

100 %
DROIT



DROIT DES SOCIÉTÉS

7^e édition

DEEN GIBIRILA



*Illustré par
des exemples*

ellipses

Partie préliminaire

LA CONNAISSANCE DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Chapitre 1

La raison d'être des sociétés

10. Il s'agit de se demander pourquoi une personne désireuse de créer une entreprise, choisit la forme sociétaire plutôt que la forme individuelle ou encore, pourquoi le propriétaire d'une entreprise individuelle décide de la mettre en société¹. Le plus souvent, la décision résulte de la volonté de pallier les insuffisances de l'entreprise individuelle, tant du point de vue juridique (**Section II**), qu'économique et financier (**Section III**), fiscal (**Section IV**) et social (**Section V**).

Si la forme sociétaire offre par rapport à l'entreprise individuelle des avantages indéniables, ceux-ci sont toutefois atténués par l'alourdissement de la gestion, les frais de constitution de la société et le risque de perdre le contrôle de l'entreprise qui s'ensuivent.

Il convient préalablement d'établir une comparaison entre la société et l'entreprise individuelle (**Section I**).

1. S. Jambort, *Raison d'avoir et raison d'être* : Mélanges D. Gibirila (Rencontres multicolores autour du droit), p. 171, Presses UT1, 2021 – Th. Favario, *Le « doute existentiel » de la société. La « raison d'être »* : Mélanges D. Gibirila (Rencontres multicolores autour du droit), p. 137, Presses UT1, 2021.

Section I

La comparaison entre la société et l'entreprise individuelle

11. En France, le nombre d'entreprises individuelles est plus élevé que celui des entreprises sociétaires (sociétés). Depuis la création du régime de l'auto-entrepreneur en 2009, devenu micro-entrepreneur depuis le 1^{er} janvier 2016, les chiffres de l'INSEE révèlent une plus grande proportion de création entreprises individuelles que de société. Le créateur d'entreprise effectue son choix en fonction de la nature de son projet, c'est-à-dire de son activité, et de ses perspectives d'évolution.

La principale caractéristique de la société réside dans la création d'une entité juridique distincte de ses créateurs. Dans la société, c'est elle en tant que personne morale qui exerce l'activité, tandis que dans l'entreprise individuelle, c'est l'exploitant en tant que personne physique, titulaire de la personnalité juridique qui la met en œuvre.

Il s'ensuit qu'au regard du choix structurel opéré par l'entrepreneur, les formalités seront plus succinctes en ce qui concerne l'entreprise individuelle pour laquelle l'immatriculation suffit. En revanche, la création de la société exige des formalités plus importantes¹.

En outre, l'entreprise individuelle qui agit et en son nom et pour son propre compte, fonctionne selon des règles plus simples que la société. Elle prend seule les décisions, mais engage en contrepartie sa propre responsabilité et répond personnellement de ses dettes.

Signalons toutefois, qu'avec la loi n° 2022-172 du 14 février 2022² en faveur de l'activité professionnelle indépendante et le décret n° 2022-725 du 28 avril 2022, le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel est davantage protégé dans la mesure où seuls les biens nécessaires à l'activité professionnelle peuvent être saisis en cas de défaillance de l'entrepreneur débiteur. Désormais, il peut réduire la portée de sa responsabilité et mettre ses biens personnels à l'abri des poursuites des créanciers professionnels.

Il en va autrement du dirigeant qui intervient au nom et pour le compte de sa société personne morale, mais doit rendre compte de sa gestion aux associés qu'il doit éventuellement consulter pour prendre certaines décisions. Il ne répond pas personnellement des dettes de la société dont il est associé, sauf si celle-ci est à risque illimité (sociétés civiles, société en nom collectif, société en commandite simple), sauf également sous certaines conditions dans le cadre d'une société en liquidation judiciaire³. En effet, lorsque celle-ci révèle une insuffisance d'actif, le tribunal peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, décider que le montant de celle-ci sera supporté en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux ayant contribué à la faute de gestion.

1. *Infra* n° 87 à 94.

2. B. Dondero, *Place de l'entrepreneur individuel à deux patrimoines* : Rev. soc. 2022, p. 199. – R. Mortier, *Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel* : Dr. soc. mai 2022, étude 6. – A. Pando, *Patrimoine : un nouveau statut pour les professionnels indépendants* : Actu juridique 4 mai 2022 ; *Entreprise individuelle : les contours du patrimoine professionnel* : Actu juridique 27 mai 2022. – D. Poracchia et J.-N. Stoffel, *Panorama sur le nouveau statut de l'entrepreneur individuel* : BJS 2022, n° 9, p. 22 – Dossier spécial, « La réforme de l'entrepreneur individuel par la loi du 14 février 2022 » : Lxb affaires n° 709, 17 mars 2022.

3. C. com., art. L. 651-2, responsabilité pour insuffisance d'actif.

Section II

Les avantages juridiques de la société

II-1. Ces avantages résident essentiellement dans la séparation du patrimoine social de celui des associés. L'entreprise individuelle s'identifie totalement à la personnalité de son créateur ; d'où une confusion des patrimoines civils et commerciaux et un engagement des biens personnels de l'entrepreneur. Pour peu que ce dernier soit marié sous le régime de la communauté universelle, le patrimoine conjugal peut aussi être mis en cause.

L'abandon de la forme d'entreprise individuelle personne physique au profit de la forme sociétaire permet de répartir entre les associés (lorsque celle-ci est pluripersonnelle) le risque produit par les activités économiques et même, de le limiter en le faisant supporter seulement par le patrimoine de la société. En effet, la responsabilité de chaque associé est limitée à son apport, excluant ainsi ses biens propres. Bien évidemment, il convient d'éviter le recours à la société en nom collectif dont les membres répondent indéfiniment et solidairement du passif social.

Cette séparation théorique des patrimoines individuel et social s'avère dans la pratique très incertaine¹. Tout d'abord, lors des ouvertures de crédit consenties par les établissements bancaires, ceux-ci ne se contentent pas de la responsabilité limitée des dirigeants sociaux ; ils exigent l'engagement de ces derniers sur leur patrimoine personnel au titre de caution. Ensuite, en cas d'ouverture d'une procédure collective de la société et que la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou que la liquidation judiciaire révèle une insuffisance d'actif à laquelle la faute de gestion d'un dirigeant de droit ou de fait a contribué, le tribunal peut mettre à la charge de ce dernier, tout ou partie des dettes sociales². Il en va de même, en cas de liquidation judiciaire de la société et que la faute d'un dirigeant coupable de certains actes tels que la disposition des biens de la personne morale comme des siens propres, a contribué à la cessation des paiements³. La responsabilité limitée risque donc d'être illusoire, lorsque l'entreprise se trouve en difficulté et ne peut plus répondre à ses engagements. Les intérêts juridiques de la société sont plus assurés sur d'autres plans.

Dans le cadre de l'entreprise individuelle, le décès du commerçant ou de l'artisan s'accompagne fréquemment de la disparition de l'exploitation qui tombe en indivision et devient de ce fait plus difficile à gérer. À l'inverse, la société permet généralement d'assurer la pérennité de l'entreprise. Cela est surtout vrai pour la société anonyme dans laquelle la personnalité des associés ne joue pratiquement aucun rôle et même, pour la SARL, bien que celle-ci tienne compte des qualités personnelles de ses membres. La personne morale se maintient avec les héritiers auxquels sont attribuées les parts ou actions du défunt.

L'entreprise individuelle reste liée en outre, au bon vouloir et à la vie de l'entrepreneur. De son vivant, il est parfois difficile à celui-ci d'en assurer la continuité et, lorsqu'il envisage de la céder, se posent les problèmes de l'évaluation des éléments de son patrimoine, de la publicité donnée à

1. C. Campels, *Limiter sa responsabilité au travers de la création d'une société: réalité, rêve ou utopie?*: JCP N 1995, doctr., p. 1387.

2. C. com., art. L. 651-2.

3. C. com., art. L. 652-1.

cette évaluation et de la négociation avec le bailleur d'immeuble. La transmission de l'entreprise est par conséquent plus facile à réaliser quand elle est exploitée sous la forme sociétaire, non seulement en cas de décès, mais également lorsque les dirigeants proches de la retraite souhaitent laisser la place à leurs enfants ou à des tiers repreneurs. La cession d'actions ou de parts sociales s'opère aisément et à des conditions fiscales souvent avantageuses.

En revanche, la structure sociétaire s'adapte mal au parcours inverse. Le retour à l'entreprise individuelle implique une dissolution de la société avec répartition des acquis sociaux et des biens apportés. Vis-à-vis des impôts directs, les incidences sont ceux d'une cessation d'entreprise avec imposition immédiate des bénéfices en cours, des provisions non utilisées et des plus-values acquises par les éléments de l'actif immobilisé.

Section III

Les avantages économiques et financiers de la société

12. Si l'activité et les ressources d'un seul individu suffisent dans la plupart des cas pour créer une entreprise qui ne nécessite pas au départ de gros investissements, le développement de celle-ci exige une augmentation des sommes engagées et un recours au crédit bancaire. En général, la société peut trouver plus aisément des capitaux que l'entreprise individuelle. Ainsi, peut-elle faire appel aux ressources des différents associés qui sont souvent plus importantes que celles d'une seule personne.

À ceci, il faut ajouter que certaines personnes, sans pour autant devenir associées, mais étant intéressées à l'affaire, fournissent à la société une sûreté personnelle (cautionnement) ou réelle (hypothèque) ou les deux (cautionnement réel), indispensables à l'obtention de crédits bancaires, lorsque la société ne comprend que des associés dont la responsabilité est limitée à leurs apports (SARL, société anonyme...) ou n'offre pas une garantie financière suffisante, bien que la responsabilité de ses membres soit indéfinie et solidaire (associés de société en nom collectif, commandités de la société en commandite simple).

Il apparaît donc que les crédits sont plus aisément octroyés par les banques à plusieurs personnes qu'à une seule, lorsque les garanties offertes sont plus importantes.

S'agissant des grandes entreprises commerciales et industrielles dont les besoins en capitaux sont considérables, les sociétés par actions qui sont pratiquement toujours des sociétés anonymes, permettent seules de faire une offre au public. Elles peuvent par exemple, convier les actionnaires existants et les tiers à souscrire une augmentation de capital ou à solliciter les épargnants pour qu'ils leur prêtent de l'argent dans le cadre d'un emprunt obligataire, contre le versement d'un intérêt annuel. En outre, les sociétés par actions constituent le terrain privilégié des concentrations économiques. Plusieurs techniques de rapprochement de sociétés sont proposées : prises de participations, concentration avec fusion, constitution de groupes (société-mère et filiales)... Ces opérations inhérentes aux techniques sociétaires ne peuvent se réaliser au sein d'une entreprise individuelle. Les groupements les plus importants ainsi réalisés occupent une place de choix sur l'échiquier économique mondial.

Section IV

Les avantages fiscaux de la société

13. La mutation de l'entreprise individuelle en entreprise sociétaire est souvent commandée par des motifs fiscaux ou de sécurité sociale, alors que sur le plan économique, l'opération ne présente pas nécessairement un intérêt pour les exploitations de dimension modeste¹. L'option en faveur de telle ou telle forme sociale est également déterminée par la politique fiscale de l'État au profit de tel ou tel type de groupement.

Dans l'entreprise individuelle, la totalité du bénéfice est soumise à l'impôt sur le revenu (bénéfices industriels et commerciaux) et subit les effets de la progressivité de l'impôt. Les entreprises doivent nécessairement dégager des profits afin d'assurer un autofinancement, condition de leur survie. Le taux maximum de l'impôt sur le revenu est rapidement atteint et la ponction fiscale est d'une ampleur telle, qu'elle paralyse tout autofinancement. De plus, l'exploitant ne peut pas déduire fiscalement la rémunération de son travail car le bénéfice du salaire fiscal ne lui est pas reconnu. Les sommes qu'il prélève au cours de l'année dans la caisse de l'entreprise ne constituent pas une dépense déductible du revenu ou du bénéfice. Compte tenu de son caractère progressif, l'impôt devient très lourd si l'entrepreneur réalise d'importants bénéfices. Ce dernier peut toutefois adhérer à un centre de gestion agréé; ce qui lui ouvre droit à certains abattements et le régime du forfait peut être adopté pour la petite entreprise.

Dans l'entreprise sociétaire, le régime fiscal varie suivant le type de société adopté. Les sociétés de personnes ont un statut fiscal identique aux entreprises individuelles et relèvent de l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP), sauf si elles optent pour le régime de l'impôt sur les sociétés. Les bénéfices réalisés sont directement imposés entre les mains des associés (régime de semi-transparence²). Dans les sociétés de capitaux et dans la SARL, dites sociétés opaques, les bénéfices sont d'abord frappés de l'impôt sur les sociétés (IS) dont le montant s'élève actuellement à 33,33 %, puis lorsqu'ils sont distribués sous forme de dividendes aux associés, ils constituent pour chacun d'eux un revenu imposable.

Cependant, certaines sociétés de personnes (sociétés en participation, sociétés civiles, y compris les sociétés civiles professionnelles, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite simple), les EURL dont l'associé unique est une personne physique et les EARL, peuvent opter pour l'impôt sur les sociétés³. Ce choix qui est irrévocable doit être notifié avant la fin du troisième mois de l'exercice au titre duquel l'entreprise désire bénéficier pour la première fois de cet impôt⁴. Il est signé dans les conditions posées par les statuts ou, à défaut, par tous les associés, dans la mesure où leurs engagements s'en trouvent modifiés.

1. M. Cozian, *La fiscalité des constitutions de société*: JCP E 1992, I, 171; *Les métamorphoses fiscales de l'entreprise individuelle*: JCP E 1992, I, 157 – J.-P. Garçon, *Mise en société de l'entreprise individuelle: l'apport n'est pas une opération magique*: JCP E 1995 I, 501 – O. Renault, *Du traitement fiscal des mises en sociétés: le dernier inventaire*: JCP E 1996, I, 581.

2. M. Cozian, *Images fiscales: transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés*: PA 24 janv. 1996, n° 11, p. 5.

3. CGI, art. 206-3.

4. CGI, art. 239.

Par ailleurs, la loi de modernisation de l'économie (LME) n° 2008-776 du 4 août 2008 a apporté une dérogation à l'assujettissement obligatoire des SARL et des sociétés de capitaux à l'impôt sur les sociétés. Elles peuvent opter pour le régime de l'impôt sur le revenu, sous réserve de répondre à deux conditions¹ :

- d'une part, la société ne doit pas être cotée. Elle doit avoir été créée depuis au moins cinq ans. Elle doit exercer à titre principal une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale. Elle doit employer moins de 50 salariés et avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan inférieur à 10 millions d'euros ;
- d'autre part, 50 % du capital social et des droits de vote doivent être détenus par des personnes physiques, et au moins 34 % par un ou plusieurs dirigeants, ainsi que par des membres de leur foyer fiscal.

Le changement de régime fiscal entraînant une augmentation des engagements des associés, l'option doit être unanimement consentie par eux². L'option vaut seulement pour cinq ans et il est possible d'y renoncer, auquel cas la réintégration dans le domaine de l'IS devient définitive.

Section V

Les avantages sociaux de la société

14. La situation de l'entrepreneur individuel est défavorable sur un point particulier : le chef d'entreprise ne perçoit pas d'indemnité en cas d'arrêt de travail, ni d'assurance chômage gérée par l'UNEDIC. Pour se protéger contre ce risque en cas de défaillance de son entreprise, il est obligé de cotiser lui-même à une caisse indépendante, mais les sommes qu'il verse ne sont pas fiscalement déductibles. Il en va différemment des dirigeants de sociétés anonymes ou de SAS et du gérant minoritaire d'une SARL soumise à l'impôt sur les sociétés, qui sont assimilés à des cadres salariés. À ce titre, ils bénéficient des avantages attachés au régime de Sécurité sociale et au régime de retraite et de prévoyance des cadres salariés, mais pas de la protection contre le chômage, sauf à conclure un contrat de travail avec la société.

En revanche, la protection sociale de l'entrepreneur individuel a été améliorée dans d'autres secteurs. Celui-ci bénéficie des prestations familiales du régime général, d'une assurance vieillesse et d'une assurance maladie-maternité dans le cadre d'un régime autonome. Les caisses ont le pouvoir de mettre en place des indemnités journalières. Bien que l'organisation des régimes autonomes des non-salariés conserve quelques particularismes, ceux-ci s'atténuent en matière de cotisations et de prestations. Une harmonisation avec le régime général des salariés tend donc à s'instituer.

La loi Madelin n° 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle a conféré aux entrepreneurs individuels la faculté de déduire fiscalement dans certaines limites et conditions, les cotisations destinées à financer la protection sociale complémentaire facultative : retraite, prévoyance et perte subite d'emploi. Le bénéfice de ces prérogatives a été étendu au gérant majoritaire de SARL par la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés.

1. CGI, art. 239 bis AB.

2. C. civ., art. 1836.

Chapitre 2

Les différentes formes ou catégories de sociétés et groupements d'affaires

Section I

La société et les qualifications voisines

Sous-section 1

La société et les groupements voisins

15. La définition actuelle de la société par la loi du 4 janvier 1978 ne permet pas toujours de différencier celle-ci d'autres groupements privés, en particulier l'association (§ 1) et le GIE (§ 2), d'autant plus que se dessine un rapprochement des différents groupements¹. Les autres distinctions, celles avec la fondation (§ 3) et l'indivision (§ 4), sont plus aisées à établir.

§ 1 – La société et l'association

A – Le critère de distinction

16. L'association se différencie fondamentalement de la société en ce que son but n'est pas de partager les bénéfices entre les membres². En effet, selon l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, elle est « *une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* ». En revanche, rappelons qu'en vertu de l'article 1832 du Code civil, la société est constituée « *... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter...* ». Le terrain d'élection de l'association est par conséquent celui des activités désintéressées, à savoir : philanthropiques, culturelles, culturelles, artistiques, sportives et politiques. Mais la rédaction ambiguë de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne l'empêche pas, afin de réaliser son objet, de se procurer les ressources nécessaires par l'exercice d'activités lucratives. Il y a lieu de distinguer d'une part, l'autorisation de réaliser des bénéfices, d'autre part, la prohibition de partager des bénéfices.

Qu'entend-on par bénéfices ? Antérieurement à la loi du 4 janvier 1978, la notion de bénéfice pouvait être conçue de deux manières différentes. Dans une interprétation extensive, le bénéfice était non seulement ce qui augmente de façon visible, concrète, le patrimoine d'un individu,

1. D. Randoux, *Vers un droit commun des groupements* : JCP G 1996, I, 3982 – V. Grellière, *Propositions pour un droit commun des groupements personnalisés* : D affaires 1997, n° 35, p. 1133.
2. L. Nurit-Pontier, « Associations et sociétés » dans *Le droit associatif*, s/s dir de D. Gibirila : Journ. soc. juill. 2014, n° 121, p. 10 – D. Gibirila, *Sociétés et associations* : Lxb hebdo, éd. aff. n° 437, 24 sept. 2015.

mais aussi tout avantage d'où résulte une économie, une réduction de frais, de dépenses, de pertes. Éviter une perte revenait à réaliser un bénéfice. Interprété restrictivement, le bénéfice était un gain matériel, positif, visible, concret, ajoutant à la valeur du patrimoine des membres du groupement. La Cour de cassation avait opté pour la conception restrictive dans un arrêt rendu toutes chambres réunies le 11 mars 1914, en définissant le bénéfice comme : « *tout gain pécuniaire ou tout gain matériel qui ajouterait à la fortune des intéressés*¹ ». Il s'ensuivait que la réalisation d'une économie, c'est-à-dire le fait d'éviter un appauvrissement, ne constituait pas un bénéfice. Le législateur s'est néanmoins rallié à l'orientation extensive, en introduisant dans l'article 1832 du Code civil la notion d'économie susceptible de résulter d'une activité. Plus récemment, la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a accru cette tendance en permettant dans son article 1, I, 1° aux personnes morales de droit privé, dont les sociétés, de poursuivre un but « autre que le seul partage des bénéfices ».

B – Les intérêts pratiques de la distinction

1 – Les intérêts découlant du critère de distinction

a – Le principe

17. Le rapprochement des définitions des deux groupements données par l'article 1832 du Code civil et par la loi du 1^{er} juillet 1901 aboutit à l'une des solutions suivantes.

Lorsque le groupement envisage de partager les bénéfices procurés par l'action commune, il doit incontestablement revêtir la forme d'une société. Une association qui allouerait des bénéfices à ses membres pourrait être requalifiée en société créée de fait.

S'il est constitué dans un objectif purement désintéressé, sans rechercher un quelconque avantage patrimonial (profit ou économie), il doit prendre la forme d'une association. Une société qui ne poursuivrait ni bénéfice, ni économie, ne satisferait pas aux exigences de l'article 1832 du Code civil et serait nulle.

S'il a uniquement pour but de permettre à ses membres de réaliser des économies, c'est-à-dire de réduire leurs dépenses, notamment par l'obtention d'un service à un prix moindre qu'aux conditions habituelles du commerce, il peut être indifféremment une société ou une association. C'est l'exemple de nombreuses associations qui organisent des loisirs, des manifestations sportives, des voyages. De ce point de vue, sociétés et associations recouvrent un domaine commun assez étendu. Néanmoins, la forme de société paraît préférable à celle d'association, pour deux raisons :

- tout d'abord, la société bénéficie de la pleine capacité juridique, alors que celle de l'association est limitée ;
- ensuite, en cas de dissolution, les membres de l'association peuvent seulement reprendre leurs apports². À l'inverse d'une société, le *boni* de liquidation n'est pas réparti entre les

1. Caisse rurale de la commune de Manigod c/Administration de l'enregistrement : DP 1914, I, 257, note Sarrut ; S 1918, I, 103.

2. D. Lepeltier, *Apports et reprise d'apports dans les associations* : BJS 1997, p. 401.