

fiches de Droit des sociétés

4^e édition

Rappels de cours et exercices corrigés

Franck Marmoz



Introduction au droit des sociétés

- I. La notion de société
- II. Les enjeux du droit des sociétés

DÉFINITIONS

- **Fonds** : Ensemble des biens corporels et incorporels attachés à la conquête d'une clientèle commerciale, artisanale ou libérale. Le fonds de commerce est régi par les articles L141-1 et suivants du Code de commerce. L'activité agricole est délimitée par l'article L.311-1 du Code rural et de la pêche maritime, l'activité artisanale par l'article 19 de la loi du 9 juillet 1996 modifiée par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014. Enfin, l'activité libérale est définie pour la première fois par une loi du 22 mars 2012.
- **Procédures collectives** : Procédures applicables à une entreprise qui éprouve des difficultés de nature à la conduire à l'état de cessation des paiements ou qui est en état de cessation des paiements avéré (art. L. 620-1 s. C.com.).
- **Capitalisme Rhénan** : Il existe différentes formes de capitalisme construites par le temps, la culture d'un pays et même sa religion. Le capitalisme rhénan réunit l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse mais aussi le Japon. Il caractérise des sociétés holistes. Il s'oppose au modèle du capitalisme anglo-saxon réunissant pour sa part les États-Unis, le Canada, le Royaume-Uni et caractérisant des sociétés individualistes.

Le droit des sociétés trouve principalement sa source dans le Code civil aux articles 1832 et suivants et dans le livre deuxième du Code de commerce consacré aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique. Le Code monétaire et financier, en son livre deuxième, contient les dispositions relatives aux instruments financiers. La jurisprudence, les pratiques professionnelles, les Codes de gouvernance des acteurs économiques pour le droit interne et le droit de l'Union européenne, les directives, règlements et décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne, sont également des sources notables du droit des sociétés.

Les sociétés sont l'objet d'une réglementation abondante et en constante évolution afin d'adapter les structures juridiques des entreprises aux besoins du marché. Le droit positif résulte en partie de la transposition de directives

européennes ayant pour objet d'harmoniser le droit des Etats membres. Quelques lois méritent cependant d'être distinguées au regard de l'importance des modifications qu'elles ont apportées. La première est la loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, du 15 mai 2001, la deuxième est la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, dite loi LME, du 4 août 2008. Plus récemment, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, vise à poursuivre le mouvement de libéralisation de l'économie en simplifiant le droit des entreprises mais aussi en améliorant la gouvernance des sociétés et en proposant une redéfinition de la place des parties prenantes de la vie des sociétés.

I. La notion de société

Dans la vie des affaires, la notion d'entreprise est souvent plus employée que la qualification de société. Pourtant, l'entreprise est une notion que le droit peine à définir. Pour s'en tenir à l'essentiel, l'entreprise est la notion la plus large. Une entreprise est toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de fonctionnement (CJCE, 23 avril 1991, Höffner, aff. C-641/90, *Rec.* p. 1979, att. 21). Le décret n° 2008-1354 pris en application de la loi LME du 4 août 2008 utilise de la même manière des critères économiques pour qualifier l'entreprise à des fins statistiques pour l'INSEE. Selon cette dernière, on dénombrait 4 365 000 entreprises en France en 2018. 848 200 entreprises ont été créées en 2020. Les plus petites sont les microentreprises employant moins de 10 personnes, elles ont un CA ou un total du bilan n'excédant pas deux millions d'euros. Les petites et moyennes entreprises (PME) occupent moins de 250 salariés, ont un chiffre d'affaires de moins de 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros. Les entreprises de taille intermédiaire (ETI) emploient entre 250 et 4 999 salariés et ont soit un chiffre d'affaires inférieur à 1,5 milliard d'euros soit un total du bilan inférieur à deux milliards d'euros. L'une des faiblesses de l'économie française est l'insuffisance du nombre d'ETI comparativement à l'Allemagne, respectivement 5 800 contre 12 500. Ces entreprises constituent la richesse du tissu économique français.

D'autres formes que la société sont envisageables.

La plus évidente est l'entreprise individuelle. Le commerçant individuel, le professionnel libéral ou l'artisan, exploitent un fonds sans avoir fait le choix de la structure sociétaire.

La personne physique est propriétaire du fonds qui est l'un des éléments de son patrimoine. Si cette forme peut convenir aux entreprises de subsistance, elle n'est guère concevable pour les entreprises de plus grande taille, en partie en raison de l'absence de séparation entre le patrimoine personnel et le patrimoine professionnel (art. 2284 C. civ.) mais aussi en raison de la fiscalité.

Afin d'encourager la création d'entreprises, le législateur ne cesse de multiplier les dispositifs incitatifs. À ce titre, on peut mentionner le statut de l'auto-entrepreneur qui a rencontré un franc succès. Depuis la loi Pinel du 18 juin 2014, ce régime est devenu celui du micro-entrepreneur. Il offre des formalités de création allégées ainsi qu'un mode de calcul et de paiement simplifié des cotisations sociales et de l'impôt sur le revenu. La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative au statut d'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) n'a en revanche pas rencontré le succès escompté par le gouvernement (art. L. 526-6 s. C. com.). La déclaration d'insaisissabilité de l'article L.526-1 al. 2 du Code de commerce et surtout l'insaisissabilité de droit de la résidence principale prévue par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, article L. 526-1 al. 1 du Code de commerce, sont de nature à encourager la création d'entreprises individuelles en limitant la prise de risque. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a été publiée au JO du 15 février 2022. Le nouvel article L. 526-22 du Code de commerce dispose « *l'entrepreneur individuel est une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes* ». Il pose désormais comme principe une séparation du patrimoine professionnel et du patrimoine personnel marquant ainsi un rapprochement très net avec le statut des sociétés unipersonnelles. Ce dispositif remplacera l'EIRL.

L'association est une autre forme possible d'exploitation de l'entreprise. Il est souvent dit, à tort, qu'une association ne peut pas réaliser de bénéfices. En réalité, l'interdiction posée par leur statut est de distribuer des bénéfices. L'article 1 de la loi de 1901 dispose « *L'association est la 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* ». Cette technique d'exploitation de l'entreprise peut donc parfaitement convenir à certains entrepreneurs selon les motivations qui les animent. Le droit des affaires ne s'y trompe pas et fait preuve de pragmatisme puisqu'elles peuvent faire l'objet d'une procédure collective et être soumises aux impôts commerciaux. Les associations appartiennent au secteur de l'économie sociale et solidaire pour lequel la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 a prévu un statut juridique considérant que le secteur emploie 2,3 millions de salariés et pèse 10 % du PIB. L'article 1 de la loi définit l'économie sociale et solidaire comme « *un mode d'entreprendre et de développement économique adapté à tous les domaines de l'activité humaine* ».

Le Groupement d'Intérêt Économique (GIE) est une forme particulière d'entreprise puisque, doté de la personnalité, il est conçu pour être le prolongement de l'activité de ses membres. Son but est d'améliorer ou d'accroître les résultats de leur activité. Il n'a donc pas vocation à réaliser des bénéfices pour lui-même. Prévu aux articles L. 251-1 s. du Code de commerce, il souffre d'un déficit d'attractivité notamment en raison du fait que ses membres sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre.

Par conséquent, la société est l'une des techniques d'exploitation de l'entreprise. En 2020, 218 000 sociétés ont été créées. Aussi faut-il s'interroger sur l'opportunité de la technique du choix sociétaire.

De nombreuses réponses peuvent être apportées à cette question. On peut en choisir quelques-unes :

- La technique sociétaire permet à plusieurs personnes de se grouper pour exploiter une entreprise sous une forme capitalistique. Il s'agit de maximiser le retour sur investissement des associés. Seule la société permet de lever les fonds nécessaires à des investissements lourds grâce à l'appel public à l'épargne. Les investisseurs, qu'ils soient institutionnels (banques ou compagnies d'assurance par exemple) sont familièrement appelées les «zinzins») ou épargnants individuels, attendent un rendement de leur placement. La technique sociétaire permet aussi l'investissement dans des sociétés ne faisant pas appel aux marchés financiers pour lever des fonds, on parle alors de *private equity*.
- Il peut s'agir d'organiser un groupe de sociétés en séparant par exemple les activités par pays.
- On peut choisir d'optimiser des solutions fiscales dont la structure de l'entreprise est très souvent dépendante. L'objet de cet ouvrage n'est pas de traiter de questions fiscales. Néanmoins, il faut toujours garder à l'esprit qu'un grand nombre de montages en droit des sociétés est dicté par la solution fiscale. Par exemple, lorsque la société réalise des bénéfices importants, elle n'a pas intérêt à être une société fiscalement transparente dont les associés seront imposés à l'IR, éventuellement au taux marginal, mais plutôt une société soumise à l'IS dont le taux est plus faible. On peut encore mentionner le fait qu'il est moins coûteux de céder des actions que des parts sociales au regard des droits d'enregistrement, lesquels s'élèvent à 3% pour les parts sociales contre 0,1% pour les actions (hors cas spécifiques). Il en résulte que lorsqu'un entrepreneur envisage de céder son entreprise exploitée sous forme de SARL, il n'est pas rare que la cession soit précédée d'une transformation de la SARL en SAS (voir Fiche 26). L'optimisation fiscale est ainsi souvent au cœur de la raison d'être de montages en droit des sociétés au risque de tomber sous le coup de l'abus de droit fiscal prévu aux articles L. 64A s. du Livre des procédures fiscales.

Si le choix de la structure sociétaire s'impose, il restera, dans un second temps, à s'interroger sur le type de société qui sera le mieux adapté aux besoins de l'entrepreneur. En effet, il existe un nombre de formes de sociétés déterminé par le législateur. Chaque agent économique en fonction de ses besoins, de son activité, de la taille de son entreprise pourra choisir l'une des sociétés suivantes.

- La société anonyme (SA).
- La société à responsabilité limitée (SARL), ou EURL, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Il s'agit d'une SARL unipersonnelle.

- La société par actions simplifiées (SAS), ou SASU s'agissant de la SAS unipersonnelle.
- La société en nom collectif (SNC).
- La société en commandite par actions (SCA) ou simple (SCS).
- La société civile (SC).
- La société civile immobilière (SCI).
- La société civile professionnelle (SCP).
- La société européenne (SE).

Ce sont les formes de sociétés qui seront l'objet de cet ouvrage. D'autres seront exclues, il en est ainsi des sociétés d'exercice libéral, des sociétés interprofessionnelles ou des sociétés coopératives relevant de l'important secteur de l'économie sociale et solidaire. En 2020 les SAS représentent 67 % des sociétés créées et les SARL 31 %.

II. Les enjeux du droit des sociétés

Entendue comme technique d'organisation de l'entreprise, la société est au cœur des débats de la vie économique et sociale. L'évolution du droit des sociétés depuis les quarante dernières années permet de saisir l'essentiel des enjeux qui irriguent et nourrissent la matière.

A. Quelle place convient-il de laisser à la volonté individuelle dans l'organisation de la société ?

Plusieurs conceptions sont envisageables. Il est tout d'abord possible de penser qu'il revient au législateur de définir de manière détaillée l'ensemble des règles régissant les différentes sociétés. Le choix des entrepreneurs se limite alors à l'adoption de tel ou tel type de société sans réelle possibilité de modification des règles d'organisation. Cette vision institutionnelle de la société est celle qui présida au choix législatif de la loi fondatrice de 1966. Une autre possibilité est de considérer que les associés sont des personnes responsables de leur choix, rompus à la pratique des affaires et qu'ils sont les meilleurs juges de l'organisation structurelle de la société. Dès lors, et tant que l'intérêt des tiers n'est pas en jeu, la volonté des associés doit être la plus large possible dans la rédaction du contrat de société. Telle est l'orientation des choix législatifs les plus récents avec la création de la Société par Actions Simplifiées (SAS).

B. Quelle définition donner de l'intérêt social ?

L'entreprise est au cœur d'un réseau d'intérêts parfois convergents, parfois divergents. La société est, en premier lieu, le produit de l'esprit d'aventure qui anime ses créateurs. L'intérêt des associés à la prospérité de celle-ci est

évident. Mais la société est aussi un contractant qui met en jeu l'intérêt de ses créanciers et de ses débiteurs. L'organisation des procédures collectives le révèle particulièrement. En outre, la société emploie fréquemment des salariés. Quelle place convient-il de leur faire ? On peut les considérer comme des contractants comme les autres. Cette vision libérale n'est pas celle du droit français. On peut choisir de les associer à la gestion de l'administration de la société. Ce système de cogestion caractérise le capitalisme Rhénan. Il a ses partisans en France et ses manifestations législatives sont nombreuses. Mais, plus traditionnellement, le dispositif législatif français oscille entre ces deux tendances. Ces débats de société expliquent le temps qui aura été nécessaire à l'adoption d'une Société Européenne (SE). La santé financière d'une société peut avoir des effets pour l'économie d'un pays tout entier en raison des risques systémiques que peuvent engendrer les plus grandes firmes. Dès lors, deux théories s'opposent. La première dénommée « *shareholder theory* » s'oppose à la seconde « *stakeholder theory* » en ce qu'elle conçoit le droit des sociétés comme ne devant prendre en compte le seul intérêt des associés, quand la seconde considère l'intérêt de toutes les parties prenantes à la vie de la société. Le rapport « *L'entreprise, objet d'intérêt collectif* » présenté le 9 mars 2018 par Mme Nicole Notat et M. Jean-Dominique Senard illustre parfaitement les difficultés du droit à définir la notion d'intérêt social. La loi PACTE, sans définir l'intérêt social, complète l'article 1833 du Code civil par un alinéa second lequel dispose « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Cependant, la Cour de cassation refuse d'annuler des délibérations d'assemblées générales au seul motif de leur contrariété à l'intérêt social (Cass. com. 13 janv. 2021 n° 18-21.860). L'article 1844-10 al. 3 du Code civil permet de fonder cette impossibilité. Cet article dispose en effet que le dernier alinéa de l'article 1833 du Code civil ne peut servir de fondement à l'annulation des actes ou délibérations des organes de la société. Néanmoins la nouvelle rédaction de l'article 1833 par la loi PACTE reconnaît que la société a un intérêt propre distinct de l'intérêt des dirigeants, des associés, des salariés ou des contractants et que cet intérêt doit être considéré au regard de la Société qui est la nôtre. Cette considération pour les enjeux environnement et sociaux dans la prise de décision peut être complétée par une réflexion sur la raison d'être des sociétés. Le nouvel article 1835 offre la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de définir leur raison d'être, « *constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ». Des sociétés, et non des moindres, se sont déjà emparées de cette faculté, dont on comprend bien les enjeux en termes d'image de marque. Ainsi, par exemple la société ATOS a déjà choisi de modifier ses statuts en ce sens. Selon le Président d'ATOS, Thierry Breton lors de ce choix, « notre raison d'être nous permettra de jouer notre rôle dans le monde de la recherche académique ». Une étape complémentaire sera franchie lorsque la société adoptera le statut de société à mission prévue aux

articles L. 210-10 et L. 210-12 du Code de commerce (voir par exemple www.camif.fr). Un régime juridique lui est attaché avec deux obligations principales à savoir la constitution d'un comité de mission et une certification par un organisme tiers indépendant. Ce nouveau régime est inspiré des *benefit corporations* (B Corp) introduites aux États-Unis en 2010 dans le Maryland et plus récemment en droit italien en 2016. La société italienne Fratelli Carli SpA, certifiée depuis juillet 2014 justifie ainsi son choix : « *Becoming a B Corp confirmed our 100 + year commitment to promote globally the Mediterranean tradition of healthy taste, harmony with nature and sense of community, inheriting it from those who preceded us and handing it to future generations* ». La réflexion se poursuit et des modifications législatives interviendront probablement encore, ce que laisse supposer la publication du rapport Rocher intitulé « Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi PACTE » remis le 19 octobre 2021 au Ministre de l'économie, des finances et de la relance.

C. Quelle gouvernance de l'entreprise ?

Le débat relatif à la gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) est l'un des plus vifs qui soit. Il est né dans les pays anglo-saxons puis a été importé en France. Il s'agit de savoir quelles règles de fonctionnement doivent présider à la direction des sociétés. Les implications en sont nombreuses. La transparence, par exemple, la rémunération des dirigeants, la prévention des conflits d'intérêts, le cumul des mandats sociaux sont des thèmes de ce débat. La place des associés minoritaires en est un autre. Doivent-ils être soumis à la volonté des majoritaires et des institutionnels ou peut-on leur confier de véritables prérogatives destinées à assurer la protection de leurs intérêts au risque d'un harcèlement des dirigeants ? La directive UE 2017/828 du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires souligne la volonté des États de l'Union Européenne d'améliorer le sort réservé aux associés. Le débat actuel prend une forme particulièrement vive dans le cadre de ce que l'on appelle communément l'activisme actionnarial, lequel fait l'objet d'un encadrement juridique de la part de l'Autorité des Marchés Financiers (voir le communiqué de l'AMF du 17 mars 2021 amf-france.org/fr).

Ces trois thèmes de réflexion expliquent l'essentiel des réformes législatives intervenues en droit des sociétés depuis une vingtaine d'années.

À RETENIR

- L'activité économique est le critère de qualification de l'entreprise.
- La société est l'une des structures possibles pour l'exploitation d'une entreprise.
- La notion de société regroupe une pluralité de types de sociétés.
- Le droit des sociétés est en constante mutation en fonction des réponses apportées aux débats qu'il soulève.

POUR EN SAVOIR PLUS

- ➔ M. Albert, *Capitalisme contre capitalisme*, Le Seuil, 1991.
- ➔ L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », vol. n° 72.
- ➔ R. Libchaber, « La société, contrat spécial », *Mél. M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281.
- ➔ K. Peglow, « Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés », *LDGJ*, 2003.
- ➔ Rapport Vienot 1 et 2 et rapport Bouton « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », téléchargeables sur le site <http://www.medef.fr>
- ➔ Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'Union européenne, réponse à consultation publique de la Commission européenne, Société de législation comparée, Collection Trans Europe Experts, Volume 4, 2012.
- ➔ L'entreprise, objet d'intérêt collectif, Nicole Notat et Jean-Dominique Senard, Rapport aux Ministres de la transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des finances, du travail, 9 mars 2018.
- ➔ I. Desbarats, « De l'entrée de la RSE dans le Code civil », *Dr Social* 2019, p. 47.
- ➔ L'activisme actionnarial, *rev. Droit bancaire et fin.* n° 6 nov.-déc. 2020, p. 69 s.
- ➔ A. Tadros, « Regard critique sur l'intérêt social et la raison d'être de la société dans le projet de la loi PACTE », *D.* 2018, p. 1765.

POUR S'ENTRAÎNER : QUESTIONS

1. Toute société est-elle une entreprise ?
2. Une association peut-elle réaliser des bénéfices ?
3. Qu'est-ce que la corporate governance ?
4. Qu'est-ce qu'un « zinzin » ?

CORRIGÉ

1. L'entreprise est une notion essentiellement économique qui peut être exploitée par une structure sociétaire. Donc toute société est une entreprise.
2. Oui, mais elle ne peut pas les redistribuer aux sociétaires sous forme de dividende. Ils peuvent en revanche être réinvestis.
3. Il s'agit de l'expression généralement traduite en français par « règles de bonne gouvernance des entreprises ». La réflexion porte sur la direction des sociétés et sur leur gestion. Initiée par les milieux professionnels, surtout concernant les sociétés cotées en Bourse, l'analyse a conduit les législateurs des pays à économie de marché à modifier, parfois en profondeur, les législations du droit des sociétés (par exemple en France adoption de la loi relative aux nouvelles régulations économiques dite « Loi NRE » en 2001).
4. Pour les sociétés cotées en Bourse, on peut distinguer différentes catégories d'associés sans que des conséquences juridiques soient attachées à ces appellations. Selon l'expression retenue, les « zinzins » désignent les investisseurs institutionnels qui interviennent sur le marché. Les banques, les compagnies d'assurances en sont des exemples. Par opposition, l'investisseur individuel est celui qui place en Bourse le fruit de son épargne. Suite à une expression malheureuse, employée dans la presse financière et qui marque le peu de respect dont ils sont l'objet, ils sont parfois désignés sous l'expression de « veuve de Carpentras ».