dans le seul dessein de nuire à autrui).
- Il y'a abus de minorité, lorsque en exerçant leur vote, les associés minoritaires s'opposent à ce que des décisions soient prises alors qu'elles sont qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. Exemple : certaines résolutions (modification des statuts par exemple) exigent une majorité qualifiée : 2/3 dans les SA et 3/4 dans les SARL, il suffit donc que les associés disposant d'une minorité de blocage votent contre pour que la résolution ne soit pas adoptée.

2- L'organe de gestion

Les organes de gestion sont divers et leur composition peut varier d'une société à une autre. C'est ainsi que la société peut être dirigée par un ou plusieurs gérants (SNC, SCS, SARL) ou un ou plusieurs administrateurs (SA). L'accès aux fonctions de dirigeant d'une société est libre et toute personne peut être désignée.

A l'exception des SARL, une personne morale peut être désignée gérante (SNC, SCS) ou administrateur (SA) ; elle est alors soumise aux mêmes conditions et obligations et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle était gérante ou administrateur en son nom propre sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'elle représente.

+ Les fonctions des dirigeants de la société commencent à leur désignation par les associés et cessent soit par l'arrivée du terme du mandat, soit par suite de décès, d'incapacité, d'interdiction ou d'incompatibilité, soit encore en cas de démission ou de révocation. Les tiers doivent être informés de la nomination, de la révocation, démission et cessation de fonction des dirigeants. Cette publicité est faite par inscription au RCCM.

+ Les gérants et les administrateurs sont chargés de faire marcher la société. Ils ont la signature sociale ; ils agissent donc pour le compte de la société.

Selon l'Acte, ils tiennent leurs pouvoirs des statuts ou de la loi. Mais toute limitation de leurs pouvoirs légaux est inopposable aux tiers. La société est également engagée par les actes de l'organe de gestion qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la publicité des statuts suffise à constituer cette preuve.

La société peut enfin être engagée à l'égard des tiers pour les fautes de gestion des dirigeants. Il s'agit là d'une responsabilité pour faute. En effet, s'il est vrai que les dirigeants ont des pouvoirs très étendus, il n'en demeure pas moins qu'ils sont soumis à un

régime sévère de responsabilité. Ainsi sur le plan civil, leur responsabilité personnelle peut être engagée dans plusieurs hypothèses. Il en sera ainsi pour les fautes et infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions.

La responsabilité des dirigeants peut également être engagée sur le plan pénal.

3- L'organe de contrôle

Le contrôle d'une société est une prérogative des associés découlant de l'*affectio societatis*.

Il se manifeste de plusieurs manières :

- ++ A travers l'information : tout associé peut poser par écrit au gérant, au PDG, au DG, ou à l'administrateur général, deux fois par exercice, des questions sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Les destinataires de ces questions doivent lui répondre par écrit dans le mois qui suit. Les associés ont un droit permanent sur les affaires sociales. Ils ont le droit à partir du quinzième jour précédant l'AGO annuelle, de poser par écrit des questions à la gérance qui doit y apporter des réponses, au cours de l'assemblée ;
- ++ Par l'approbation des comptes qui est de la compétence exclusive de l'AG. Celle-ci doit obligatoirement, et sauf prorogation du juge, être tenue dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice social sur convocation de l'organe de gestion ;
- ++ Par la faculté de déclencher une procédure d'alerte lorsque les associés à l'occasion d'un contrôle de gestion découvrent des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ;
- ++ Par la demande d'une expertise de gestion ;
- ++ Par le contrôle de certaines conventions conclues entre la société et les dirigeants. Les dirigeants sont en mesure par leurs pouvoirs de causer des dommages à la société ou implicitement d'imposer à celle-ci des affaires qui sont bonnes pour eux, mais mauvaises pour la société. Il existe ainsi des conventions qui pour être valables doivent

.....
par souci de prévention être autorisées par les associés et les conventions interdites parce que présentant des risques certains pour la société. de manière implicite, toutes les conventions qui ne sont ni réglementées, ni interdites, sont libres.

++ Dans certains types de sociétés, des organes extérieurs indépendants, sont spécialement chargé du contrôle de la société (SA, SARL). Il s'agit des commissaires aux comptes. Leur mission est essentiellement et traditionnellement une mission de contrôle des comptes. De manière plus ponctuelle, le commissaire aux comptes est appelé à exercer deux types de contrôle :

- certifier la régularité la sincérité et la fidélité des états financiers de synthèses ;
- vérifier le respect de l'égalité entre associés.

Dans l'exercice de ses missions, le commissaire aux comptes est obligé de porter à la connaissance des dirigeants sociaux et des associés les faits découverts au cours de ses investigations. Il doit dénoncer au ministère public les faits délictueux découverts. Il peut être amené lorsque la situation de la société lui semble périlleuse sur le plan financier, à déclencher la procédure d'alerte.

Le commissaire aux comptes peuvent engager leur responsabilité notamment sur le plan civil tant à l'égard de la société que des tiers s'il a commis des fautes et négligences dans l'exercice de ses fonctions. C'est le cas par exemple lorsqu'il y a dommage causé par des infractions commises par les membres du CA ou par l'administrateur général si, en ayant eu connaissance, il ne les a pas relevées dans son rapport à l'AG.

Sa responsabilité peut également être engagée sur le plan pénal.

B- Les règles de fonctionnement normal

Elles sont à la fois relatives à la gestion ordinaire et à la gestion extraordinaire.

1.- Les règles de gestion ordinaire

Elles ont trait pour l'essentiel aux obligations comptables et à la répartition des bénéfices.

a- Les obligations comptables

Elles sont régies pour l'essentiel par l'Acte uniforme et par le SYSCOA.

Les gérants sociaux sont astreints à des obligations comptables et financières. Ainsi aux termes de la loi, la société commerciale doit, par l'intermédiaire de ses dirigeants, tenir obligatoirement un livre journal de toute opération effectuée, conserver les documents justificatifs, faire un inventaire annuel pour faire ressortir son bilan et compte « pertes et profits ».

b- La répartition des bénéfices

Le bénéfice qui est visé ici c'est le bénéfice comptable. Il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles les bénéfices peuvent être distribués aux associés. Ces conditions sont définies aux articles 142 et suivants de l'Acte uniforme. Ainsi tout bénéfice distribué sans respecter les règles de ces textes est considéré comme un dividende fictif. Or la distribution de dividendes fictifs est sanctionnée pénalement.

2- Les règles de gestion extraordinaire

La société peut connaître d'importantes modifications de structures (changement complet de l'objet social, augmentation du capital social, etc.). Ces événements extraordinaires qui nécessitent la convocation d'une AGE font l'objet de réglementation différente selon les types de sociétés mais on peut noter deux groupes de règles communes : la transformation et la concentration des sociétés commerciales.

a- La transformation de la société

C'est l'opération par laquelle une société change de forme juridique par décision des associés. Il n'y a transformation que s'il y a changement de forme. Ce n'est pas le cas, par

exemple, lorsqu'une SARL se transforme en SURL, car la SURL n'est que la forme unipersonnelle de la SARL.

En revanche, on va au-delà de la transformation visée par les textes en changeant totalement de catégorie, par exemple en transformant une société en GIE ou en association.

Dans ce cas, il y a rupture de la personnalité morale.

La transformation régulière consiste donc, par exemple, à transformer une SARL en SA, ou une SNC en SARL.

Les parties sont totalement libres de décider de cette transformation mais ce principe connaît deux exceptions.

L'intérêt pratique de la transformation, c'est d'éviter à la société une dissolution suivie de la création d'une nouvelle société. Selon l'Acte uniforme, en effet, la transformation ne constitue qu'une modification des statuts et est soumise aux mêmes conditions de forme et de délai que celle-ci. Ainsi ce sont les associés qui avaient opté pour une forme donnée ; ce sont eux et non les dirigeants qui vont prendre la décision de transformation. Ils se réunissent en assemblée générale pour arrêter le principe et les conditions de la décision de transformation. Une telle décision impose alors une majorité qualifiée qui varie en fonction du type de société, mais aussi de la nouvelle forme souhaitée.

La transformation prend effet à compter du jour où la décision la constatant est prise. Cependant, elle ne devient opposable aux tiers qu'après achèvement des formalités de publicité et ne produit point d'effet rétroactif.

La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Ainsi la protection des tiers est assurée. Ces derniers conservent en effet pour le paiement de leurs créances les garanties et les recours dont ils bénéficiaient d'après la forme ancienne ; les contrats de travail en cours subsistent et la nouvelle société est débitrice des salaires et des indemnités dues aux salariés ; le contrat de bail des locaux de

l'ancienne société se perpétue à la charge de la nouvelle.

3- La concentration des sociétés commerciales

L'un des phénomènes majeurs des sociétés contemporaines est le phénomène de concentration. Il se nourrit de toutes les situations économiques et peut se traduire par des fusions ou des opérations assimilées permettant la restructuration ou le rapprochement des entreprises (participation dans le capital d'une autre société et constitution d'un groupe).

a- Fusion et scission

Il existe deux formes de fusions : la fusion « absorption » et la fusion « combinaison ».

- Dans le premier cas, une société transmet son patrimoine à une société existante qui l'absorbe ;
- Dans le second cas, deux sociétés transmettent leur patrimoine à une nouvelle société qu'elles constituent en se combinant.

Ces opérations peuvent également être réalisées par une scission : une société se scinde et transmet son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou nouvelles. La fusion et la scission peuvent être combinées : ainsi, une société peut être scindée en plusieurs sociétés plus petites qui pourront fusionner avec une ou plusieurs autres sociétés par absorption ou combinaison.

++ Les opérations de fusion de scission peuvent parfaitement être réalisées entre des sociétés de forme différente et notamment entre des sociétés par actions et des sociétés de personnes.

La fusion entraîne la dissolution totale (la scission entraîne la dissolution partielle) de la société préexistante, sans liquidation.

Les associés des sociétés qui transmettent ainsi leur patrimoine reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et éventuellement une soulte en espèces

dont le montant ne peut pas dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées.

b- Le groupe de sociétés.

C'est un ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une de contrôler les autres (on parle de groupe sociétaire). Il y a également groupe de sociétés lorsqu'une personne physique contrôle plusieurs sociétés (on parle de groupe personnel).

Cela suppose qu'une personne détient effectivement le pouvoir de décision au sein d'une autre société. Il en est ainsi dans deux cas :

++ Une personne physique ou morale détient directement ou indirectement ou par personne interposée, plus de la moitié des droits de vote d'une société ;

++ Une personne dispose de plus de la moitié des droits de vote d'une société en vertu d'un accord ou d'accords conclus avec d'autres associés de cette société.

Ainsi donc celui qui justifie d'une participation importante lui conférant plus de la moitié des droits de vote de la société s'assure le contrôle de celle-ci. De même, par des accords conclus avec certains associés, une personne peut en se réservant plus de la moitié des droits de vote d'une société, s'en assurer le contrôle.

Le groupe de sociétés n'a pas d'existence juridique. Chaque société d'un groupe conserve son autonomie juridique même si la société-mère possède 100% du capital de la société filiale.

c- La prise de participation dans le capital d'une autre société

Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital égale ou supérieure à 10%, la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde.

d- Société mère -Filiale

Une des figures de base d'un groupe de sociétés est celle qui présente d'un côté une société

.....
dominante et de l'autre une société dominée. Tel est le cas de la société mère et de sa filiale.

La société mère est définie comme étant celle qui possède plus de la moitié du capital d'une autre société. Cette dernière est alors la filiale de la première.

Une société peut même être une filiale commune de plusieurs sociétés mères. Il en est ainsi lorsque son capital est possédé par les dites sociétés mères, qui doivent :

- Posséder dans la filiale commune, séparément, directement ou indirectement par l'intermédiaire de personnes morales, une participation financière suffisante pour qu'aucune décision extraordinaire ne puisse être prise sans leur accord ;
- Participer à la gestion de la société filiale commune.

Ainsi sur le plan juridique, la filiale est simplement une société sous la dépendance ou le contrôle d'une autre.

Elle doit cependant être distinguée de la succursale. En effet, la succursale n'est pas une personne morale mais simplement un département décentralisé dénué de patrimoine et jouissant de la surface financière et du crédit de son propriétaire auquel elle est rattachée. En dépit de son autonomie de gestion, elle n'a pas de personnalité juridique propre.

La filiale contrairement à la succursale a par rapport à la société mère, sa personnalité morale et tous les attributs qui en découlent (appellation, siège, nationalité etc.).

e- L'apport partiel d'actif

L'apport partiel d'actif est l'opération par laquelle une société apporte à une autre société une partie de son patrimoine et reçoit en contrepartie des parts ou actions.

L'apport partiel d'actif ressemble à une fusion ou à une scission dans la mesure où la société qui apporte, apporte à la fois un actif et un passif. Elle s'en distingue cependant en ce que la société qui apporte n'est pas dissoute. D'un autre côté, elle s'apparente à un apport en nature à titre onéreux, dans la mesure où elle comporte une contrepartie sous forme de droits sociaux et une autre sous forme de prise en charge du passif.

Les sociétés concernées ont la possibilité (mais il ne s'agit que d'une option) de soumettre expressément l'apport partiel d'actif au régime des fusions. Lorsque l'option est exercée, la transmission universelle du patrimoine intervient et la société bénéficiaire de l'apport partiel d'actif est donc tenue par les dettes attachées à cet apport d'actif. Lorsque les sociétés concernées ne soumettent pas expressément l'apport partiel d'actif au régime des fusions, la situation est beaucoup plus floue et la position des tiers devient problématique.

En tout état de cause, il faut savoir qu'en l'absence d'exercice de l'option, les associés peuvent agir en nullité de l'opération dans le délai de Droit commun de trois ans, alors qu'ils ne disposent que d'un délai de six mois lorsque l'option est exercée.

3- Les règles de fonctionnement en période de crise : l'administration provisoire

Il arrive que le fonctionnement d'une société soit émaillé de dissensions internes allant jusqu'à mettre en péril l'intérêt social (par exemple une mésentente entre associés ayant conduit à un blocage, absence de majorité dans une AG, conflit dans un Conseil d'Administration etc.). Ainsi les cas graves de crise conduisent bien souvent à la dissolution. C'est donc dans le souci de protéger la société que le juge est amené à s'immiscer dans sa gestion lorsque sa survie est en cause, en désignant un administrateur provisoire. Le rôle de ce dernier sera de prendre à titre temporaire les destinées de la société en attendant qu'une solution soit trouvée à la crise.

a- Le champ d'application de l'administration provisoire

La nomination d'un administrateur provisoire ne se conçoit qu'en cas de crise grave mettant en péril la survie même de la société. Certains auteurs l'assimilent ainsi à une assistance à personne en danger. Ainsi pour la nomination de l'administrateur provisoire, il est fait appel en principe à la procédure des référés : il faut apporter la preuve qu'il y'a urgence et péril imminent relativement aux intérêts de la société.

Il y a par exemple péril imminent lorsqu'il y a fonctionnement défectueux voire paralysie des organes de gestion menaçant l'intérêt social. Ainsi les dissensions entre associés, si violentes soient-elles, ne justifient pas la désignation d'un administrateur provisoire tant que les organes sociaux fonctionnent normalement.

b- Les pouvoirs de l'administrateur provisoire

C'est le juge qui définit par ordonnance l'étendue des pouvoirs de l'administrateur provisoire. **La question est dès lors de savoir jusqu'où peut aller l'administrateur provisoire ?**

- + En règle générale on admet que sa mission devrait être cantonnée dans la gestion des affaires courantes.

II- Les responsabilités liées au fonctionnement de la société

Il s'agit principalement de la responsabilité des organes de gestion, d'administration ou de direction de la société. Cette responsabilité peut être civile ou pénale.

A- La responsabilité civile liée au fonctionnement de la société

Il existe deux types d'action en responsabilité : l'action individuelle et l'action sociale

- ++ **L'action individuelle** vise la réparation du dommage subi par un tiers ou par un associé personnellement (dommage distinct du dommage subi par la société). Il s'agit donc d'une action qui appartient à la personne qui a subi le dommage. Elle se prescrit par trois ans sauf si le fait dommageable est constitutif de crime auquel cas la prescription est allongée à dix ans. Il faut noter que la responsabilité est solidaire si plusieurs dirigeants ont participé aux mêmes faits.

- ++ **L'action sociale** vise la réparation du dommage subi par la société. Ainsi chaque dirigeant est responsable individuellement envers la société des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions. L'action appartient aux organes sociaux et est intentée

par le biais des dirigeants. En cas d'inaction de ses derniers, un ou plusieurs associés, pourront intenter l'action sociale à condition qu'ils aient mis au **préalable en demeure les dirigeants sans succès et ce, dans un délai de trente jours**. Elle se prescrit par trois ans sauf si le fait dommageable est constitutif de crime auquel cas la prescription est allongée à dix ans. Cette responsabilité est également solidaire si plusieurs dirigeants ont contribué aux mêmes faits.

B- La responsabilité pénale liée au fonctionnement de la société

Les infractions de nature à engager la responsabilité pénale des personnes qui interviennent dans le fonctionnement de l'entreprise sont énumérées dans les articles 889 à 895 de l'Acte uniforme (il s'agit par exemple de l'inventaire frauduleux, états financiers de synthèse de fantaisie, abus de biens sociaux etc.).

Les infractions visées sont relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés mais aussi aux AG.