

C h a p i t r e 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 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.

S e c t i o n 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 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.

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

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

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

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 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 bénéficiaires en cours, des provisions non utilisées et des plus-values acquises par les éléments de l'actif immobilisé.

S e c t i o n 11

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 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 propo-

sées : 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.

S e c t i o n I I I

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 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) 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.

S e c t i o n I V

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. CGI, art. 239 bis AB.

2. C. civ., art. 1836.

C h a p i t r e 2

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

S e c t i o n 1

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 membres. 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, 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, 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*

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.

pécuniaire ou tout gain matériel qui ajouterait à la fortune des intéressés¹ ». 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^{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 sociétaires. Il est nécessairement dévolu à un groupement qui poursuit un but identique à celui de l'association dissoute ou à l'État³.

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 société⁴.

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*⁵.

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 : Bull. Joly 1997, p. 401.

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

4. *Infra*, n° 20.

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

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. 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^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et pénalement sanctionnée¹. 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 essor².

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 commerce³. Le ministre délégué au commerce et à l'artisanat s'est rallié à cette idée⁴, après avoir dans un premier temps estimé que rien ne s'opposait à l'immatriculation d'une association exerçant une activité commerciale⁵.

Seules doivent être immatriculées au RCS, les associations qui émettent des valeurs mobilières⁶.

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 lucratif⁷.

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. En

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 E 1992, I, 142 – Hoang, *La protection des tiers face aux associations* : thèse Paris II, 2000.

4. Rép. min. à M. Lengage : JOAN Q 25 mai 1992.

5. Rép. min. à M. 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.

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 résultats¹. 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, alinéa 2 du Code de commerce, le but du groupement n'est pas « *de réaliser des bénéfices pour lui-même* ».

Le GIE et la société 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 derniers². Il en va pareillement s'il se livre à une activité qui lui est formellement prohibée³. 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'ensemble⁴.

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

2. T. com. Paris, 23 févr. 1970 : JCP G 1970, 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.

3. CA Paris, 6 oct. 1987 : Bull. Joly 1988, p. 86.

4. Rép. min. n° 4262 : JO Sénat Q 16 avr. 1987, p. 577.