



Le capital social des sociétés commerciales

Conseils pratiques publié le 10/09/2022, vu 1394 fois, Auteur : [Maître Elodie Mabika - Avocat](#)

Extrait de la thèse l'utilité du capital social, étude de droit français.

Un extrait de la thèse : l'utilité du capital, étude de droit français

Auteur Me Elodie Mabika

Il existe plusieurs définitions proposées sur le capital social en fonction de ses composantes. Une partie de la doctrine définit le capital social en fonction des apports. Selon cette définition, le capital social représente le *"montant de la somme des apports à effectuer par les associés ou les actionnaires à la société pour le tout ou une part essentielle au jour de sa constitution"*[1]. Cette définition permet d'établir une connexion entre le montant de l'apport et le capital en ce qu'elle assimile la notion aux différentes valeurs des apports effectués en société par les associés. Aussi, cette définition permet de bien distinguer l'apport de sa valeur parce qu'il s'agit de deux réalités distinctes. Dans ce sens, il a été dit que le capital social représente *"la valeur des apports effectués par les associés, et non les apports eux-mêmes"*[2]. Toutefois, cette définition est contestable dans la mesure où il existe trois catégories d'apports dont les apports en industrie qui n'intègrent pas encore le capital social[3].

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

Comment le capital social est-il formé théoriquement ? Avant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés, les futurs associés sont tenus de former le capital social. Pour ce faire, ils doivent d'abord le déterminer c'est-à-dire le fixer[4] (§ 1) ensuite, ils doivent prendre l'engagement d'apporter le capital social déterminé : c'est la souscription du capital social (§ 2).

§ 1. La détermination du capital social

2. Comment les sociétés sont-elles tenues de déterminer leur capital social ? Le législateur impose-t-il un capital social minimum à toutes les formes sociales ? Dans les développements qui suivent, nous verrons que la détermination du capital social est soit libre soit imposée. Ainsi,

certaines sociétés peuvent librement déterminer leur capital social minimum par voie statutaire **(A)** . Alors que d'autres doivent se soumettre à la règle du capital social minimum légal **(B)**.

A. La détermination statutaire du capital social minimum

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

Le montant du capital social reste librement déterminé par eux. Pour autant, il ne doit pas être minimisé. En effet, les associés des sociétés à risque illimité ont intérêt à ce que la société dispose d'un capital social important dès le démarrage de l'activité sociale. D'abord, sur le fondement de l'article 1832 al. 3 du Code civil, ils contribuent aux pertes sociales. Cette contribution aux pertes est, sauf application de stipulations particulières des statuts, reportée à la dissolution de la société[5]. Le déficit pourrait être à l'origine d'un capital social faiblement déterminé. La société ne disposant de capital social suffisant ne pourra pas éponger toutes ses charges notamment celles liées aux paiements des créanciers. Le créancier pourra alors mettre en œuvre la responsabilité illimitée de l'associé alors même qu'il est plus intéressant pour lui que la société paie ses charges afin de protéger son patrimoine privé. Ensuite, les associés des sociétés à risque illimité sont tenus aux dettes sociales en cours de vie sociale. L'article L221-1 alinéa 2 qui prévoit le principe des vaines poursuites préalables sous-entend que le capital social de la société importe aussi. Si au démarrage de l'activité sociale, celui-ci est sérieusement déterminé, le créancier pourra se satisfaire de cette garantie. Il n'exercera pas son droit envers l'associé. Le patrimoine privé de l'associé est alors protégé lorsque la société dispose d'un capital social bien fixé. Ils ont donc intérêt à ce que la société dispose d'un capital social suffisant. Celui-ci constituera une sorte de protection pour eux. La société étant en mesure de satisfaire les créanciers, aucune poursuite ne pourra être dirigée contre un associé.

4. La suppression de l'exigence d'un capital social légal dans les sociétés dites hybrides entraînant la détermination statutaire du capital social minimum. Les sociétés hybrides sont des sociétés à risque limité mais qui empruntent également des règles des sociétés à risque illimité [6]. Il s'agit principalement de la société à responsabilité limitée et de la société par actions simplifiées. Les règles régissant la formation du capital social dans ces deux formes sociales se rapprochent désormais de celles applicables aux sociétés à risque illimité. En ce qui concerne la société à responsabilité limitée, l'article 35 de la loi du 24 juillet 1966 intégré au Code de commerce à l'article L223-2 disposait que : "*Le capital de cette société doit être de 50 000 F au moins*". La version en vigueur en 2002 a introduit l'euro comme unité monétaire. Le montant du capital social est fixé à 7 500€. Mais la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 est venue modifier l'article 223-2 du Code commerce[7]. Cet article est désormais ainsi rédigé : "*Le montant du capital de la société est fixé par les statuts*"

. Tout comme les sociétés à risque illimité, les associés des sociétés à responsabilité limitée sont désormais libres dans la détermination du capital social minimum. Malgré que cette suppression du capital social légal n'ait pas trouvé un écho favorable de la doctrine[8], le législateur poursuit dans cette voie en adoptant la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Cette législation s'attaque à son tour à l'exigence du capital social minimum dans les sociétés par actions simplifiées. La loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant cette forme sociale n'écartait pas l'article L224-2 du Code de commerce. La version **en vigueur en 2002 indiquait que** : *"Le capital social doit être de 1 500 000 F (225 000€) au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 250 000 F a(...37 000€) au moins dans le cas contraire"*. La loi du 4 août 2008 intégrée à l'article L227-1 exclut l'application de cette disposition. L'alinéa 3 de ce texte dispose en effet que : *"Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L. 224-2, ... sont applicables à la société par actions simplifiée"*. L'alinéa 2 de l'article L227-2 du même Code complétait ce dispositif en précisant que : *"Le montant du capital social est fixé par les statuts"*. On retrouve la même formulation édictée à l'article L223-2 précité. Mais étrangement, la version en vigueur au 11 juin 2010 ne fait plus apparaître cet alinéa. L'article L227-2 modifié par Ordonnance du 22 janvier 2009 est ainsi rédigé : *"La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier"*. Même si la référence à la formation du capital social est supprimée dans les textes régissant la société par actions simplifiées, il n'en demeure pas moins que cette forme sociale reste soumise à l'article 1835 du Code civil. Comme les sociétés à risque illimité, les actionnaires de cette forme sociales sont tenus de préciser dans les statuts le montant minimum du capital social.

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

Au regard de l'étude qui précède, nous constatons que toutes les sociétés à risque illimité, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées sont tenues de déterminer

statutairement leur capital social. Quelles sont alors les formes sociales soumises à la règle du capital social minimum légal ?

B. La détermination du capital social minimum légal

6. Les sociétés concernées par la détermination du capital social légal. A l'exception de la société par actions simplifiées considérée comme une société hybride, les sociétés de capitaux sont composées des sociétés anonymes (SA) et des sociétés en commandite par actions (SCA). Ces formes sociales entrent également dans la catégorie de sociétés à risque limité tout comme les sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiées. La notion de "*risque limité*" est liée à l'étendue de la responsabilité de l'associé. En cas de pertes sociales, l'associé y contribue à hauteur de son apport au capital social. A l'égard des créanciers, le capital social constitue l'une des meilleures garanties. C'est pour cette raison, que les sociétés anonymes et en commandites par actions sont astreintes à l'exigence légale d'un capital social minimum car en l'absence d'un capital social, aucune garantie sociale n'est prévue au bénéfice des créanciers en période constitutive. C'est l'article L224-2 du Code de commerce applicable aux sociétés de capitaux qui prévoit cette exigence et l'article L226-1 applicable à la société en commandite par actions n'exclut pas ce texte. L'entreprise agricole à responsabilité régie par le Code rural et de la pêche maritime reste astreinte à l'exigence d'un capital social minimum. Il en est également de certaines sociétés civiles de droit spécial[9].

7. Le capital social légal. La loi du 24 juillet 1966 a maintenu l'exigence d'un capital social minimum au sein de la société anonyme. En effet, l'article 71 intégré au Code de commerce à l'article L224-2 disposait que : "*Le capital social [*montant minimum*] doit être de 1 500 000 F au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne [*avec appel public*] et de 250 000 F au moins dans le cas contraire*". Et l'Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs modifie ce texte de la manière suivante : "*Le capital social doit être de 225 000 euros au moins si la société fait publiquement appel à l'épargne et de 37 000 euros au moins dans le cas contraire*". En fonction de la notion d'appel public à l'épargne, le capital social était déterminé. Les sociétés par actions qui faisaient appel public à l'épargne étaient soumises à un capital social légal rigoureux alors que celles qui ne le faisaient ne l'étaient pas. Ainsi on pouvait entrevoir deux montants correspondant au capital social légal dans les sociétés par actions: 225 000€ et 37 000€. Mais l'Ordonnance du 22 janvier 2009 pris en application de la loi du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie supprime la notion d'appel public à l'épargne pour la substituer à celle d'offre au public[10]. Le déclin de la notion d'appel public à l'épargne entraîne également celui du capital social légal de 225 000€. Cet abandon du capital social minimum n'est pas total. Les sociétés faisant offre au public tout comme celles ne le faisant pas restent soumises à l'exigence du capital social unique. En effet, depuis cette ordonnance, l'article L224-2 dispose que : "*Le capital social doit être de 37 000 € au moins*". L'alinéa 3 apporte une dérogation sur l'étendue de ce montant. Le capital social minimum est réduit lorsque la société anonyme a pour objet social la rédaction de presse. Il passe de 37 000€ à 300€. Peu importe, le législateur maintient le capital social légal dans les sociétés de capitaux. Il en est également de même des sociétés anonymes de droit spécial. Il y en a plusieurs. D'abord, l'article D214-212 du Code monétaire et financier dispose que : "*Le montant minimum du capital initial d'une société de placement à prépondérance immobilière à capital variable s'élève à un million d'euros*". Ensuite, en ce qui concerne la société d'investissement à capital variable, celle-ci doit constituer un capital social minimum fixé à 8.000€

conformément à l'article D214-20 du même Code. En effet, ce texte dispose que : *"Le capital initial d'une société d'investissement à capital variable ne peut être inférieur à 8 millions d'euros."* Puis, ce minimum est ramené à 225.000€ pour les sociétés d'investissement à capital variable d'actionariat salarié conformément à l'article D214-58 du même Code. Pour les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable, l'article D214-205 fixe le montant minimum à 760.000€. Lorsque ces sociétés sont destinées à vingt souscripteurs au plus ou à une catégorie d'investisseurs, l'article D214-202 détermine le minimum à 400.000€. Les sociétés anonymes d'assurance doivent avoir un capital social de 480.000€ uniquement composé des apports en numéraire conformément à l'alinéa 2 de l'article R322-5 du Code des assurances. Et dans le cas où elles effectueraient les opérations de réassurance, ce capital social est augmenté à 800.000€ au regard des dispositions de l'alinéa 1 de l'article R322-5 précité. Toutefois, le capital social légal n'est pas uniquement imposé aux sociétés à risque limité. En effet, l'article L214-53 du Code monétaire et financier astreint aux sociétés civiles de placement immobilier, un capital social minimum de 760.000€[11].

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

§ 2. La souscription du capital social

8. Après avoir déterminé le montant du capital social, le législateur prévoit une autre règle garantissant la formation du capital c'est la souscription. Il s'agit du contrat par lequel une personne physique ou morale prend l'engagement de transmettre à la société une valeur économique chiffrée en contrepartie et à due concurrence des titres de capital qui lui seront remis [12]. Cette convention prend sa source dans le contrat de société défini par l'article 1832 du Code civil. En effet, les associés s'engagent par un contrat à mettre en commun leur bien. Avant la mise en commun effective, ils prennent d'abord l'engagement qui correspond à la souscription. C'est une obligation qui marque la deuxième étape de la formation théorique du capital social. Alors comment le capital social est-il formé par la souscription ? Le législateur prescrit aux associés de prendre l'engagement d'apporter intégralement le capital social déterminé **(A)**. La souscription intégrale ne se matérialise que par l'engagement réel des apporteurs. Pourrait-il en être autrement lorsque le souscripteur simule son engagement ou lorsque le consentement du souscripteur a été vicié ? En l'absence de précision des textes, les juges et la doctrine ne remettent pour autant pas en cause la souscription intégrale pour ces raisons **(B)**.

A. La souscription intégrale du capital social

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

10. **L'explication des formulations distinctes des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce.** Dans le premier le cas, le législateur vise la souscription intégrale des parts sociales parce que la loi sur l'initiative économique du 1 août 2003 autorise les apports en industrie dans les sociétés à responsabilité limitée. Bien que cet apport n'intègre pas le capital social comme le précise l'article 1843-2 du Code civil *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"*, le législateur institue la possibilité de souscrire ce type d'apport[13]. En effet, l'article L223-7 alinéa 2 dispose que : *"Le cas échéant, les statuts déterminent les modalités selon lesquelles peuvent être souscrites des parts sociales en industrie"*. Toutefois, il se dégage de ce texte que le principe de souscription intégrale ne s'applique qu'aux apports intégrables au capital social. Les apports d'industrie sont souscrits selon les modalités statutaires. Les associés peuvent donc écarter le principe de souscription intégrale lorsqu'il s'agit des apports en industrie. Cette possibilité de souscrire les parts représentatives d'apport en industrie doit s'admettre également dans une société par actions simplifiées puisque depuis la loi du 4 août 2008, les apports en industrie peuvent y être apportés[14]. Le commandité d'une société en commandite par actions pourrait également souscrire des parts d'industrie. Dans le second cas, la formulation de l'article L225-3 précité ne parle que du capital social intégralement souscrit parce que dans les sociétés par actions mis à part les sociétés par actions simplifiées et le cas des commandités, les apports en industrie sont interdits. En effet, dans ce sens, l'article L225-3 alinéa 4 apporte la précision suivante : *"Les actions ne peuvent représenter des apports en industrie"*. Tous les apports effectués dans les sociétés par actions précédemment limitées ne sont que des biens qui peuvent être intégrés au capital social[15]. Le législateur français peut alors se permettre d'utiliser la formulation de l'article L225-3 précité : *"Le capital doit être intégralement souscrit"*. Les formulations distinctes des articles L223-7 et L225-3 du Code de commerce se trouvent ainsi justifiées. Le premier article intègre les apports en industrie alors que le deuxième texte les élimine.

Nous remarquons que contrairement au montant minimum impératif, le législateur impose la souscription intégrale du capital social à toutes les formes sociales à risque limité. Cette règle

s'impose uniquement dans les sociétés à risque limité sans doute parce que les associés ne sont responsables que dans la limite de leurs apports. Les associés doivent alors prendre l'engagement d'apporter le capital social déterminé statutairement. En ce qui concerne les sociétés à risque illimité, aucun texte n'impose de souscrire entièrement le capital social. Aussi, aucun texte n'interdit aux associés de se soumettre à cette règle.

A priori, on pourrait penser à une mise en cause de la souscription intégrale en cas de simulation ou de vice de consentement pour les raisons que nous allons évoquer. Mais, les juges et la doctrine ne remettent pour autant pas en cause la souscription intégrale pour ces raisons.

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

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

1. La souscription intégrale malgré la simulation

12. Définition de la souscription simulée. La "*simulation*" est un mensonge concerté entre des contractants qui dissimulent le contrat qui renferme leur volonté réelle derrière un contrat apparent [16]. Elle n'est donc pas prévue par le législateur, c'est plutôt en pratique que l'on observe cela. La simulation peut être inspirée par un simple désir de discrétion, assez naturel dans le monde des affaires[17]. Il en est ainsi lorsque des personnes désirent entrer dans une société tout en conservant leur anonymat. Le prête-nom souscrit des actions pour le compte du mandant en ne révélant pas sa qualité.

13. L'absence de conséquence sur la formation du capital social du fait de la simulation dans les sociétés de capitaux[18]. La société anonyme est une pure abstraction capitaliste. Elle est formée en principe en dehors de toute considération de la personne. C'est le versement des fonds dans la caisse sociale qui compte. La doctrine admet qu'une souscription simulée aboutissant aux versements des fonds attendus ne puisse être mise en cause[19]. Il en est également de même de la jurisprudence. En effet, les juges de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 30 janvier 1961, ont retenu que : "*la simulation incriminée ne recouvrait aucune fraude et que la libération des actions n'était pas fictive, les fonds étant réellement et définitivement entrés dans les caisses de la société*"[20]. Nous souscrivons à cette thèse dès lors que les souscriptions sont assorties du versement de fonds au capital social correspondant, la souscription par prête ne doit pas être incriminée. La souscription simulée n'a alors aucune conséquence sur la formation du capital social dès lors qu'elle aboutit à la souscription intégrale du capital social

14. L'absence de conséquence sur la formation du capital social du fait de la simulation de la souscription dans les sociétés de personnes mais la nullité de la société pour défaut d'affectio societatis. Les sociétés de personnes sont celles qui possèdent un capital social fermé

dans le sens où il n'est pas ouvert au public. L'affectio societatis est poussé à son paroxysme à tel point que les personnes qui sont autorisées à former le capital social sont connues des uns et des autres ceci dès la formation de la société. Il s'agit principalement des sociétés à responsabilité limitée, par actions simplifiées, en commandite simple, en nom collectif et des sociétés civiles. L'associé qui n'a pas personnellement souscrit au capital social fausse cette relation entre associés. Toutefois, la souscription simulée n'est pas une cause de nullité de l'engagement théorique de souscription. Le capital social est malgré tout intégralement souscrit puisque à la place du véritable associé, le prête-nom s'engage pour son compte. Cependant, lorsqu'elle est fautive, la souscription simulée pourrait porter atteinte directement à la formation de la société puisque les associés ne sont pas de véritables souscripteurs et que l'affectio societatis est l'une des caractéristiques juridiques de l'acte de société. En effet, l'article 1844-10 du Code civil dispose que : *"La nullité de la société ne peut résulter que de la violation des dispositions des articles 1832, 1832-1, alinéa 1er, et 1833, ou de l'une des causes de nullité des contrats en général"*. Or, l'affectio societatis se déduit des dispositions de l'article 1832 du Code civil. Elle implique non seulement l'engagement personnellement de l'associé à effectuer un apport mais également une volonté de collaborer aux décisions collectives. Le prête-nom n'a aucune volonté de collaborer et ce n'est d'ailleurs pas lui qui libère le capital social. Pour violation de l'article 1832 du Code civil, la souscription simulée pourrait être une cause de nullité de la société. Cette nullité résulte d'une faute dans la simulation comme le montre les faits de l'arrêt du 2 octobre 1997 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation[21]. Un associé s'était rendu à la banque dépositaire pour y ouvrir un compte et déposer le quart du capital libérable en deux chèques émis par des membres. L'arrêt précité relève que *" les actionnaires énumérés n'ont pas souscrit au capital, qu'il n'était pas prévu le remboursement des émetteurs de chèques, à proportion de leur part dans le capital"*[22]. En réalité, les dirigeants d'une société en redressement judiciaire cherchaient à être dans une société nouvelle sans apparaître officiellement : *" L'intention des prévenus était de dissimuler aux futurs contractants que les émetteurs de chèques, dirigeants d'une société en redressement judiciaire étaient actionnaires de la société en formation"*[23]. Certes, le capital social était entièrement souscrit mais les prête-noms n'avaient pas une réelle volonté de s'associer. Or, comme la jurisprudence l'affirme de manière constante : *"il ne saurait y avoir de société sans une volonté de s'associer"*[24]. C'est le caractère volontaire et actif de l'associé qui permet de distinguer la société des états subis et non voulus. Surtout, l'interposition des personnes dans la souscription du capital social a été opérée en fraude. Les anciens dirigeants ne pouvaient plus être responsables dans une autre structure à responsabilité illimitée. C'était pour contourner cette interdiction qu'ils ont eu recours à la simulation fautive.

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

2. La souscription intégrale du capital malgré le consentement vicié

15. L'irrévocabilité de la souscription. La souscription est un contrat par lequel le futur associé prend l'engagement d'apporter une partie du capital déterminé. En fonction de l'apport promis, l'associé reste tenu par cet engagement soit jusqu'à l'immatriculation de la société au rcs soit jusqu'à la cinquième année à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La souscription est en principe irrévocable. Autrement dit, le souscripteur ne peut revenir sur son engagement. Cette condition est indispensable pour garantir la formation du capital

social. Le caractère irrévocable suppose alors que le contrat de souscription soit formé dès la signature des statuts ou du bulletin de souscription et cet engagement est maintenu jusqu'à la libération complète du capital social.

16. La conséquence de la nullité de la souscription sur la formation du capital social. La souscription est un contrat et comme tout contrat, elle est soumise aux conditions de validité du contrat du chapitre II du Livre III du Code civil. La question qui se pose est celle de savoir si pour causes de dol, erreur ou violence, la souscription pourrait être mise en cause ? En effet, l'article 1109 du Code civil précise que : *"Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol."* Le souscripteur peut-il se prévaloir du vice de consentement ? Sur le fondement de l'article 1109 précité, les juges peuvent annuler le contrat de souscription. Cette sanction s'applique notamment lorsqu'une souscription est obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses. Dans une affaire, les juges retiennent la nullité pour dol en relevant que le président-directeur général et un administrateur d'une société anonyme ont amené une personne à souscrire à une augmentation de capital de la société alors en difficulté, en convenant avec cette personne qu'ils supporteraient une partie des charges et obligations résultant de la souscription, que cet engagement a été la condition déterminante qui a amené la personne à souscrire pour une somme importante[25]. Dans une autre affaire, les juges ont estimé que la souscription à une augmentation de capital d'un actionnaire dont le consentement a été surpris par des informations fausses sur les résultats de la société et par des énonciations mensongères dans la notice publiée au balo ne pouvait être valable pour dol. [26]. Les deux exemples de souscription viciée sont révélés en cours de vie sociale lors d'une augmentation de capital social mais elle pourrait également s'entrevoir en phase de constitution de la société. La nullité retenue a pour conséquence d'anéantir, pour le passé et l'avenir, le contrat de souscription. Le souscripteur n'est plus engagé et une partie du capital social déterminé statutaire risque de ne plus être couvert par l'engagement de souscription. En annulant une souscription pour vice de consentement, on remet en cause le principe de souscription intégrale au capital social. La nullité du contrat de souscription porte atteinte à la formation théorique du capital social. Le respect de la règle d'intégralité du capital social devient impossible. Toutefois, le capital social reste entièrement couvert par des engagements de souscription, si la nullité concerne un engagement d'apport en industrie. Nous l'avons souligné plus haut, l'article L223-7 du Code de commerce vise également la souscription des parts représentatives d'industrie. Or, conformément à l'article 1843-2 du Code civil *"Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social"* Cela dit, la souscription du capital n'est donc pas mise en cause si la nullité concerne la souscription des parts d'industrie. Mais si elle s'applique à une souscription des parts représentatives d'apport en capital, le montant du capital social déterminé statutairement sera partiellement couvert par un engagement pur et simple d'apport.

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

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

18. L'inopposabilité jurisprudentielle de la nullité de la souscription à l'égard des créanciers. Alors qu'aucun texte ne déclare la nullité pour cause de vice du consentement opposable aux tiers de bonne foi, une jurisprudence ancienne maintient l'obligation du souscripteur en cas de dol. En effet, dans son arrêt en date du 27 novembre 1945, la Cour de cassation retient que : *"Le dol ne pouvant être invoqué, comme cause de nullité, par la victime, qu'à l'égard de la partie qui s'en est rendue coupable"*[27] La nullité concerne certes, une souscription opérée à l'occasion d'une augmentation de capital, mais il serait probablement possible de l'étendre à la constitution du capital social en phase de formation de la société. D'ailleurs, dans une autre affaire, les juges ont considéré qu'une souscription d'actions obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses, n'en est pas moins obligatoire vis-à-vis des créanciers sociaux qui n'ont pas à subir les conséquences d'un dol auquel ils sont demeurés étrangers[28]. Pour les juges, l'annulation d'une souscription fondée sur les vices du consentement serait inopposable aux créanciers sociaux dans le cas où ils n'auraient pas participé à ces manœuvres. Ce qui laisse entendre qu'ils doivent être de bonne foi pour que l'annulation du contrat de souscription ne leur soit pas opposable. Les juges interprètent extensivement les dispositions de l'article 1844-16 précité. Nous l'avons indiqué, la formulation légale *"ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi"* ne s'applique qu'aux nullités des sociétés, d'actes ou délibérations des organes sociaux. Cette limitation n'est donc pas celle des juges qui incluent en plus les nullités des souscriptions.

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

Nous constatons que les règles régissant la formation théorique du capital social ne sont pas harmonisées au sein des sociétés à risque limité. Seules, les sociétés de capitaux sont soumises

à des règles qui permettent la formation théorique du capital social à savoir l'exigence du montant minimum impératif et la souscription intégrale. Nous regrettons que les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions simplifiées ne soient pas soumises au même régime compte tenu du fait que les associés n'offrent pas leur patrimoine privé en garantie des créances sociales. Toutefois, elles restent tout de même soumises à la règle de la détermination statutaire du capital social car une société ne peut se constituer sans capital social[29].

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

[1] g. cornu, Association Henri Capitant, Vocabulaire juridique, puf, 8^{ème} éd. 2007, v. Capital social ; c. houpin et h. bosvieux, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations**, T. I, 7^{ème} éd. 1935, n° 89 ; y. guyon, **Droit des affaires. Droit commercial général et sociétés**, T 1, Economica, 12^{ème} éd. 2003, n° 109 ; j. hemard, f. terre et p. mabilat, **Sociétés commerciales**, T. 3, 1978, n° 392, p. 337 ; F. Gore, La notion de capital social, op. cit., n°4 et suivant.

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

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

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

[5] Cass. com. 3 mars 1975, *Rev. soc.* 1975, p. 454, note d. randoux.

[6] G. ripert et r. Roblot, **Traité de droit commercial**, par m. germain, T. 1, vol. 2 : **les sociétés commerciales**, Igdj, 19^{ème} éd. 2009, n° 1166, p. 914 ; ph. merle, **Droit commercial. - Sociétés commerciales**, 13^{ème} éd. 2009, n° 174, p. 180.

[7] m. bandrac et j-p. dom, **Loi NRE et autres réformes, Réflexions et solutions pratiques en droit des sociétés**, éd. Joly 2002 ; Dossiers pratiques Francis Lefebvre, **Sociétés et loi NRE, Mode d'emploi après 1 an d'application**, 2^{ème} éd. 2002.

[8] b. raynaud, La société à responsabilité limitée et à capital symbolique, *in* Mélanges sohm, Les Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand.

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

[10] ph. d'hoir, La réforme de l'appel public à l'épargne et ses principales conséquences, *option Fin. Hebdo.* paris 23 février 2009.

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

[12] s. dana - demaret, *Rép. D. soc.* 1994, v. Capital social.

[13] s. dana - demaret, **Le capital social**, th. préc., p. 134 et 135 ; f. gore, **Société anonyme, Contrat ou le droit pratique**, Paris 1959, p 29 ; y. guyon, **Droit des affaires**, op. cit., n° 103. Position inverse : le capital social étant formé que par les apports en numéraire et les apports en nature, la souscription ne porterait que sur ces différents apports ; G. ripert et r. Roblot, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1415, p. 268.

[14] S. Schiller et P.-L. Périn, Les apports en industrie dans les SAS, *Rev. soc.* 2009, p. 59.

[15] Infra n° 59 et s.

[16] f. terre, ph. simler et y. lequette, **Droit civil, Les obligations**, D., 10^{ème} éd. 2009, n° 537, p. 548.

[17] Cass. com. 30 janv. 1961, *JCP* 1962, II, 12527, note m. le galcher baron.

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

[19] c. houpin et h. bosvieux, **Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations**, op. cit., n° 655 ; ; j. hemard, f. terre et p. mabilat, **Sociétés commerciales**, n° 675 et s. ; j. hamel et p. lagarde, **Traité de Droit commercial**, T. I, Dalloz 1954, n° 592 ; G. ripert et r. Roblot, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 1418 ; m. juglart et b. ippolito, **Traité de droit commercial**, op. cit., n° 592.

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

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

[22] Ibidem.

[23] Ibidem.

[24] Cass. com. 10 juin 1953, *JCP* 1954, II, 7908, note d. bastian ; Cass. civ. 3ème, 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619, note p. diener. De multiples théories ont été proposées pour tenter de cerner cette notion : n. reboul-maupin, Remarque sur une notion conceptuelle et fonctionnelle, l'"affectio societatis", *Rev. soc.* 2000, p. 425 ; p. serlooten, L'affectio societatis, une notion à réviser, *in* Mélanges y. guyon, p. 1009.

[25] Cass. com. 27 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 259, note p. delaisi ; *Rev. soc.* 1973, p. 502, note j. guyénot.

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

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

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

[29] Art. 1835 C. civ.