

# INTRODUCTION

1. C'est l'article 1832 du Code civil qui donne la définition de la société ainsi énoncée : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ». Toutefois, de façon exceptionnelle et seulement dans les cas prévus par la loi, une société peut être mise en place par l'acte de volonté d'une seule personne. Cette disposition résulte de la loi du 11 juillet 1985 qui a créé l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) et l'EARL (exploitation agricole à responsabilité limitée), à laquelle il faut ajouter la loi du 12 juillet 1999 qui a permis la constitution de sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU).

## § 1. La nature juridique de la société

2. L'article 1832 du Code civil ne se prononce pas sur la nature juridique de la société qui a donné lieu à une controverse doctrinale : est-elle un contrat (A), une institution (B) ou les deux à la fois (C) ?

### A. La société est un contrat

3. La perception contractuelle de la société issue du principe de l'autonomie de la volonté a profondément marqué la rédaction du Code civil. Bien qu'ancienne, cette conception conserve de nos jours toute sa vigueur, au point que de nombreuses règles du droit des sociétés s'y rattachent. Il en va particulièrement ainsi des dispositions relatives au consentement des associés et à l'application de la théorie des vices du consentement. La société est un contrat puisque le consentement individuel se trouve à son origine ; elle résulte de la volonté des participants.

Toutefois, l'analyse contractuelle ne permet pas d'appréhender tout le droit des sociétés qui demeure en très grande partie réglementée, malgré le souci du législateur de réserver la plus large place possible à l'expression de la volonté des associés dans les statuts. Ainsi, elle ne justifie pas l'existence de la société unipersonnelle qui résulte d'un acte unilatéral<sup>1</sup>. Effectivement, en dépit de cette manifestation de volonté, la qualification d'acte unilatéral collectif paraît plus appropriée que celle de contrat. Autant dans le contrat, un accord est réalisé entre des intérêts antagoniques<sup>2</sup>, autant dans l'acte unilatéral collectif, les volontés tendent vers le même objectif. C'est bien le cas de la société où la volonté de chaque associé est de créer une personne morale nouvelle « ... *en vue de partager des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ... ». En outre, la société n'est pas seulement une manifestation de volonté ; hormis la société en participation, elle est aussi une personnalité, un patrimoine et un intérêt distincts de ses membres, lesquels dans les sociétés de capitaux peuvent être des centaines de milliers qui doivent se soumettre à la règle majoritaire.

Par conséquent, la société se présenterait davantage comme une institution qu'un contrat.

### B. La société est une institution

4. La tendance institutionnelle se manifeste dans tous les compartiments de la vie sociale, que ce soit dans le choix de la forme sociale qui est imposée par la loi (notamment au regard de l'activité sociale), que dans la constitution de la société qui est soumise à des exigences légales d'ordre public, la rédaction des statuts qui se présentent le plus souvent comme des modèles impérativement

1. S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés* : LGDJ, Bibl. dr. pr. 2002.

2. Ainsi, dans le contrat de travail, l'employeur veut obtenir la meilleure prestation possible et, le salarié, la rémunération la plus élevée possible.

fixés par la loi ou, la modification des statuts qui requiert seulement la majorité, alors que la rectification du contrat exige l'unanimité. On note également que dans les sociétés qui font appel public à l'épargne, le consentement de l'actionnaire n'intervient guère car les souscripteurs faisant l'acquisition d'une action ne se connaissent pas et ne se préoccupent pas de la personnalité des autres actionnaires. De plus, les dirigeants disposent de pouvoirs qui dépassent nettement ceux d'un mandataire purement contractuel. Par ailleurs, l'harmonisation communautaire contribue à rigidifier le droit des sociétés.

L'approche institutionnelle présente néanmoins un caractère inachevé en ce qu'elle n'apporte pas de solution à toutes les difficultés soulevées par la constitution et le fonctionnement des sociétés. La prééminence de l'aspect institutionnel ne saurait en outre, dissimuler la manifestation d'un mouvement en faveur de la « contractualisation » des sociétés<sup>1</sup>. D'une part, le législateur accorde une place de choix à la volonté individuelle dans la société par actions simplifiée, pour les règles applicables aux organes de gestion et aux assemblées d'associés. D'autre part, la jurisprudence se montre assez favorable aux pactes d'actionnaires qui participent à l'assouplissement des règles trop contraignantes.

### C. La société est à la fois un contrat et une institution

5. En réalité, la société a une nature mixte<sup>2</sup>. Pour certains, la société comportant au moins deux associés a indubitablement une nature hybride. Pour d'autres, la société qui n'est pas complètement un contrat ou une institution, est une entité au sein de laquelle coexistent des règles contractuelles et des règles de type institutionnel. La doctrine considère généralement que la société naît d'un contrat par lequel les fondateurs concluent un acte de société et qu'elle devient ensuite une institution dont l'organisation et le fonctionnement sont régis par des règles auxquelles ses membres ne peuvent échapper. Un auteur estime que la société est une technique d'organisation de l'entreprise<sup>3</sup>. Pour autant, nous sommes enclins à penser que la société relève à la fois de l'acte unilatéral collectif (contrat) et de l'institution.

Toujours est-il que la conception dualiste de la société présente l'intérêt d'être adaptable à la situation rencontrée. La part respective de l'acte juridique et de l'institution varie d'une catégorie de société à l'autre : si, dans les sociétés de personnes, l'aspect d'acte juridique l'emporte, au contraire, dans les sociétés de capitaux, l'aspect institutionnel prédomine. Au sein d'une même catégorie, notamment les sociétés de capitaux, l'aspect institutionnel est très marqué pour la société anonyme dont le régime est assorti de dispositions impératives ; à l'inverse, la société par actions simplifiée réserve une place importante à la liberté contractuelle. Enfin, selon la période considérée, un même type de société, en particulier la société anonyme, a pu initialement se présenter comme un bastion de l'autoritarisme, alors qu'elle subit aujourd'hui l'influence du regain de la liberté contractuelle.

En conséquence, la société relève à la fois de l'acte juridique et de l'institution, la teneur entre ces deux composantes étant variable d'une société à une autre. Cette discussion abandonnée à une certaine époque, au motif de son caractère théorique et inutile, semble ravivée de nos jours avec l'introduction en France de la notion anglo-saxonne de « *Corporate Governance* ».

## § 2. L'hétérogénéité des sociétés

6. Les groupements d'affaires comportent à la fois des structures juridiques classiques à l'image des sociétés, que des groupements d'intérêt économique. Les premières peuvent se constituer dans un ou plusieurs des buts suivants : permettre une collaboration, procurer des capitaux, limiter au

1. J.-P. Bertrel, Liberté contractuelle et sociétés : RTD com. 1996, p. 595 – J. Prieur, Droit des contrats et droit des sociétés : Mélanges A. Sayag, p. 371, Litec, 1997 – J. Mestre, La société est bien encore un contrat : Mélanges C. Mouly, t. 2, p. 131, Litec, 1998 – R. Libchaber, La société, contrat spécial : Dialogues avec M. Jeantin p. 281, Dalloz, 1999.

2. J.-P. Bertrel, Le débat sur la nature de la société : Mélanges A. Sayag, p. 131, Litec, 1997.

3. J. Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise* : Sirey, 1967 – Les fondements du droit moderne des sociétés : JCP 1984, éd. E, II, 14193.

passif l'obligation des associés<sup>1</sup>. Les seconds ont pour objet de développer l'activité économique de leurs membres, sans nécessairement réaliser des bénéfices, bien que cette recherche de bénéfices ne soit pas exclue.

Les sociétés elles-mêmes peuvent se présenter sous des formes et des dimensions variables. Elles peuvent aussi bien comporter une seule personne (EURL, EARL, SASU) que regrouper deux associés comme dans une SARL ou, plusieurs milliers d'actionnaires comme dans une société anonyme faisant appel public à l'épargne. Il n'existe donc aucune commune mesure entre une SARL de famille ou constituée seulement de deux époux avec un faible capital ou un capital symbolique d'un euro (depuis la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003) dont la dimension est comparable à celle d'une entreprise individuelle et une société anonyme faisant publiquement appel à l'épargne. Les sociétés à forme et organisation complexes (société anonyme) côtoient les structures plus simples (société en nom collectif), sans oublier les formes intermédiaires (SARL). Parallèlement, tandis que certaines sociétés se maintiennent tant bien que mal (sociétés en commandite), d'autres ont fait leur apparition (société d'exercice libéral, société par actions simplifiée).

### § 3. L'importance des sociétés

7. Il faut d'emblée relever la difficulté à évaluer très précisément le nombre de sociétés fonctionnant à l'heure actuelle en France. Cette situation trouve son explication dans plusieurs raisons dont principalement deux. En premier lieu, la présence de sociétés non immatriculées est susceptible de fausser les statistiques établies par l'INSEE ; c'est le cas des sociétés en participation et des sociétés créées de fait. En second lieu, certaines sociétés, bien que mentionnées à ce registre, n'ont pas d'activité économique et à cet égard ne jouent donc aucun rôle<sup>2</sup>.

En dépit de l'incertitude des données chiffrées, il ne fait aucun doute que les entreprises sociétaires (ou sociétés), bien que moins nombreuses que les entreprises individuelles, occupent dans la vie économique une place nettement prépondérante. En effet, les statistiques révèlent qu'à partir d'un certain montant de chiffre d'affaires ou effectif de salariés, il n'existe plus d'entreprises individuelles. Parallèlement, les sociétés anonymes, bien que trois fois et demie moins nombreuses que les SARL, réalisent un chiffre d'affaires six fois supérieur. La raison est que la société anonyme constitue la forme sociale réservée aux grosses entreprises ; elle nécessite pour sa constitution au moins sept actionnaires et un capital de 225 000 ou 37 000 euros, selon qu'elle fait ou non appel public à l'épargne.

Le développement des sociétés amorcé à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle a pour origine, les avantages qu'elles procurent par rapport aux entreprises individuelles. Parmi ceux-ci, nous citerons à titre d'exemple, le groupement plus facile des capitaux, des moyens de production, des compétences permettant la mise sur pied et la prospérité des grandes entreprises qui ont participé à l'élaboration du contexte socio-économique actuel. Par ailleurs, les sociétés permettent à de petits épargnants de profiter des bénéfices d'exploitations civiles ou commerciales, sans en subir tous les inconvénients. De ce point de vue, les entreprises sociétaires, en particulier les sociétés anonymes, sont à juste titre qualifiées de « *merveilleux instruments du capitalisme moderne*<sup>3</sup> ».

### § 4. Les sources du droit des sociétés

#### A. Les sources nationales

8. Les sociétés ne manquent pas de générer un certain nombre de dangers justifiant maintes interventions du législateur<sup>4</sup>, afin de les juguler et de prévenir les abus. Pour les sociétés civiles, il

1. J. Terray, La société, une réalité bien vivante : JCP 1984, éd. G, I, 3154.

2. P. Diéner, Un abus de la personnalité morale : la société en sommeil, dans *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 81 – B. Bouloc, La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce : Rev. soc. 1978, p. 419 – G. Notté, Les sociétés en sommeil : JCP 1981, éd. CI, II, 13499.

3. G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne* : LGDJ 1951.

4. N. Rontchevsky, Droit des sociétés : le mouvement perpétuel : D 2002, cah. dr. aff., p. 2594.

s'agit essentiellement de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 et de son décret d'application n° 78-704 du 3 juillet 1978. Ce texte qui figure dans le Code civil, a modifié la définition de la société, a créé un droit commun des sociétés applicable à toute société dotée ou non de la personnalité morale. Pour les sociétés commerciales, les différents textes qui les concernent figurent dans la partie législative du Code de commerce issue de la codification « à droit constant » de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 opérée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 et modifiée depuis par les lois suivantes :

- la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) qui a instauré de nouvelles mesures en droit des sociétés ;
- la loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière qui, bien que consacrée au secteur financier, comporte des mesures diverses, notamment en droit des sociétés ;
- la loi Dutreil n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique destinée à simplifier la création et la transmission des entreprises individuelles et des sociétés ;
- l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 sur la simplification du droit et des formalités pour les entreprises ;
- l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 réformant le régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales ;
- la loi Breton n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ;
- la loi Jacob n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ;
- la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition ;
- la loi de modernisation de l'économie (LME) n° 2008-776 du 4 août 2008<sup>1</sup>.

La partie législative du Code de commerce est complétée par une partie réglementaire issue du décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 qui a codifié :

- le décret n° 67-236 du 23 mars 1967, ancien texte d'application de la loi du 24 juillet 1966 ;
- le décret n° 84-406 du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés ;
- le décret n° 69-810 du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes ;
- le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

## B. Les sources communautaires

9. En application des dispositions du Traité de Rome, les autorités communautaires ont élaboré de nombreuses directives touchant au droit des sociétés. Bon nombre d'entre elles ont grandement influencé les solutions retenues par la loi française. Il en est ainsi des directives suivantes :

- la première directive du 9 mars 1968 relative à la publicité et à la validité des engagements sociaux, mise en harmonie par l'ordonnance française n° 69-1176 du 20 décembre 1969 ;
- la deuxième directive du 13 décembre 1976 sur le capital social dont les solutions ont été reprises par la loi française n° 81-162 du 30 décembre 1981 concernant la mise en harmonie du droit des sociétés commerciales avec cette directive. Elle a été complétée par une directive n° 92 / 101 du 23 novembre 1992 ;
- la troisième directive du 9 octobre 1978 et sixième directive du 17 décembre 1982 relatives aux fusions et scissions intégrées au droit français par la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 ;
- la quatrième directive du 25 juillet 1978 relative à la présentation et au contenu des comptes annuels consacrée par la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 sur la mise en harmonie avec cette directive des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés ;
- la septième directive du 13 juin 1983 intéressant les comptes consolidés et qui a inspiré la loi française n° 85-11 du 3 janvier 1985 ;
- la huitième directive du 10 avril 1984 portant sur le commissariat aux comptes ;

1. JO n° 0181, 5 août 2008, p. 12471.

- la onzième directive du 21 décembre 1989 sur les formalités de publicité à la charge des sociétés d'un État membre qui ouvrent une succursale dans un autre État membre ;
- la douzième directive du 21 décembre 1989 relative aux sociétés à responsabilité avec un seul associé.  
Signalons également les directives suivantes qui ont été proposées au Conseil :
- la cinquième directive sur les pouvoirs des dirigeants de la société anonyme qui a été présentée en 1972, puis à nouveau au Conseil le 19 août 1983, après de nombreux remaniements ;
- la dixième directive intéressant les fusions entre sociétés relevant d'États membres différents (fusions transfrontières) qui a été présentée au Conseil le 14 janvier 1985 ;
- la treizième directive concernant les offres publiques d'acquisition qui a été publiée en 1999. Elle remplace celles de 1990 et 1996 ;
- la neuvième directive sur les groupes de sociétés qui est à l'étude.  
Il convient enfin de mentionner :
- le Règlement CE n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (Societas europea, SE) ;
- la Directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

---

Avant d'aborder :

- les règles communes à toutes les sociétés (Première partie) ;
- les règles propres à chaque type de sociétés (Deuxième partie) ;

il convient de faire :

- la connaissance du droit des sociétés (Partie préliminaire).
-

### 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 société. Le plus souvent, la décision résulte de la volonté de pallier les insuffisances de l'entreprise individuelle, tant du point de vue juridique (Section I), qu'économique et financier (Section II), fiscal (Section III) et social (Section IV).

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.

#### Section I – Les avantages juridiques

**11.** 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 incertaine<sup>1</sup>. 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 sociales<sup>2</sup>. 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 paiements<sup>3</sup>. 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 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 cette

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

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

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

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 II – Les avantages économiques et financiers

**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 appel public à l'épargne. 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 leurs 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 III – Les avantages fiscaux

**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 modeste<sup>1</sup>. 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

---

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

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-transparence<sup>1</sup>). 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.

Ce système de double imposition paraît lourd. En réalité, il est tempéré de plusieurs façons. Les rémunérations des dirigeants sociaux, si elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives eu égard aux services rendus<sup>2</sup>, elles revêtent le caractère de charges déductibles et allègent d'autant l'assiette de l'impôt sur les sociétés. Pareillement, les dépenses professionnelles des dirigeants sont intégrées dans les frais généraux. Pour leur propre impôt sur le revenu, les dirigeants sociaux sont assimilés à des salariés, même s'ils n'ont pas de contrat de travail avec la société. Ils bénéficient comme eux de la déduction forfaitaire de 10 % pour frais professionnels et de l'abattement de 20 %. Enfin, les dividendes versés donnent droit à un crédit d'impôt, l'avoir fiscal.

## Section IV – Les avantages sociaux

**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 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 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés.

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

2. CGI, art. 39-1-1°.

## 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 groupements<sup>1</sup>. 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 membres. En effet, selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> 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<sup>er</sup> 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 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, 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*<sup>2</sup> ». 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.

#### 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<sup>er</sup> juillet 1901 aboutit à l'une des solutions suivantes.

1. D. Randoux, Vers un droit commun des groupements : JCP 1996, éd. G, I, 3982 – V. Grellière, Propositions pour un droit commun des groupements personnalisés : D affaires 1997, n° 35, p. 1133.  
2. Caisse rurale de la commune de Manigod c/ Administration de l'enregistrement : DP 1914, I, 257, note Sarrut ; S 1918, I, 103.

- 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 uniquement reprendre leurs apports<sup>1</sup>. À l'inverse d'une société, le boni de liquidation n'est pas réparti entre les sociétaires. Il est nécessairement dévolu à un groupement qui poursuit un but identique à celui de l'association dissoute ou à l'État<sup>2</sup>.

Ainsi, l'actuelle définition de la société confirme que la mise en commun de moyens par des professionnels avec l'intention d'exercer séparément une même activité libérale, mais d'économiser sur les locaux, le secrétariat et le matériel, constitue bien une forme de société dite société civile de moyens telle qu'elle résulte de l'article 36 de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966. Mais cela pourrait être un GIE ; d'où le risque de confusion de ce groupement avec la société<sup>3</sup>.

Toujours est-il que la détermination de la nature juridique du contrat s'avère nécessaire, tant pour connaître le tribunal compétent appelé à statuer en cas de difficulté, que pour cerner le droit applicable. Si le juge saisi du litige conteste la dénomination employée, il va restituer sa véritable qualification à la convention en se fondant sur des éléments comme le but lucratif ou non de l'opération, l'éventuelle participation des parties aux bénéfices et aux pertes et, l'*affectio societatis*<sup>4</sup>.

#### b) Les atténuations au principe

**18.** *A priori*, aucune confusion ne semble possible entre la société, groupement à visée essentiellement lucrative et l'association, groupement à but purement non lucratif. En réalité il existe une grande confusion, le plus souvent volontaire, favorisée par l'absence de contrôle préalable à la création des associations. Aussi, n'est-il pas surprenant qu'une association prenne sciemment l'apparence d'une société afin de bénéficier d'une capacité juridique complète ou, qu'une société se cache sous le statut d'une association dans l'espoir de profiter d'un statut fiscal plus favorable. La terminologie achève même d'entretenir la confusion, puisqu'on nomme sociétaire l'adhérent d'une association et, associé, le membre d'une société.

Sur le plan purement juridique, la poursuite d'un but autre que le partage des bénéfices ne fait pas obstacle à ce qu'une association accomplisse des actes de commerce, sous réserve qu'ils ne soient pas habituels et surtout, que les bénéfices qui en résultent ne soient pas distribués entre les membres<sup>5</sup>. L'interdiction d'exercer de façon habituelle des activités commerciales est expressément formulée par l'article 37 alinéa 2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la

1. D. Lepeltier, Apports et reprise d'apports... : Bull. Joly 1997, p. 401.

2. Civ. 1, 27 juin 2000 : Bull. Joly 2000, p. 980, note R. Crône.

3. *Infra*, n° 20.

4. Com., 2 mars 1982 : RTD com. 1982, p. 265, obs. E. Alfandari et M. Jeantin – 15 nov. 1983 : Bull. civ. IV, n° 309.

5. M. Malaurie, Plaidoyer en faveur des associations : D 1992, chron. p. 274 – J.-M. Do Carmo, Les associations et le commerce au regard du droit commercial : PA 7 juill. 1995, n° 81, p. 21.

liberté des prix et de la concurrence et pénalement sanctionnée<sup>1</sup>. En outre, une association peut exercer une activité économique ; ce qui l'oblige à nommer un commissaire aux comptes et un suppléant, si elle excède deux des trois seuils suivants : 50 salariés, 3,1 millions d'euros hors taxes de chiffres d'affaires ou de ressources, 1,55 million d'euros de total du bilan.

Dans les faits, on assiste à une véritable dérive de l'association qui devient progressivement une entreprise et, en conséquence, connaît de nos jours un grand essor<sup>2</sup>.

## 2° Les autres intérêts pratiques de la distinction

**19.** Les deux catégories de groupements sont régies par des règles spécifiques.

La constitution d'une association est beaucoup moins formaliste que celle d'une société : l'apport n'est pas obligatoire, l'acquisition de la personnalité morale résulte d'une simple déclaration à la Préfecture et non de l'immatriculation au RCS qui, d'ailleurs est prohibée, même pour une association exerçant une activité commerciale. Le refus d'une pareille inscription est justifié en justice par le fait que l'association ne figure pas parmi les organismes tenus de s'inscrire au registre du commerce<sup>3</sup>. Le ministre délégué au commerce et à l'artisanat s'est rallié à cette idée<sup>4</sup>, après avoir dans un premier temps estimé que rien ne s'opposait à l'immatriculation d'une association exerçant une activité commerciale<sup>5</sup>.

Seules doivent être immatriculées au RCS, les associations qui émettent des valeurs mobilières<sup>6</sup>.

Le régime fiscal des associations n'est pas le même que celui des sociétés. Ce régime a été modifié par une instruction du 15 septembre 1998 complétée par celle du 19 février 1999, qui a réaffirmé, tout en l'adaptant, le principe d'exonération des impôts commerciaux des associations sans but lucratif<sup>7</sup>.

L'association dispose d'une capacité moindre que la société. Étant inapte à exercer pleinement la profession commerciale, l'association ne peut bénéficier du statut des baux commerciaux et des droits qui l'accompagnent, lequel statut est réservé aux commerçants immatriculés. Elle n'est pas non plus apte à donner un fonds de commerce en location-gérance<sup>8</sup>. En outre, si une association peut être associée dans une SARL ou une société anonyme et même associée unique d'une EURL, elle ne peut l'être d'une société en nom collectif, faute d'avoir la qualité de commerçant.

En revanche, les dirigeants et associés d'une association ne répondent pas individuellement des engagements de la personne morale.

## § 2. La société et le groupement d'intérêt économique

**20.** L'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (recodifiée dans le Code de commerce) a rendu possible la création de groupements d'intérêt économique (GIE) dont le but est de développer l'activité économique de ses membres, d'en améliorer ou d'en accroître les résultats<sup>9</sup>. Cette structure présente quelque intérêt dans la mesure où ne souffrant pas de la lourdeur de la société et de l'absence de pleine capacité juridique de l'association, elle permet la réalisation de bénéfices, même si cette recherche ne constitue pas son objectif premier ; comme l'énonce l'article L 251-1,

1. Crim., 10 juin 1991 : RJDA 8/1991, n° 722 – 19 oct. 1992 : RJDA 12/1992, n° 1146 ; Bull. Joly 1993 p. 221.

2. E. Alfandari, Le patrimoine de l'entreprise sous forme associative : Mélanges J. Derruppé, p. 265, GLN Joly et Litec, 1991 – R. Bricchet, La loi 1901 : succès et dévoiement d'une alerte centenaire : Dr. soc. juin 2001, chron. n° 12.

3. Th. Lamarche, Immatriculation des associations au registre du commerce et des sociétés et bail commercial : JCP 1992, éd. E, I, 142 – J.-F. Kamdem, Réflexion sur le registre du commerce et les associations exerçant une activité commerciale : D 1996, p. 213 – Hoang, *La protection des tiers face aux associations* : thèse Paris II, 2000.

4. Rép. min. à Mr Lengagne : JOAN Q 25 mai 1992.

5. Rép. min. à Mr Farran : JOAN Q 25 mars 1991 ; RTD com. 1991, p. 412, n° 11, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

6. Ph. Reigné, Les valeurs mobilières émises par les associations : Rev. soc. 1989, p. 1.

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

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

9. C. com., art. L 251-1.

alinéa 2 du Code de commerce, le but du groupement n'est pas « *de réaliser des bénéfices pour lui-même* ».

En quoi le GIE se distingue-t-il de la société ? Ces deux groupements se différencient davantage par leur utilité respective que par leur objet immédiat. L'un et l'autre peuvent partager des bénéfices et des économies, bien que sur le premier point la société occupe une meilleure position puisqu'il constitue sa raison d'être. Mais à l'inverse du GIE, la société peut avoir n'importe quelle activité, nouvelle ou non, principale ou complémentaire, large ou restreinte et au besoin, sans rapport avec l'activité des associés. Le GIE doit nécessairement se rattacher à l'activité économique de ses membres et revêtir un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ; cela suppose que cette activité existe déjà et limite l'étendue de son objet. La notion de complémentarité qui caractérise le GIE empêche qu'il soit créé par un entrepreneur qui démarre une activité économique nouvelle. Il constitue un groupement de moyens qui a pour principal objet de permettre à ses membres de développer leur activité économique grâce à la mise en commun de certains investissements.

Par ailleurs, le GIE offre d'une part, l'avantage d'une très grande souplesse de fonctionnement par comparaison aux sociétés, d'autre part, une solution fiscale intéressante car les pertes ne peuvent être déduites des bénéfices de ses membres et il est possible de les faire remonter directement dans les résultats des entreprises participantes. En revanche, le GIE présente l'inconvénient d'une responsabilité indéfinie et solidaire de ses membres, à l'image des associés en nom collectif.

Faute de se conformer aux règles préalablement exposées, le GIE peut faire l'objet d'une requalification juridique à la suite de litiges portés devant les tribunaux. Ainsi, devient-il une société créée de fait, dès l'instant où il exerce une activité étrangère à celle de ses membres ou absorbe l'activité principale de ces derniers<sup>1</sup>. Il en va pareillement s'il se livre à une activité qui lui est formellement prohibée<sup>2</sup>. De même, s'était avéré être une société créée de fait, un groupement pastoral dont l'alpage utilisé par leurs membres, était fourni dans la majeure partie par une commune dont le cheptel était mis en commun, alors qu'une main-d'œuvre salariée assurait le gardiennage et que deux mandataires s'occupaient bénévolement de la gestion de l'ensemble<sup>3</sup>.

### § 3. La société et la fondation

**21.** Conformément à l'article 18 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, « *La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif* ». Il résulte de cette énonciation que la fondation se caractérise par l'absence de but lucratif et la poursuite d'une activité d'intérêt général ; ce qui l'oppose à la société avec laquelle elle ne peut absolument pas se confondre<sup>5</sup>. Contrairement à la société, la fondation ne se préoccupe pas de rechercher des bénéfices ou des économies. Son domaine d'action la rapproche de l'association, sans pour autant s'assimiler à elle.

Alors que la fondation constitue un groupement de biens, un patrimoine affecté, l'association représente un groupement de personnes. L'acte qu'évoque la définition de la fondation illustre une libéralité, une donation ou un legs avec charge, faite au bénéfice d'une personne morale à créer, mais aussi, en application de l'article 6 de la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990, au profit d'une personne morale préexistante, sous réserve qu'elle soit une fondation reconnue d'utilité publique et que ses

1. T. com. Paris, 23 févr. 1970 : JCP 1970, éd. G, II, 16335, note Y. Guyon ; Rev. soc. 1970, p. 310, note J. Guyénot, relatif à un GIE constitué d'une société commerciale, d'un courtier maritime à la retraite et d'un particulier qui exploitait un libre-service.
2. CA Paris, 6 oct. 1987 : Bull. Joly 1988, p. 86.
3. Rép. min. n° 4262 : JO Sénat Q 16 avr. 1987, p. 577.
4. C. Debbasch, Le nouveau statut des fondations, fondations d'entreprise et fondations classiques : D 1990, p. 269 – G. Baranger, Statuts d'une fondation d'entreprise : Bull. Joly 1992, p. 265.
5. Pour l'inapplication de la loi du 24 juillet 1966 à une fondation, CA Paris, 9 mars 1999 : Rev. soc. 1999, p. 411, note Y. Guyon ; Bull. Joly 1999, p. 644, note A. Couret ; RTD com. 2000, p. 382, obs. C. Champaud et D. Danet – 20 nov. 2001 : Dr. soc. juin 2002, n° 108, obs. F.-X. Lucas, l'article L 225-35 du Code de commerce relatif à l'autorisation du conseil d'administration pour les garanties données en faveur des tiers n'est pas applicable aux fondations.

statuts aient été approuvés en vue de cette affectation. La fondation naît donc d'une seule volonté, celle du fondateur qui donne ou lègue des biens affectés à la réalisation d'un objectif déterminé par lui.

À l'opposé de l'association, la fondation n'a pas de membre et, par conséquent, pas de cotisation, ni d'assemblée générale. Son financement est assuré par l'apport au départ d'une dotation constitutive et sa gestion, par un conseil d'administration statutaire. Dans le cadre de ce financement, elle peut posséder des immeubles de rapport et être autorisée à recevoir toutes sortes de libéralités.

#### § 4. La société et l'indivision

**22.** À l'inverse de la société considérée comme un groupement organisé et stable, l'indivision représente un état semi-anarchique et précaire. Or l'opposition traditionnelle entre ces deux notions a été fortement atténuée par la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976 qui a modifié l'ancien article 815 du Code civil devenu les articles 815 à 815-18, et a instauré un titre IX bis<sup>1</sup> intitulé « *Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis* ». Il s'en est suivi, non seulement une réduction de la portée de la distinction entre société et indivision, mais aussi un accroissement de la difficulté pour opérer une différenciation entre elles, en raison de l'inadéquation des critères jusque-là utilisés<sup>2</sup>. Désormais, les éléments objectifs de la société (apports, participation aux bénéfices et contribution aux pertes) ne permettent plus de distinguer cette dernière, de l'indivision. Dans celle-ci en effet, les biens indivis peuvent passer pour des apports, et le partage des bénéfices est organisé par les textes régissant l'indivision, et plus précisément par l'article 815-11 du Code civil.

À l'heure actuelle, seul l'élément psychologique incarné par l'*affectio societatis* offre la possibilité de cerner les situations incertaines<sup>3</sup>. Si les indivisaires participent activement à la gestion des biens indivis qui, de ce fait, se trouvent affectés à la réalisation « *d'une œuvre lucrative commune* », l'entreprise commune se voit conférer le caractère de société<sup>4</sup>. En revanche, la qualification d'indivision prévaut dans les hypothèses selon lesquelles la réalisation de bénéfices ou la recherche d'une économie est écartée au profit d'une gestion plus résolument conservatoire et à défaut d'en être exclue, n'en constitue pas l'unique et principal but.

#### Sous-section 2 – Le contrat de société et les contrats voisins

**23.** La distinction du contrat de société et des contrats voisins suscite parfois des disqualifications et requalifications de la part des juges. Si ces derniers doivent, conformément à l'article 1156 du Code civil, rechercher dans l'interprétation des contrats, la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes, ils ne sont pas pour autant liés par l'expression de la volonté des intéressés. Autrement dit, les juges peuvent valablement rejeter la qualification conférée par les parties à l'acte et qui peut résulter d'une fraude ou d'une erreur. Ils peuvent même requalifier l'acte litigieux, s'ils ne le considèrent pas comme étant un contrat de société, ceci sans exclure l'éventuel constat par eux de la novation du contrat initial<sup>5</sup>.

Bien que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'interprétation de la volonté des parties et d'appréhension des éléments constitutifs du contrat de société, la Cour de cassation exerce un contrôle sur l'appréciation juridique qui aura été donnée de ces éléments. Il en résulte parfois des censures pour dénaturation ou absence de base légale de décisions ayant retenu l'existence d'une société, sans constater la présence des éléments énoncés par l'article 1832 du Code civil.

Des contrats voisins, c'est du contrat de travail (§ 1) et du contrat de prêt (§ 2), tous deux avec participation aux bénéfices, que la distinction paraît la plus délicate à effectuer.

1. C. civ., art. 1873-1 à 1873-18.

2. F. Deboissy et G. Wicker, La distinction de l'indivision et de la société et ses enjeux fiscaux : RTD civ. 2000, p. 225.

3. Com., 3 juin 1986 : Rev. soc. 1986, p. 585, note Y. Guyon.

4. CA Versailles, 17 janv. 1989 : D 1989, IR p. 79.

5. CA Paris, 13 sept. 1989 : Bull. Joly 1989, p. 957, selon lequel au contrat de prêt d'origine, a été substituée par novation, une société en participation.

## § 1. Le contrat de société et le contrat de travail avec participation aux bénéfices

24. Dans cette hypothèse, c'est l'*affectio societatis* qui va permettre de différencier la société du contrat de travail dans lequel une partie fournit une prestation susceptible d'être assimilée à un apport et participe aux bénéfices de l'exploitation. Ce critère impliquant l'idée de collaboration égalitaire et l'absence de subordination, les tribunaux admettent l'existence d'une société quand ils observent l'indépendance de celui qui travaille dans l'intérêt commun, au regard des conditions d'exercice de son activité.

Ce fut le cas de l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie entre un entrepreneur et son beau-frère. Ce dernier n'avait pas été embauché seulement en qualité d'ouvrier maçon, mais aussi pour d'autres tâches. Il avait fait l'apport d'une automobile, de son aptitude à la conduire, ainsi que de ses connaissances professionnelles. Il disposait de la signature en banque, des carnets de chèques et recevait des libéralités supérieures au montant de ses salaires. En conséquence, l'existence d'apports, le partage des bénéfices et la collaboration sur un pied d'égalité, établissaient l'*affectio societatis*<sup>1</sup>. De même, a été considérée comme associée de fait, la salariée qui disposait de fonds sociaux et prenait une part effective au fonctionnement de la société, sans rapport avec son emploi<sup>2</sup>.

En revanche, les juges retiennent la réalité d'un contrat de travail, lorsqu'ils déduisent de faits tels que l'obligation de se conformer à des directives ou de rendre des comptes, la présence d'un lien de subordination<sup>3</sup>. Ils rejettent l'existence d'une société créée de fait, en l'absence d'*affectio societatis* et de participation aux pertes<sup>4</sup>.

## § 2. Le contrat de société et le contrat de prêt avec participation aux bénéfices

25. L'absence de contribution aux pertes, se traduisant par une obligation de restitution ou par la fourniture de sûretés, constitue souvent un critère décisif. Ainsi, l'existence d'une société créée de fait a été refusée entre une banque et son client, cette dernière, après avoir renoncé au projet de constituer une société, lui avait consenti un prêt garanti par une sûreté<sup>5</sup>. De même, n'a pas été considérée comme l'associée de fait d'une société civile immobilière, une banque qui, à défaut d'avoir manifesté sa volonté de s'associer ou de participer aux pertes de la société, a consenti un prêt puis une garantie d'achèvement à ladite SCI<sup>6</sup>.

Les critères matériels peuvent se révéler carenciels pour procéder à la distinction. En effet, la participation aux bénéfices, caractéristique de la société, ne suffit pas dans la mesure où elle n'est pas exclusive d'un contrat de prêt. Seule la présence d'un aléa permet de retenir la qualification de société.

Là encore, le recours à l'*affectio societatis* constitue un excellent palliatif de l'insuffisance des éléments matériels. Des auteurs expriment cette idée dans les termes suivants : « *c'est dans la collaboration active à la marche de l'affaire qu'on reconnaîtra le véritable associé du simple prêteur ou bailleur de fonds de commerce qui ne va pas jusqu'à s'immiscer dans la gestion*<sup>7</sup> ». Il ne peut donc y avoir de société lorsque le bailleur de fonds ne participe pas à la gestion et ne joue qu'un

1. Com., 1<sup>er</sup> mars 1971 : Bull. civ. IV, n° 66 – En ce sens, Com., 5 nov. 1974 : Rev. soc. 1975, p. 492, note Y. Guyon – À propos d'une société créée de fait entre deux salariés, Com., 21 juin 1988 : Bull. Joly 1988, p. 689, note P. Le Cannu.

2. CA Paris, 2 déc. 1987 : Bull. Joly 1988, p. 375.

3. À propos de chauffeurs routiers prétendument associés d'une société en participation, alors qu'ils étaient salariés, Soc., 25 oct. 2005, 2 arrêts : BRDA 24/2005, n° 4 ; Bull. Joly 2006, p. 395, note B. Saintourens.

4. CA Paris, 31 mai 1989 : Bull. Joly 1989, p. 719.

5. Com., 8 févr. 1972 : Rev. soc. 1973, p. 145, note J.-H. – V. aussi à propos d'un prêt consenti à une société contre l'obtention d'une caution bancaire, CA Paris, 29 mai 1992 : RJDA. 10/1992, n° 914.

6. Com., 15 juin 1993 : RJDA 8-9/1993, n° 696 ; Bull. Joly 1993, p. 1262, note Y. Chaput.

7. E. du Pontavice et J. Dupichot, *Les sociétés*, n° 413-2 : 2<sup>e</sup> vol., 1<sup>re</sup> partie, éd. Montchrestien 1980.

rôle de prêteur<sup>1</sup>, alors qu'une pareille qualification est recevable quand un tel bailleur subordonne à son accord la réalisation des actes les plus importants de l'entreprise commune<sup>2</sup>.

## Section II – Les classifications des sociétés

**26.** Il n'existe pas en France de classement de sociétés fondé sur la dimension, c'est-à-dire l'importance du capital ou le nombre d'associés. On assiste en revanche à un double phénomène apparemment contradictoire : d'une part, une prolifération ou un émiettement des sociétés dus à la multiplication de sociétés à statut spécial ; d'autre part, un regroupement des sociétés issu d'une concentration économique liée à la constitution de groupes de sociétés.

Un premier classement des sociétés peut être opéré à partir de l'objet et de la nature de l'acte accompli par la société. En vertu de ce critère, les sociétés civiles se distinguent des sociétés commerciales, tout comme peuvent être différenciés les particuliers non-commerçants des commerçants, au regard des actes accomplis par eux (Sous-section 1).

On peut également procéder à un classement des différents types de sociétés, en considérant la situation des associés et leur responsabilité vis-à-vis des tiers. Ainsi, peut être décelée l'existence de sociétés de personnes et de sociétés de capitaux (Sous-section 2).

D'autres distinctions entre les sociétés peuvent être établies à partir de divers critères (Sous-section 3).

### Sous-section 1 – Les sociétés civiles et les sociétés commerciales

**27.** Ces sociétés offrent un trait commun : la poursuite d'un but lucratif. Qu'elle soit civile ou commerciale, la société est selon l'article 1832 du Code civil, « *instituée... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

Ces sociétés présentent cependant des caractères distinctifs (§ 1), au point qu'existent des intérêts à ne pas les confondre (§ 2), en dépit du rapprochement opéré entre elles par le législateur (§ 3).

#### § 1. Le critère de distinction

**28.** Théoriquement, les sociétés sont civiles ou commerciales d'après leur objet. Si la société a un objet civil, elle est civile ; si la société accomplit des actes de commerce, c'est-à-dire des actes d'intermédiaire, elle est commerciale. L'article L 210-1 du Code de commerce a sérieusement réduit la portée du critère de l'objet en décidant que « *le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les SARL et les sociétés par actions* ».

Cette extension considérable de la commercialité de forme fait donc désormais du critère de l'objet un critère à sens unique dont l'application peut se révéler délicate. Bien qu'en principe une société à forme civile mais à objet commercial, puisse être retenue pour commerciale, il est difficile de concevoir qu'en pareille circonstance elle puisse conserver sa forme civile initiale. Néanmoins, jamais une société à objet civil ne pourra être considérée comme civile si elle emprunte la forme d'une société commerciale, puisqu'elle tombe sous l'application du texte précédent. En toute hypothèse il existe un conflit entre la forme et l'objet<sup>3</sup>. À l'heure actuelle, le critère de l'objet civil ou commercial concerne uniquement la société en participation et la société créée de fait.

Il faut remarquer que la question de savoir si une société a un caractère civil ou commercial ne se confond pas avec celle de savoir si on se trouve en présence d'une association ou devant une société. Souvent en pratique, les problèmes sont superposés dans la même affaire. Pour résoudre la difficulté, il faut constamment avoir en mémoire les critères classiques : l'acte d'intermédiaire, pour

1. Civ. 1, 26 janv. 1988 : BRDA 8/1988, p. 16 ; Bull. Joly 1988, p. 93.

2. CA Paris, 21 févr. 1986 : D 1986, p. 548, note J. Honorat.

3. A. Dekeuwer, Le problème des rapports entre la forme et l'objet des sociétés : JCP 1977, éd. CI, II, 12392 – W. Jeandidier, L'imparfaite commercialité des sociétés à objet civil et forme commerciale : D 1979, p. 7.

la distinction entre société civile et société commerciale, le partage des bénéfices, pour la distinction entre société et association.

## § 2. Les intérêts pratiques de la distinction

**29.** D'une façon générale, les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne sont pas régies par les mêmes textes. Les sociétés civiles le sont par le Code civil, plus précisément les articles 1845 et suivants modifiés par la loi du 4 janvier 1978, et les sociétés commerciales, par le Code de commerce. Il s'ensuit un certain nombre de différences dans les conditions de constitution et de fonctionnement, identiques à celles qui séparent les actes civils et les actes de commerce, mais que la loi du 4 janvier 1978 a beaucoup estompées en rapprochant les sociétés civiles des sociétés commerciales.

Seules les sociétés commerciales sont assujetties à la tenue de livres comptables<sup>1</sup>. Les différends entre associés ou entre la personne morale et ses membres relèvent pour les sociétés commerciales, de la compétence du tribunal de commerce<sup>2</sup> et pour les sociétés civiles, de celle du tribunal de grande instance. Dans les sociétés civiles, est interdite la clause compromissoire selon laquelle les parties conviennent à l'avance de s'en remettre à un arbitre pour trancher les litiges susceptibles de les opposer, sauf depuis la loi NRE du 15 mai 2001 (art. 126), si la société est destinée à l'exercice de l'activité professionnelle des associés. En revanche, est valable le compromis d'arbitrage par lequel elles décident de soumettre à un arbitre un conflit déjà né. En outre, qu'il s'agisse de sociétés civiles ou commerciales, les statuts constitutifs du contrat de société doivent être établis par écrit<sup>3</sup>, faute de quoi, le groupement social serait une société créée de fait. Cela signifie que la preuve de la société civile ou commerciale, quelle que soit la valeur de l'objet du contrat, doit se faire par écrit.

Le régime fiscal n'est pas le même. Les sociétés civiles relèvent normalement de l'impôt sur les personnes physiques. Chacun des associés est imposable pour sa part de bénéfices, distribués ou non, et le bénéfice social est déterminé suivant les règles prévues par le Code général des impôts pour le calcul du revenu imposable dont la nature correspond à l'objet social (revenu foncier, bénéfice agricole, bénéfice non commercial). Le système d'imposition des sociétés commerciales est différent. Si le régime des sociétés commerciales de personnes rappelle celui des sociétés civiles, les sociétés de capitaux et des SARL sont soumises à l'impôt sur les sociétés qui est actuellement de 33,33 % sur les bénéfices réalisés par la personne morale.

## § 3. Le rapprochement des sociétés civiles et des sociétés commerciales

### A. Le rapprochement avant la loi du 4 janvier 1978

**30.** La tendance au rapprochement des sociétés civiles et des sociétés commerciales revêt plusieurs aspects.

- Tout d'abord, les statuts sous seing privé des sociétés civiles peuvent comme ceux des sociétés commerciales, conférer le pouvoir d'hypothéquer. Cette pratique est contraire au principe du droit civil en vertu duquel, lorsque la loi exige la forme authentique pour un acte (notamment en cas d'hypothèque), le représentant (en l'occurrence, celui de la société) chargé de signer l'acte, doit être muni d'une procuration reçue également en la forme authentique<sup>4</sup>.
- Ensuite, tandis que seules les sociétés commerciales pouvaient faire l'objet d'une faillite, depuis la loi du 13 juillet 1967 les sociétés civiles, comme tout groupement de droit privé pourvu de la personnalité morale, peuvent être confrontées à une procédure collective en cas de cessation des paiements. Cette solution a été reconduite par les lois n° 85-98 du 25 janvier 1985 (modifiée par

1. C. com., art. L 123-12.

2. COJ, art. L 411-4, al. 1, 2° – Com., 14 févr. 2006 : BRDA 9/2006, n° 6 ; RJDA 7/2006, n° 793 ; JCP E 2007, n° 12, 1390, note J.-P. Legros, compétence du tribunal de commerce pour connaître un litige opposant deux associés d'une société par actions et concernant l'exécution d'une convention conclue entre la société et ses associés.

3. C. civ., art. 1835.

4. C. civ., art. 1844-2.