

RAPPORT TURC

par

Prof. Dr. H. Ercument ERDEM

*Professeur de la Faculté de Droit de l'Université Galatasaray
Associé Cabinet Erdem & Erdem*

LES RAPPORTS ENTRE LA SOCIETE ET LE CONTRAT EN DROIT TURC

I. CREATION DE LA SOCIETE

1. Les éléments caractéristiques du contrat de société

Instituée par un contrat ou, dans le cas où la loi l'autorise expressément, par un acte unilatéral de volonté, la société est l'un des rouages essentiels de la vie économique contemporaine¹. L'art. 520 du Code des Obligations (CO), intitulée société simple², donne en réalité la définition et les points essentiels du contrat de société³. Le droit turc, comme le droit français, retient une distinction entre les sociétés simples et les sociétés commerciales. La société simple est régie par le CO tandis que les sociétés commerciales sont organisées par le Code de Commerce Turc (CCT) : la société en nom collectif, la société en commandite, la société à responsabilité limitée et la société anonyme.

Aux termes de l'article 520 du CO:

«La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs biens ou leurs efforts en vue d'atteindre un but commun.

Dans des cas où une société, ne dispose pas les qualités des sociétés définies dans le Code de Commerce, elle est considérée comme une société simple dépendant de ce chapitre du Code ».

On peut en déduire de ce texte que toute société repose sur deux éléments primordiaux :

- La société suppose nécessairement une volonté intéressée: l'atteinte d'un but qui est évidemment le partage du bénéfice résultant de l'exploitation commune ou profit individuel tiré des économies que l'existence de la société aura pu faire réaliser.
- la nécessité d'unir et consacrer les biens et l'industrie pour l'activité de la société.

La doctrine se contente de donner cinq éléments découlant de la théorie de la société simple en générale : contrat, parties au contrat, parts sociales, but commun et coopération⁴.

¹ Jeantin, M., Droit des Sociétés, Paris 1994, p. 1-2.

² La terminologie dominante en droit turc et suisse est la société simple, qui correspond en fait à la société civile en droit français.

³ Poroy, R., (Tekinalp, U/Camoglu, E.), Ortakliklar ve Kooperatif Hukuku (Le droit des sociétés et coopératives), Istanbul 2000, p. 15 No: 19-19a.

⁴ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 45 No: 70a.

a. La volonté collective

L'affirmation selon laquelle toute société suppose une volonté intéressée comporte l'énoncé de deux règles fondamentales :

- La société apparaît comme le produit d'un acte juridique. La volonté est l'élément essentiel à toute société simple et commerciale.
- La volonté est orientée vers un but intéressé. On affirme donc que la société suppose chez lui ou ceux qui la constituent, le désir de tirer un profit individuel de l'œuvre commune. La prééminence de la volonté ne doit pas conduire à éluder le caractère nécessairement intéressé de la société⁵.

La société est conçue par les rédacteurs du CO comme une forme particulière de contrat. La société est un des contrats nommés du CO. On conçoit, dans ces conditions, que les principes fondamentaux du droit des obligations lui soient applicables. Cette affirmation peut se vérifier à partir de deux points de vue distincts: celui de l'expression de la volonté créatrice de la société et celui de la formalisation de cette même volonté.

Il n'existe pas de société sans une volonté créatrice. Il n'est pas nécessaire que la volonté se soit formellement exprimée; la société peut parfois se déduire de ce que plusieurs personnes se sont, en fait, comportées comme s'il avait existé entre elles une société. On parlera alors de société créée de fait. On remarque aussi que le juge se consente, en effet, d'utiliser les pouvoirs de qualification et de requalification qui lui sont reconnus par les principes généraux du droit des obligations pour déqualifier ou qualifier une créature comme contrat de société. Sous bénéfice de ces observations générales, on doit relever que la volonté créatrice d'une société est, en principe, une volonté collective.

Lorsque la société est créée par la rencontre de plusieurs volontés, l'acte fondateur apparaît comme un contrat. Dans ces conditions, les principes fondamentaux du droit des obligations trouvent leur application naturelle. On comprend alors que soit exigés non seulement un consentement, mais encore la capacité. A ces deux exigences tirées du droit contractuel, doctrine et jurisprudence ajoutent un troisième élément dont la définition a donné lieu à quelques incertitudes aujourd'hui levées: *l'affectio societatis* ou volonté d'être en société.

b. L'affectio societatis

Au sein de la société, les associés sont obligés de faire, *d'une façon égalitaire* des efforts, de se comporter attentifs pour la réalisation du but commun⁶. Cet élément constitue la mesure incontournable pour qualifier la relation sociétaire et de la séparer des autres relations contractuelle proches : par exemple, relation de travail dans laquelle le travailleur participe aux bénéfices⁷. On note également que *l'affectio societatis* permet-elle de distinguer le contrat de société de certains contrats: tel est le cas, autre que le contrat de travail cité ci-dessus, de prêt avec participation aux bénéfices, le prêteur ne pouvant être considéré comme ayant *l'affectio societatis* faute d'une participation aux pertes de l'entreprise et faute de participer effectivement à la gestion sociale.

L'affectio societatis est l'intention de s'associer qui caractérise les associés, les actionnaires d'une société, leur volonté de collaborer. La doctrine classique voit dans *l'affectio societatis*

⁵ Jeantin, p. 24-25.

⁶ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 34 No: 60.

⁷ Le travailleur, chargé d'accomplir sa tâche, attentivement, en respectant les ordres d'employeur: il n'y a pas d'une relation d'égalité entre les contractants, mais une *relation hiérarchique*, un lien de subordination ce qui explique aussi *la manque d'affectio societatis* qui unis les contractants.

une collaboration volontaire, active et égalitaire. La jurisprudence en retient une conception pluraliste et s'attache aux aspects par lesquels l'*affectio societatis* se manifeste : la participation à la conduite des affaires sociales sur un pied d'égalité et le pouvoir de contrôle, l'absence de lien de subordination entre les parties ou la convergence d'intérêts⁸.

Il s'agit, donc d'une volonté d'union ou d'une convergence d'intérêt. L'*affectio societatis* suppose aussi que les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes⁹.

La notion d'*affectio societatis*, dont la quasi-totalité des auteurs estime qu'elle constitue un élément dont la présence, tant au moment de la constitution qu'au cours de la vie sociale, est indispensable à la validité de la société. De fait, l'*affectio societatis* existe aussi bien dans une société créée de manière égalitaire entre quelques associés que dans une société cotée en bourse.

La doctrine turque voit l'*affectio societatis* au cœur de plusieurs droits et obligations sociétaires comme l'interdiction de concurrence et le droit d'être informé des associés. On ajoute que le manque de l'*affectio societatis* peut se voir citée dans la procédure de l'exclusion d'un associé ou de la dissolution de la société pour de justes motifs¹⁰.

La doctrine admet souvent que l'*affectio societatis* est très forte dans les sociétés des personnes et s'affaiblit dans les sociétés des capitaux, surtout dans des sociétés cotées. Mais cet affaiblissement de l'*affectio societatis* ne provoque pas sa disparition¹¹ : par exemple, le principe d'informer le public, dans les sociétés cotées, se résume dans l'idée de donner la possibilité, aux petites actionnaires, de participer aux affaires de la société pour la réalisation du but commun. On peut en conclure donc que le contenu concret de la notion d'*affectio societatis* est susceptible de se varier selon le type de société en cause. L'égalité entre les associés ne doit-elle pas être conçue de manière absolue: il suffit que l'ensemble des associés ait une vocation égale à la participation à la gestion et au partage des résultats, même si dans les faits, cette égalité est rompue, ne se trouvent pas une situation de subordination qui caractérise la collaboration sur un pied d'égalité¹². On ajoutera, enfin, que l'existence de plusieurs catégories distinctes d'associés possédant des droits différents au sein de la société n'est nullement pas incompatible avec l'*affectio societatis* qui manifeste ainsi sa grande souplesse.

Une société constituée sans *affectio societatis* est nulle, peu important que cette absence soit volontaire ou fortuite; La disparition de l'*affectio societatis* devrait logiquement emporter la disparition de la société; celle-ci pourrait être dissoute lorsque le désaccord persistant entre les associés se sera substitué à la volonté de coopération qui doit régner aussi radicale, notamment lorsque la société est économiquement prospère. De même, c'est l'*affectio societatis* qui justifie le principe selon lequel, sauf démonstration d'un abus, les associés minoritaires sont tenus d'accepter les décisions prises par la majorité. Ainsi conçue, l'*affectio societatis* apparaît comme un «régulateur de la vie sociale»¹³.

⁸ Jeantin, p. 25.

⁹ Hamel, J., *L'affectio societatis*, Rev. Trim. Dr. Com. 1925, 761 et s.

¹⁰ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 34 No: 60.

¹¹ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 34 No: 60.

¹² Jeantin, p. 25.

¹³ Jeantin, p. 26.

2. Le concept de société unipersonnelle, s'il existe, s'articule-t-il avec l'idée de contrat ?

En droit turc, il n'existe pas de dispositions permettant la création des sociétés unipersonnelles dans un sens étroit, c'est-à-dire par un acte unilatéral de volonté. La notion de société, assise sur l'idée de contrat ne permet pas de créer des sociétés unipersonnelles de type EURL, SCU, EARL comme en droit français. L'article 520 CO qui donne la définition de la société simple (société en générale) exige la présence au moins de deux contractants et pose aussi par les dispositions suivantes (articles 520-544), les principes généraux du droit des sociétés qui s'appliquent à toutes types de société dans la mesure où elles seront convenables.

Cependant, il faut distinguer la société unipersonnelle de la société anonyme unipersonnelle qui consiste d'une société anonyme dans laquelle toutes les actions sont rassemblées dans les mains d'un seul associé. Cet associé gouverne et contrôle la société qui est en réalité une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. On aperçoit dans la doctrine que la société gouvernée par un seul associé est appelée comme une société unipersonnelle¹⁴.

Même si le système juridique turc n'autorise pas la création d'une société unipersonnelle, il peut avoir des cas où une société devient en une société unipersonnelle. Il serait ainsi dans les cas où le nombre d'actionnaires descend jusqu'à un. Selon l'article 435 du CCT, une société anonyme dont le nombre des actionnaires est en dessous de cinq, n'est pas frappée directement de nullité, mais ce fait peut faire l'objet d'une action en justice pour la dissolution. Une partie de la doctrine annonce, donc, que la société anonyme unipersonnelle – jusqu'au moment de la dissolution- est reconnue en droit turc¹⁵.

3. Les rapports entre la personne morale, le contrat et l'institution

Dans le droit turc, les sociétés simples ne sont pas dotées de personnalité morale. Par contre, la disposition expresse de l'art. 137 CCT, reconnaît aux sociétés commerciales la personnalité morale.

Les formalités nécessaires à l'obtention de la personnalité morale sont communes à toutes types de sociétés commerciales. Dans toutes les hypothèses, la personnalité morale naît par l'inscription au Registre du Commerce. Tant que la société n'est pas été immatriculée au Registre du Commerce, elle existe en tant que contrat, en tant que société simple. Les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et aux obligations. La société en formation pourra être engagée par les fondateurs. Néanmoins, la société a la possibilité, une fois qu'elle aura bénéficié de la personnalité morale (art. 137 CCT), de reprendre à son compte ces engagements (pour les sociétés anonymes, art. 301/II CCT).

Dès qu'elle est inscrite au Registre du Commerce, la société va bénéficier de tous les avantages attachés à sa personnalité juridique. La personne morale fonde son autonomie par rapport aux associés qui l'ont constituée: le société acquiert un intérêt propre (intérêt social) qui se distingue de l'intérêt individuel de chacune de ses associés. Elle justifie surtout l'existence d'un patrimoine propre, qui ne saurait être confondue avec celle des associés. Grâce à cette autonomie patrimoniale, les associés pourront, du moins lorsque leur responsabilité aux pertes sociales est limitée, échapper aux poursuites des créanciers sociaux.

Le passage de contrat de société à la personne morale nécessite souvent la rédaction des statuts, qui est aussi un contrat, mais en quelque sorte un contrat plus ou moins organisé par le législateur. Le contrat de société régis les relations entre les associés aussi bien avant et après

¹⁴ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 263 No: 478b.

¹⁵ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 263 No: 478b.

la constitution des statuts de la société. Peu importe que certaines dispositions du contrat de société soient également insérées dans les statuts. Cela ne change, en effet, pas grande chose dans la relation entre les associés et dans la relation entre les associés et la société, elle-même. La relation est, dans chaque cas, contractuelle, et *l'animus contrahende societatis* existe toujours, la création de la personne morale met en question l'application des règles spéciales à ce type de société commerciale, mais n'affecte pas le caractère de l'institution.

4. La nullité du contrat de société

Le contrat de société, étant un contrat défini dans le CO est soumis entièrement aux règles et principes généraux du droit des obligations¹⁶. La conclusion, la validité et les cas de nullité du contrat sont soumis entièrement au droit des contrats. Il faut, quand même, ajouter qu'il peut y avoir des cas de nullité provenant de la nature du contrat, lui-même. Il s'agirait par exemple, l'absence ou la disparition de *l'affectio societatis*.

Il est à préciser que la nullité du contrat de société n'entrave pas également la nullité des statuts. Nous avons vu que même si les statuts sont, par sa nature, un contrat, il est un contrat distinct du contrat de société. Les statuts de la société constituent un contrat spécial défini dans le CCT selon les types de sociétés, est sans doute soumis aux règles du droit des contrats. Donc, la théorie de nullité du contrat s'applique entièrement aux statuts des sociétés, parallèlement aux règles spéciales du droit commercial. Cependant, il faut noter que le CCT ne prévoit pas de règles particulières pour la nullité des statuts à l'exception de celles qui touchent au refus de l'inscription au Registre du Commerce (art. 280 CCT).

5. Les contrats préliminaires à la société

La création d'une société est issue parfois d'une étape pré-sociétaire pendant laquelle la relation entre les associés constitue aussi un stade contractuel, souvent appelé un contrat préliminaire.

En droit turc, cette étape préliminaire n'est pas obligatoire. Les associés peuvent, sans passer par un contrat préliminaire, conclure un contrat de société. Dans le cas contraire où les associés préfèrent de s'engager avec un contrat préliminaire, on voit deux questions essentielles qui sont discutées en doctrine : ce contrat préliminaire constitue-t-il un avant-contrat au contrat de société ? Est-ce que les associés se sont, donc, engagés pour la création de la société ?

Une grande partie de la doctrine turque admet que cette étape préliminaire se caractérise par la présence d'une société simple¹⁷.

Certains auteurs¹⁸ considèrent qu'à condition qu'il organise le type, l'organisation, le sujet de la société, les futurs apports à la société en vue, le contrat de société simple peut être considéré comme un avant contrat au contrat de société dans le sens de l'art. 22/1 CO. On en déduit que la conclusion du contrat envisagé et la création de la société ont été prorogées et

¹⁶ Bastug, I., *Sirketler Hukukunun Temel İlkeleri* (Les principes généraux du droit des sociétés), Izmir 1974, p. 22.

¹⁷ Tekil, F., *Adi, Kollektif, Komandit Sirketler*, (Les sociétés simples, en nom collectif et en commandite), Istanbul 1996, p. 54; Teoman, O., *Yasayan Ticaret Hukuku*, (Le droit de commerce vivant), T. I, Livre: 5, Ankara 1995, p. 61.

¹⁸ Teoman, p. 61; Tekil, p. 54; Barlas, N., *Adi Ortaklik Temeline Dayali Sözlesme İlişkileri* (Les relations contractuelles basées sur la société simple), Istanbul 1998, p. 109.

Pour le droit suisse d'où le CO a été adopté voir Von Steiger, W., *Schweizerisches Privarecht*, VIII/1 (*Gesellschaftsrecht*), Basel und Stuttgart 1976; Stüber, B., *Der Vorvertrag zur Aktiengesellschaft* (Diss.), Zürich 1973, p. 43, Siegwart, *Komm. V4, Vorb. Zu Art. 530-551*, N. 21.

que les parties-associés se sont donnés encore du temps pour se décider sur d'autres points essentiels du contrat. Selon l'art. 22/I CO, l'avant-contrat doit être conclu conformément aux règles de forme du contrat qu'il précède. Donc, l'avant-contrat doit conformer aux règles de forme de contrat de société selon le type de société envisagée¹⁹. A défaut du respect de cette disposition, l'avant-contrat sera nul, faute de forme.

L'acceptation de cette approche nous conduirait à annoncer que les parties à cette relation se sont engagées à créer une société et peuvent agir en justice contre ceux qui, parmi eux refusent à s'engager avec le contrat de société. La Cour de Cassation Turque, par un arrêt du 30 mars 1990, a annoncé que « *la période avant la préparation et signature du statut se qualifie d'un avant-contrat. Et, cet avant-contrat est un contrat de société simple* »²⁰.

L'opinion minoritaire de la doctrine considère que la période avant le contrat de société, est souvent, même parfois obligatoirement une relation non valable juridiquement. Donc, faute de relation contractuelle, les futurs associés n'auront pas l'obligation de créer une société²¹ et les questions de responsabilité entre les futurs associés ne peuvent être réglées qu'avec la théorie de *culpa in contrahendo*²².

6. La distinction du contrat de société et les statuts

Dans la plupart des cas la volonté des créateurs de la société sera formalisée dans un document écrit: les statuts. Ce document est indispensable tant pour assurer l'inscription de la société au Registre du Commerce si l'on souhaite lui conférer la personnalité morale que pour définir avec précision les règles de fonctionnement de la société et les obligations respectives des associés.

La rédaction et la signature des statuts respectant les règles impératives du CCT constitue la première des étapes prévues pour la création d'une société. C'est à la fin de ces étapes que la société sera dotée de la personnalité juridique²³.

Parallèlement au cadre juridique extérieur institué par la loi, le règlement, la directive et le droit coutumier, l'ordre interne de la société est posé avec ses règles fondamentales par les statuts. Parmi les sources juridiques internes de la société, on peut citer, à part les statuts, les directives d'organisation, les règlements intérieurs, les règles coutumier de la société et les décisions adoptées par les organes de la sociétés²⁴.

Les statuts sont un contrat pluripartite constitué par les offres et acceptations des associés fondateurs, soumis à une forme spéciale. Il s'agira d'une forme écrite et la légalisation des signatures par le notaire, prévue par le CCT. Les statuts restent ouverts à la participation antérieure qui constitue l'ordre fondamental de la société et qui régit les droits, les compétences des organes ainsi que les relations des associés entre eux²⁵.

¹⁹ Bahtiyar, M., Anonim Ortaklik Ana Sözleşmesi (Les statuts de société anonyme), Istanbul 2001, p. 34-35.

²⁰ Arrêt de 30 mars 1990, E. 1990/1595 et K. 1990/3298 in Yargitay Kararlari Dergisi (Revue des arrêts de la Cour de Cassation), 1990, T. XVI, V. 10, p. 1491.

²¹ Kocayusufpasaoglu, N., Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül (Les cours du droit des obligations-Première Fascicule), Istanbul 1985, p. 126.

²² Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Le droit des obligations, partie générale), Istanbul 1993, p. 978-980.

²³ Bahtiyar, p. 6.

²⁴ Bahtiyar, p. 6.

²⁵ Moroğlu, E., Anonim Ortaklik Ana Sözleşmesi ve Hukuki Niteliği (Les statuts de société anonyme et sa qualification juridique, par la suite "Les statuts"), Prof. Dr. M. Kemal Oguzman'ın Anisina Armagan, Istanbul 2000, p. 515.

Les dispositions générales et obligatoires des statuts de toutes types de sociétés commerciales (à l'exception de la société coopérative) se trouve dans le CCT (art. 155 pour les sociétés en nom collectif, art. 246 pour les sociétés en commandite, art. 279 pour les sociétés anonymes et art. 511 pour les sociétés à responsabilité limitée). Il faut distinguer trois sortes de dispositions : les dispositions obligatoires (par exemple, l'art. 279 CCT), les dispositions obligatoires à conditions d'être prévues (par exemple, art. 279/9 et 300/9 CCT) et les dispositions supplémentaires (par exemple les restriction au transfert des actions ou les modalités de la résolution des conflits entre les associés).

Les statuts régissent d'une part la personne morale et sa structure fondamentale et d'autre part les relations entre la personne morale et ses associés et les tiers.

En vertu de l'art. 520/II CO, les statuts créent une société simple entre les associés jusqu'à ce que la société acquiert la personnalité juridique. La relation de société simple prendrait sa fin dès que la société est inscrite au Registre du Commerce, car dans ce cas-là, on parle de la réalisation du but commun par la société simple (art. 535/I CO). C'est ainsi que le contrat changera de qualité : il ne sera plus le contrat conclu par les fondateurs, mais le contrat qui constitue, bien sur conformément à leur volonté, les statuts de la société.

L'opposabilité aux tiers des clauses contractuelles insérées dans les statuts est discutée en doctrine turque. Selon certains auteurs, les dispositions de nature corporative insérées dans les statuts, à condition qu'elles soient inscrites au Registre du Commerce et publiées dans la Gazette de Registre de Commerce, lient les personnes ayant une relation directe ou indirecte avec la société (voir également art. 300 CCT). Par contre, les dispositions des statuts de nature à créer une relation d'obligation entre les associés ne sont pas opposables aux tiers. Il est ainsi pour la clause régissant l'obligation de proposer l'achat des actions aux autres actionnaires avant les proposer aux tiers²⁶. C'est un contrat de droit des obligations. Donc, contre l'actionnaire qui a vendu directement à un tiers ses actions, les autres actionnaires ne peuvent pas demander l'annulation de la vente. Ils peuvent seulement demander des dommages et intérêts causés par cette vente. Cependant, la distinction des clauses de nature corporative et non corporative peut être vue superflue en présence de l'exigence de l'inscription des statuts au Registre de Commerce. L'inscription qui ne peut réaliser sur l'examen de l'Officier du Registre de Commerce permet que les clauses statutaires soient opposables aux tiers (art. 38 CCT).

Le destin des statuts n'est plus soumis aux volontés des fondateurs, mais à la société, à vrai dire, à son organe de décision, l'assemblée générale. Par exemple, le changement des statuts est fait par le vote à l'assemblée générale.

Les statuts, mettant en lumière le système fondamental du fonctionnement de la société, peut être appelée comme « *la constitution de la société* »²⁷, qui est selon certains auteurs est une institution autre qu'un contrat. Ces auteurs²⁸ invoquent les modalités de changements du statut pour démontrer son caractère d'institution : Si les statuts demeure un contrat, il devrait être modifié avec la volonté parallèle de tous les associés et que l'unanimité devrait être respectée pour tous changements.

²⁶ Voir également la décision de la 11^e Chambre Civile de la Cour de Cassation du 23 février 1995, E. 94/7138, K. 95/1522.

²⁷ Moroglu, Les statuts, p. 515 ; Ansay, T., Anonim Sirketler Hukuku (Le droit des sociétés anonyme), Ankara 1982, p. 122.

²⁸ Imregun, O., Anonim Ortakliklar (Les sociétés anonymes), Istanbul 1989, p. 431 ; Mimaroglu, S.K., Ticaret Hukuku (Droit Commercial), T. 2, Ticaret Ortakliklari Hukuku (Droit des sociétés commerciales), Ankara 1972

Une grande partie de la doctrine considère que la période pré-statutaire se caractérise par l'existence de contrat simple (art. 520-544 CO) entre les associés²⁹. Certains auteurs considèrent cependant que cette période constitue un avant-contrat aux statuts³⁰. Contrairement à ces deux approches majoritaires, une partie de la doctrine refuse catégoriquement de qualifier la période pré-statutaire comme un contrat ou avant-contrat. Ces auteurs affirment que le contrat de société, acte juridique, nécessite l'expression de volonté de tous les parties au contrat qui n'est souvent pas possible pendant la période pré-statutaire. En plus, ce n'est pas évident de voir constituée la volonté finale et décisive, de toutes les parties, de créer une société.

II. FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE

1. La relation dirigeant-associé

La relation entre la société et les dirigeants est considérée comme contractuelle³¹. La doctrine précise que la décision du conseil des associés ou de l'assemblée générale, selon le type de société, est une offre et que le contrat sera conclu avec la réponse positive de la personne choisie comme dirigeant. On considère souvent que c'est un contrat de mandat entre la société et le dirigeant, mandant et mandataire³². C'est ainsi que, pour certains types de sociétés, la présence des candidats des dirigeants est obligatoire pour l'assemblée générale où les dirigeants seront élus. Il en va de même pour les sociétés anonymes.

Une nouvelle approche se montre contraire à celle qu'on vient d'expliquer. Initialement considérés comme des simples mandataires agissant au lieu et à la place de la collectivité des associés et tenant leurs pouvoirs de délégation qui leur était consentie, selon cette nouvelle approche, les dirigeants sociaux ont vu leur statut évoluer: la théorie du mandat est de moins en moins utilisée, les dirigeants étant considérés davantage comme des «fonctionnaires sociaux» dont les pouvoirs proviennent plus de la loi que de la décision de la collectivité des associés.

Les dirigeants sociaux ont l'obligation positive d'agir, en toutes circonstances, dans l'intérêt de la société et de respecter les prérogatives que la loi attribue aux autres organes sociaux. A défaut, leur responsabilité est engagée. Cette règle, commune à l'ensemble des sociétés, ne permet que la détermination des pouvoirs des dirigeants vis-à-vis des associés. Lorsque le problème des pouvoirs est traditionnellement constituée par l'objet social: les dirigeants ont tous pouvoirs pour agir, en toute circonstance, au nom de la société, dans la limite de l'objet social.

Les devoirs et les compétences du conseil d'administration découlent de la loi et des statuts³³. Ainsi, les rédacteurs des statuts ont la possibilité de modifier l'étendue des pouvoirs accordés aux dirigeants sociaux. Certes, il leur est possible d'étendre ces pouvoirs en remettant en cause les prérogatives propres aux autres organes de la société (assemblée générale et, éventuellement, commissaire aux comptes). Mais, il est parfaitement possible de restreindre les pouvoirs de gestion des dirigeants sociaux en leur imposant, par exemple, de prendre

²⁹ Teoman, p. 54.

³⁰ Barlas, p. 108-109; Von Steiger, p. 340.

³¹ Imregun, p. 226.

³² Camoglu E., Anonim Ortaklik Yönetim Kurulu Uyelerinin Hukuki Sorumlulugu (La responsabilité juridique des membres du conseil d'administration), Istanbul 1972, p. 104; Arslan, I., Anonim Sirketlerde Yönetim Yetkisinin Sinirlendirilmesi (La limitation du pouvoir administratif dans les sociétés anonymes), Konya 1994, p. 72; Helvacı, M., Anonim Ortaklikta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumlulugu (La responsabilité juridique du membre du conseil d'administration), Istanbul 2001, p. 11.

³³ Camoglu, (Poroy/Tekinalp), p. 293 No: 522.

l'avis conforme de purement et simplement à l'assemblée le pouvoir de décider de certaines opérations importantes. Ces clauses restrictives sont valables, mais leurs effets sont limités aux seules relations internes; elles sont inopposables aux tiers, ce qui signifie que leur violation ne remet pas en cause la validité de l'acte accompli; seule la responsabilité du gérant sera engagée.

2. Le rôle de la bonne foi dans la relation des majoritaires et des minoritaires

Les sociétés (sauf les cas extrêmes des sociétés des personnes) sont gouvernées selon le principe de majorité. Les associés se ressemblant dans les assemblées discutent, votent les décisions et c'est ainsi qu'ils participent à la constitution des décisions. Une fois qu'une décision est prise conformément aux règles de procédure et de vote, elle gagne une force obligatoire, non seulement pour la société et les associés qui ont voté favorablement, mais également pour les associés qui ont voté contre cette décision ou qui n'étaient pas présents au moment de la vote (art. 379 CCT)³⁴.

Le principe de majorité n'est limité que par les droits de la minorité et la bonne foi. Pourtant, le fait de soumettre la minorité strictement à toute décision de la majorité peut produire des effets intolérables. C'est pour cette raison que les législateurs reconnaissent un certain nombre de droits en faveur des associés minoritaires pour qu'ils puissent défendre leurs intérêts devant le pouvoir écrasant de la majorité³⁵.

Quant à la bonne foi, apparue, tout d'abord, comme un principe régulateur de la relation entre les associés majoritaires et minoritaires, elle a été utilisée dans le but de faire respecter par la majorité l'intérêt de la société et aussi celui de la minorité. Ainsi, les décisions de la majorité contraire aux règles de la bonne foi peuvent être annulées à la demande de la minorité (art. 381 CCT). Ensuite, la doctrine met en scène l'utilisation de ce principe contre la minorité, car on admet que la minorité peut, aussi user de ces droits³⁶.

3. L'ordre public sociétaire, limite ultime de la liberté contractuelle

Les limites posées par le droit des sociétés à la liberté contractuelle laissée aux parties dans leurs aménagements conventionnels tiennent aux principes d'ordre public et à l'intérêt social. Les conventions entre les associés peut heurter, d'une part, le principe de prohibition des clauses léonines, la nécessité d'*affectio societatis*, affectant la validité même de la convention, et d'autre part, le principe de hiérarchie des organes et de séparation des pouvoirs, perturbant le fonctionnement normal de la société.

L'article 522 CO dispose que les associés sont tenus de partager entre eux tout gain qui, par sa nature doit revenir à la société. Si les statuts ne contiennent pas de stipulation contraire, art. 523 CO prévoit aussi que la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes soient égale, quelle que soit la nature et la valeur de ses apports. Cependant il est interdit aux parties de pousser trop loin l'aménagement de la répartition des bénéfices et des pertes en stipulant que la totalité du profit serait attribué à un associé ou qu'un associé serait totalement exclu de la participation aux bénéfices ou aux pertes (les clauses léonines). La prohibition des clauses léonines incluses dans des statuts ne fait pas de doute, il n'en est pas de même pour les clauses incluses dans des pactes extra-statutaires.

³⁴ Imregun, p. 308-309.

³⁵ Sur ce sujet voir en détail, Erdem, H. Ercument ; « *Les droits des actionnaires minoritaires en droit turc des sociétés anonymes* », Rapport présenté aux Journées Mexicaines, 20-25 mai 2002.

³⁶ Moroglu. E., *Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Ortakliklarda Esas Sermaye Artirimi (L'augmentation du capital dans les sociétés anonymes selon le Code de commerce turc)*, Istanbul 1996, p. 11, 128 ; pour une approche négative, voir Imregun, p. 153.

Le respect de l'intérêt social est une condition de validité des aménagements conventionnels utilisés dans le cadre de l'activité de la société. Le concept d'intérêt social est souvent utilisé par les textes, mais ne fait l'objet d'aucune définition légale, les auteurs se divisent donc sur la définition à donner à cette notion. Deux courants doctrinaux s'affrontent. Pour certaines, l'intérêt social peut être appréhendé comme l'intérêt propre d'une entité et s'entendre comme l'intérêt de la personne morale ou de celui de l'entreprise. L'intérêt de la personne morale ne saurait se confondre avec celui des associés dont il convient de le distinguer. L'intérêt social peut être entendu comme celui de l'entreprise, moyen d'agréger des capitaux et des hommes en vue de produire des biens et des services. On prend en compte la dimension économique en envisageant aussi les intérêts des associés, des salariés, des créanciers, fournisseurs et clients, voire même de l'Etat³⁷.

4. Les actions de préférence sont-elles l'expression de choix contractuels

Parfois les statuts reconnaissent aux actionnaires le droit d'acheter par préférence, les actions de la société qui ont été vendues à des tiers. On parle, alors, des actions de préférence. Ce droit peut être reconnu non seulement par les statuts, mais aussi avec un contrat conclu entre deux actionnaires ou deux groupes d'actionnaires, et dans ce dernier cas, il s'appelle le droit de préférence. Dans la pratique, ces types d'actions sont souvent utilisés dans les sociétés fermées, sociétés de famille³⁸.

Certains auteurs soutiennent que les actions de préférence, contrairement aux clauses d'agrément, ne peuvent pas être considérées opposables à des tiers à la société³⁹.

Les actions de préférence peuvent être organisées non seulement pour sauvegarder les intérêts de tout associé, mais également les intérêts des associés fondateurs, les associés membre du conseil d'administration, et les associés d'un groupe.

Le droit de préférence du droit civil n'a pas de grandes différences de l'action de préférence en droit des sociétés. Tous les deux fonctionnent de la même manière, pour des buts parallèles. Donc, on peut, ici, arriver à une conclusion que l'action de préférence est un choix contractuel et soumis au droit commun des contrats. Tandis que, dans la doctrine certains auteurs, admettent que, surtout la validité des droits de préférence ainsi reconnus aux actionnaires devrait être examinée à partir des règles du droit des sociétés, mais non à partir du droit civil ou droit des obligations⁴⁰. Car, tous les biens, en principe, peuvent faire l'objet d'un droit de préférence du droit civil, mais quand on met en question l'action, les règles du droit civil et droit des obligations doivent s'appliquer dans la mesure où elles sont conformes au caractère de l'action.

5. L'unanimité et le contrat

La force obligatoire du contrat est un principe universel : *pacta sunt servanda*. Il n'est pourtant pas illimité⁴¹. De la force obligatoire du contrat résulte que les contractants sont liés par les obligations qu'ils ont voulu, évidemment à condition que ces obligations ne soient pas

³⁷ Despinoy, A., L'application des techniques civilistes aux valeurs mobilières, Mémoire de DEA droit des contrats option droit des affaires, Université de Lille, Septembre 2001, p. 78-79.

³⁸ Moroglu, Les statuts, p. 527.

³⁹ Aytac, Z., Ticaret Hukuku ve Yargitay Kararlari XIII Sempozyumu-Tartismalar (Symposium de droit de commerce et arrêts de la Cour de Cassation - Les discussions) Ankara 1996, p. 69-70; voir également l'arrêt du 23 février 1995, 11 Chambre Civile de la Cour de Cassation, E. 1994/138, K. 1995/1522.

⁴⁰ Teoman, p. 134ss. ; Pulasli, H., Bagli Nama Yazili Pay Senetleri (Les titres nominatifs liés), Ankara 1992, p. 122.

⁴¹ Malaurie, Philippe/Aynès Laurent, Les Obligations, Paris 1999, p. 349.

contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Une autre atteinte à la force obligatoire du contrat et à sa prévisibilité résulte du pouvoir modérateur du juge qui lui permet de modifier les stipulations contractuelles excessives ou abusives⁴².

En principe, toute révision du contrat devrait se faire selon la volonté des parties, selon leur consentement, ce qui explique que pour la révision, il faut de l'unanimité, pour un contrat à deux parties-le consentement de ces deux parties, pour un contrat à plus de deux parties-le consentement de l'ensemble des parties, donc l'unanimité. A partir de là, on est arrivé à une conclusion : L'unanimité est exigée pour ce qui est contractuel. Ces explications, soulignant la vérité pour la théorie générale des contrats, ne concernent pas complètement les statuts, *la charte autonome de la société*⁴³.

Les statuts, qui constituent la loi fondamentale de la société ne doivent pas être considérée comme un document intangible. Tout au contraire, il est souhaitable que l'évolution économique de la société soit accompagnée d'une adaptation progressive des statuts à des besoins nouveaux ou à une dimension nouvelle de l'entreprise. Les modalités de la modification statutaire sont nombreuses. A condition de respecter une procédure particulière, il est possible aux associés de modifier les éléments contenus dans les statuts. En principe, ces modifications, dès lors qu'elles sont régulières, n'entraînent aucune rupture dans la vie de la société. Les modifications -augmentation ou réduction- du capital social constituent l'une des modifications statutaires les plus fréquentes⁴⁴.

Les statuts constituant l'expression de la volonté collective des associés, seule une volonté collective de même nature peut procéder à une modification statutaire. C'est ce qui explique que les organes de gestion d'une société soient radicalement incompétents pour opérer une telle modification. Dans ces conditions, seule l'assemblée générale des associés a le pouvoir de modifier les statuts ; toute autre modification opérée d'une autre manière serait nulle⁴⁵.

En principe, la modification des statuts qui implique que soit mise en cause une décision émanant de l'ensemble des associés lors de la constitution de la société, doit être décidée à l'unanimité des associés. Il en va de même pour les sociétés de personnes (art. 168, 247 CCT). L'exigence de l'unanimité peut aboutir à paralyser toute possibilité d'évolution des statuts. C'est la raison pour laquelle le CCT prévoit aussi que les modifications statutaires sont décidées à la majorité qualifiée ou à la majorité simple dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes.

En droit turc parallèlement à d'autres systèmes juridiques, l'unanimité est exigée dans très peu de matière. Pour les sociétés anonymes, en vertu de l'article 388 CCT, les décisions concernant le changement de nationalité et l'augmentation des engagements des associés exigent l'unanimité. En ce qui concerne les SARLs, sauf convention contraire des parties, les statuts ne peuvent être modifiés que par les votes des associés représentant deux tiers du capital social (art. 513/I CCT). Comme dans les SAs, l'unanimité pour les SARLs n'est requise qu'en cas d'augmentation des engagements des associés (art. 513/II CCT).

6. Le titre a-t-il un caractère contractuel dans la société

Le capital social, composé de l'ensemble des apports en nature ou en numéraire, constitue le gage commun des créanciers sociaux. Les parties du capital social s'appellent les parts sociales et la société peut émettre des titres qui représentant ses parts. En droit turc, l'émission

⁴² Malaurie/Aynès, p. 349.

⁴³ Chaudet, F., Droit Suisse des Affaires, Bâle 2000, p. 55.

⁴⁴ Jeantin, p. 30.

⁴⁵ Jeantin, p. 32.

des titres n'est possible que pour les sociétés anonymes (art. 409ss CCT). En principe, l'émission des titres n'est pas obligatoire pour les sociétés fermées. Il en va autrement pour les sociétés anonymes cotées où elle est considérée comme une obligation, pour les considérations de la libre circulation des parts sociaux (art. 4 de la Loi du Marché des Capitaux).

Le titre est un papier valeur, c'est-à-dire un titre auquel les droits sociaux provenant des parts sociaux sont incorporés de sorte qu'il soit impossible de les faire valoir ou de les transférer indépendamment du titre (art. 557 CCT). Les droits qui n'ont pas été attachés au titre, naissent non pas du titre mais des statuts de la société. Le part social ne naît pas avec la création du titre, mais avec l'inscription de la société ou de l'augmentation du capital au Registre de Commerce. C'est pour cette raison que le titre n'est pas constitutif, mais indicatif des droits. Selon certains auteurs la validité des titres exige un contrat formateur entre la société et l'associé⁴⁶. Les parts souscrits constituent un avant-contrat qui exige la création des titres dans un but de formation. C'est par la délivrance des titres que le contrat de formation sera conclu. Dans le cas de l'émission des titres faux, le titulaire, en absence du contrat formateur, n'acquiert aucun droit contre la société, l'invalidité des titres est opposable aux tiers même de bonne foi (art. 412, 395 CCT)⁴⁷.

7. L'assemblée générale fonctionne-t-elle comme un contrat

L'assemblée générale est un organe important de la société. Elle est certes la réunion des actionnaires. C'est essentiellement dans cet organe que la volonté de la société se présente et se prononce. L'assemblée générale est titulaire des compétences inaliénables, tels que la nomination des membres des autres organes, la révocation de ces membres, l'adoption et révision des statuts, et même la dissolution de la société (art. 360 CCT)⁴⁸. En droit turc, l'assemblée générale n'est pas un organe avec des pouvoirs suprêmes de la société.

L'assemblée générale ordinaire doit être convoquée et réunie au moins une fois par an aux fins de délibérer sur la vie sociale (art. 364 CCT). Tout actionnaire possédant le droit de vote peut, dès lors qu'elle justifie de sa qualité, accéder aux assemblées générales. En principe, toute personne autre que l'actionnaire est écartée des assembles générales. Cette affirmation peut cependant être quelque peu assouplie. D'abord, un actionnaire peut se faire représenter aux assemblées générales. Les commissaires aux comptes sont obligatoirement convoqués à l'ensemble des assemblées générales. Enfin, peuvent participer aux assemblées générales, mais avec voix simplement consultative, les représentants de la masse des obligataires ou encore des porteurs de titres participatifs ou encore des porteurs de parts fondateur. La participation de toute autre personne est radicalement exclue.

Le système de la société, créé à partir d'une relation contractuelle, montre le même caractère en ce qui concerne son fonctionnement, donc constitue une institution à caractère contractuel. L'assemblée générale fonctionne aussi comme un contrat et constitue un exemple de procédure contractuelle. La prise de décision dans l'assemblée générale nous amène d'une certaine mesure à la logique contractuelle, manifestation des volontés parallèles des associés. D'autre part, l'assemblée générale a un caractère institutionnel qui dépasse la logique contractuelle. On parle de ce caractère, surtout, à travers la règle de majorité qui effaçant ou, à

⁴⁶ Tekinalp, (Poroy/Camoglu), p. 592 No: 1098

⁴⁷ Tekinalp, (Poroy/Camoglu), p. 592 No: 1098.

⁴⁸ Imregun, p.100-101.

vrai dire, limitant l'exigence de l'unanimité. Ainsi, on peut dire qu'en droit turc l'assemblée générale représente aussi bien un caractère contractuel qu'institutionnel⁴⁹.

8. Le droit de retrait d'un associé

Le droit de retrait permet à l'associé qui ne possède plus l'*affectio societatis* de quitter la société sans être contraint de provoquer la dissolution. De fait, les effets juridiques du retrait sont ceux d'un partage partiel de la société. Il reste que les conditions dans lesquelles le retrait peut être obtenu sont telles qu'une certaine extension de l'utilisation de cette technique peu se faire jour, en particulier compte tenu d'une interprétation relativement large de la notion de justes motifs justifiant le retrait.

- **Dans les sociétés simples**, à défaut d'une règle expresse du COT, la possibilité de se retirer de la société en obtenant le remboursement de la valeur de ses parts sociales, n'est permise qu'à condition que le contrat reconnaisse ce droit. Il s'agirait par conséquent d'un droit contractuel. Le droit de retrait nécessite un consentement unanime ou, si cela est prévu par le contrat, majoritaire des associés restants. Les raisons qui ont poussé le législateur à reconnaître un droit de retrait aux associés de sociétés simples sont incertaines. S'il ne s'agit manifestement pas de faire du droit de retrait un mécanisme permettant d'éviter les contraintes particulières de la cession de parts sociales, on peut en soutenir que le droit de retrait avait, dans l'esprit du législateur, pour fonction de constituer un succédané de dissolution.
- **Pour les sociétés en nom collectif et pour les sociétés commandites**, le CCT ne prévoit pas le droit de retrait. Le Code stipule seulement les conséquences de ce droit (art. 201 ss, 205, 267 CCT). Cependant, les statuts peuvent préciser les conditions d'utilisation du droit de retrait. A défaut des provisions statutaires, ce droit n'est exerçable que par une décision prise à l'unanimité des actionnaires, car il s'agirait d'une modification des statuts. Le droit de retrait ne peut pas être exercé par une déclaration de volonté unilatérale de l'associé.

Le droit de retrait, qui existe dans les sociétés à capitaux variable, n'est reconnu aux sociétés à capital fixe que de manière exceptionnelle :

- **Pour les sociétés à responsabilité limitée**, l'art. 551/I CCT reconnaît le droit de retrait comme une clause contractuelle : Les statuts peuvent conférer aux associés le droit de sortir de la société et en subordonner l'exercice à des conditions déterminées. Par ailleurs, tout associé peut demander au juge, pour de justes motifs, l'autorisation de sortir de la société (art. 551/II CCT). Les droits de l'associé sortant ne seront calculés au moment de l'exercice de ce droit ou de l'initiation d'une action à cet effet⁵⁰. Le droit de retrait peut également être exercé par une décision unanime de tous les associés. L'exercice de ce droit exige que les règles concernant la réduction du capital soient observées (art. 551/IV)⁵¹.
- **Dans les sociétés anonymes**, le CCT ne reconnaît pas ce droit pour les actionnaires. Il n'est pas possible de le prévoir dans les statuts non plus. Car le droit de retrait est contraire au principe de spécialité du capital et l'interdiction de l'acquisition par la société de ses propres actions (art. 329 CCT).

⁴⁹ Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p.289-290 No: 514.

⁵⁰ Voir l'arrêt du 8 février 1968, Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, E. 1966/374, K. 1966/758, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Revue de droit bancaire et commercial), T. V, V. 1, p. 106.

⁵¹ Cependant, la réduction du capital social n'est pas obligatoire si l'associé sortant est désintéressé par prélèvement d'actifs excédant le capital social ou que sa part est réalisée conformément aux prescriptions sur la demeure en matière de versement ou reprise par un autre associé (art. 551/IV).

9. L'exclusion d'un associé

Parallèlement au droit de retrait qu'on a examiné ci-dessus, l'exclusion d'un associé devrait être prévue pour les sociétés, même si elle n'est pas conforme aux principes du droit des contrats. Les statuts peuvent prévoir des raisons et limites précises pour les cas d'exclusion des associés. Cette affirmation, plus facile à être supportée pour les sociétés des personnes dans lesquelles *l'intuitu personae* demeure un élément essentiel de la constitution et du fonctionnement de la société, n'est pas une possibilité reconnue par le législateur pour certaines sociétés de capitaux.

Pour l'exclusion d'un associé, le droit turc manifeste la même approche qu'il a établie pour le droit de retrait d'un associé :

- **Dans les sociétés simples**, à défaut d'une règle expresse du CO, l'exclusion d'un associé n'est possible que si cette possibilité est prévue par le contrat. L'exclusion aura donc un caractère contractuel. La doctrine exige une décision prise à l'unanimité⁵².
- **Dans les sociétés en nom collectif**, le CCT énumère trois possibilités⁵³ :
 - (i) La faillite de l'associé. En cas de faillite, les autres associés peuvent exclure l'associé en faillite (art. 196 CCT). Cependant, les statuts peuvent supprimer le droit d'exclusion, même en cas de faillite (art. 196 CCT) ;
 - (ii) La notification de la dissolution. La dissolution de la société peut être notifiée par un associé, si la société est fondée pour une durée indéterminée (art. 198/I CCT) ou par un créancier d'un associé lorsque ce créancier a fait saisir la part de liquidation de son débiteur (art. 191 CCT). Dans les deux cas, l'associé en question peut être exclu pour empêcher la dissolution et de garantir la continuation de la société.
 - (iii) L'objection faite par un créancier d'un associé à la prolongation de la durée de la société (art. 190 CCT). L'associé sera exclu pour prévenir que la société sera dissoute par l'expiration du délai.

Dans tous ces cas la décision est prise à l'unanimité.

- **Dans les sociétés en commandite**, le CCT renvoie aux dispositions concernant la société en nom collectif (art. 267 CCT). Par conséquent les mêmes règles s'appliquent sans distinguer les commanditaires et les commandites.
- **Dans les sociétés à responsabilité limitée**, deux possibilités sont à signaler :
 - (i) En cas de justes motifs. L'art. 551/III CCT reconnaît la possibilité pour la société de demander au juge l'exclusion d'un associé pour de justes motifs si la demande recueille l'adhésion de la majorité des associés représentant la

⁵² Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p.74 No: 98a. S'il n'est pas possible d'obtenir l'unanimité, il conviendrait de demander la dissolution de la société pour juste motif (art. 535/II CO). Poroy propose également l'application de l'art. 197 CCT (société en nom collectif) par analogie. Voir Poroy, (Tekinalp/Camoglu), p. 75 No: 98a.

⁵³ Sur ce sujet voir en détail, Camoglu, E., Kollektif Ortaklikta Hakli Sebep Kavrami ve Ortagin Hakli Sebepi Cikarilmasi (La notion de juste motif dans la société en nom collectif et l'exclusion d'un associé pour juste motif), İstanbul 1976 ; Bastug, I., Kollektif Sirkette Ortagin Hakli Sebepi Cikarilmasi (L'exclusion d'un associé pour juste motif dans la société en nom collectif), ABD, 1971, V. 6, p. 805 ss.

majeure partie du capital social⁵⁴. Il faut signaler que, selon la Cour de Cassation turc, l'exclusion pour de justes motifs d'un associé dans une société formée de deux associés, entraîne la dissolution de la société (pour raison de l'absence au moins de deux associés) et ne permet pas sa continuation avec un seul associé⁵⁵. Cependant, cette approche est fortement critiquée par la doctrine⁵⁶.

- (ii) En cas de demeure. Selon l'art. 529 CCT, l'associé qui ne verse pas dans le délai fixé le montant qui lui est réclamé peut être exclu de la société. Il faut cependant qu'une double sommation soit faite par un notaire et que des délais qui ne seront pas inférieurs à quinze jours soient impartis. L'associé exclu continue à répondre des versements dus.
- **Dans les sociétés anonymes**, l'exclusion d'un associé n'est permise qu'en cas de demeure pour le paiement de sa part sociale. En effet, il ne s'agit pas d'un droit d'exclusion comme celui prévu pour les autres sociétés, mais elle crée les mêmes effets. Selon l'art. 407 CCT, le conseil d'administration peut déclarer que l'associé est déchu des droits résultants de sa souscription et que ses versements sont acquis à la société. Le conseil est tenu de publier des appels de versements dans la Gazette Officielle de Registre de Commerce et, au surplus, en la forme prévue par les statuts en lui impartissant un nouveau délai d'un mois au moins⁵⁷. La déchéance ne peut être prononcée que si l'actionnaire ne paie pas non plus dans le nouveau délai (art. 408 CCT). Les statuts ne peuvent pas prévoir les cas d'exclusion. Même la perte de la qualité d'associé (les sociétés pour lesquelles le législateur impose des règles spéciales à propos de la qualité d'associé) n'est pas reconnue comme une raison pour exclure l'associé.

III. A LA LIMITE DE LA SOCIETE

1. Les relations entre le pacte extra-statutaires et la société

L'ordre que la société est soumise tout d'abord à des règles impératives du CCT et ensuite, les statuts et les décisions de l'assemblée générale⁵⁸. Les dispositions des statuts ne peuvent pas être contraires au Code et les décisions de l'assemblée générale ne peuvent pas être contraires au Code et aux statuts. Le pacte extra-statutaire n'a pas de place dans l'hierarchie des règles applicables à la société. L'appellation utilisée généralement pour les pactes extra-statutaires, du « *contrat soumis au droit des obligations qui découle de principe de la liberté contractuelle* » montre assez bien que ce contrat se trouve en dehors du droit des sociétés. En effet, les seules restrictions légales reposant sur ce contrat proviennent des articles 19 et 20 CO. Cette indépendance du pacte extra-statutaire au droit commercial est basée aussi au fait que la société, la personne morale et les associés sont indépendants l'un de l'autre. Ce

⁵⁴ La doctrine soutient que l'exclusion d'un associé qui notifie la dissolution de la société doit être acceptée, Poroy/Tekinalp/Camoglu, p. 857 No: 1678a. Il s'agira en effet un cas d'application de l'art. 551/III CCT qui ne doit pas être considéré comme un motif d'exclusion particulier.

⁵⁵ Voir l'arrêt du 25 septembre 1985, 11^e Chambre de la Cour de Cassation, E. 1985/3521, K. 1985/4788, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (Revue de droit bancaire et commercial), T. XII, V. 4, p. 158 ss ; l'arrêt du 20 juin 1980, 11^e Chambre de la Cour de Cassation, E. 1980/3208, K. 1980/3285, cité dans l'arrêt précédent ; l'arrêt du 29 novembre 1991, 11^e Chambre de la Cour de Cassation, E. 1991/3056, K. 1991/6358 in Yargitay Kararlari Dergisi (Revue des arrêts de la Cour de Cassation), T. 18, V. 2, p. 226.

⁵⁶ Poroy/Tekinalp/Camoglu, p. 858 No: 1678b.

⁵⁷ Pour les titres nominatifs, la sommation a lieu par un avis adressé sous plis recommandé aux actionnaires inscrits sur le registre des actions (art. 408/II).

⁵⁸ Okutan Nilsson, G., Anonim Ortakliklarda Pay Sahipleri Sozlesmeleri (Les conventions d'actionnaires dans les sociétés anonymes), Istanbul 2004, p. 43.

principe d'indépendance explique la séparation des patrimoines des associés et de la société⁵⁹. L'indépendance des associés de la personne morale se résume en l'indépendance de la volonté des associés et celle de la société.

Les conventions d'actionnaires englobe deux grandes catégories de conventions, d'une part les conventions qui restreignent la cessibilité des titres (ou relatives au capital) et, d'autre part, celles qui portent sur l'exercice du droit de vote (ou relatives à l'exercices du pouvoir). Les premières recouvrent deux sous-catégories de conventions : les clauses d'inaliénabilité, d'agrément et de préemption, des autres clauses, issues de la pratique, telles que les clauses de sortie commune, les conventions d'option d'achat (« *call option* ») et de vente (« *put option* ») et le cas particulier des conventions de portage (impliquant option de vente à prix plancher et paiement d'un intérêt). Les conventions de vote portent sur l'exercice du droit de vote des actionnaires à l'assemblée générale. Leur portée varie de l'engagement ponctuel de concertation avant le vote à l'une ou l'autre assemblée(s) générale(s), jusqu'à des obligations plus larges, telles que celle de souscrire à une augmentation de capital, ou le recours à des mécanismes qui affectent, aménagent ou infléchissent les principes de fonctionnement de la société, tels que les clauses de représentation proportionnelle des administrateurs ou celles qui portent sur la (non) révocabilité des administrateurs.

Si on prend comme exemple les conventions de vote, on remarque que les pactes de votation créent indiscutablement des droits et obligations dans les chefs des parties contractantes. Une opinion traditionnelle considère que la convention dans le chef des parties contractantes est un « *res inter alios acta* », que le contrat ne déploie ses effets qu'entre les parties, lesquels effets sont dès lors inopposables aux tiers ou à la société sur les actions de laquelle porte la convention. Tierce à la convention, la société ne doit pas voir son fonctionnement affecté par le vote pris par un actionnaire qui a violé son obligation de vote.

On oppose souvent à cette opinion, car il n'est plus aujourd'hui sérieusement contesté qu'un accord non statutaire aurait moins d'effet que s'il faisait l'objet d'une disposition des statuts, qui bénéficient d'un régime strict de publicité. Aussi, sur base de ce constant, une convention valide et parvenue à la connaissance de la société (ou d'un actionnaire minoritaire) doit donc être respectée par la société, qui ne peut feindre de l'ignorer. On perçoit ici les ressources avantageuses que peut procurer la théorie, déjà évoquée, de la tierce complicité de la violation d'un contrat conclu entre les parties, puis ordonner l'exécution en nature, en faveur du bénéficiaire de la convention (exécution forcée).

La matière des conventions d'actionnaires est le lieu naturel d'expression de la traditionnelle opposition entre la société-contrat et la société-institution. La distinction est importante : S'il y a contrat, les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre public. Lorsqu'il y a une institution, les parties adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règle, sans pouvoir les modifier.

2. Le contrat et le droit boursier

Le droit boursier reconnaît, presque dans chaque système juridique une obligation de notification et d'information à la charge de toute personne (physique ou morale) agissant seule ou de concert en cas d'obtention d'un certain pourcentage du capital ou de droits de vote d'une société cotée. Cette notification viserait la société, la Commission du Marché du

⁵⁹ Tekianalp/Tekinalp, *Perdeyi Kaldırma Teorisi (La théorie de la levé du toile)*, Reha Poroy'a Armagan, Istanbul 1995, p. 387; Yanlı, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karsi Sorumlu Kilinmesi (La levé du toile dans les sociétés anonymes et la responsabilités des actionnaires contre les créanciers de la société)*, Istanbul 2000, s. 10ss; Okutan Nilsson, p. 43.

Capital (par la suite « CMC ») et le public. En droit turc, cette obligation est reconnue comme une conséquence de l'obligation d'information, issue de l'idée de transparence du marché financier, des sociétés cotées.

Le Communiqué série VIII numéro 39 du CMC impose aux acteurs des marchés financiers l'obligation d'informer le public concernant tout événement qui pourrait avoir une incidence sur la valeur des titres, les décisions des acteurs et les réactions des investisseurs. Le Communiqué prévoit deux hypothèses importantes: La première consiste au changement de la structure du capital de la société ou des droits de vote des titres issus de la convention de « *collect proxy* », d'un contrat ou du changement direct ou indirect de l'administration⁶⁰. La deuxième hypothèse comprend les cas où une personne physique ou morale vient à posséder un nombre d'actions représentant 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 1/3, 50%, 2/3, 75% des droits de vote ou du capital de la société⁶¹. Cette notification devrait aussi se faire lorsque la participation au capital ou les droits de vote devient inférieure aux seuils visés ci-dessus.

La notion d'offre publique d'achat (OPA) recouvre plusieurs opérations économiques et juridiques dont le trait commun réside dans le fait de proposer aux actionnaires d'une société cotée (dite société cible) le rachat de leurs actions moyennant un prix⁶². Le principe essentiel de l'OPA réside dans la totale liberté de réponse à l'offre. Il en résulte qu'aucune restriction ne peut être imposée à l'exercice de cette liberté par les actionnaires de la société visée. Les clauses d'agrément statutaires ne leur sont pas opposables ; il en va de même des stipulations qui pourraient être contenues dans un pacte d'actionnaires. Et, encore, les ordres émanant des actionnaires de la société visée par l'OPA et par lesquels ils manifestent leur intention de répondre favorablement à l'offre sont révocables à tout moment jusqu'à la clôture de l'OPA.

En conclusion, on peut dire que l'OPA, constitue une offre faite pour les actionnaires de la société visée. L'OPA, du fait des dispositions légales ayant but d'organiser un système d'OPA objectif et effectif, affecte et rend inapplicable certaines conventions ou dispositions régissant le transfert des actions.

3. Le groupe de sociétés et le contrat

Un groupe de sociétés est constitué par l'ensemble des sociétés dépendant d'un centre de décision ultime, la société tête de groupe peut notamment unifier certains aspects de la gestion financière et de la fiscalité. Néanmoins, le groupe peut comporter une pluralité de centres de décision, en ce qui concerne la politique de production, de vente ou de gestion.

Si on écarte le mécanisme de concentration par voie de fusion, on remarque que la concentration des sociétés, qui s'effectue alors sans que la personnalité morale et l'autonomie juridique des sociétés groupées ne soient remises en cause, est susceptible de revêtir deux significations économiques différentes. La concentration peut être effectuée autour d'une entreprise plus dynamique qui va, progressivement prendre le contrôle de sociétés jusqu'ici indépendantes et qui vont devenir ses filiales. Dans ce cas, c'est évident de remarquer la relation contractuelle entre ces sociétés, la mère et ses filles. La concentration peut, aussi, prendre la forme d'un simple rapprochement entre plusieurs sociétés sans qu'aucune entre elles n'exerce sur les autres une influence dominante. En pratique, on parle de la création des

⁶⁰ Voir également, Tanor, R., *Türk Sermaye Piyasası (Le marché des capitaux turc)*, T. II, Istanbul 2000, p. 217.

⁶¹ Communiqué du CMC, Série VIII, numéro: 39, art. 5/II.

⁶² Jeantin, p. 409.

groupements de collaboration⁶³. C'est dans ce deuxième cas que l'existence d'une relation contractuelle entre les sociétés qui constituent le groupe est discutée en doctrine.

Pour la reconnaissance de l'existence d'un groupe de sociétés, la démonstration d'une relation contractuelle, voire un contrat entre ses membres n'est pas obligatoire. Tandis que dans le fonctionnement du groupe, on voit de nombreux contrats conclus entre la société mère et ses filiales, entre les filiales etc.

L'existence d'un groupe conduit à l'application quasi-systématique de certaines règles du droit commun des sociétés, pas de doute dans la doctrine à propos du caractère institutionnel du groupe. Par contre, il en va autrement à propos de son caractère contractuel.

Le groupement de sociétés sur une base égalitaire emprunte de nombreuses formes. Certains regroupements ne nécessitent pas la création d'une personne morale autonome en raison notamment de leur objet limité dans le temps. Certains contrats -conventions d'entreprises conjointes, groupements momentanés d'entreprise- vont alors être utilisés afin d'organiser la coopération entre deux ou plusieurs sociétés⁶⁴. De même, la technique de la société en participation pourra-t-elle, fréquemment, être utilisée afin d'organiser une coopération entre plusieurs entreprises, notamment dans le commerce international. La technique sociétaire, tout comme celle du contrat, permet donc de mettre en place les structures nécessaires à la collaboration entre entreprises. Lorsqu'un plus grand besoin de stabilité et d'organisation se fait sentir, on recourra à des procédés reposant sur l'existence d'une personne morale. Ces entreprises sociétaires conjointes peuvent se présenter soit sous la forme d'une société commerciale, on parle alors de filiale commune, soit sous la forme de groupements *sui generis* personnalisés dont le modèle est constitué par le groupement d'intérêt économique⁶⁵.

Dans plupart des pays, y compris la Turquie, la législation concernant les sociétés commerciales est basée sur l'idée que chaque société commerciale constitue une unité indépendante. Par contre, cette structure devient de plus en plus incompatible avec la situation actuelle. Le fait qu'une entreprise ou une société constitue la majorité dans une autre société par la voie de droit de vote ou des contrats du droit des obligations et qu'elle contrôle et gouverne ce dernier, démontre que la société contrôlée juridiquement indépendante, ne l'est pas économiquement⁶⁶. Cette contradiction entre cette dépendance économique et l'indépendance juridique met en place certaines conséquences : premièrement, la compétence des organes de la société concernant l'administration de la société réduit, voire disparaît, et puis, l'idée de l'intérêt du groupe dépasse celle de l'intérêt de la société, elle-même, et dernièrement la situation de l'actionnaire minoritaire devient encore plus dure dans le contexte du groupe⁶⁷.

4. La dissolution de la société est-elle la fin d'un contrat

Il résulte des dispositions particulières à chaque type de sociétés, que les causes spécifiques de dissolution se diffèrent sensiblement. Les sociétés commerciales de personnes sont susceptibles d'être dissoutes à raison de la survenance de certains événements affectant l'un

⁶³ Jeantin, p. 424.

⁶⁴ Jeantin, p. 430.

⁶⁵ Jeantin, p. 430.

⁶⁶ Tekinalp, (Poroy/Camoglu), p. 976 No: 1992.

⁶⁷ Sur ce sujet voir en général, Tekinalp, U., Halka Acik Anonim Ortakliklarda Yonetime Katilma Sorunlari (Les problèmes concernant la participation à la gestion dans les sociétés ouvertes au public), Istanbul, 1979.

de leurs associés. Il s'agit du décès⁶⁸, de la faillite⁶⁹, de l'interdiction⁷⁰, de l'exécution forcée sur la part de liquidation⁷¹.

Tandis que les sociétés de capitaux sont dissoutes pour les motifs incombant à la société même : par l'expiration du temps pour lequel la société est formée (art. 434/1 CCT), par le fait que le but social est atteint ou que la réalisation en est devenu impossible (art. 434/2 CCT), par la perte de deux tiers du capital social (art. 434/3 CCT), par la diminution du nombre d'actionnaires en dessous de cinq (art. 434/4 CCT), par la demande des créanciers (art. 434/5 CCT), pour les raisons prévues dans les statuts (art. 434/6, art. 549/1 CCT), par la fusion avec une autre société (art. 434/7 CCT), par l'ouverture de la faillite (art. 434/8, art. 549/3 CCT), par une décision de l'assemblée générale prise avec une majorité qualifiée (art. 434/9, art. 549/2 CCT).

La dissolution suivie par la liquidation de la société provoquera la fin du contrat. Lors de la liquidation, la société gardera sa personnalité juridique et ses organes dans le but de l'accomplissement de la procédure. L'objet du contrat, disparu par la dissolution totale de la société, le contrat de société restera sans objet et frappé de nullité, sauf les cas rares où les associés avaient décidé de continuer à leur relation juridique avec un contrat de société simple. On parlera, alors, d'une révision de contrat de société.

⁶⁸ Il est ainsi pour la société simple (art. 535/2 CO, à moins qu'il n'ait été convenu antérieurement que la société continuerait avec les héritiers), la société en nom collectif (art. 195 CCT) et la société en commandite (art. 267, 195 CCT).

⁶⁹ Il en va de même pour la société simple (art. 535/3 CO), la société en nom collectif (art. 185/5 CCT), et la société en commandite (art. 267, 185/5 CCT) et la société à responsabilité limitée (art. 522/I CCT; l'administration de la faillite peut, après un avertissement donné au moins six mois à l'avance, demander la dissolution de la société).

⁷⁰ Il est ainsi pour la société simple (art. 535/3 CO), la société en nom collectif (art. 185/I CCT, art. 535/3 CO) et la société en commandite (art. 267, 185/I CCT).

⁷¹ Il en va de même pour la société simple (art. 535/3 CO), la société en nom collectif (art. 185/I CCT, art. 535/3 CO) et la société en commandite (art. 267, 185/I CCT).