



**Faculté de Droit et des Sciences Economiques
M2 Droit de l'Entreprise et des Patrimoines Professionnels (DEPP)**

2023/2024

LE CHOIX DE LA FORME SOCIALE

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU

Mémoire simplifié dirigé par
Monsieur Thierry LEOBON
Responsable du Master DEPP

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord, à saluer les vertus pédagogiques de **Monsieur Thierry LEOBON**, mon Directeur de mémoire, et Responsable du Master Droit de l'Entreprise et des Patrimoines Professionnels. En effet, il a fait preuve d'un encadrement remarquable lors de la rédaction de ce mémoire simplifié, ainsi que tout au long de ma formation dans ce master.

Ensuite, ce mémoire simplifié marque la fin de longues années d'études supérieures. C'est la raison pour laquelle, de l'Université Internationale de Libreville (UIL) à l'Université de Limoges (UNILIM), j'adresse mes sincères remerciements aux enseignants et professionnels que j'ai pu rencontrer et qui ont, non seulement contribué au perfectionnement de mon savoir-faire, mais également à l'édification de mon savoir-être.

Enfin, Je remercie en particulier, mon précieux HolySpi, ma « *Mamange* » et mon Papa, La Scho, Madame Clarisse, La Sage, Maman Jolie, mon oncle Vianney, mes frères et sœurs, mon Amoureux, mon meilleur ami Marwhil et toutes mes sœurs de la Sororité, sans oublier Maman Féli, pour leur soutien au quotidien. Soient aussi remerciés, Maître NGIMBA, ma Flo, REY et Baldo, ces compagnons de classe qui occupent désormais une place particulière dans mon cœur.

Shéreine Pascale, merci de n'avoir jamais abandonné !

DROITS D'AUTEURS

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :

« **Attribution-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** »

disponible en ligne : <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>



ABREVIATIONS

A

| | |
|------|---|
| Al. | Alinéa |
| Art. | Article |
| ATI | Allocations des travailleurs indépendants |

B

| | |
|--------|--|
| BA | Bénéfices agricoles |
| BIC | Bénéfices industriels et commerciaux |
| BNC | Bénéfices non commerciaux |
| BJS | Bulletin joly sociétés |
| BODACC | Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales |

C

| | |
|--------------------|--|
| CA | Cour d'Appel |
| Cass. Soc | Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation |
| Civ 1ere | Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ 2 ^e | Arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation |
| Civ 3 ^e | Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation |
| Com | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| C. Civ. | Code civil |
| C. Com | Code de commerce |
| CSG | Contributions sociales généralisées |
| CRFPA | Centre Régional de Formation Professionnelle des Avocats |
| CRDS | Contributions pour le remboursement de la dette sociale |
| C. Travail | Code du Travail |

E

| | |
|------|--|
| EARL | Entreprise agricole à responsabilité limitée |
| EI | Entrepreneur individuel |

| | |
|------|--|
| EIRL | Entrepreneur individuel à responsabilité limitée |
| EURL | Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée |
| Ed | Edition |

G

| | |
|-----|-------------------------|
| GFA | Groupe foncier agricole |
|-----|-------------------------|

H

| | |
|----|-----------|
| HT | Hors taxe |
|----|-----------|

I

| | |
|-------|---|
| INSEE | Institut national de la statistique et des études économiques |
| IR | Impôt sur le revenu |
| IS | Impôt sur les sociétés |

L

| | |
|-----|------------------------------------|
| L. | Loi (partie législative d'un code) |
| LME | Loi de modernisation |

N

| | |
|----|--------|
| N° | Numéro |
|----|--------|

O

| | |
|-----|------------------------------------|
| OPA | Offre publique d'acquisition/achat |
| OPE | Offre publique d'échange |

P

| | |
|-----|---------------------------------|
| PME | Petites et moyennes entreprises |
|-----|---------------------------------|

R

| | |
|-----|--|
| R. | Règlement (partie réglementaire d'un code) |
| RNE | Registre nationale des entreprises |

| | |
|-----|--------------------------------|
| RSI | Régime social des indépendants |
| RTD | Revue trimestrielle de droit |

S

| | |
|--------|---|
| SA | Société anonyme |
| SARL | Société à responsabilité limitée |
| SAS | Société par actions simplifiée |
| SASU | Société par actions simplifiée unipersonnelle |
| SC | Société civile |
| SCA | Société civile agricole |
| SCA | Société en commandite par actions |
| SCEA | Société civile d'exploitation agricole |
| SCI | Société civile immobilière |
| SCP | Société civile professionnelle |
| SCS | Société en commandite simple |
| SELAFA | Société d'exercice libéral à forme anonyme |
| SELAR | Société d'exercice libéral à responsabilité limitée |
| SELAS | Société d'exercice libéral par actions simplifiée |
| SNC | Société en nom commerciale |
| SSI | Sécurité sociale des indépendants |

T

| | |
|-----|---------------------------|
| TNS | Travailleurs non-salariés |
|-----|---------------------------|

V

| | |
|-----------------|-----------------|
| <i>V. infra</i> | Voir en dessous |
|-----------------|-----------------|

Symboles

| | |
|---|-------|
| & | Et |
| € | Euros |

Introduction

I. Le choix contraint d'une forme sociale

A. Le nombre d'associés

- 1. L'admission des sociétés unipersonnelles**
- 2. Le nouveau statut de l'entrepreneur individuel et ses faiblesses**

B. L'exercice de l'activité

- 1. Le critère d'un objet civil imposé aux sociétés civiles**
- 2. La souplesse des sociétés commerciales par la forme**

II. Les critères opportuns du choix

A. Les considérations fiscales et sociales

- 1. La fiscalité applicable aux sociétés et à leurs acteurs**
- 2. La protection sociale du dirigeant**

B. Les considérations patrimoniales

- 1. L'obligation des associés au dettes sociales**
- 2. La relativisation de la responsabilité des associés**

Conclusion générale

INTRODUCTION

En l'état actuel des choses, force est de constater qu'en France, de plus en plus de personnes sont désireuses de créer leur propre entreprise ou société. Cependant, plusieurs d'entre elles se retrouvent désarmées lorsqu'il s'agit de concrétiser ce projet. En réalité, faire le choix adapté à l'exercice de son activité n'est au premier abord, pas la préoccupation majeure d'un porteur de projet en général. Ce qui est une grossière erreur car le choix de la forme sociale est crucial lorsqu'on veut se lancer.

En effet, avec la complexité de notre droit, opter pour une forme sociale plutôt qu'une autre peut brider ou faciliter le développement d'une société, comme accroître ou réduire sa capacité de financement ou les risques encourus par cette société.

Ainsi, il est important de comprendre que lorsqu'on parle de forme sociale on fait allusion à l'ensemble de règles légales, réglementaires et jurisprudentielles, qui régissent l'organisation et le fonctionnement d'une société. On comprend dès lors que le choix de la forme sociale a une incidence en matière sociale, comptable, juridique et fiscale.

De ce fait, le droit français met à la disposition des créateurs ou des porteurs de projet toute une série de formes juridiques ayant chacune des caractéristiques propres. Avant d'entamer le vif du sujet, il convient d'opposer l'entreprise individuelle à la société.

La donnée majeure à bien intégrer avant de faire un quelconque choix est la différence qui existe entre une société et une entreprise individuelle. L'entreprise individuelle serait en quelque sorte, « *le prolongement* » de l'entrepreneur personne physique ; autrement-dit, l'entreprise et lui se confondent. L'entreprise individuelle ne bénéficie pas d'une personnalité juridique distincte de celle de l'entrepreneur individuel. Ce faisant, elle n'a pas de patrimoine et de droits propres, elle n'existe que par l'entrepreneur. La société au contraire est dans l'immense majorité des cas une personne morale avec une existence juridique distincte de l'entrepreneur ; elle bénéficie en tant que personne morale de la capacité juridique et d'un patrimoine qui lui est propre.

Cependant, le but de notre analyse n'étant pas d'épiloguer sur le choix d'une forme juridique mais plutôt sur celui d'une forme sociale, il serait sérieux de revenir sur la définition de la 'société'.

De ce point de vue, une société est un groupement créé dans un but marchand, c'est à dire produire des biens ou des services. Les associés se mettent d'accord pour affecter à une entreprise commune, des biens ou leurs industries en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter¹. Dotée d'une personnalité juridique, la société est titulaire d'une capacité de jouissance et d'un patrimoine propre. Le fait qu'elle soit titulaire de droits et d'obligations, lui permettra de conclure des actes juridiques ou d'ester en justice pour son compte. En outre, le fait qu'elle soit titulaire d'un patrimoine sera de nature à protéger ses associés des risques inhérents à son activité. Nonobstant, la capacité de jouissance d'une personne morale est limitée par son objet.

En conséquence, choisir la forme idoine pour son activité est un gage de crédibilité qui permettrait de sécuriser une aventure entrepreneuriale.

**C'est ainsi que pour faire un choix sûr, il est judicieux de se poser la question suivante :
Quelles sont les conditions et les conséquences du choix d'une forme sociale ?**

Il existe à cet effet, de nombreux critères à prendre en compte lors du choix de la forme sociale pour le porteur du projet. **Il serait fondamental de les analyser à la lumière du choix contraint d'une forme sociale dans une première partie (I), et d'examiner dans une seconde partie, les critères opportuns d'une forme sociale (II).**

¹ Article 1832 alinéa 1 du code civil

I. LE CHOIX CONTRAINT D'UNE FORME SOCIALE

Comme indiqué, le droit français offre plusieurs possibilités aux porteurs de projet mais il n'en demeure pas moins que cet éventail de possibilités n'est pas aussi large qu'on pourrait le penser. Le choix d'une forme sociale est parfois contraint par certaines exigences du droit des sociétés. **C'est la raison pour laquelle nous verrons comment le nombre d'associés (A) pourrait restreindre la marge de manœuvre du porteur de projet avant de voir en quoi l'exercice de certaines activités pourrait aussi limiter leur choix (B).**

A. LE NOMBRE D'ASSOCIÉS

La constitution d'une société implique traditionnellement de se poser plusieurs questions, notamment sur les acteurs de la vie de celle-ci. On sait par cela que le choix de la forme sociale dépend bien évidemment du nombre d'associés qui devront la composer. On considérait traditionnellement, que la société ne pouvait être constituée que d'au moins deux personnes ; ce qui n'est pas le cas de nos jours car désormais on admet qu'une société puisse être constituée d'un associé unique.

De ce point de vue, le droit Français offre plusieurs possibilités au porteur de projet qui veut créer seul. **D'où l'intérêt dans cette partie d'analyser l'admission des sociétés unipersonnelles (1), modèle qu'il conviendra de comparer au nouveau statut de l'entrepreneur individuel et ses faiblesses (2).**

1. L'ADMISSION DES SOCIÉTÉS UNIPERSONNELLES²

Bien qu'étant conscient qu'étymologiquement le mot "société" désigne l'association de plusieurs personnes, le droit français a admis l'existence de : **sociétés unipersonnelles.**

A ce stade, il convient d'envisager dans un premier temps l'évolution législative de cette admission (1.1.), avant d'aborder les différents types de sociétés unipersonnelles (1.2.).

² Jean Jacques DAIGRE : les Sociétés Unipersonnelles en Droit Français [article]/ Revue Internationale de Droit Comparé/ Année 1990. 42-2/ pp. 665-666.

1.1. L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE DE LA CONCEPTION

Le droit Français a connu une évolution particulièrement lente en la matière. Cela s'explique par le maintien à long terme de la conception classique de la société selon laquelle toute société ne pouvait être constituée qu'avec au moins deux associés.

D'ailleurs, **l'ancien article 1832 du code civil issu de la loi du 4 janvier 1978** indiquait que « *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* ». Ce qui impliquait en conséquence la dissolution de plein droit de toute société devenue unipersonnelle.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales a fait bouger les choses bien que partiellement. En effet, avec cette loi, les sociétés commerciales devenues unipersonnelles en cours de vie étaient désormais dépourvues de dissolution automatique avec une exception selon laquelle au bout d'un an elles devraient redevenir pluripersonnelles. Cependant, la dissolution devait être prononcée soit par un juge ou par une personne agissant à juste titre : un créancier par exemple. Cette règle a été généralisée à toute société et donc étendue aux sociétés Civiles par la **loi du 4 Janvier 1978**³.

Dans l'absolu, afin de permettre la création d'une société à associé unique, la **loi du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée a été promulguée**.⁴

Cette loi a en effet introduit en droit Français la société unipersonnelle ; laquelle permet à un créateur d'entreprise de se constituer en associé unique sous la forme sociale d'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (SARL). Par la même occasion **l'ancien article 1832 du code civil** a été modifié par cette **loi de 1985**, dont le nouvel alinéa 2 dispose que la société : « *peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.* ».

³ Loi N°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil

⁴ Loi N°85-697

Ainsi, en intégrant « *la volonté d'une seule personne* » dans la nouvelle définition de la société, le législateur Français a offert la possibilité de se constituer associé unique, de sorte que plusieurs sociétés unipersonnelles ont pu voir le jour au fil du temps.

In fine, la raison pour laquelle le législateur a pu admettre de telles sociétés en 1985, c'est premièrement parce qu'il existait en fait de nombreuses SARL à associé unique. L'admission des sociétés unipersonnelles a donc permis de régulariser la situation de ces sociétés. Deuxièmement, parce que Le législateur (le droit Français) voulait rester fidèle à la théorie du patrimoine (Aubry et Rau) et plus particulièrement au principe de l'unicité du patrimoine. L'admission des sociétés unipersonnelles permettait de préserver ce principe. La société (personne morale) n'a qu'un seul patrimoine et l'associé unique n'a qu'un seul patrimoine.

1.2. LES DIFFÉRENTS TYPES DE SOCIÉTÉS UNIPERSONNELLES

Il existe en Droit Français plusieurs types de sociétés unipersonnelles, lesquelles feront l'objet d'une analyse successive : **l'Entreprise unipersonnelle à Responsabilité limitée « EURL » ; l'Exploitation Agricole à Responsabilité Limitée « EARL », et la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle « SASU ».**

- L'ENTREPRISE UNIPERSONNELLE A RESPONSABILITE LIMITEE (EURL)⁵

L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est la première version de société commerciale à associé unique.

Tout d'abord, il faut savoir que l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée n'est pas une nouvelle forme sociale. Elle est en effet la version unipersonnelle de la société à responsabilité limitée, et est d'ailleurs régie par les mêmes dispositions que cette dernière, notamment les articles **L.223-1 et suivants du code de commerce**.

⁵ Cours de Droit des Affaires 2^e édition (2024) / Collection CRFPA/ A. BENNINI, A. DADOUN, B. GHANDOUR et S. RINGLER/ Enrick .B. Editions.

De plus, le passage d'une société à responsabilité limitée à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée ou inversement, à l'occasion d'une cession de parts sociales de plusieurs associés à un tiers, n'est pas soumis aux mêmes règles que celles prévues pour la transformation des sociétés. Il ne suffit en l'espèce que d'une simple formalité au registre national des entreprises portant sur la modification de l'identité et du nombre d'associés, qui doit être dénommée « *associé unique* »⁶.

Pour autant, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée demeure particulière, et ce dans plusieurs aspects que nous allons développer tour-à-tour :

Premièrement, n'étant destinée qu'aux seuls porteurs de projet économique sans intention de s'associer, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est une alternative à l'Entreprise Individuelle (EI). Elle revêt un intérêt puisque comme toutes les sociétés elle bénéficie d'une personnalité juridique distincte de celle de l'entrepreneur associé unique, ce qui la rend autonome et protectrice du patrimoine de l'entrepreneur contrairement aux risques que pouvaient entraîner la création d'une entreprise individuelle.

En outre, comparativement à l'entreprise individuelle qui ne prévoit pas de mécanisme de continuation comme le mandat à effet posthume⁷, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée du fait de son autonomie a la capacité de survivre même en cas de décès de l'associé unique.

Deuxièmement, étant régie par les mêmes dispositions que la société à responsabilité limitée, la constitution d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée est simplifiée puisqu'elle ne fait pas appel à un corpus de règles particulières mais qu'elle fait appel aux mêmes règles de constitution que la société à responsabilité limitée.

Qui plus est, la vie sociale de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée étant rythmée par une gestion solitaire, les règles juridiques se sont donc adaptées à sa configuration particulière qui fait que par exemple, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

⁶ C.Com. art. L. 223-1, al.2

⁷ Article 812-1-1 du code civil

fonctionne en dehors de toute décision collective. Ainsi par exemple, les comptes annuels ne sont soumis qu'à l'approbation de l'associé unique.

Or, le gérant associé unique peut être dispensé de cette obligation en pratique puisque le dépôt des comptes au registre national des entreprises (RNE) vaut approbation des comptes. Pour ce faire, il lui suffit de répertorier ses décisions dans un registre de délibérations qui devra en outre comporter mention de toutes les conventions conclues entre l'associé unique et la société⁸.

Troisièmement, concernant la dissolution de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée en raison de la dissolution-confusion, à l'instar de la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) la dissolution de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée entraîne en l'absence de liquidation un transfert du patrimoine de la société vers celui de l'associé. Cela signifie en d'autres termes qu'il y'aura une confusion du patrimoine, le passif et l'actif de la société seront transmis à l'associé sauf en cas de cautionnement d'un emprunt de l'entreprise par exemple.

En revanche, l'incidence de cette opération est que si le passif de la société est supérieur à son actif, l'entrepreneur devra y répondre sur son patrimoine personnel.

- L'EXPLOITATION AGRICOLE A RESPONSABILITE LIMITEE (EARL)⁹

Tout comme pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la **loi du 11 Juillet 1985** a créé l'exploitation agricole à responsabilité limitée, qui est une société civile à responsabilité limitée dédiée à l'exercice d'une activité agricole, au sens de l'article **L.311-1 du code rural et de la pêche maritime**.

En effet, par cette loi le législateur a non seulement permis à l'agriculteur de séparer son patrimoine du patrimoine social, mais il lui a aussi permis de déroger à la conception classique

⁸ Article L223-19 alinéa 3 du code de commerce

⁹ Norbert OLSZACK. Dalloz. Répertoire des sociétés. Agriculture : groupements et sociétés – Chap2 : exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL) (528 – 580) ; A. BENNINI, A. DADOUN, B. GHANDOUR & S. RINGLER/ cours de Droit des Affaires (2^e édition 2024)/ collection CRFPA/ Enrick .B. Editions.

de constitution de la société en acceptant que l'exploitation agricole à responsabilité limitée se crée avec un associé unique (**article L. 324- 1 du code rural alinéa 2** : « *Lorsque l'exploitation agricole à responsabilité limitée est constituée par une seule personne, celle-ci est dénommée " associé unique " (...)* »). Comme la SARL, elle peut également être pluripersonnelle en accueillant jusqu'à dix associés (**article L.324 - 2 du code rural** : « **l'exploitation agricole à responsabilité limitée a pour objet l'exercice d'activités réputées agricoles au sens de l'article L. 311-1. Elle ne peut réunir plus de dix associés** »).

Toutefois, et contrairement à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée il n'existe pas de dénomination particulière lorsque l'EARL est unipersonnelle.

De plus, le gérant de l'exploitation agricole à responsabilité limitée est soumis au régime des non-salariés agricoles, ce qui rend l'existence de la personnalité morale sans incidence sur son régime social.

S'agissant des spécificités de l'EARL, on soulignera :

Primo, l'objet social doit être respecté afin d'éviter une requalification de la société en société commerciale.

Plus précisément, **l'article L. 324-2 du code rural** indique que l'objet doit d'abord être une activité rurale par nature, au sens de **l'article L.311-1 dudit code**. Il s'agit là de tout ce qui concerne la production agricole, tels que : la production végétale (céréales, culture de rentes, maraîchage, etc.), l'élevage (gros et petit bétail, etc.), l'apiculture, la pisciculture, etc., sans oublier les activités connexes de l'exploitant qui ont pour support l'activité de l'exploitant.

Dans cette optique, la **Cour d'Appel de Rouen dans un arrêt rendu le 22 novembre 1995¹⁰**, a estimé qu'une exploitation agricole à responsabilité limitée qui développait une activité commerciale devait être requalifiée de société créée de fait à la demande de toute personne intéressée, et liquidée comme une société en participation puisqu'ayant un objet commercial ; les règles prévues pour les Sociétés en Nom Collectif étant alors applicables. Ainsi, les associés devront indéfiniment et solidairement être tenus du passif de la société.

L'un des aspects les plus remarquables de l'EARL est que, selon **l'article L. 324-2 du code rural** « *les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports* ». Ce principe

¹⁰ Civile 2^e. 22/11/1995. N°94-11.104

déroge à la règle posée par **l'article 1857 du code civil** qui traite de la responsabilité indéfinie à proportion des apports des sociétés civiles. L'EARL est donc une société à objet civil et à responsabilité limitée. Or, cet avantage est une façade si une telle société est créée avec les fonds nécessaires à sa survie ou indispensables à l'exercice de l'activité agricole, car à défaut de fonds suffisants les créanciers demanderont une garantie de l'endettement consenti, ce qui pourrait conduire l'exploitant à consentir des sûretés personnelles par exemple. De ce fait, la limitation de responsabilité sera sans effet en l'espèce et il n'y aura plus de séparation de patrimoine, comme ce serait le cas aussi pour les sociétés à responsabilité limitée telles que les SARL et SAS¹¹.

Secundo, selon les dispositions de **l'article L.324 – 8 du code rural**, l'associé unique doit être exploitant. Il ne peut dès lors, se limiter aux simples travaux de direction et de surveillance, mais il doit de façon concrète et constante participer aux travaux sur les lieux en fonction des usages de la région et de l'importance de l'exploitation, il doit également occuper les bâtiments d'habitation du bien ou une habitation à proximité du fonds permettant l'exploitation.

A cet effet, la gérance doit être organisée dans le respect des conditions du droit commun des sociétés. Cependant, le manquement aux obligations tenant au choix du gérant n'entraîne pas la dissolution de plein droit de l'exploitation agricole à responsabilité limitée. La dissolution peut survenir à la demande de tout intéressé en justice si la situation n'a pas été régularisée dans les "un an ou trois ans" en cas de cessation d'activité, de décès ou en cas d'inaptitude à l'exercice de l'exploitation agricole en vertu des **articles L. 732-8 et L.752-4 du code rural**.

Tertio, concernant les causes de dissolution de l'exploitation agricole à responsabilité limitée, elles sont celles de toutes les sociétés civiles, à l'exception de celle prévue à **l'article 1844-7 du code civil**. **La réunion de toutes les parts sociales en une seule main ne sera pas de nature à entraîner la dissolution de l'EARL.**

Dans l'exploitation agricole à responsabilité limitée, on ne parlera pas de liquidation mais de transmission de l'ensemble du patrimoine de la société dans celui de l'associé unique. Cependant **l'article 103 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001**, a rendu inapplicable aux sociétés

¹¹ V. *infra*

dont l'associé unique est une personne physique le régime de transmission universelle visée par **l'article 1844-5 du code civil**. Or, cela conférerait aux créanciers un droit d'opposition à la dissolution et rendait l'associé unique redevable du passif social. En résumé, la limitation de la responsabilité disparaissait avec la personnalité morale (**Cour d'Appel de Paris, 3 novembre 1995**).

- LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE UNIPERSONNELLE (SASU)¹²

Conformément à **l'article 1832 alinéa 2 du code civil**, la création d'une société par actions simplifiée (SAS) peut être le fait d'une personne physique ou morale qui en sera l'associé unique. Dès lors, depuis **la Loi du 12 Juillet 1999¹³**, la société par actions simplifiée à associé unique a été instituée : c'est la société par actions simplifiée unipersonnelle. Le caractère unipersonnel d'une telle société peut également résulter de la réunion entre les mains d'une seule personne de toutes les actions d'une société par actions simplifiée, sans que cela entraîne une dissolution (**C. com. Art L. 227-4**).

Comme pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, le caractère unipersonnel de cette société n'a pas d'incidence sur sa forme. *Mutatis mutandis¹⁴*, elle est régie par les mêmes dispositions que toute SAS¹⁵. Cependant, certains évènements naturels comme le décès de l'associé unique ou une cession d'actions, peuvent aboutir à ce qu'une SASU devienne une SAS « classique », pluripersonnelle.

En premier lieu, la constitution d'une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) est particulièrement utile à la structuration des groupes de sociétés, on peut créer des filiales sous forme d'EURL¹⁶. Elle serait aussi un meilleur avantage pour les entrepreneurs individuels par rapport à l'entreprise individuelle à responsabilité limitée. Le régime de protection sociale du

¹² Claude CHAMPAUD & Didier DANET, RTD.Com.1989.p872, Introduction d'une société par action simplifiée unipersonnelle.

¹³ Loi N°99-587 du 12 juillet 1999 relative à l'innovation et la recherche

¹⁴ Expression latine indiquant en droit, un raisonnement par analogie

¹⁵ Mémento sociétés commerciales 2024. Edition Francis Lefebvre. Chapitre 3 : société par action simplifiée unipersonnelle.

¹⁶ Droit commercial, Sociétés Commerciales de Philippe MERLE avec la collaboration d'Anne FAUCHON. Lefebvre Dalloz 2023/2024.éd27

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

dirigeant d'une SAS (régime général) présente un avantage par rapport à celui de l'entrepreneur individuel (TNS)¹⁷.

En revanche, l'un des points faibles que pourrait présenter une telle société serait la limitation de la responsabilité de l'associé unique. En effet elle a la réputation d'être « *théorique* » dans la mesure où certains engagements pris par la société requièrent des garanties personnelles exigées par le banquier. De plus, si l'associé unique est une personne morale, en cas de dissolution elle supporterait personnellement la totalité des dette sociales.

En second lieu, les convention conclues directement ou par personne interposée entre la société et l'associé unique par exemple n'ont pas à faire l'objet d'un rapport du commissaire aux comptes ou du président. La seule mention dans le registre des décisions de l'associé unique suffit (**C. Com. L 227-10, al 4**).

La dissolution de la société par actions simplifiée à associé unique, connaît le même sort que pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. En effet, il y aura dissolution-confusion, c'est-à-dire, la transmission universelle du patrimoine de la société vers celui de l'associé unique, que ce dernier soit une personne physique ou morale, il ou elle devra donc supporter la totalité du passif de la société.

In fine, nous remarquons à la suite de cette analyse sur les différentes sociétés unipersonnelles que le législateur a su encore une fois défier les limites du droit et satisfaire au mieux les besoins des créateurs solitaires. Mais il n'en demeure pas moins que l'avènement du statut d'entrepreneur individuel pourrait être une meilleure solution pour le créateur.

¹⁷ Travailleurs Non-Salariés

2. LE NOUVEAU STATUT DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL ET SES FAIBLESSES¹⁸

Selon l'article L.526-22 alinéa 1 du code de commerce créé par la Loi n°2022-172 du 14 février 2022 en faveur l'activité professionnelle indépendante, l'entrepreneur individuel est « *une personne physique qui exerce en son nom propre une ou plusieurs activités professionnelles indépendantes* ». **Pour étayer au mieux notre propos nous ferons d'abord une présentation de l'entrepreneur individuel (2.1), avant de faire une analyse de la protection limitée du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel (2.2).**

2.1. LA PRESENTATION DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL (EI)

A l'origine l'exerce d'une activité en tant qu'entrepreneur individuel engageait l'intégralité du patrimoine de l'entrepreneur, c'est-à-dire, l'ensemble des biens constituant le patrimoine de celui-ci¹⁹, que ces biens soient utiles ou non pour son activité professionnelle. De ce fait les créanciers de l'entrepreneur individuel, quels qu'ils soient, avaient un gage général sur son patrimoine. Logiquement, cette façon d'exercer s'oppose à l'exploitation par le biais d'une société, qui pour le coup est plus complexe à mettre en œuvre bien qu'étant un outil fiable de protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Cependant, l'exerce de l'activité en tant qu'entrepreneur individuel demeure très répandu, en plus, toutes les activités économiques exceptées celles où la forme sociale est imposée par les textes, peuvent être exploitées en entreprise individuelle.

En effet, le législateur a mis en place des mesures pour tenter de protéger le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel sans obligatoirement recourir à la création d'une société, notamment en déclarant sa résidence principale insaisissable par les créanciers dont les créances sont nées du fait de l'activité professionnelle. Cette protection a été par la suite étendue à tout autre bien foncier, bâti ou non, qui ne sont pas affectés à l'usage professionnel, jusqu'à ce qu'en 2015 la résidence principale de l'entrepreneur individuel devienne insaisissable de plein droit par le créancier dont la créance est née de l'activité professionnelle.

¹⁸ ELNET/ Droit des Affaires/ Entrepreneur individuel

¹⁹ C. Civ. Art. 2284

Pour offrir une sécurité plus renforcée aux entrepreneurs individuels, le législateur a créé en 2010 le régime optionnel de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, afin de pouvoir séparer le patrimoine affecté à l'activité de l'entrepreneur individuel de son patrimoine personnel²⁰. Mais à la vue de l'échec cuisant de ce procédé, le législateur a avec **la loi du 14 février 2022** créé un véritable statut de l'entrepreneur individuel, qui confère la séparation de plein droit de ses deux patrimoines, et ce, sans avoir à remplir une quelconque formalité ou à effectuer une déclaration d'affectation du patrimoine comme c'était le cas pour l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Donc autant en société qu'en exercice individuel, le patrimoine personnel du porteur de projet ou du créateur qui voudrait se lancer seul est protégé, en plus de pouvoir opter pour l'impôt sur les sociétés, en vertu de **l'article 13 de la loi N°1900-2021 du 30 décembre 2021 de finance pour 2022**.

Enfin, une possibilité s'offre également pour l'entrepreneur individuel de se lancer en tant que micro-entrepreneur, en effet, ²¹ce statut permet aux entreprises individuelles de petite taille de bénéficier des formalités de création simplifiées ainsi qu'un mode de calcul simple des cotisations et d'impôts sur le revenu.

Nous verrons que malgré toutes les solutions envisagées par le législateur pour assurer une protection fiable du patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel, la réalité est tout autre.

²⁰ Loi N°2010-658 du 15 juin 2010

²¹ La loi de modernisation de l'économie (LME) est une **loi adoptée le 4 août 2008 qui vise à stimuler la croissance économique en France**. Elle contient de nombreuses dispositions relatives au pouvoir d'achat, à la concurrence, au financement des entreprises, à la simplification administrative, à la fiscalité, au travail et à l'emploi. La loi de modernisation de l'économie a été publiée au Journal officiel le 5 août 2008

2.2. LA PROTECTION LIMITEE DU PATRIMOINE PRIVE DE L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL

On sait que depuis **la loi n°2022-172 du 14 février 2022 relative à l'activité professionnelle indépendante**, le nouveau statut de l'entrepreneur individuel lui confère la séparation de plein droit de son patrimoine personnel et de son patrimoine professionnel. Dès lors, un créateur qui souhaiterait se lancer seul dans une activité bénéficie d'une large marge de manœuvre et surtout d'une protection de son patrimoine personnel qu'il exerce son activité ou ses activités en société ou en entreprise individuelle.

En effet, le nouvel **article L. 526-22 alinéa 2 du code de commerce** dispose que : « *Les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes constituent le patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel. Sous réserve du livre VI du présent code, ce patrimoine ne peut être scindé. Les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel.* ». On remarque donc ici que le critère de distinction est celui de l'utilité, de ce fait les créanciers dont les créances sont nées à l'occasion de l'activité professionnelle auront pour gage le seul patrimoine professionnel, et a contrario, ceux dont les créances ne naissent pas de l'activité professionnelle auront pour gage le seul patrimoine personnel. En outre, **l'article L. 526-23 du code de commerce qui s'applique aux créanciers dont la créance est née de l'activité professionnelle** apporte quelques précisions par rapport à cette règle²².

De plus, ce critère d'utilité est présumé lorsque l'entrepreneur individuel est tenu à des obligations comptables légales ou réglementaires, c'est-à-dire que son patrimoine professionnel est présumé être constitué d'au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables y compris la rémunération issue de son activité professionnelle qui est comprise dans son patrimoine personnel. Cependant, la nature de cette présomption est

²² « *La dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22 ne s'applique qu'aux créances nées à compter de l'immatriculation au registre dont relève l'entrepreneur individuel pour son activité, lorsque celle-ci est prévue. Lorsqu'il relève de plusieurs registres, la dérogation prend effet à compter de la date d'immatriculation la plus ancienne. Lorsque la date d'immatriculation est postérieure à la date déclarée du début d'activité, la dérogation prend effet à compter de la date déclarée du début d'activité, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. A défaut d'obligation d'immatriculation, la dérogation court à compter du premier acte qu'il exerce en qualité d'entrepreneur individuel, cette qualité devant apparaître sur les documents et les correspondances à usage professionnel.* »

incertaine. On admet qu'il s'agit d'une présomption simple, qui peut donc être renversée par une preuve contraire (**C. Com. Art. R526-26. II**)²³.

Sans avoir à se constituer en société ou même à faire une déclaration d'affectation, nous constatons qu'il y'a un véritable désir de sécuriser le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. Il n'en demeure pas moins malgré tout que plusieurs évènements peuvent entraver cette sécurité.

Tout d'abord, il est des limites liées au critère d'utilité en ce qui concerne la séparation du patrimoine de l'entrepreneur individuel (EI). En réalité, le critère de l'utilité peut ne pas être compris par l'entrepreneur ou peut être perçu comme étant trop large, ce qui fait que lors de la séparation des biens l'entrepreneur pourrait commettre des erreurs susceptibles d'entraîner une confusion du patrimoine, en assimilant un bien du patrimoine professionnel à un bien du patrimoine personnel.

En plus de ça il y'a la problématique des biens hybrides ou mixtes, c'est-à-dire, les biens qui sont à la fois utiles pour l'activité professionnel de l'entrepreneur, mais aussi pour ses besoins personnels, par exemple : le matériel informatique lorsqu'il est utilisé à la fois pour les besoins personnels de l'entrepreneur et pour les besoins de l'entreprise, ou même le véhicule de l'entrepreneur. Dans des situations pareilles le chef d'entreprise n'est pas à l'abris de risque de contentieux, et dans ce cas la forme sociétaire serait préférable surtout si les biens hybrides en cause ont une valeur particulièrement importante²⁴. Dans les cas, ces biens pourraient être saisis à la fois par les créanciers professionnels et les créanciers personnels si l'entrepreneur n'est pas très bien renseigné sur le critère d'utilité, et ce sera à lui de prouver qu'il n'y a pas eu d'erreur lors de la séparation du patrimoine (**C. Com. Art. L. 526-22 alinéa 8**)²⁵.

²³ « Lorsque l'entrepreneur individuel est tenu à des obligations comptables légales ou réglementaires, son patrimoine professionnel est présumé comprendre au moins l'ensemble des éléments enregistrés au titre des documents comptables, sous réserve qu'ils soient réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Sous la même réserve, les documents comptables sont présumés identifier la rémunération tirée de l'activité professionnelle indépendante, qui est comprise dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur individuel. ».

²⁴ L'entrepreneur individuel, loi n°2022 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. Sous la coordination de P. NABET, V. BONNET, P. CAUDWELL, M. FITTANTE, E. GICQUIAUD, J. GRANOTIER, C. HOUIN-BRESSAND, J. LOTZ, P. ROSSI, P. ROUSSEL GALLE.

²⁵ « La charge de la preuve incombe à l'entrepreneur individuel pour toute contestation de mesures d'exécution forcée ou de mesures conservatoires qu'il élève concernant l'inclusion ou non de certains éléments d'actif dans le périmètre du droit de gage général du créancier. »

Ensuite, les organismes de sécurité sociale et de l'administration fiscale sont considérés au sens de l'**article L. 526-22. Alinéa 5 du code de commerce**²⁶ comme des créanciers professionnels, et en ce sens ils n'ont de gage en principe que sur le patrimoine professionnel. Or, en vertu de l'**article L. 526 alinéa 1 e t2**²⁷, ils peuvent également avoir un gage général sur les deux patrimoines de l'entrepreneur individuel pour certaines créances telles que : la taxe foncière sur les biens immeubles utiles à l'activité professionnelle, sur les **CSG**²⁸ et les **CRDS**²⁹, ainsi que dans les cas où il a commis une faute grave à l'endroit desdits organisme (manœuvre frauduleuse ou inobservation grave et répétées des obligations sociales ou fiscales).

De même, l'entrepreneur individuel peut par un acte de renonciation, renoncer à la séparation de ses patrimoines pour offrir en gage à l'un de ses créanciers l'ensemble de ses biens sous réserve de leur insaisissabilité (**C. Com. Art. L. 526-25 alinéa 1** : *« L'entrepreneur individuel peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la dérogation prévue au quatrième alinéa de l'article L. 526-22, pour un engagement spécifique dont il doit rappeler le terme et le montant, qui doit être déterminé ou déterminable. Cette renonciation doit respecter, à peine de nullité, des formes prescrites par décret. »*).

Enfin, il y'a réunion des patrimoines de l'entrepreneur individuel en cas de cessation de l'activité ou en cas de décès de ce dernier, tel que l'indique l'**article L.526-22 alinéa 8 du code de commerce** : *« Dans le cas où un entrepreneur individuel cesse toute activité professionnelle indépendante, le patrimoine professionnel et le patrimoine personnel sont réunis. Il en est de même en cas de décès de l'entrepreneur individuel (...) »*. De ce fait, dans les deux cas cette situation permet aux créanciers dont les créances sont nées antérieurement à ces événements de bénéficier d'un droit de gage général. Ce qui est un peu dommage car l'**ancien article L.526-16 du code de commerce** concernant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, prévoyait que quand l'entrepreneur individuel décède, son patrimoine

²⁶ « Les dettes dont l'entrepreneur individuel est redevable envers les organismes de recouvrement des cotisations et contributions sociales sont nées à l'occasion de son exercice professionnel. »

²⁷ « Le droit de gage de l'administration fiscale et des organismes de sécurité sociale porte sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel en cas de manœuvres frauduleuses ou d'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, dans les conditions prévues aux I et II de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales, ou d'inobservation grave et répétée dans le recouvrement des cotisations et contributions sociales, dans les conditions prévues à l'article L. 133-4-7 du code de la sécurité sociale. Le droit de gage de l'administration fiscale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel de l'entrepreneur individuel pour les impositions mentionnées au III de l'article L. 273 B du livre des procédures fiscales. Le droit de gage des organismes de recouvrement mentionnés aux articles L. 225-1 et L. 752-4 du code de la sécurité sociale porte également sur l'ensemble des patrimoines professionnel et personnel pour les impositions et contributions mentionnées au deuxième alinéa de l'article L. 133-4-7 du même code. »

²⁸ CSG : Contribution Sociale Généralisée

²⁹ CRDS : Contribution pour le Remboursement de la Dette Sociale

professionnel disparaît mais il s'en crée un nouveau pour l'héritier qui « *reprend l'activité* ». C'est une conséquence logique de la création de plein droit du patrimoine professionnel.

De plus, en présence d'une cessation temporaire d'activité, quand il s'agit d'une constitution en société, l'associé unique a la possibilité de désigner un dirigeant tout en restant actionnaire. En revanche une telle situation pour l'entrepreneur individuel le conduirait à la location-gérance, dont la réalisation n'est pas forcément un exercice facile, surtout quand le législateur reste muet sur la possibilité de louer un patrimoine professionnel. Ainsi, il n'est pas négligeable de se demander si une telle situation ne pourrait pas entraîner une réunion de patrimoine.³⁰

Somme toute, la forme sociétaire serait plus sûre pour un créateur, si bien que même avec la **loi du 14 février 2022**, l'entreprise individuelle n'est pas devenue la forme idoine pour un porteur de projet du fait des risques que pourraient entraîner la mauvaise séparation des patrimoines. En outre, la plume du législateur Français n'est pas limitée qu'à la seule constitution solitaire.

B. L'EXERCICE DE L'ACTIVITE

Objectivement parlant, la qualification d'une société repose sur la nature civile ou commerciale de l'activité qu'elle exerce. Dès lors, lorsqu'on veut se lancer dans la création d'une société il est primordial d'avoir une idée claire concernant la nature de l'activité qu'on veut exercer au travers de cette société à naître, afin d'être conscient des conséquences que cela implique. Raison pour laquelle dans cette partie notre étude sera axée sur **le critère d'un objet civil imposé aux sociétés civiles dans un premier temps (1)**, et sur **la souplesse des sociétés commerciales par la forme dans un second temps (2)**.

³⁰ L'entrepreneur individuel, loi n°2022 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante. Sous la coordination de P. NABET, V. BONNET, P. CAUDWELL, M. FITTANTE, E. GICQUIAUD, J. GRANOTIER, C. HOUIN-BRESSAND, J. LOTZ, P. ROSSI, P. ROUSSEL GALLE.

1. LE CRITERE D'UN OBJET CIVIL IMPOSE AUX SOCIETES CIVILES

L'article 1845 alinéa 2 du code civil définit la société civile de la façon suivante : « *ont le caractère civil toutes les sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leur forme, de leur nature, ou de leur objet* ». De ce point de vue, nous examinerons dans cette première partie, **le domaine restreint des sociétés civiles (1.1)**, et dans une seconde partie **l'intérêt de créer une société civile (1.2)**.

1.1. LE DOMAINE RESTREINT DES SOCIETES CIVILES

La société civile comme indiqué est une société ayant un objet civil, autrement-dit une société dans laquelle est exercée une activité purement civile telle que définie par les statuts, ce qui exclut catégoriquement la possibilité de réaliser une activité commerciale.

Dans ce sens, la jurisprudence considère que l'exercice d'une activité commerciale à titre principal par une société civile, entraîne la dissolution de plein droit cette dernière en raison de l'extinction de son objet civil, et fait naître par conséquent une société de fait commerciale³¹. Qui sera soumise aux dispositions de **l'article 1873 du code civil** qui régit les sociétés en participation et les sociétés créées de fait³².

Ainsi une société civile peut être : agricole, artisanale, immobilière, et libérale.

1.2. L'INTERET DE CREER UNE SOCIETE CIVILE

L'intérêt d'une société civile est plus évident à distinguer que les formes sociales commerciales en ce qu'elle ne peut accueillir qu'une activité ayant un objet purement civil. Quand bien même les sociétés commerciales par la forme ont la possibilité d'avoir un objet civil, les sociétés civiles ont l'avantage d'avoir une réglementation moins lourde.

D'ailleurs, dans le secteur immobilier, la société civile peut être un très bon outil de gestion patrimoniale, en témoignent les nombreuses sociétés civiles immobilières (SCI) qui existent.

³¹ Cass. Civ 3^e, 05/07/2000, n°98-20821

³² NB : Une société de fait est une société née d'une volonté commune mais qui n'a pas été enregistrée correctement car des éléments manquants importants ont rendu son immatriculation invalide. En revanche, une société créée de fait représente une situation où plusieurs personnes agissent comme des associés sans avoir conscience ou la volonté de créer une société.

Très utilisée en pratique, la société civile immobilière représente une alternative à l'indivision qui est beaucoup plus contraignante et source de conflit, notamment entre les héritiers.

Précisément,³³ elle permet d'éviter les conflits dans la mesure où ce sont les statuts qui dictent la loi et la conduite des associés. Les associés reçoivent un nombre de parts à proportion de leur investissement dans la société, ce qui fait qu'en cas de partage ou de succession il se partagent non pas des biens mais des parts sociales, ce qui leur permet d'éviter la survenance de conflits entre eux ou entre des héritiers.

De plus, une société civile immobilière familiale permettrait au porteur de projet de transmettre (indirectement) à ses enfants un patrimoine immobilier en réduisant les droits de succession lorsque le passif social compense la valeur des actifs immobiliers, et la transmission pourra se faire au travers d'une donation de parts sociales en nue-propriété, le donateur conservant l'usufruit.

En outre, dans le secteur agricole, elle est la forme sociale idéale pour les créateurs qui veulent se lancer dans une activité agricole sans le sol (il aura le choix entre la société civile d'exploitation agricole (SCEA) et l'exploitation agricole à responsabilité limitée 'EARL') ou qui veulent gérer un immeuble à usage agricole et forestier, au moyen d'un groupement foncier agricole (GFA) ou d'un groupement forestier (GF). Avec cette forme sociale les exploitants bénéficient d'une large marge de manœuvre.³⁴

L'un des intérêts de se constituer en cette forme sociale, est qu'elle permet d'associer des membres de la famille exploitants ou non à la société en leur octroyant des parts sociales, de même en cas de successions la transmissions des parts aux héritiers est particulièrement simple. Les clauses d'agrément devront pour cela être rédigées avec soin pour encadrer les transmissions des parts.

De plus, la société civile est une forme sociale qui permet aux professionnels libéraux d'exercer leur activité en commun : c'est la société civile professionnelle (SCP).³⁵ Elle est ouverte aux personnes physiques qui exercent une activité libérale réglementée telles que : les architectes, les avocats, les commissaires aux comptes, les greffiers du tribunal de commerce, les infirmiers

³³ La Société Civile Immobilière/ LegalPlace.fr

³⁴ Cours Droit des Affaires/ Collection CRFPA 2^e édition (2024) / A. BENNINI ; A. DADOUN ; B. GHANDOUR et S. RINGLER

³⁵ La Société Civile Professionnelle (SCP)/ LegalPlace.FR

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

ou infirmières, les médecins, les notaires, les vétérinaires, les commissaires de justice, les conseillers en propriété industrielle, les chirurgiens-dentistes, les biologistes médicaux, les administrateurs de justice et mandataires judiciaires, etc. alors qu'avant les associés devaient obligatoirement exercer la même profession, depuis **l'ordonnance N° 2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées**, la création de sociétés pluriprofessionnelles comportant des associés de professions différentes est admise.

L'intérêt d'une telle forme sociale réside dans la possibilité de répartir les charges de fonctionnement et les risques financiers entre les associés. Elle permet aussi aux associés de garder leur indépendance dans l'exercice de leur profession. La société prend fin au décès d'un associé sauf si les statuts prévoient une possibilité de continuation.

Cependant, malgré le fonctionnement ou l'attractivité offerte par les sociétés civiles, force est de constater que la constitution en société commerciale est peut-être beaucoup plus intéressante. D'autant plus qu'il existe des sociétés d'exercice libéral (SEL) qui empruntent la forme de sociétés commerciales à responsabilité limitée.

2. LA SOUPLESSE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES PAR LA FORME

Deux critères déterminent la commercialité d'une société. En effet, une société peut être commerciale par sa forme ou par son objet. Mais nous avons choisi dans cette partie d'insister sur **le caractère hybride des sociétés commerciales par la forme (2.1) et les différents types de sociétés commerciales par la forme (2.2)**.

2.1. LE CARACTÈRE HYBRIDE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES PAR LA FORME

De l'objet commercial d'une société devrait découler son caractère commercial. Cependant, de manière dérogatoire, et indépendamment de leur objet social certaines sociétés sont commerciales : du seul fait de leur forme.

L'article L. 210-1 alinéa 2 du code de commerce énumère ces sociétés : « *Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en*

commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions. ». Dans le même sens, la Cour de cassation a indiqué que ces personnes morales sont commerçantes peu importe leur objet social, même si ce dernier n'envisage aucun acte de commerce³⁶.

Ainsi, leur régime juridique est dicté non pas par leur objet mais par leur forme. Par exemple une Société en Nom Collectif (SNC), peut avoir une activité civile mais sera considérée comme société commerciale en raison de sa forme. A la question de savoir pourquoi le législateur admet ces formes sociales, on estime que c'est du fait du risque limité qu'encoure les associés de ces formes sociales (à l'exception faite des sociétés en nom collectif, et dans une certaine mesure, des sociétés en commandite simple (SCS) ou par actions (SCA), contrairement aux sociétés civiles dont les associés ont une responsabilité illimitée.

L'on comprend donc que la polyvalence des sociétés commerciales par la forme, réside dans le fait qu'elles ne sont pas cantonnées par un objet social nécessairement commercial, mais qu'au contraire elles peuvent avoir un objet civil. De notre point de vue c'est très facilitateur pour un porteur de projet, surtout quand on sait qu'elles ont l'avantage d'être protectrices du patrimoine de l'entrepreneur-associé. Dès lors, il est nécessaire de dire quelques mots sur les différents types de sociétés commerciales par la forme.

2.2. LES DIFFERENTS TYPES DE SOCIETES COMMERCIALES PAR LA FORME³⁷

Pour rappel, **l'article L. 210-1 alinéa 2 du code de commerce** dispose que : « *Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions.* » ; sans oublier les pendants unipersonnels des sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiée, que sont l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et la société par action simplifiée unipersonnelle, lesquelles ont déjà fait l'objet d'un développement en amont³⁸. Nous allons donc successivement évoquer ces différentes sociétés.

³⁶ Cass. Com, 29/09/2009, N°08-17205

³⁷ Cours Droit des Affaires/ Collection CRFPA 2^e édition (2024) / A. BENNINI ; A. DADOUN ; B. GHANDOUR et S. RINGLER

³⁸ 1.2. (I.A) : les différents types de sociétés unipersonnelles

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

Premièrement, la société en nom collectif est régie par **les articles L. 221 -1 et suivants du code de commerce**. En dehors du fait qu'elle soit à responsabilité illimitée, cette forme sociale est considérée comme étant une société de " personne ", du fait de son fort attachement à " *l'intuitus personae* " découlant en effet de son régime juridique. Elle est une forme sociale désuète comparativement aux sociétés à responsabilité limitée et par actions simplifiée, en raison de la responsabilité indéfinie et solidaire qui pèse sur ses membres.

Mais il n'en demeure pas moins qu'elle reste utile dans certains cas. De fait, elle convient généralement aux créateurs qui souhaiteraient se constituer en société fermée et composée de personne qui se connaissent et dont le partenariat repose sur les qualités personnelles et professionnelles. On ne les trouve en pratique que lorsque que la loi l'impose comme c'est le cas pour l'exercice en commun de l'activité de débitant de tabac. On pourrait imaginer qu'une telle société soit créée à la demande d'un créancier désireux d'étendre le plus possible son gage. De plus, avec son fonctionnement simplifié et à moindre coût, elle est un intérêt pour une exploitation dans une structure de petite taille.

Selon l'article **L. 221-15 du code de commerce**, le décès de l'associé d'une telle société entraîne sa dissolution ; à défaut de recourir à des mécanismes contractuels pour éviter cette situation, comme par exemple : prévoir une clause de continuation avec les associés survivants, les héritiers ou le conjoint de l'associé décédé.

S'agissant de la société en commandite simple (SCS), elle a la particularité d'être en partie régie par les mêmes dispositions que la société en nom, elle est aussi considérée comme une société de personnes, tel que le prévoit **l'article L. 222-2 du code de commerce**, sous réserve de quelques spécificités³⁹.

Elle a la même structure que la société en commandite par actions, du fait que ses membres sont classés en deux catégories dont : les commanditaires, et les commandités qui sont responsables solidairement et indéfiniment des dettes sociales mais qui, ont en revanche une gestion active de la société contrairement aux commanditaires qui sont responsables des dettes sociales à la limite de leurs apports et considérés comme des associés passifs.

³⁹ Articles L. 222-1 à L. 222-12 du code de commerce

Pas très utilisée en pratique, elle serait adaptée aux porteurs de projet friands d'investissement ou désireux d'intégrer son capital social, afin de bénéficier de quelques avantages tels que : rester passif grâce à la qualité d'associé commanditaire, déroger au principe de proportionnalité entre la détention des parts et le partage des bénéfices et des pertes par le biais d'une clause statutaire (**article L. 222-4 du code de commerce**) tout en respectant la responsabilité limitée des commanditaires, s'affranchir de la qualité de commerçant comme le sont les commandités, et ainsi avoir la possibilité d'intégrer des mineurs dans la société en tant que commanditaires.

D'un autre côté, **les articles L. 226-1 et suivants du code de commerce** encadre **la société en commandite par actions**. Elle est aussi une société commerciale par la forme avec peu de dispositions légales contraignantes ce qui la rend souple, elle permet de faire une offre publique à l'échange. Elle dispose comme la société en commandite simple d'un actionariat dualisé : les commanditaires d'une part et les commandités d'autre part.

Son utilité réside dans sa dissociation entre le pouvoir incarné par les commandités et le capital représenté par les commanditaires, ce qui lui permet d'offrir des moyens de défenses anti-OPA⁴⁰ lorsqu'elle est cotée car elle interdit à l'indicateur d'une telle offre de devenir le gérant de la société.

La dissolution de la SCS peut intervenir lorsque l'une des causes communes à toutes les sociétés survient, ou pour une cause touchant l'un des commandités comme le décès d'un commandité sauf disposition contraire des statuts (**C. Com. Art. L222-10. Al 2**) ; ou en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, d'interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'incapacité frappant l'un des commandités, sauf si les statuts prévoient la continuation de la société (**C. Com. Art. L222-11**). Pour la SCA, en dehors des causes communes à toutes les sociétés, peuvent jouer toutes les causes de dissolution des sociétés anonymes. Cependant, comme pour la SCS, les statuts peuvent prévoir une clause de continuation.

Deuxièmement, la société à responsabilité limitée est quant à elle régie par **les articles L. 223-1 et suivants du code de commerce**. On lui attribue la réputation d'avoir une forme hybride

⁴⁰ OPA : Offre Publique d'Achat ou d'Acquisition

car elle a un modèle de structuration et de fonctionnement à cheval entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. C'est en effet une société à responsabilité limitée, comme les sociétés de capitaux et une société « *fermée* » (dont la cession des parts n'est pas libre), comme les sociétés de personnes.

Elle a été conçue pour les petites et moyennes entreprises et constitue la deuxième forme sociale la plus utilisée en France selon l'INSEE derrière la société par actions simplifiée.⁴¹ Très attractive, elle est notamment peu coûteuse lors de sa création et ne nécessite aucun capital minimum malgré son fonctionnement particulièrement lourd. Elle pourrait intéresser, les porteurs de projet qui souhaiteraient protéger leur patrimoine privé, ou qui souhaiteraient se constituer en famille.

Troisièmement, la société anonyme (SA) est régie à son tour par **les articles L. 225-1 et suivants du code de commerce**. Le fonctionnement de la SA résulte d'un choix de direction entre le conseil d'administration et une structure dualiste composée d'un conseil de surveillance. Le fonctionnement en conseil d'administration tend vers un seul et même organe de direction, deux actionnaires suffisent pour la constituer (personne physique ou morale), et aucun capital social minimum n'est exigé lors de sa création.

En revanche, le fonctionnement en conseil de surveillance implique un minimum de sept associés, et un capital social minimum de 37000€ au moment de la création de la SA. Elle est considérée en générale comme la forme sociale la plus rigide du droit Français, ce qui rend son fonctionnement lourd. Cependant, elle présente de nombreux avantages tels que : le risque limité des engagements de ses actionnaires, la libre cessibilité des actions, la possibilité d'émettre des obligations et la possibilité de faire une offre publique à l'échange. En pratique, cette forme doit être réservée aux grosses sociétés et particulièrement à celles dont les titres sont susceptibles d'être cotés sur le marché.

En dernier lieu, il convient d'évoquer la société par actions simplifiée encadrée par **les articles L. 227-1 et suivants du code de commerce**. Elle est marquée par une grande liberté contractuelle contrairement à la société anonyme. Notamment, il est possible de créer des

⁴¹ Institut Nationale de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE)/ Soit, 73098 SARL et 177526 SAS créées en 2023 par rapports aux autres formes sociales.

organes dont les statuts définiront la composition et les pouvoirs ; de créer des actions de préférence, d'insérer dans les statuts des clauses d'inaliénabilité ou d'exclusion...

Ce qui fait d'elle la forme sociale la plus utilisée en pratique. Elle convient aux structures de toutes tailles, dans la mesure où elle permet d'accueillir au sein de son capital social même les personnes morales, comme c'est le cas également pour les SA et SARL. Elle a aussi le bénéfice d'être une société à risque limité, donc idéale pour le créateur qui veut protéger son patrimoine.

Pour conclure, en pratique le recours à la SNC et aux sociétés en commandite (simples et par actions) est très rare, pour des raisons claires : deux catégories d'associés dans les sociétés en commandite, la responsabilité solidaire des associés commandités et des associés en nom. On peut donc passer sur ces deux formes. La SA est marquée par un fonctionnement strict et doit être réservée aux grosses sociétés, car les actionnaires pour la plupart, n'ont pas une mentalité d'associé et sont intéressés avant tout par un placement et espèrent réaliser une plus-value boursière⁴².

➤ **Reste donc la SARL et la SAS :**

Sur le plan fiscal elles sont identiques. Par conséquent, c'est sur la souplesse juridique de la SAS, sur le régime de protection sociale des dirigeants de ces sociétés et sur la fiscalité des dividendes, qu'il faut insister pour faire un choix. Par exemple, un dirigeant dont la santé est fragile pourra avoir un intérêt à constituer une SAS plutôt qu'une SARL en raison d'une meilleure couverture de ce risque par le régime général. Ou, à propos de la distribution des dividendes, elle donne lieu pour les gérants majoritaires de SARL, au versement de cotisations sociales à la sécurité sociale des indépendants (SSI) dans une certaine limite, ce qui n'est pas le cas en SAS.

⁴² Philippe Merle avec la Collaboration de Anne Fauchon - Droit commercial : sociétés commerciales (27^e édition. 2023/2024) – Sous-Titre 1 : la société anonyme
Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024
Licence CC BY-NC-ND 3.0

Nous venons de voir que, si la loi met à la disposition des créateurs d'entreprises de nombreuses formes sociales, leur choix n'en demeure pas moins bridé par certains aspects de leurs projets : le nombre d'associés et la nature de l'activité.

Cependant et en dépit de ces contraintes, l'éventail des formes sociales à leur disposition reste étendu et il leur appartient alors de se décider pour telle ou telle forme sociale selon des critères d'opportunités.

II. LES CRITERES OPPORTUNS DU CHOIX

Comme indiqué en introduction, le choix d'une forme sociale a des implications sur les possibilités de développement de la société qu'on veut créer, sa capacité de financement, ou encore sur la responsabilité du ou des dirigeants. C'est la raison pour laquelle, une étude **des considérations fiscales et sociales (A)**, ainsi que **des considérations patrimoniales (B)** doit être menée à ce stade.

A. LES CONSIDERATIONS FISCALES ET SOCIALES

Dans cette partie de notre analyse nous verrons que le choix de la forme sociale a des conséquences sur, **la fiscalité applicable aux sociétés et à leurs acteurs (1)** d'une part, et d'autre part, sur **la protection sociale du dirigeant (2)**.

1. LA FISCALITE APPLICABLE AUX SOCIETES ET A LEURS ACTEURS

Le choix de la forme sociale idoine implique nécessairement de tenir compte des considérations fiscales. **Dès lors, la question pour le porteur de projet sera d'opter soit, pour une société soumise à l'impôt sur le revenu (1.1) ou pour une société soumise à l'impôt sur les sociétés (1.2).**

1.1. LE REGIME FISCAL DE L'IMPOT SUR LE REVENU

Ici, on considère que les bénéfices générés par la société sont des revenus pour ses associés. De ce fait, la société ne va subir aucune imposition fiscale, l'imposition va en revanche frapper directement sur les associés et éventuellement ses dirigeants. Les bénéfices réalisés par la société seront imposés en fonction de la catégorie dont relève l'activité exercée : la catégorie des bénéfices non commerciaux (BNC) pour les activités libérales, et la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC) en faveur des activités commerciales, artisanales, et la catégorie des bénéfices agricoles (BA) pour les activités agricoles. En outre, l'imposition de la

rémunération du dirigeant non associé se fait à l'IR dans la catégorie des traitements et salaires⁴³.

De cette manière, par défaut, l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée dont l'associé unique est une personne physique ; la société en nom collectif et les sociétés civiles sont soumises à l'impôt sur le revenu (IR). Mais les sociétés à responsabilité limitée, par actions simplifiée unipersonnelle, et anonyme ont la possibilité d'opter pour l'impôt sur le revenu pour une durée de cinq années maximums. Toutefois, pour les sociétés à responsabilité limitée de famille l'option peut être faite sans limitation de durée.

1.2. LE REGIME FISCAL DE L'IMPOT SUR LES SOCIETES⁴⁴

Contrairement à l'impôt sur le revenu, lorsque la société est soumise à l'impôt sur les sociétés, l'imposition des bénéfices se fait au niveau de la société. Autrement dit seule la société sera soumise à cet impôt. Ses associés ne le seront pas. Ils ne seront imposés que sur les dividendes qui leurs seront éventuellement distribués. Précisément, l'impôt sur les sociétés est calculé au taux normal de 25% et ne concerne que les bénéfices et plus-values imposables qui ne peuvent prétendre à l'application des dispositifs d'imposition atténuée⁴⁵.

Les petites et moyennes entreprises bénéficient de plein droit d'un taux réduit d'IS de 15% dans la limite de 42.500 € de bénéfice imposable par période de douze mois (abstraction faite des plus-values taxée à 15% et des bénéfices exonérés ou situés hors du champ d'application de l'IS). Ce taux réduit concerne donc les PME dont le chiffre d'affaires hors taxes est inférieur à 10.000 € et dont le capital est entièrement reversé à la clôture de l'exercice ou de la période d'imposition, et détenu à au moins 75% par des personnes physiques ou par une société appliquant ce critère.⁴⁶

Ainsi, les sociétés à responsabilité limitée, la société par actions simplifiée, la société par actions simplifiée unipersonnelle et la société en commandite par actions sont par défaut

⁴³ CGI-239

⁴⁴ Mémento Fiscal 2024 – Editions Francis Lefebvre – Partie II : impôts sur les bénéfices des sociétés

⁴⁵ CGI. Art. 219, I

⁴⁶ CGI. Art. 219, I-b

soumises à l'impôt sur les sociétés. Avec une option pour l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, la société en nom collectif et les sociétés civiles⁴⁷.

N'ayant pas le caractère progressif de l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés est un impôt proportionnel dont la base correspond à l'addition du résultat comptable et des réintégrations fiscales à laquelle on soustrait les réductions fiscales et le résultat déficitaire s'il le faut. Dès lors, l'obtention de cette base imposable permet de déterminer l'impôt sur les sociétés brut, en lui appliquant le taux réduit de 15% sur les premiers euros, puis 25% sur le surplus. Il suffira alors de soustraire à ce résultat les créances fiscales imputables pour obtenir le montant d'impôt sur les sociétés à payer. En plus, des taux spéciaux peuvent s'ajouter à ces tranches d'imposition⁴⁸ :

- Une contribution sociale de 3,3% pour les sociétés ayant un chiffre d'affaires hors taxes de plus de 7 630 000€ et dont l'impôt sur le revenu dépasse 763 000€.

➤ **La fiscalité des dividendes dans les sociétés à l'IS est effectuée selon deux modalités :**

Si l'associé est une personne physique, les dividendes sont soumis à l'IR dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers et imposables selon deux modalités :

- Soit le droit commun, par le prélèvement forfaitaire unique (PFU) à 30% (soit 12,8% de prélèvement fiscal et 17,2% de prélèvements sociaux) ;
- Soit l'option pour le barème progressif de l'IR, dans ce cas le montant brut des dividendes subit un abattement de 40% et le surplus est soumis au barème progressif de l'IR.

Si l'associé est une personne morale soumise à l'IS, les dividendes sont soumis à l'impôt selon deux régimes :

- Soit le régime général, et dans cette hypothèse, les dividendes perçues par la société s'ajoutent à son bénéfice ordinaire et sont taxés à l'IS au taux normal de 25% ;
- Soit le régime mère-fille, qui est un régime optionnel dont l'application est soumise à certaines conditions selon lesquelles : les deux sociétés doivent relever de l'IS ou son équivalent, la société mère doit obligatoirement être française, la mère doit détenir au moins 5% du capital de sa filiale et les titres devront être conservés pendant au moins

⁴⁷ Economie.gouv.fr

⁴⁸ Impôt.gouv.fr – Impôt sur les sociétés

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

deux ans à compter de l'année d'option. Ces conditions remplies, les dividendes versés par la filiale à la société mère sont exonérés sauf quote-part pour frais et charges de 5% du montant des dividendes brut soumis à l'IS au taux normal.

In fine, le choix entre l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, doit se faire dans l'intérêt d'optimiser la fiscalité de la structure à naître et de son ou ses potentiels associés et dirigeants. Il faut donc avoir des informations premièrement, sur la stratégie financière du projet, c'est-à-dire : la remontée des dividendes, le réinvestissement des bénéficiaires, le versement des rémunérations, etc. et deuxièmement, sur la situation fiscale du dirigeant, son taux marginal d'imposition à l'IR en comparaison avec celui de l'IS et les résultats prévisionnels.⁴⁹

De plus, c'est un choix qui a une incidence sur le régime social du dirigeant lorsque celui-ci est affilié, dans la mesure où la base de calcul de ses cotisations dépend en effet du mode d'imposition des bénéficiaires. Ainsi pour un choix efficace entre les deux régimes d'imposition, l'intérêt fiscal du projet doit être en adéquation avec l'impact éventuel sur les cotisations sociales. Qu'en est-il alors de la protection sociale du dirigeant ?

2. LA PROTECTION SOCIALE DU DIRIGEANT

Traditionnellement, la protection sociale du dirigeant va dépendre du statut juridique qu'il a choisi pour son activité. Ainsi, il existe en France, une pluralité de régimes de sécurité ou de protection sociale, dont deux principaux régimes sociaux pour les dirigeants : **le régime général de la sécurité sociale pour les dirigeants au statut d'assimilé-salarié (SAS) (2.1)**, et **la sécurité sociale des indépendants pour les dirigeants au statut de travailleur non salarié (TNS) (2.2)**.

⁴⁹ Le choix du régime fiscal des entreprises/ lecoindesentrepreneurs.fr
Shérene Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024
Licence CC BY-NC-ND 3.0

2.1. LE REGIME GENERAL POUR LES DIRIGEANTS AU STATUT D'ASSIMILE-SALARIE

Le statut des assimilés-salariés est logiquement très proche de celui des salariés, ils sont tous les deux régis par le régime général de sécurité sociale. Au demeurant, l'assimilé-salarié ne cotise pas à l'assurance chômage (**C. Travail. Article L. 5422**).

Selon l'article **L. 311-3 du code de la sécurité sociale** les dirigeants pouvant prétendre à ce statut sont les suivants : le gérant non associé rémunéré d'EURL ; le gérant minoritaire ou égalitaire rémunéré d'une SARL ; le président ou directeur général d'une SA, SAS ou SASU ; le gérant non associé d'une SC ou d'une SCA ; le gérant non associé en l'absence de lien de subordination d'une SCI ; l'associé titulaire d'un contrat de travail d'une SCP ; l'associé commanditaire qui exerce des fonctions effectives au sein d'une SCS ; le gérant minoritaire ou égalitaire rémunéré, l'associé minoritaire exerçant son activité en présence d'un lien de subordination d'une SELARL ; le président et le directeur général d'une SELAFA et d'une SELAS.⁵⁰

On considère que le statut des assimilés-salariés offre une meilleure protection sociale au dirigeant. En effet, avec ce statut, le dirigeant bénéficie d'une prise en charge des accidents de travail et des maladies professionnelles, d'un délai de carence moins long en cas d'indemnités journalières, d'une adhésion possible à la complémentaire santé collective et des droits à la retraite plus intéressants (identiques à ceux d'un salarié cadre par exemple). Donc puisqu'il ne bénéficie pas d'une couverture chômage, le dirigeant assimilé-salarié n'est pas assujéti aux contributions d'assurance chômage, mais pourra toujours souscrire une assurance couvrant ce risque.

Qu'en est-il alors du dirigeant au statut de travailleur non salarié ?

⁵⁰ Répertoire des sociétés / Rémunération des dirigeants : régime sociale Sociétés – Francis KESSLER
Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024
Licence CC BY-NC-ND 3.0

2.2. LA SECURITE SOCIALE DES INDEPENDANTS POUR LES DIRIGEANTS AU STATUT DE TRAVAILLEUR NON SALARIE

A l'origine affilié au régime social des indépendants (RSI), le travailleur non salarié (TNS) est désormais affilié à la sécurité sociale des indépendants depuis **le 1^{er} janvier 2020**.

De fait, les dirigeants qui relèvent du statut des travailleurs non-salariés sont visés par **le livre VI du code la sécurité sociale**. Ils sont personnellement redevables des cotisations issues de leur activité, ainsi que de réaliser eux-mêmes les formalités au titre de leur identification auprès des organismes de sécurité sociale compétents. Les travailleurs indépendants n'ont pas droit à l'assurance chômage mais peuvent prétendre à l'allocation des travailleurs indépendants (ATI)⁵¹.

Ainsi en est-il, du gérant d'une SARL qui détient plus de la moitié du capital social par le biais de parts détenues par lui en toute propriété ou en usufruit, par son conjoint (même en instance de divorce - **Cass. Soc 22/03/1990**) ou son partenaire pacsé, ses enfants mineurs non émancipés (**article L. 311-3. 11° du code de la sécurité sociale**) ; par une société qu'il contrôle (**Cass. Soc 28/01/1993**). A noter que les sociétés dont le gérant détiendrait une quote-part indivise ne sont pas prises en compte pour apprécier le caractère majoritaire de sa gérance, On tient aussi compte des parts détenues par un collège de gérance⁵².

Il en est de même, pour le gérant associé unique d'une EURL (**article L. 631-1. 5° du code de la sécurité sociale**), le gérant commandité commerçant (**article L. 226-1 du code de commerce**), les gérants personnes physiques d'une SNC (**article L.221-3 alinéa 1^{er} du code de commerce**) ainsi que tout associé d'une SNC selon **les articles R. 241-2 et L. 613-1 du code de la sécurité sociale**, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces associés exercent effectivement une activité dans la société et eu égard aux règles de fonctionnement de ce type de société (**Civ. 2^e, 11/10/2005**).

⁵¹ Répertoire des sociétés / Rémunération des dirigeants : régime sociale Sociétés – Francis KESSLER

⁵² Mémento Sociétés commerciales F. Lefèbre, n° 31581

Shérene Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

Soulignons enfin que, les dividendes versés à un gérant majoritaire sont, dans une certaine mesure, soumis à cotisations sociales de la SSI ; ce qui n'est pas le cas des dividendes versés au président d'une SAS qui, comme souligné en amont, est au régime général⁵³. La **Loi MADELIN**⁵⁴ permet aux dirigeants qui optent pour ce statut de renforcer leur protection sociale, notamment en leur permettant de bénéficier d'une protection sociale renforcée dans des conditions fiscales avantageuses. Ils pourront notamment souscrire des contrats de prévoyance ou de retraite complémentaire, de « *complémentaire santé* ». Les cotisations versées au titre de ces contrats pourront être déduites du résultat fiscal de la société.

Globalement, comprendre les mécanismes de protection sociale ainsi que la fiscalité propre à chaque société lorsqu'on veut se lancer dans une activité n'est pas une tâche à prendre à la légère. Par exemple, le président associé unique d'une SASU, pourra se rémunérer principalement au moyen de dividendes. Dès lors, il ne paiera qu'un minimum de cotisations sociales. Etant rappelé que les dividendes versés à un gérant, associé unique d'une EURL à l'IS, sont soumis à cotisations sociales SSI.

Il est temps à présent de poursuivre notre analyse en se focalisant sur l'étude des considérations patrimoniales.

B. LES CONSIDERATIONS PATRIMONIALES

La problématique de la protection du patrimoine personnel est un point important qu'il faut traiter dans le choix de la forme social, pour le porteur de projet. C'est la raison pour laquelle dans cette partie nous examinerons d'abord, **l'obligation des associés au dettes sociales (1)**, pour ensuite analyser **la relativisation de la responsabilité des associés (2)**.

⁵³ Régime social des indépendants – circulaire N°2014/ 001 du 14 février 2014.

⁵⁴ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, dite loi Madelin

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

1. L'OBLIGATION DES ASSOCIES AUX DETTES SOCIALES

Avant tout, l'obligation aux dettes sociales consiste ici à déterminer l'assiette ou le gage des créanciers sociaux, c'est-à-dire les biens qu'ils pourront saisir en l'absence de paiement.

De cette façon, lorsque l'entrepreneur fait le choix de créer une société, la personnalité juridique de la société fait que c'est cette dernière qui aura la charge de supporter, sur son patrimoine, les éventuelles dettes sociales : c'est le principe. Cependant, selon le choix de la forme sociale il existe des exceptions, **car certaines formes de sociétés qualifiées d'opaques (1.1) vont permettre une meilleure protection du patrimoine privé de l'entrepreneur-associé, contrairement à ce qu'il en est dans les autres formes dites transparentes (1.2).**

1.1. LES SOCIETES OPAQUES

Certaines formes sociales comme celles des sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiée, la société en commandite par actions (pour les commanditaires), la société à responsabilité limitée ; sont censées protéger efficacement leurs membres.

En conséquence, dans ces formes de sociétés, les associés ne sont en principe aucunement obligés aux dettes sociales. Dans ce cadre, le seul risque qu'ils encourent est la perte de leur participation au capital de la société. Le cas échéant, ils ne pourront obtenir le remboursement de leurs comptes courants d'associé.

1.2. LES SOCIETES TRANSPARENTES

Lorsqu'on parle de formes sociales transparentes, on fait allusion notamment aux sociétés de personnes telles que : la société en nom collectif, les sociétés en commandite (le cas des commandités) et la société civile. En effet, la constitution en ces formes sociales entraîne l'obligation indéfinie et solidaire des associés aux dettes sociales. Ils pourront donc supporter les dettes sociales sur leur patrimoine personnel. Mais nous verrons que les réalités ne sont pas les mêmes en fonction de la forme de la société.

Premièrement, dans les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandite simple, l'associé est responsable **indéfiniment et solidairement** des dettes sociales. Ce qui signifie qu'un créancier a la possibilité de poursuivre un seul associé pour la totalité de la dette sociale, à charge pour ce dernier de se retourner contre ses coassociés, ce qui est une démarche appréciable puisque ça évite au créancier de multiplier les poursuites et de ne saisir que l'associé le plus solvable.

Cependant, les choses ne sont pas aussi simples en pratique pour le créancier puisque selon **l'article L. 221-1 alinéa 2 du code de commerce**, la mise en œuvre des poursuites en recouvrement contre l'associé est soumise à la condition d'une **vaine poursuite contre la société**, cela s'explique par le fait que malgré tout, la société en nom collectif est une personne morale. Si tel n'était pas le cas, l'associé aurait été placé dans la même situation qu'un entrepreneur individuel.

Du fait du silence de la loi, la jurisprudence a estimé que la vaine poursuite se caractérise par l'envoi d'une mise en demeure préalable à la société par acte extra judiciaire et une carence de la société dans ses obligations à l'égard du créancier et non une insolvabilité de cette dernière. Il en ressort que l'associé en nom sera personnellement tenu des dettes sociales dès lors que la mise en demeure est restée infructueuse, et ce, quel que soit les raisons pour lesquelles la société n'a pas honoré sa dette. L'associé poursuivi jouit en vertu de l'article précité d'un bénéfice de discussion⁵⁵.

Deuxièmement, là où les associés de la société en nom sont poursuivis **indéfiniment et solidairement** des dettes sociales, les associés **d'une société civile** eux sont tenus **indéfiniment et conjointement** des dettes sociales. Donc, dans ce cas les associés supporteront les dettes sociales uniquement à proportion de leur participation au capital social, ce qui implique pour le créancier de diviser ses poursuites entre les associés et contrairement à la société en nom collectif, ici le créancier supportera l'insolvabilité de l'associé qu'il poursuit en raison de la dette sociale sans pouvoir se retourner contre les coassociés pour la quote part de dette qui impayée.

⁵⁵Cours Droit des Affaires/ Collection CRFPA 2^e édition (2024) / A. BENNINI ; A. DADOUN ; B. GHANDOUR et S. RINGLER

En vertu de **l'article 1858 du code civil** et *idem* pour la société en nom collectif, excepté l'exigence d'une mise en demeure par acte extra judiciaire, l'associé de la société civile n'est pas obligé de plein droit aux dettes sociales. En effet, le créancier ne pourra engager les poursuites contre l'associé qu'après avoir « **préalablement et vainement poursuivi la personne morale** »⁵⁶, à ce propos la jurisprudence apprécie la notion de vaine poursuite en l'espèce de façon plus stricte que pour la société en nom collectif, car elle estime qu'il y'a vaine poursuite lorsque le créancier a agi en justice contre la société et qu'à cet effet il a épuisé toutes les voies de recours possible.⁵⁷

De plus, la subsidiarité des poursuites de l'associé civil a un effet sur la prescription de la créance détenue, **la Cour de cassation dans un arrêt du 19 janvier 2022**, a estimé que le point de départ de la prescription de la créance est le même que celui de la prescription de l'action à l'encontre de la société.⁵⁸

Après avoir analyser les obligations des associés aux dettes sociales, nous verrons que la sécurité apportée par les sociétés à risque limité par rapport à la protection du patrimoine privé de l'entrepreneur n'est pas absolue.

2. LA RELATIVISATION DE LA RESPONSABILITE LIMITEE DES ASSOCIES

En l'absence de toute obligation aux dettes sociales des associés, les sociétés à responsabilité limitée sont les formes sociales les mieux adaptées pour protéger le patrimoine des associés. Néanmoins, cette protection patrimoniale n'est pas sans limite. **En effet, en faisant ce choix les associés ne sont pas à l'abri de voir leur responsabilité personnelle engagée, notamment en cas d'apports en nature (2.1), mais aussi en cas de procédure collective (2.2) ;** nous verrons qu'il s'agit en réalité d'une responsabilité qui est indifférente selon la forme sociale, car il ne faut pas oublier que la gestion d'une société quelle que soit sa forme, place son dirigeant

⁵⁶ Article 1858 du code civil

⁵⁷ Cass. Com, 11 juin 2003, n°99-17271 : l'échec d'une saisie mobilière a été considéré comme une vaine poursuite contre la société.

⁵⁸ Cass. Com. 19 janvier 2022. N°20-22.205

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

dans un régime de responsabilité qui le conduira en cas de faute à répondre de ses actes, à notre sens c'est en toute logique que les choses sont faites ainsi.

2.1. UNE RESPONSABILITE LIMITEE RELATIVE EN CAS D'APPORTS EN NATURE

- L'évaluation de l'apport en nature

Selon l'article **L. 223-9 alinéa 4 du code de commerce**, les associés sont pendant cinq années responsables envers les tiers de la mauvaise évaluation des apports en nature lors de la constitution de la société ou de l'augmentation du capital. Donc, leur patrimoine personnel sera engagé en cas de fraude et ils seront solidairement responsables envers les tiers de la valeur erronée attribuée à leur apport, s'ils se sont dispensés de l'intervention d'un commissaire aux apports ou n'ont pas retenu son évaluation des apports en nature.

- Le cautionnement

Ensuite, Il peut arriver que pour accorder un concours financier à une société à responsabilité limitée, un établissement bancaire sollicite la garantie de ses associés. Donc, l'associé-caution devra répondre des exigences de cet acte sur son patrimoine personnel. De ce fait, si la société n'arrive pas elle-même à payer la dette, l'associé qui s'est porté caution pour la société sera tenu de rembourser la dette à la place de la société. Dans la même logique, la cour d'Appel de Versailles⁵⁹ a jugé que la cessation de fonction du dirigeant qui s'était porté caution d'un prêt souscrit par la société n'emporte pas sa libération en tant que caution s'il ne démontre pas qu'il avait fait de cette qualité la condition déterminante de son engagement.⁶⁰

- La responsabilité pour faute du dirigeant

⁵⁹ CA. Versailles, 8 mars 2022, N°2/102534

⁶⁰ Responsabilité des associés de SARL/ entreprise.cci-paris-idf.fr

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

Dans une autre situation, il peut arriver qu'un associé investi d'un mandat social dépasse le cadre de ses fonctions et commette une faute. Dans ce cas, sa responsabilité sera engagée au-delà de son éventuelle participation au capital social. Il devra répondre personnellement de l'acte fautif ou frauduleux sur son patrimoine personnel.

En outre, selon l'article **L. 267 du livre des procédures fiscales**, la responsabilité solidaire des dirigeants d'une société peut être retenue pour des amendes fiscales ou des impositions de toute nature dont la société est redevable, si leur recouvrement a été rendu impossible par des manœuvres frauduleuses ou par l'inobservation grave et répétée de diverses obligations fiscales, ce qui est valable aussi pour l'entrepreneur individuel.

2.2. UNE RESPONSABILITE LIMITEE RELATIVE EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

La loi N° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises prévoit plusieurs possibilités d'actions en responsabilité pour les acteurs de la vie sociale (c'est également le cas pour l'entrepreneur individuel). Cependant en ce qui nous concerne, deux formes en particulier nous intéresse : **l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif d'une part**, et d'autre par celle de **l'extension de la procédure collective pour confusion de patrimoine**.

En premier lieu, **l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif** est visée **dans le code de commerce aux articles L651-1 et suivants**. Elle résulte d'une insuffisance d'actif constatée à l'occasion de la liquidation judiciaire d'une société, lorsque le dirigeant de celle-ci a commis des fautes de gestion qui ont contribué à aggraver le passif de la société.⁶¹

Cette action se prescrit au bout de trois ans à compter du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, et contrairement aux considérations de **l'article 1240 du code civil sur la responsabilité civile**, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne concerne pas

⁶¹ L'action en comblement du passif/ jdbavocats.com ; weblex.fr ; pernaud.fr

l'homme en général mais uniquement, au regard de l'article **L. 651-2 du code de commerce** le dirigeant d'une personne morale en liquidation judiciaire.

- **L'auteur de la faute de gestion**⁶²

L'alinéa premier de l'article précité, précise que le dirigeant concerné peut être de fait ou de droit, et qu'en cas de pluralité de dirigeants ces derniers peuvent être solidairement tenus de la dette (**Cass. Com, 30 janvier 2019 n°17-21403**).

Les dirigeants de droit de personne morale de droit privé : Le plus souvent, les dirigeants de droit des sociétés sont facilement identifiables : le gérant d'une société de personnes ou d'une SARL, le président du conseil d'administration, les directeurs généraux et les directeurs généraux délégués d'une SA, le président et éventuellement les directeurs généraux ou directeurs généraux délégués, d'une SAS... C'est également le cas des dirigeants d'autres personnes morales de droit privé, comme le président, le vice-président d'une association déclarée ou encore l'administrateur d'un GIE.

Les personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeantes : Il s'agit simplement d'indiquer ici que la personne morale dirigeante et son représentant peuvent être condamnés séparément ou solidairement à supporter les conséquences d'une insuffisance d'actif. Ainsi, la faute de gestion commise par le représentant d'une personne morale dirigeante pourra en quelque sorte « *contaminer* » celle-ci. Il suffit pour cela que le représentant se soit désintéressé de la gestion de la société. Pour limiter ce risque on conseille en pratique de nommer administrateur non pas une personne morale mais l'un de ses cadres, quitte à l'assurer ou à le garantir conventionnellement des conséquences d'une éventuelle action en responsabilité pour insuffisance d'actif engagée à son encontre. On ne peut cependant exclure que la société représentée soit qualifiée de dirigeant de fait.

⁶² La faute de gestion en droit des entreprises en difficulté – Notes de Thierry LEOBON – Maître de conférences en droit privé à l'université de Limoges, membre du CREOP UR 15561, Conseiller scientifique de l'IEJ du conseil supérieur du notariat.
Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024
Licence CC BY-NC-ND 3.0

Les membres d'organes collégiaux : Les administrateurs de SA le pourront également alors que, par définition, ils n'assurent pas la direction générale de la société et ne disposent individuellement d'aucun pouvoir de décision. Les administrateurs supportent donc personnellement les conséquences d'une décision collégiale. On soulignera donc le risque d'accepter de siéger par « *gentillesse* » au conseil d'administration d'une « *SA familiale* ». Pour échapper à sa responsabilité, un administrateur ne pourra d'ailleurs s'abriter derrière sa passivité et devra donc manifester clairement son opposition aux décisions du conseil susceptible de constituer une faute de gestion.

Bien entendu, si les administrateurs d'une SA peuvent voir leur patrimoine engagé à l'occasion d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif, ce sera aussi et a fortiori le cas des membres du directoire d'une SA dualiste.

Ne sont en revanche pas considérés comme des dirigeants, les membres de conseil de surveillance d'une telle société puisque cet organe n'assure pas la direction de la société. On ne peut cependant exclure que leur responsabilité soit recherchée en cas d'ingérence dans la direction du groupement ou même sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile.

Par ailleurs, chacun sait que la SAS se caractérise par une grande souplesse juridique lui permettant de se doter statutairement d'organes collégiaux. Peut-on alors qualifier les membres de ces organes « *conventionnels* » de dirigeants de droit ? La réponse à cette question devrait être positive si les statuts confient à l'organe en cause un véritable pouvoir de direction. Le raisonnement est d'ailleurs transposable à tous les groupements aptes à se doter statutairement d'organes collégiaux, comme par exemple une association ou une société civile.

En cas de cessation des fonctions : En toute logique, un dirigeant ne devrait pas pouvoir échapper à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif en démissionnant de ses fonctions avant l'ouverture de la liquidation judiciaire dès lors que les faits qu'on lui reproche ont contribué à l'insuffisance d'actif.

Cependant, la Cour de cassation nuance cette affirmation en exigeant que soit constatée l'insuffisance d'actif au moment où le dirigeant cesse d'exercer ses fonctions⁶³. Ainsi, quand un dirigeant ayant commis une faute de gestion démissionne alors que l'insuffisance d'actif, pourtant lié à sa faute, n'existe pas encore, ce dirigeant ne pourra pas être poursuivi sur la base

⁶³ Cass. Com. 6 octobre 2009, n°06-15.141

de l'**article L. 651-2 du code de commerce**. Cette solution, récemment rappelée fait l'objet de critiques répétées car, comme le relève le **professeur François-Xavier Lucas**, une faute « *n'a pas à être contemporaine du préjudice pour ouvrir droit à réparation* »⁶⁴.

Les dirigeants de fait : La notion de dirigeant de fait permet de condamner toute personne physique ou morale qui exerce « *en toute indépendance, une activité positive de direction dans la société* » ou, selon une formule voisine, qui exerce « *en toute indépendance une activité positive de gestion et de direction de la société* ». A titre d'exemple, ont pu être considérés comme dirigeants de fait, un salarié, par ailleurs « *apporteur d'affaires* », interdit de gérer, qui décidait seul du recrutement des salariés, prenait seul les décisions portant sur les modalités de paiement des heures supplémentaires ou des primes dues aux salariés, un établissement de crédit s'étant immiscé dans les affaires de son client en ayant fait nommer l'un de ses salariés administrateur de la société en liquidation ou encore un avocat ayant eu un rôle prépondérant dans la gestion de la société dans laquelle il n'était qu'associé⁶⁵.

L'entrepreneur individuel : Les entrepreneurs individuels, qu'ils soient dotés d'un patrimoine séparé⁶⁶ ou d'un patrimoine professionnel, en liquidation judiciaire peuvent faire l'objet d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif. On notera à leur sujet que si l'action prospère l'insuffisance d'actif sera supportée par les patrimoines séparé(s) ou personnel de ces chefs d'entreprise.

En cas d'absence de rémunération et de profit personnel : Le fait que ces dirigeants ou chefs d'entreprise ne soient pas rémunérés est indifférent ; leur responsabilité ne sera pas « *appliquée moins rigoureusement* » car la responsabilité pour insuffisance d'actif s'apprécie, sur la base d'un texte spécial (**C. com. art. L. 651-2**), dérogeant au droit commun du mandat (**C. civ. art. 1992, al. 2nd**). Le fait qu'un dirigeant n'ait tiré aucun profit personnel de ses fautes est également indifférent.

Toutefois, les dirigeants d'associations bénéficient d'un régime de faveur depuis l'entrée en vigueur de **la loi n° 2021-874 du 1er juillet 2021 en faveur de l'engagement associatif qui a complété l'article L. 651-2** en indiquant que « *lorsque la liquidation judiciaire concerne une*

⁶⁴ Cass. Com. 14 octobre. 1997, n°95-15.384 & Cass. Com., 16 juin 2021, n°20-15.399

⁶⁵ Cass. Com., 15 février 2011, n°10-11.781

⁶⁶ Entrepreneurs individuels à responsabilité limitée (C. Com. Art. L. 526-22)

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

association [...] non assujettie à l'impôt sur les sociétés [...], le tribunal apprécie l'existence d'une faute de gestion au regard de la qualité de bénévole du dirigeant ».

A savoir que le montant de la condamnation du dirigeant ne peut excéder celui de l'insuffisance d'actif, qui doit nécessairement être calculé en déduisant du montant des dettes de la société le montant de son actif ou des biens que la société possède (**CA. Versailles, 3 mai 1990 : 1990.664 & Cass. Com, 21 janvier 2003, APC2003**).

- Les caractères de la faute de gestion ⁶⁷

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif suppose que la faute de gestion soit antérieure à l'ouverture de la procédure de liquidation et qu'elle ait contribué à l'insuffisance d'actif.

Une faute antérieure à l'ouverture de la liquidation judiciaire : Sous l'empire de **la loi du 25 janvier 1985**, l'action en comblement de passif pouvait être engagée contre le dirigeant d'une société en redressement judiciaire⁶⁸. Cette possibilité, critiquée par de nombreux auteurs, a été définitivement exclue par **l'ordonnance du 18 décembre 2008**⁶⁹. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif ne peut plus être exercée qu'en cas de liquidation judiciaire (**C. Com. Art. L. 631-10-1**).

Lorsque celle-ci résulte de la résolution d'un plan de continuation, les fautes de gestion commises par le dirigeant pendant la période d'observation ou pendant l'exécution du plan peuvent être retenues à son encontre pour engager sa responsabilité sur le fondement de **l'article L. 651-2 du code de commerce**⁷⁰. La situation du dirigeant est différente en cas de conversion du redressement en liquidation car dans cette éventualité la décision de conversion n'ouvre pas une nouvelle procédure et comme une faute de gestion ne peut être commise qu'avant l'ouverture de la procédure⁷¹, celles commises pendant le redressement judiciaire ne pourront être retenues.

⁶⁷ La faute de gestion en droit des entreprises en difficulté – Notes de Thierry LEOBON – Maître de conférences en droit privé à l'université de Limoges, membre du CREOP UR 15561, Conseiller scientifique de l'IEJ du conseil supérieur du notariat.

⁶⁸ Cass. Com., 21 novembre 2006, n°02-20.443

⁶⁹ Art 131 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008

⁷⁰ Cass. Com. 22 janvier. 2020, n°18-17.030

⁷¹ Cass. Com 8 mars 2023, n°21-24.650

Une faute de gestion ayant contribué à une insuffisance d'actif : Il y a insuffisance d'actif lorsque l'actif de l'entreprise en liquidation est inférieur à son passif. Cette insuffisance aboutit donc à l'impossibilité de désintéresser les créanciers comme ils auraient dû l'être ; ce qui constitue leur préjudice et limite par conséquent son indemnisation.

Le passif pris en compte est seulement celui né avant l'ouverture de la procédure⁷². Quant à l'actif pris en compte, il s'agit de la totalité de l'actif de l'entreprise, disponible ou non. Cette insuffisance ne se confond donc ni avec la cessation des paiements, ni avec l'insuffisance d'actif lorsqu'elle justifie la clôture de la procédure de liquidation.

La juridiction saisie de l'action en responsabilité doit dans sa décision constater l'existence de l'insuffisance d'actif et l'évaluer.

Seul un passif vérifié et admis devrait pouvoir être mis à la charge du dirigeant en tout ou partie. Toutefois, la vérification du passif n'est pas une condition de recevabilité de l'action et la jurisprudence admet qu'il n'est pas nécessaire de chiffrer intégralement l'insuffisance d'actif pour sanctionner le dirigeant ; il suffit qu'elle soit certaine et supérieure au montant de la condamnation⁷³. Pour ne prendre aucun risque, la juridiction saisie peut aussi ne pas prononcer une condamnation définitive mais seulement provisionnelle, à parfaire, lorsque la réalisation des actifs aura eu lieu et, encore une fois, dès lors que l'insuffisance est certaine et supérieure au montant de la provision⁷⁴. L'action peut donc être engagée et aboutir à tout moment de la liquidation.

Retenons que, la simple négligence du dirigeant ne peut plus être considéré comme une faute de gestion de nature à engager sa responsabilité pour insuffisance d'actif depuis l'entrée en vigueur de **la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »**.

En second lieu, vient l'extension de la procédure collective pour confusion de patrimoine. Cette situation est prévue à **l'article L. 621-2 alinéa 2 du code commerce**, elle traduit le fait que des sujets de droit autonomes et ayant des patrimoines distincts les ont confondus en introduisant des éléments de l'un dans l'autre. De ce fait, la procédure collective initialement ouverte pour un patrimoine en particulier peut être étendu à un autre patrimoine. Cependant, l'extension ne

⁷² Cass. Com. 7 octobre 2020, n°19-14291

⁷³ Cass. Com., 28 mai 1991, n°89-21.116

⁷⁴ Cass. Com., 11 décembre 2019, n°17-20.230

pourra être prononcée qu'au travers de la constitution d'un faisceau d'indices tels que, **l'imbrication des éléments de l'actif et du passif, l'impossibilité de distinguer le patrimoine de la société du patrimoine personnel du dirigeant.**⁷⁵

Concrètement, la Cour de cassation retient deux critères : d'une part, celui de **la confusion des comptes et d'autre part, celui des flux financiers anormaux, ou encore les relations financières anormales.** Elle a considéré dans un **arrêt rendu le 7 novembre 2018** que, caractérise une confusion de patrimoine entre une société et son gérant le fait pour celui-ci d'avoir fait supporter à la société des dépenses personnelles somptuaires, d'avoir laissé croître son compte courant débiteur et de s'être octroyé une indemnité non autorisée alors que la société était en état de cessation des paiements⁷⁶. En effet, le comportement du gérant contrevenait largement à l'intérêt social de la société et traduisait ainsi sa volonté de créer une confusion entre le patrimoine de la société et son patrimoine personnel.

Les personnes qui peuvent agir contre un dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif doivent établir par tous moyen sa ou ses fautes, lesquelles ne sont plus présumées depuis l'entrée en vigueur de **loi de 1985**⁷⁷. Dès lors, La faute de gestion est appréciée souverainement ou presque par les juges du fond ; la Cour de cassation limitant son contrôle à la notion de faute de gestion qui ne peut être déduite « *de la seule importance du passif social constaté* »⁷⁸. Cela dit, les juges du fond ne sont nullement tenus de sanctionner le ou les dirigeants fautifs⁷⁹. Ils peuvent aussi limiter la sanction à une partie seulement de l'insuffisance d'actif et donc n'indemniser que partiellement le préjudice des créanciers. Ils ne sont pas non plus obligés de condamner tous les dirigeants fautifs. Ce large pouvoir d'appréciation n'a pas été jugé arbitraire et donc inconstitutionnel⁸⁰.

⁷⁵ Extension de la procédure collective (Entreprise en difficulté) / Fiches d'orientation – 13 juillet 2023/ Dalloz.fr

⁷⁶ Mémento sociétés commerciales n°91440-91790/ éditions Francis Lefebvre/ Cass. Com, 7/11/2018, N° 17-21.284 F-D, M. c/ Sté BRMJ

⁷⁷ Sous l'empire de la loi de 1967(art99), la faute du dirigeant était présumée. Il appartenait alors au dirigeant de se disculper.

⁷⁸ Cass. Com., 19 janvier 1993, n°91-12.365

⁷⁹ C. Saint-Halry-Hoin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, coll. Précis Domat 12 éd. 2020, n°1441 ; A. Martin-Serf, J-C1. Sociétés préc., §97.

⁸⁰ Conseil constitutionnel., 26 septembre 2014, n°2014-415 Question Prioritaire de Constitutionnalité.

Shéreine Pascale MOULOPOU MOULOPOU / Mémoire de Master / Université de Limoges / 2023 – 2024

Licence CC BY-NC-ND 3.0

Pour conclure, **que ce soit pour des raisons d'apports en nature ou de procédure collective**, on remarque qu'en dehors de la responsabilité indéfinie offerte par les sociétés dites transparentes ou à responsabilité illimitée, le législateur n'a pas voulu laisser les dirigeants des sociétés dites opaques ou à responsabilité limitée se réfugier derrière l'écran très protecteur de ces formes sociales pour se défaire des règles de conduites les plus élémentaires. Bien au contraire, la possibilité de poursuivre un dirigeant fautif a été mise en place, de sorte que même s'il exerce son activité dans une société de forme opaque, son comportement peut le conduire à des sanctions patrimoniales consistant pour lui à répondre des dettes sociales en totalité ou en partie sur son patrimoine personnel.⁸¹

⁸¹ Thierry Lamarche/ l'incidence du choix de la forme juridique de l'entreprise, en cas de difficultés financières de celle-ci, sur la responsabilité pécuniaire des dirigeants.

CONCLUSION GENERALE

Cette étude a été pensée et élaborée afin de répondre de façon claire et précise à la problématique des critères et conséquences du choix de la forme sociale.

Pour ce faire, le fondement de notre analyse reposait sur les interrogations suivantes : l'entrepreneur est-il seul ou à plusieurs ? Quel type d'activité envisage-t-il d'exercer ? A-t-il un patrimoine à protéger ? quel régime fiscal ou social lui serait le plus avantageux ?

Ces différentes interrogations nous ont permis de déduire que le choix de la forme sociale n'est pas un exercice à prendre à la légère, il aurait une incidence par exemple, sur le coût de la création et de l'évolution de la société, les risques encourus par le créateur, la nécessité ou non de s'associer, la dépendance à l'égard des banques, voire les conditions de transmission en cas de succession.

Nous constatons donc qu'« *entreprendre c'est faire la guerre* »⁸². Ainsi, le rôle d'un conseiller en la matière est de faire en sorte que le porteur de projet fasse le choix adapté à son ambition et que celle-ci, soit en adéquation avec les exigences réglementaires en vigueur.

TABLEAUX RECAPITULATIFS ET COMPARATIFS :

| Statut juridique | SAS | SARL | SASU | EURL |
|--|---|---|---|--|
| Caractéristiques | Société de capitaux | Société de capitaux | Société unipersonnelle sous forme SAS | Société unipersonnelle sous forme SARL |
| Associés | Plusieurs | Seul | Plusieurs | Seul |
| Dirigeant | Président | Gérant | Président | Gérant |
| Régime fiscal | IS, option possible pour l'IR sous certaines conditions | IS, option possible pour l'IR sous certaines conditions | IS, option possible pour l'IR sous certaines conditions | IR, option possible pour l'IS |
| Déduction de la rémunération du gérant | Possible, sauf si option à l'IR | Possible, sauf si option à l'IR | Possible, sauf si option à l'IR | Impossible sauf si option à l'IS ou si le gérant n'est pas l'associé unique |
| Régime social | Assimilé-salarié | Gérant unique ou majoritaire : TNS Gérant égalitaire ou minoritaire : Assimilé salarié | Assimilé-salarié | Gérant unique majoritaire : TNS Gérant égalitaire ou minoritaire : Assimilé salarié |
| Etablissement des statuts | Libre | Encadré | Libre | Encadré |

83

⁸² « Entreprendre c'est faire la guerre », ouvrage de Nadia ORIGO

⁸³ Société ou Entreprise Individuelle : comment choisir/ indy.fr

| | Entreprise individuelle | Société |
|---------------|---|--|
| Création | Formalités allégées et rapides | Formalités plus complexe et coûteuse |
| Patrimoine | L'associé est seul Responsabilité limitée depuis 2022 | Possibilité de s'associer Responsabilité limitée |
| Fiscalité | Soumis par principe à l'impôt sur le revenu Possibilité de déduire les charges Régime micro-social si respect des seuils | Soumis par principe à l'impôt sur les sociétés (excepté les EURL) Possibilité de déduire les charges et la rémunération du gérant Meilleur contrôle de l'imposition sur le revenu |
| Comptabilité | Allégée | Plus détaillée |
| Régime social | Travailleur non-salarié (TNS) , rattaché à la sécurité sociale des indépendants | TNS rattaché à la sécurité sociale des indépendants ou dirigeant assimilé-salarié au régime général |

84

| | SASU | EURL |
|----------------------------|--|---|
| Gérance | Flexibilité de fonctionnement (à adapter dans les statuts) | Très encadrée par la loi |
| Statut du dirigeant | Peut être une personne morale ou une personne physique | Ne peut être qu'une personne physique |
| Régime fiscal | Soumise à l'impôt sur les sociétés (IS) avec possibilité d'opter pour l'IR (sous certaines conditions) | Soumise à l'impôt sur le revenu (IR) avec possibilité d'opter pour l'IS |
| Régime social | Assimilé-salarié (régime général de la Sécurité sociale) | Travailleur non-salarié (TNS) si le gérant est associé unique (régime des indépendants). Sinon, assimilé-salarié (régime général) |

85

⁸⁴ Société ou Entreprise Individuelle : comment choisir/ indy.fr

⁸⁵ La SASU/ EstimerMonCommerce.fr

BIBLIOGRAPHIE

➤ Dossier législatif

- Code civil ;
- Code de commerce ;
- Code de sécurité sociale ;
- Code général des impôts ;
- Code rural
- Code rural et de la pêche maritime
- Livre des procédures fiscales ;
- Loi N°78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil ;
- Loi N°85-697 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée ;
- Loi N°99-587 du 12 juillet 1999 relative à l'innovation et la recherche ;
- Loi N°2010-658 du 16 juin 2010 ;
- Loi N°1900-2021 du 30 décembre 2021 finance pour 2022 ;
- Loi pour la modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 ;
- Loi N°2022-172 du 14 février 2022 relative à l'activité professionnelle indépendante ;
- Loi N°94-126 du 11/02/1994 MADELIN, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle ;
- Loi N°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire ;
- Loi N°2021-874 du 1^{er} juillet 2021 en faveur de l'engagement associatif ;
- Ordonnance N°2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées.

➤ Ouvrages

- C. Saint-Halry-Hoin, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, coll. Précis Domat 12 éd. 2020, n°1441 ; A. Martin-Serf, J-C1. Sociétés préc., §97.
- Cours de Droit des Affaires 2^e édition (2024) / collection CRFPA/ A. BENNINI, A. DADOUN, B. GHANDOUR et S. RINGLER/ Enrick.B. Editions ;
- Droit commercial, sociétés commerciales de Philippe MERLE avec la collaboration d'Anne FAUCHON. Lefèbvre Dalloz 2023/2024. Ed27 ;
- Droit commercial, sociétés commerciales de Philippe MERLE avec la collaboration d'Anne FAUCHON. Lefèbvre Dalloz 2023/2024. Ed27 – Sous-Titre 1 : la société anonyme ;
- Entreprendre c'est faire la guerre – Nadia OREGO ;
- L'entrepreneur individuel, loi n°2022 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, sous la coordination de P. NABET, V. BONNET, P. CAUDWELL, M. FITTANTE, E. GICQUIAUD, J. GRANOTIER, C. HOUIN-BRESSAND et P. ROUSSEL GALLE.

➤ Jurisprudences

- CA Versailles, 8 mars 2022, N°2/102534 ;
- CA Versailles, 3 mai 1990, N°1990.664 ;
- Cass. Civ 2^e 11/10/2005 ;
- Cass. Civ 3^e, 05/07/2000, N°20821 ;
- Cass. Com, 29/09/2009, N°08-17205 ;
- Cass. Soc 22/03/1990 ;
- Cass. Soc 28/01/1993 ;
- Cass. Com. 11 juin 2003, N°99-17271 ;
- Cass. Com 19 janvier 2022, N°20-22205 ;
- Cass. Com 30 janvier 2019, N°17-21403 ;
- Cass. Com, 21 janvier 2003, APC2003 ;

- Cass. Com 7 novembre 2018 N°17-21.284 F-D, M. c/ Sté BRMJ ;

➤ Articles de doctrine et publications assimilées

- Claude CHAMPAUD & Didier DANET, RTD.com. 1989.p872, Introduction d'une société par actions simplifiée unipersonnelle ;
- Economie.gouv.fr - l'impôt sur les sociétés ;
- Elnet/ Droit des Affaires/ Entrepreneur individuel ;
- Extension de la procédure collective (entreprise en difficulté) / fiches d'orientation – 13 juillet 2023/ Dalloz.fr ;
- INSEE : création d'entreprises 2023 ;
- Impôt.gouv.fr – impôt sur les sociétés ;
- La faute de gestion en droit des entreprises en difficulté – Notes de Thierry LEOBON – Maître de conférences en droit privé à l'université de Limoges, membre du CREOP UR 15561, conseiller scientifique de l'IEJ du conseil supérieur du notariat ;
- La société civile immobilière/ LegalPlace.fr ;
- La société civile professionnelle/ LegalPlace.fr ;
- La SASU/ EstimerMonCommerce.fr ;
- Lecoindesentrepreneurs.fr – le choix du régime fiscal des entreprises ;
- Mémento sociétés commerciales 2024. Edition Francis Lefèbvre. Chapitre 3 : société par actions simplifiée unipersonnelle ;
- Mémento sociétés commerciales. Francis Lefèbvre N°31581 ;
- Mémento sociétés commerciales n°91440-91790/ éditions Francis Lefèbvre ;
- Mémento fiscal 2024. Editions Francis Lefèbvre. Partie II : l'impôt sur les bénéfices des sociétés ;
- Norbert OLSZACK. Dalloz. Répertoire des sociétés. Agriculture : groupements et sociétés – chapitre 2 : exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL, 528-580) ;
- Revue internationale de Droit Comparé, année 1990. 42-2/ pp. 665-666, de Jean Jacques DAIGRE : les sociétés unipersonnelles en Droit Français ;

- Répertoire des sociétés – rémunération des dirigeants : régime sociale des sociétés – Francis KESSLER ;
- Responsabilité des associés de SARL/ entreprise.cci-paris-idf.fr ;
- Thierry LAMARCHE – L’incidence du choix de la forme juridique de l’entreprise, en cas de difficultés financières de celle-ci, sur la responsabilité pécuniaire des dirigeants ;
- Société ou Entreprise Individuelle : comment choisir ? / indy.fr

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| Remerciements..... | 1 |
| Droits d’auteurs..... | 2 |
| Abréviations..... | 3 |
| Sommaire..... | 6 |
| Introduction..... | 7 |
| | |
| I. Le choix contraint d’une forme sociale..... | 09 |
| A. Le nombre d’associés..... | 09 |
| 1. L’admission des sociétés unipersonnelles..... | 09 |
| 1.1 L’évolution de la conception..... | 10 |
| 1.2 Les différents types de sociétés unipersonnelles..... | 11 |
| 2. Le nouveau statut de l’entrepreneur individuel et ses faiblesses..... | 18 |
| 2.1 La présentation de l’entrepreneur individuel (EI)..... | 18 |
| 2.2 La protection limitée du patrimoine privé de l’entrepreneur individuel..... | 20 |
| B. L’exercice de l’activité..... | 23 |
| 1. Le critère d’un objet civil imposé aux sociétés civiles..... | 24 |
| 1.1 Le domaine restreint des sociétés civiles..... | 24 |
| 1.2 L’intérêt de créer une société civile..... | 24 |
| 2. La souplesse des sociétés commerciales par la forme..... | 26 |
| 2.1 Le caractère hybride des sociétés commerciales par la forme..... | 26 |
| 2.2 Les différents types de sociétés commerciales par la forme..... | 27 |
| | |
| II. Les critères opportuns du choix..... | 33 |
| A. Les considérations fiscales et sociales..... | 33 |
| 1. La fiscalité applicable aux sociétés et à leurs acteurs..... | 33 |
| 1.1 Le régime fiscal de l’impôt sur le revenu (IR)..... | 33 |
| 1.2 Le régime fiscal de l’impôt sur les sociétés (IS)..... | 34 |
| 2. La protection sociale du dirigeant..... | 36 |
| 2.1 Le régime général pour les dirigeants au statut d’assimilé salarié..... | 37 |

| | |
|--|-----------|
| 2.2 La sécurité sociale des indépendants pour les dirigeants au statut de travailleurs non-salariés (TNS)..... | 38 |
| B. Les considérations patrimoniales..... | 39 |
| 1. L'obligation des associés aux dettes sociales..... | 40 |
| 1.1 Les sociétés opaques..... | 40 |
| 1.2 Les sociétés transparentes..... | 40 |
| 2. La relativisation de la responsabilité des associés..... | 42 |
| 2.1 Une responsabilité limitée relative en cas d'apports en nature..... | 43 |
| 2.2 Une responsabilité limitée relative en droit des entreprises en difficulté..... | 44 |
| | |
| Conclusion générale..... | 52 |
| Bibliographie..... | 54 |
| Table des matières..... | 58 |
| Index alphabétique..... | 60 |

INDEX ALPHABETIQUE

| | |
|---|---|
| <p>-A-</p> <p>Action en responsabilité : 44-49</p> <ul style="list-style-type: none"> - Insuffisance d'actif : 48, 49, 50 - Faute de gestion : 45-49, 50, 56 <p>Activité professionnelle : 18, 20-23</p> <p>Avantage : 15, 16, 17, 24, 27, 29, 30, 39</p> <p>Actifs : 25, 49</p> <p>Acte extra judiciaire : 41, 42</p> <p>Apports en nature : 42, 43, 51</p> | <p>-D-</p> <p>Décès : 22, 26, 28, 29, 16, 22, 15, 12</p> <p>Déclaration : 19, 21</p> <p>Dettes sociales : 39, 40, 41, 42</p> <p>Dépenses personnelles somptuaires : 50</p> <p>Dirigeant de droit : 49</p> <p>Dirigeant de fait : 45, 47</p> <p>Dividendes : 31, 34, 35, 36, 39</p> |
| <p>-B-</p> <p>Biens : 48, 42, 25, 22, 21, 20</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mixtes : 21 <p>Bénéfice de discussion : 41</p> <p>Barème progressif : 35</p> | <p>-E-</p> <p>Extension : 44, 49</p> |
| <p>-C-</p> <p>Cautionnement : 13, 43</p> <p>Cessation de l'activité : 15</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cessation de fonction : 43 - Cessation des paiements : 48, 50 <p>Confusion : 13, 17, 21, 44, 50</p> | <p>-F-</p> <p>Flux financiers anormaux : 49</p> <p>Faisceaux d'indices : 49</p> <p>Fiscalité : 33, 35, 36, 39</p> <p>Faute grave : 22</p> |
| | <p>-G-</p> <p>Gage : 22, 28, 30, 40, 42, 43, 47, 48, 49</p> <ul style="list-style-type: none"> - Gage des créanciers : 40 <p>Garantie : 43, 17</p> |

| | |
|--|---------------------------------------|
| - Confusion des comptes : 49 | -H- |
| Conjointement : 41 | Héritiers : 25, 28 |
| Collège de gérance : 38 | Hybride : 21, 26, 30, 57 |
| Continuation : 12, 26, 28, 29, 48 | |
| Cotisations : 19, 22, 31, 36, 38, 39 | -I- |
| Créances : 18, 20, 22, 35 | Insaisissabilité : 22 |
| - Créanciers : 40, 48, 50, 18, 20-22 | Indéfiniment : 28, 41 |
| Critère de l'utilité : 21 | Imposition fiscale : 33 |
| | Imbrication : 49 |
| -O- | |
| Obligation : 21, 22, 30, 39-42, 44 | -L- |
| - Obligé : 40, 42, 50 | Location-gérance : 23 |
| Organes collégiaux : 45, 46 | |
| Objet civil : 24, 27, 15, 23 | -P- |
| | Patrimoine personnel : 19, 39, 40, 49 |
| -R- | Patrimoine professionnel : 22, 47, 18 |
| Régime : 14, 16, 17, 37, 38, 39, 42, 47, 51 | Plein droit : 20, 23, 24, 34, 42 |
| - Régime général : 17, 31, 37, 39 | Présomption : 20, 21 |
| - Régime mère-fille : 35 | Preuve : 21 |
| - Régime optionnel : 35, 19 | Parts sociales : 15, 25 |
| Risques : 7, 8, 12, 23, 26, 51 | Passif social : 25, 50 |
| Revenus : 33, 35 | Partage des bénéfices : 29 |
| Rémunérations : 55, 47, 38, 37, 36, 34, 20, 21 | Prélèvement forfaitaire unique : 35 |
| | -T- |

| | |
|---|---|
| <p style="text-align: center;">-S-</p> <p>Séparer : 19, 13</p> <p style="padding-left: 20px;">- Séparation : 15, 19-23,</p> <p>Sécurité : 21, 22, 31, 36, 37, 38, 42</p> <p>Solidairement : 14, 28, 41, 43, 45</p> <p>Statuts : 24, 25, 26, 29, 31, 46</p> <p>Subsidiarité : 42</p> | <p>Traitements et salaires : 34</p> <p>TNS : 38</p> <p>Transmission : 25, 17, 16, 15</p> <p style="text-align: center;">-U-</p> <p>Usage professionnel : 18, 20</p> <p>Utiles : 22</p> <p style="text-align: center;">-V-</p> <p>Vaine poursuite : 41, 42</p> |
|---|---|