

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 fois¹ (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 participants².

Toutefois, l'analyse contractuelle ne permet pas d'appréhender tout le droit des sociétés qui demeure en très grande partie réglementé, 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 unilatéral³. Effectivement, en dépit de cette manifestation de volonté, la qualification d'acte unilatéral collectif paraît plus appropriée

1. J.-C. May, *La société : contrat ou institution ?*, dans *Contrat ou Institution : un enjeu de société*, ouvrage coordonné par B. Basdevant-Gaudemet : LGDJ 2004, p. 122.

2. T. Favario, *Regards civilistes sur le contrat de société* : Rev. soc. 2008, p. 53.

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

que celle de contrat. Autant dans le contrat, un accord est réalisé entre des intérêts antagoniques¹, 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, dans la rédaction des statuts qui se présentent le plus souvent comme des modèles impérativement 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 procèdent à une offre au public de titres financiers, 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 sociétés². 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 mixte³. 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 d'ordre contractuel et des règles de type institutionnel. La doctrine considère généralement

-
1. Ainsi, dans le contrat de travail, l'employeur veut obtenir la meilleure prestation possible et, le salarié, la rémunération la plus élevée possible.
 2. 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.
 3. J.-P. Bertrel, Le débat sur la nature de la société : Mélanges A. Sayag, p. 131, Litec, 1997.

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'entreprise¹. 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 passif l'obligation des associés. 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 une offre au public. 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^{er} août 2003) dont la dimension est comparable à celle d'une entreprise individuelle et une société anonyme faisant une offre au public. Les sociétés à forme et organisation complexes (société anonyme) côtoient les structures plus simples (société en nom collectif), sans oublier les formes intermédiaires (SARL pluripersonnelle ou unipersonnelle). Parallèlement, tandis que certaines sociétés se maintiennent tant

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

bien que mal (sociétés en commandite), d'autres ont fait leur apparition (société d'exercice libéral, société par actions simplifiée pluripersonnelle ou unipersonnelle).

§ 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 rôle¹.

8. 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 37 000 euros, peu importe qu'elle fasse ou non une offre au public de titres financiers.

9. Le développement des sociétés amorcé à partir de la seconde moitié du xix^e 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*² ».

Avant d'aborder :

- les règles communes à toutes les sociétés (**Première partie**) ;
 - les règles spécifiques à chacune des sociétés (**Deuxième partie**) ;
- il convient de faire :
- la connaissance du droit des sociétés (**Partie préliminaire**).

1. 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 CI* 1981, II, 13499.

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

Partie préliminaire

LA CONNAISSANCE DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Chapitre 1

La raison d'être des sociétés

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

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

L'entreprise individuelle reste liée en outre, au bon vouloir et à la vie de l'entrepreneur. De son vivant, il est parfois difficile à celui-ci d'en assurer la continuité et, lorsqu'il envisage de la céder, se posent les problèmes de l'évaluation des éléments de son patrimoine, de la publicité donnée à cette évaluation et de la négociation avec le bailleur d'immeuble. La transmission de l'entreprise est par conséquent plus facile à réaliser quand elle est exploitée sous la forme sociétaire, non seulement en cas de décès, mais également lorsque les dirigeants proches de la retraite souhaitent laisser la place à leurs enfants ou à des tiers repreneurs. La cession d'actions ou de parts sociales s'opère aisément et à des conditions fiscales souvent avantageuses.

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

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

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

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

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

Section 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 modeste¹. L'option

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.

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-transparence¹). 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 sociétés². 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 impôt³. 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.

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 conditions⁴ :

– 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 ;

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

2. CGI, art. 206-3.

3. CGI, art. 239.

4. CGI, art. 239 bis AB.