

Licence 3

Droit des sociétés

Cours de Monsieur Stéphane Brena

Chargée de travaux dirigés : Madame Aude Le Dantec

Documents de travaux dirigés (établis sur la base de ceux élaborés par Madame le Professeur Caroline Coupet)

Observations préliminaires : préparation des travaux dirigés

La préparation des séances et la participation en travaux dirigés sont la clef de la réussite.

- La préparation d'une séance suppose évidemment la maîtrise préalable de votre cours. Ceci fait, prenez connaissance de votre fiche et répartissez le temps que vous consacrerez respectivement aux diverses questions et aux lectures d'un côté, et à la résolution de l'exercice de l'autre. Une journée au moins doit être consacrée à la préparation d'une séance.
 - Toutes les questions doivent faire l'objet de réponses organisées.
 - Tous les documents joints ou indiqués doivent être lus.
 - Les arrêts doivent faire l'objet d'une fiche, complétée d'une analyse de la solution et de sa portée. Pour cela, vous serez sans doute amenés à consulter les diverses bases électroniques pour y trouver des notes d'arrêts.
 - Les lectures doivent faire l'objet de quelques notes. A défaut, vous en oublieriez très vite le contenu.
 - Enfin, l'exercice doit être traité intégralement par écrit.

Lors de cette préparation, il vous sera sans doute utile d'aller consulter des ouvrages ou des revues juridiques, en version électronique ou en version papier. Vous consulterez utilement la bibliographie donnée qui vous indique les ouvrages et revues utiles en matière sociétaire. Prenez garde cependant de ne pas perdre votre liberté d'analyse et de jugement ; raisonnez par vous-même.

- En séance, la participation est primordiale. Elle fait vivre les travaux dirigés, suscite la réflexion et l'intérêt pour la matière...

Licence 3

Droit des sociétés

Cours de Monsieur Stéphane Brena

Chargée de travaux dirigés : Madame Aude Le Dantec

Documents de travaux dirigés (établis sur la base de ceux élaborés par Madame le Professeur Caroline Coupet)

Séances 1 & 2 : L'entreprise

L'entreprise n'est pas une notion juridique. Elle est avant tout une notion économique – certains diront qu'elle est aussi politique –, encore que les économistes eux-mêmes débattent de ses contours exacts. Comme point de départ, l'on pourra se fier au *Trésor de la langue française* qui la définit comme un « *organisme de nature industrielle ou commerciale, fournissant des biens ou des services* ».

En 2016, l'économie française a enregistré la plus forte hausse de création d'entreprises depuis de nombreuses années (**Faut-il d'ailleurs s'en féliciter ?**). Parmi elles, 66 % environ sont encore des entreprises individuelles ; les autres sont constituées sous forme sociétaire.

I. L'entreprise individuelle (séance 1)

L'entreprise individuelle est généralement étudiée au sein du cours de droit commercial. En effet, le commerçant, personne physique, n'est rien d'autre qu'un entrepreneur de type particulier. **Comment définissez-vous la notion de commerçant ? Avez-vous en tête quelques exemples d'entreprises qui ne soient pas commerciales ?** Il n'est pas inutile, cependant, de s'attarder un moment sur l'entreprise individuelle pour bien comprendre, ensuite, l'attrait que peut revêtir la forme sociétaire.

Exploiter son entreprise sous forme individuelle n'est pas sans danger pour l'entrepreneur individuel. En effet, il est responsable, sur son patrimoine personnel, de toutes les dettes qui naissent à l'occasion de son activité professionnelle. C'est la conséquence du principe du droit de gage général des créanciers : tous les biens qui composent l'actif du patrimoine du débiteur, quels qu'ils soient, répondent de l'intégralité du passif.

Document 1 : Art. 2284 C. civ. (ancien art. 2292 C. civ.)

Ce principe doit aussi être mis en lien avec la théorie d'Aubry et Rau, et plus précisément avec le principe d'unicité du patrimoine. **Comment expliqueriez-vous la théorie d'Aubry et Rau ?**

Malgré ce, les entrepreneurs individuels ont toujours su user de quelques stratégies afin de protéger au mieux leur patrimoine personnel. **Lesquelles ?**

Document 2 : P. Didier, *Traité de droit commercial*, t. 1, *L'entreprise*, PUF, 1999 (extrait)

Document 3 : G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 204 (extrait)

En outre, au fil du temps, le législateur a mis en place plusieurs outils spécifiques dans l'idée de protéger les entrepreneurs et, par là même, de favoriser l'initiative économique. **Listez-les et retracez-en l'évolution. Quelle en est l'efficacité et pourquoi ?**

Document 4 : Article L. 313-21 C. mon. fin.

Document 5 : Article L. 161-1 C. proc. d'exec.

Document 6 : Article L. 526-1 C. com.

Document 7 : Article L. 526-6 C. com.

Vous serez capables de définir les termes suivants :

- patrimoine,
- droit de gage général,
- universalité de fait,
- patrimoine d'affectation.

II. L'entreprise sociétaire (séance 2)

L'entrepreneur peut plutôt choisir d'exercer son activité sous forme sociétaire. Cela lui permettra de séparer son patrimoine personnel de son patrimoine professionnel. **Dans ce schéma, la séparation du patrimoine personnel et du patrimoine professionnel de l'entrepreneur est-elle totale ?**

Il va sans dire néanmoins que le genre « société » abrite des entreprises de types divers et de tailles différentes. Au sein du genre « société », la petite entreprise familiale côtoie la grande multinationale. Vous lirez avec profit un extrait d'un ouvrage célèbre dans lequel le Doyen Ripert explique comment la société anonyme a pu devenir un « *merveilleux instrument du capitalisme moderne* ».

Document 8 : G. Ripert, *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, p. 56 et s.

Le législateur a, en effet, accompagné les évolutions économiques et les besoins de la pratique en mettant à disposition des opérateurs économiques diverses « formes sociales ». Vous remplirez le tableau suivant en prenant garde à bien définir tous les termes utilisés.

Document 9 : Tableau comparatif des formes sociales

Enfin, interrogez-vous : cette diversité de formes sociales est-elle bien utile ? Pourrait-on imaginer que la création d'une société se fasse sans le cadre d'un type prédéfini ? Quels en seraient les inconvénients ?

Document 10 : D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 57 et s.

* *

*

Document 1 : Article 2284 C. civ.

Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.

Document 2 : P. Didier, *Traité de droit commercial*, t. 1, L'entreprise, PUF, 1999 (extrait)

L'entreprise individuelle est celle d'une personne qui l'exploite seule et sans partage. En droit français, elle se confond avec la personne et le patrimoine de l'entrepreneur à qui elle appartient, lequel en répond sur tous ses biens, mobiliers et immobiliers, présents et à venir, conformément au droit commun (art. 2092 C. civ.).

Depuis longtemps, toutefois, l'entreprise personnelle cherche obstinément à se différencier du patrimoine et de la personne de son propriétaire. Dès le début de ce siècle il lui a été reconnu une sorte d'actif propre, le fonds de commerce, et en 1985 son propriétaire a été autorisé, sous certaines conditions et dans certaines formes, à soustraire ses biens propres aux poursuites des créanciers de son entreprise, qui s'est ainsi vu dotée, dans certains cas, d'un passif personnel (EURL)

Devenus entrepreneurs capitalistes, les commerçants couraient le risque d'une plus grande responsabilité. La perte de leurs biens leur devenait plus sensible. Ils se sont ingéniés à l'atténuer.

Le Code de Commerce, à l'exemple du droit ancien, fait peser sur eux la menace de la faillite et éventuellement, en cas de faute grave, celle de la banqueroute. Il s'agissait tout d'abord d'atténuer les rigueurs de cette procédure d'exécution. En 1838, les commerçants ont obtenu une refonte complète du Livre III du Code de Commerce, en 1889, la création de la liquidation judiciaire, en 1935, une nouvelle réforme de la procédure. Ce sont là les grandes lois. Il y en a d'autres destinées à faciliter le vote du concordat et surtout la réhabilitation. La Commission de révision du Code de Commerce instituée en 1947 a commencé ses travaux en s'occupant des faillites.

Ces lois répondent à nos mœurs faciles et créent elles-mêmes la facilité des mœurs. La faillite était autrefois considérée comme déshonorante au point que certains préféraient y échapper en se donnant la mort. La réhabilitation exigeait le sacrifice héroïque du paiement de toutes les dettes. Aujourd'hui, la réhabilitation, tout au moins partielle, est de droit au bout

de quelques années. La liquidation judiciaire évite les sanctions les plus déshonorantes. Le failli n'est plus considéré comme un coupable, mais comme un malheureux ou un maladroit.

L'exemple des sociétés de capitaux a fait beaucoup de mal. La faillite d'une telle société n'est autre chose qu'une dissolution suivie d'une liquidation forcée des biens. Aucun associé n'étant commerçant les sanctions de caractère pénal ne peuvent frapper personne. Le scandale a été parfois si grand que la jurisprudence, puis la loi, ont dû permettre de rechercher la personne responsable qui se cachait derrière la société. C'est l'exception. Le plus souvent il n'y a qu'à constater la chute de l'entreprise. Les faillites des sociétés ont fait considérer avec plus d'indulgence celles des hommes.

Encore faut-il arriver à sauver ses biens. La liquidation judiciaire a permis au commerçant de dissimuler son dessaisissement. Bien que l'assistance d'un liquidateur lui soit nécessaire, il continue à administrer. Le failli lui-même y parvient parfois en se mettant au service de son syndic. On arrive ainsi à la réunion de l'assemblée concordataire. Aujourd'hui les créanciers présents comptent seuls dans le calcul de la majorité : on a vu dans ces derniers temps un concordat voté à l'unanimité des voix, un seul créancier assistant à l'assemblée.

Aux époques de crise le législateur essaie lui-même d'empêcher la chute des entreprises. Nous ne connaissons pas en France le concordat préventif, mais on a usé des moratoires, puis de deux procédures de règlement amiable ou transactionnel qui ont donné d'ailleurs de mauvais résultats.

Le commerçant s'habitue à l'idée qu'il n'est pas tenu de payer intégralement ses créanciers et que l'Etat doit le secourir en temps de crise. En tout cas il épuise tellement son actif pour retarder sa chute que la plupart des faillites donnent aujourd'hui un dividende insignifiant. Le public voit sans stupéfaction un homme qui a été déclaré en faillite continuer à mener une vie confortable. La séparation de biens lui permet de vivre sur la fortune de sa femme. On soupçonne aussi qu'il n'a pas livré tous ses biens à son syndic. Les valeurs mobilières et les billets de banque échappent à toute saisie. Il y a peu de faillis dans la misère.

Ainsi, devenus capitalistes, les commerçants veulent tout de même conserver les avantages qu'un régime démocratique fait aux petits. Ils entendent être protégés si la bourrasque souffle. Ils ne veulent pas assumer la responsabilité que justifierait le profit. Et comme malgré tout il était impossible de les y faire échapper, la loi est venue à leur secours.

Le législateur leur a fourni le moyen légal de ne pas engager leur responsabilité personnelle : il a permis la création des sociétés à responsabilité limitée. Celui qui fait le commerce seul est tenu dans ses biens, il suffit de le faire à deux pour ne plus être tenu. Tel est le résultat singulier de cette création légale.

Elle remonte à la loi du 7 mars 1925. La raison, ou le prétexte, a été que, l'Allemagne connaissant cette forme de société, il fallait l'accréditer chez nous parce que les départements de l'Alsace et de la Lorraine l'ayant connue ne sauraient plus s'en passer. Au surplus on corrigeait un peu

la conception allemande en rapprochant aussi ces sociétés des *private companies* anglaises. En réalité il s'agissait de démocratiser la société anonyme. La nouvelle forme répondait si bien à nos mœurs que la réussite a été prodigieuse. Nous n'avons pas l'habitude de faire un tel succès aux importations juridiques. Ces sociétés d'origine étrangère se sont épanouies dans le climat français d'un grand libéralisme. A la fin de l'année 1931, cinq ans après la promulgation de la loi, il y avait déjà en France 29 097 sociétés à responsabilité limitée ; il y en a aujourd'hui plus de 50 000. La transformation de sociétés anciennes en ce type nouveau doit d'ailleurs être retenue pour donner une idée exacte de ce développement.

Comment peut-il y avoir des associés qui se contentent des formes anciennes du nom collectif ou de la commandite lorsque le législateur leur offre une forme nouvelle bien supérieure ? La force de la tradition joue encore. Mais il est à prévoir que cette société, si le législateur n'y met pas d'obstacle, dévorera toutes les autres et qu'il n'y aura plus dans l'avenir de commerçant qui ne cherchera quelque associé pour pouvoir user de cette forme merveilleuse.

La grande préoccupation du législateur a été de ne pas créer un nouvel instrument pour le grand capitalisme spéculatif. Les juristes ont discuté le caractère de la société : est-ce une société de personnes ou une société de capitaux ? Le législateur ne l'a pas dit, mais il a marqué le caractère personnel de la société par l'incessibilité des parts sociales ; de nouveaux associés ne peuvent entrer dans la société sans le consentement des anciens si ce n'est par la transmission des parts au décès. A tout le moins il faut le consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social. Pour assurer cette incessibilité des parts la loi défend de les représenter par des titres à ordre ou au porteur. Elles ne peuvent pas d'ailleurs l'être davantage par des titres nominatifs et d'une façon générale il est interdit aux sociétés à responsabilité limitée d'émettre des titres négociables. Elles ne peuvent donc contracter d'emprunt obligataire et doivent trouver du crédit de banque. On n'a pas voulu jeter sur le marché des titres de petites sociétés qui seraient un aliment à la spéculation.

Pourtant, et par un certain illogisme, le législateur n'a pris aucune précaution contre le gigantisme de cette forme de société. Il n'y a pas de limite maxima au chiffre du capital social, ni au nombre des associés. Il a même organisé une assemblée générale annuelle et un conseil de surveillance pour les sociétés comprenant plus de vingt associés. La chose est rare d'ailleurs surtout au début de la vie sociale et avant toute transmission héréditaire des parts.

Enfin la loi permet la modification des statuts à la majorité représentant les trois quarts du capital social, imitant ici la modification des statuts de la société anonyme, et l'imitation se poursuit dans l'institution de la réserve légale.

En revanche aucune précaution n'est prise contre l'insignifiance de la société, sinon un chiffre minimum du capital social et des parts. Mais ce chiffre est tel qu'il paraît ridicule. Fixé en 1925 à 25 000 francs, il a été porté à 50 000 en 1938 et la valeur de la part ne peut être inférieure à

100 francs. Ce sont des chiffres qui, dans l'état actuel de la monnaie, ne gênent pas beaucoup les associés.

L'organisation de l'irresponsabilité devient un jeu. Il suffit de deux associés. Aucune condition de capacité ne sont exigées, sinon celles que connaît le droit civil et qui sont corrigées par la représentation ou l'assistance. Les sociétés familiales sont possibles : elles ont même été spécialement visées dans l'élaboration de la loi : un père et son fils peuvent s'associer, et la jurisprudence hésite à interdire les sociétés entre époux qui présentent pourtant de graves inconvénients. Un commerçant peut s'associer avec l'un ou quelques-uns de ses employés. La souscription est ouverte aux bourses les plus modestes puisqu'il suffit de cent francs pour avoir une part.

Il n'existe aucune proportion légale dans la division du capital social entre les associés. L'un des deux peut prendre 999 parts de cent francs et l'autre se contenter d'une seule dans une société qui aura un capital de 100 000 francs. C'est d'ailleurs un exemple théorique. Une telle société apparaîtrait sans doute comme fictive et l'associé principal comme faisant le commerce sous le couvert de la société masquant ses agissements.

Le commerçant qui a constitué la société en conserve la gérance par une clause de l'acte. Gérant statutaire, il n'est révocable que pour cause légitime. Le gérant a tous pouvoirs pour agir au nom de la société. Toute clause qui limiterait ces pouvoirs est sans effet à l'égard des tiers ; aussi dans la pratique a-t-on renoncé à ces limitations. Au surplus, comme en général, il les consulte par écrit. Comme il n'y a pas de commissaires pour examiner les comptes et le bilan, pas de discussion possible entre les associés, le gérant exerce pratiquement un pouvoir absolu.

Ce travail de gérance lui vaut une faveur fiscale. Les sommes qui lui sont allouées sont considérées comme la rémunération de son travail et non comme des revenus d'un capital ou les tantièmes d'un administrateur. L'avantage est tel qu'il a fallu prévenir la fraude : tous les associés se faisaient attribuer la cogérance dans l'acte de société pour bénéficier de la même faveur.

Malheureusement pour lui le gérant ne trouve pas aisément le crédit dont la société a besoin. Les banquiers avertis se soucient peu d'avoir pour unique débiteur une société à responsabilité limitée au capital infime. Le gérant est alors amené à donner sa garantie personnelle parce qu'il a un puissant intérêt à assurer la vie de la société. Il perd ainsi le bénéfice de l'irresponsabilité qu'il s'était acquise en mettant l'affaire en société.

Il y a aussi d'autres inconvénients. Au décès du gérant, les parts peuvent être partagées entre les héritiers. Pour ceux d'entre eux qui ne sont pas appelés à la gérance ou qui n'ont pas une confiance absolue dans le nouveau gérant, ces parts incessibles représentent un capital immobilisé. Le père de famille en mettant son commerce en société risque ainsi de ne laisser à ses enfants que des capitaux inutilisables par eux.

Cet inconvénient accuse plus encore le caractère capitaliste de cette forme de société. On l'a opposée à la société anonyme pour mieux la défendre. Mais sa petitesse n'est pas une qualité. Cette forme de société a été une de ces conciliations que la démocratie a trouvées avec le régime capitaliste.

En interdisant la création des titres, on empêchait la spéculation. Mais ce que l'on a favorisé c'est la disparition du travail personnel. Le gérant de la société à responsabilité limitée n'a pas la qualité de commerçant, c'est la société, personne morale, qui fait le commerce. A côté des grandes sociétés anonymes voici maintenant cinquante mille personnes nouvelles jetées dans la vie des affaires. Elles sont souvent bien plus fortes qu'elles ne le disent. C'est un capitalisme démocratique et voilà tout.

Quand on est là il n'y a pas de raison pour ne pas admettre qu'un commerçant ne soit responsable que sur le patrimoine commercial qu'il affecterait à son entreprise. En 1950, le III^e Congrès des sociétés à responsabilité limitée s'est prononcé en faveur d'une réforme législative qui réaliserait cette institution nouvelle.

Document 4 : Article L. 313-21 C. mon. fin.

A l'occasion de tout concours financier qu'il envisage de consentir à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle, l'établissement de crédit ou la société de financement qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou de solliciter une garantie auprès d'un autre établissement de crédit, d'une société de financement ou d'une entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de caution. L'établissement de crédit ou la société de financement indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir.

A défaut de réponse de l'entrepreneur individuel dans un délai de quinze jours ou en cas de refus par l'établissement de crédit ou la société de financement de la garantie proposée par l'entrepreneur individuel, l'établissement de crédit ou la société de financement fait connaître à ce dernier le montant chiffré des garanties qu'il souhaite prendre sur les biens non nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou auprès de tout autre garant. En cas de désaccord de l'entrepreneur, l'établissement de crédit ou la société de financement peut renoncer à consentir le concours financier sans que sa responsabilité puisse être mise en cause.

L'établissement de crédit ou la société de financement qui n'a pas respecté les formalités prévues aux premier et deuxième alinéas ne peut dans ses relations avec l'entrepreneur individuel se prévaloir des garanties qu'il aurait prises. En cas de garantie constituée par une sûreté immobilière ou mobilière donnant lieu à publicité, l'établissement de crédit ou la société de financement ne peut plus s'en prévaloir à compter de la radiation de l'inscription de la sûreté.

Document 5 : Article L. 161-1 C. proc. d'exec.

Lorsque le titulaire d'une créance contractuelle ayant sa cause dans l'activité professionnelle d'un entrepreneur individuel entend poursuivre l'exécution forcée d'un titre exécutoire sur les biens de cet entrepreneur, celui-ci peut, nonobstant les dispositions du 5° de l'article L. 112-2 et s'il établit que les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise sont d'une valeur suffisante pour garantir le paiement de la créance, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers.

Si le créancier établit que cette proposition met en péril le recouvrement de sa créance, il peut s'opposer à la demande.

La responsabilité du créancier qui s'oppose à la demande du débiteur ne peut pas être recherchée, sauf intention de nuire.

Document 6 : Article L. 526-1 C. com.

Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire. La domiciliation de la personne dans son local d'habitation en application de l'article L. 123-10 du présent code ne fait pas obstacle à ce que ce local soit de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.

Par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle

agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti, qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel. Cette déclaration, publiée au fichier immobilier ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, au livre foncier, n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, après sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Lorsque le bien foncier n'est pas utilisé en totalité pour un usage professionnel, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration qu'à la condition d'être désignée dans un état descriptif de division.

L'insaisissabilité mentionnée aux deux premiers alinéas du présent article n'est pas opposable à l'administration fiscale lorsque celle-ci relève, à l'encontre de la personne, soit des manœuvres frauduleuses, soit l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, au sens de l'article 1729 du code général des impôts.

Document 7 : Article L. 526-6 C. mon. fin.

Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

Par dérogation à l'alinéa précédent, l'entrepreneur individuel exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime peut ne pas affecter les terres utilisées pour l'exercice de son exploitation à son activité professionnelle. Cette faculté s'applique à la totalité des terres dont l'exploitant est propriétaire.

Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : " EIRL ".

Sept personnes se réunissent. Elles ont le droit, en observant quelques règles légales, de créer une société anonyme. Nous sommes tellement habitués à l'exercice de cette liberté que nous ne songeons pas à nous étonner de la naissance de cet être nouveau, admis de plein droit parmi les hommes. C'est pourtant dans l'histoire des institutions une bien grande nouveauté.

Dans notre ancienne France, on n'aurait pas eu l'idée que des hommes puissent faire le commerce sous le couvert de la société sans être eux-mêmes des commerçants, ou tout au moins sans que l'un d'eux le soit. Il y avait bien des compagnies, mais c'était tout autre chose que des sociétés commerciales privées.

La royauté française eut, au XVIII^e siècle, le sentiment des services que pourraient rendre de grandes compagnies. Elle en permit la fondation, mais la création d'un être est un acte divin, à tout le moins royal. Une

compagnie ne peut avoir de personnalité s'il n'y a pas, suivant l'expression anglaise, une incorporation. C'était en France une charte royale qui lui donnait la vie. Le roi ne la consentait que pour un grand intérêt public : l'exploitation des colonies, le commerce maritime et, plus tard, la banque et l'assurance. Mais si l'œuvre était grande, il lui donnait sa protection, s'y intéressait personnellement, accordait la noblesse à ceux qui y collaboraient, octroyait la naturalisation aux étrangers. Il faisait mieux et concédait à la compagnie des parcelles de son pouvoir souverain : les droits de guerre, de justice, de battre la monnaie.

Les anciens juristes ne s'occupaient guère de ces grandes compagnies. Savary se borne à en signaler l'existence ; Jousse et Pothier n'en parlent pas. Certains de nos contemporains leur ont reproché sans indulgence leur pauvreté d'esprit. Jugement trop sévère : les compagnies étaient hors du droit privé. Ceux qui commentaient l'Ordonnance sur le commerce n'avaient pas à s'occuper de ces corps qui, par la grâce royale, faisaient des opérations commerciales, mais ne figuraient pas dans l'ordre civil.

La société commerciale reste pour les juristes le contrat entre commerçants. Tout au plus y admet-on des bailleurs de fonds, commanditaires qui ne seront tenus que sur leur mise. L'idée est ancienne : elle est née du désir de faire participer aux bénéfices du commerce ceux qui ne pouvaient ou ne voulaient pas avoir la qualité de commerçants. Il y avait des sociétés qui réunissaient des capitaux importants. On eut l'idée de diviser le capital social en sols dont la cession était permise, quelquefois par le moyen de titres négociables. Au XVIII^e siècle, des sociétés se livrent à l'exploitation des mines, des forges, des manufactures, des canaux. La grande industrie naît. Elle exige une forme sociale que le droit ne connaît pas encore. Il s'efforce de la créer. Il est difficile de dire qu'il y avait déjà de véritables sociétés de capitaux ; les actionnaires restaient tenus en principe sur leurs biens personnels et essayaient de se protéger par des clauses limitant leurs responsabilités ; les actions n'étaient pas toujours négociables. Ces sociétés ne pouvaient être assimilées aux compagnies à charte. Elles pouvaient être librement créées, mais elles ne constituaient pas des corps indépendants avec une personnalité propre.

Quand la Révolution proclama la liberté du commerce et de l'industrie les grandes compagnies ne purent en profiter, car elles étaient suspectes par leur origine régaliennne. Elles le furent plus encore quand on dénonça l'accaparement et la spéculation. Il ne pouvait être question de leur accorder la liberté. En 1793, l'autorisation législative remplaça la charte royale et voilà tout. Un an après, elles furent radicalement condamnées. « Il faut disait Cambacérès, tuer ces associations destructives du crédit public. La plupart des compagnies existantes furent supprimées ; défense fut faite d'en constituer de nouvelles.

Cette rigueur jacobine ne dura que deux ans. Le Directoire, par la loi du 30 brumaire An IV, autorisa la constitution des sociétés par actions. Négligence ou habileté, la loi ne donnait aucune règle relative à leur création et à leur fonctionnement. Ce fut une floraison d'affaires douteuses dans une époque de mœurs faciles. De temps à autre un tribunal indiquait,

déclarait, au mépris du pacte social, tous les actionnaires responsables personnellement des dettes de la société, ce qui était ajouter aux inconvénients de la liberté ceux du désordre.

Cependant, au milieu de singulières affaires spéculatives, des noms retiennent l'attention qui deviendront célèbres : Aniche, Anzin, Roche-la-Molière, Chastellux, les manufactures de Tulle et de Sedan, Le Mont-Cenis qui sera Le Creusot, le théâtre Feydeau. D'ailleurs certaines de ces entreprises remontent à l'Ancien Régime et rétablissent sous le nouveau leurs statuts d'autrefois.

Le Code de Commerce vient, en 1808, leur offrir l'appui d'une législation mieux ordonnée. Il y a désormais deux formes de sociétés par actions : la « commandite par actions » qui est libre, la « société anonyme » qui doit être autorisée. Cette expression société anonyme est empruntée à l'ancienne langue juridique, mais elle change de sens. Elle désignait dans l'ancien droit la participation occulte. Elle va maintenant désigner la société dans laquelle il n'y a pas d'associé responsable, donc pas de raison sociale. Le projet du gouvernement ne permettait pas de constituer librement de telles sociétés ; le Consulat reprenait la tradition de la Monarchie. En vain le capitalisme naissant réclamait-il la liberté. Cambacérès défendit au Conseil d'Etat la solution autoritaire. Le Code de Commerce ne permet de constituer une société anonyme qu'avec l'autorisation du gouvernement.

L'autorisation exigée par le Code n'était pas de pure forme. On devait remettre au préfet une pétition signée par des associés représentant le quart au moins du capital social. Le Conseil d'Etat était consulté. C'était, dit un ancien auteur, « un tribunal inabordable ». Sous la Restauration, une instruction du 22 octobre 1817 avait précisé les conditions dans lesquelles le roi était disposé à accorder l'autorisation. Le Conseil d'Etat avait arrêté des statuts types et en avait imposé l'adoption. Il exigeait notamment que l'administration de la société fût confiée à titre irrévocable aux mandataires désignés dans les statuts, ce qui était une manière d'incarner la société dans la personne de ses dirigeants. Les intéressés étaient d'ailleurs fort en peine pour présenter leur demande, car il leur fallait avoir réuni le capital social pour le faire et ils trouvaient difficilement à le réunir tant qu'ils n'étaient pas autorisés. La décision de refus n'était pas motivée ; elle n'était susceptible d'aucun recours. L'autorisation accordée pouvait être retirée au cas de violation des statuts. On disait à cette époque : les sociétés anonymes sont placées sous la tutelle de l'Etat ; la confiance qu'on leur fait vient de la confiance que l'on a dans l'Etat.

Il ne s'en créa pas ou presque pas. De 1826 à 1837, il n'y eut que 157 autorisations pour un capital de 353 millions. Pardessus, qui publie en 1825 un traité de droit commercial en quatre volumes, n'accorde qu'une dizaine de pages à l'étude des sociétés anonymes. Pourquoi employer cette forme difficile quand le Code de Commerce offre aux commerçants et aux industriels une autre forme, la commandite par actions, qui est libre. Dans la même période, de 1826 à 1837, il se forma 1 039 commandites par actions avec 1 200 millions de capital. Sous la Monarchie de juillet, la première grande poussée du capitalisme vint en augmenter le nombre. Pour les

actionnaires, les deux formes offrent les mêmes avantages : responsabilité limitée et négociabilité du titre. Le législateur les traite de façon différente sous le prétexte que le commandité est un commerçant responsable sur tous ses biens. Or le commandité est le plus souvent un insolvable ou un naïf. Les actions des sociétés en commandite sont l'objet des spéculations de Bourse. On avait douté qu'elles pussent être dérivées au porteur, car le caractère personnel du contrat de société en paraissait altéré. Ce fut un débat célèbre entre juriconsultes. Locré et Pardessus condamnaient le titre au porteur, mais la Cour d'appel de Paris en admit la validité. L'esprit de spéculation en fut renforcé. La grave *Revue des Deux Mondes* célébra la société par actions. C'est l'époque de la fièvre des commandites. La fièvre monte si haut qu'en 1838 le gouvernement royal se demande s'il ne faut pas la couper net. Sur le conseil de juriconsultes éminents, il dépêche un projet de loi supprimant les commandites par actions. Il est trop tard. Le capitalisme a besoin d'une forme juridique qui lui permette d'agir et il est assez fort pour résister au pouvoir royal. La Chambre des députés refuse de suivre le gouvernement. Dans un désir de conciliation, la commission parlementaire proposa l'interdiction des actions au porteur, l'obligation pour le gérant de posséder le dixième du capital social. Jamais le projet ainsi amendé ne vint en discussion. Ceux qui ont forgé ce merveilleux instrument de domination économique n'y renoncèrent plus.

Lors de la seconde grande poussée du capitalisme sous le Second Empire, on verra réparaître la même floraison de commandites. Il s'en créa quatre ou cinq cents chaque année et seulement une douzaine de sociétés anonymes. La liberté qui leur est accordée permet aux fondateurs de refler l'épargne. On voit circuler des actions de cinquante et de vingt francs ; on en vit même de cinq francs ! Il fallut réglementer la commandite par actions par la grande loi du 17 juillet 1856 et, dix ans après, à nouveau par la loi du 24 juillet 1867.

Cependant la réclamation obstinée de la liberté pour les sociétés anonymes ne cessait pas. Il y avait maintenant une raison nouvelle. L'Angleterre dictait notre politique économique. Or les compagnies anglaises, soumises autrefois à l'agrément du Parlement ou de la Couronne, venaient d'obtenir en 1856 leur incorporation par un simple enregistrement. Qui plus est, elles pouvaient poursuivre leur exploitation en France, car la loi du 30 mai 1857, votée pour les sociétés belges, permettait d'accorder, par décret impérial, la même faveur à tous autres pays. Le traité du 30 avril 1862 l'avait accordée à l'Angleterre. Les compagnies anglaises librement formées seraient-elles donc libres chez nous, alors que les sociétés anonymes françaises ne pouvaient être créées sans autorisation ? Il fallait trouver un compromis.

On le trouva dans la création d'un type nouveau de société, imité de la *Private Company Limited* anglaise et qui fut dénommée à raison de cette imitation société à responsabilité limitée. La loi du 23 mai 1863 créa cette forme nouvelle qui ne devait vivre que quatre ans. L'exposé des motifs du projet de loi est à retenir. « L'Empereur, dans sa haute sagesse et dans sa féconde initiative, a noblement proclamé le principe de la liberté écono-

mique et commerciale : il a provoqué la spontanéité des citoyens à s'affranchir progressivement de la tutelle de l'État. »

Déjà un nom nouveau, les sociétés à responsabilité limitée étaient des sociétés anonymes au petit pied : l'anonymat libre à côté de l'anonymat privilégié », disait Emile Olivier dans la discussion de la loi. L'idée en elle-même n'était pas mauvaise. Mais le capitalisme triomphant ne pouvait se contenter de cette maigre victoire. Le capital de ces sociétés ne pouvait excéder vingt millions : les administrateurs devaient posséder le vingtième du capital social et ils étaient solidaires pour ce vingtième au cas où leur responsabilité serait engagée. Encore jugeait-on que c'était peu de chose : dans les travaux parlementaires il est dit que l'absence de responsabilité personnelle des administrateurs serait pour ces sociétés une cause d'infirmité ! Les capitalistes durent bien rire en lisant ce propos de quelque parlementaire naïf, car ce qu'ils cherchaient, c'était justement la limitation de leur responsabilité. Ces petites sociétés, encore engluées de responsabilité personnelle, ne leur convenaient pas. En quatre ans il ne s'en constitua que 52 pour 80 millions de capital. La loi de 1863 ne doit être retenue que parce que, pour la première fois, elle admit la liberté de constitution pour les sociétés qui ne comptent aucun associé personnellement responsable.

Quatre ans plus tard, l'Empire libéral devait accorder la liberté sans réserve. En 1867, le gouvernement déposa un projet de loi supprimant la nécessité de l'autorisation. « L'autorité ne doit point se mêler aux transactions privées », dit l'exposé des motifs, œuvre de Duvergier. Il avait fallu soixante ans pour conquérir la liberté.

Prudemment, le projet obligeait les administrateurs à prendre une part importante dans le capital social et fixait le taux nominal des actions à 5 000 francs pour écarter les petits spéculateurs. La Chambre des députés trouva que c'était encore trop. Elle appliqua aux sociétés anonymes les règles des commandites par actions qui étaient d'ailleurs améliorées par cette même loi.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 21) déclare : « À l'avenir, les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement. » Le texte a la valeur d'un principe. Il semble extrait d'une Déclaration des droits. C'est la charte de la liberté. Retenons cette grande date dans l'histoire du capitalisme.

Sans doute, il y avait avant cette loi beaucoup de grandes sociétés, créées avec autorisation ou sous la forme de commandites. Mais désormais elles vont, les unes après les autres, prendre la forme de l'anonymat. Le législateur ne se contente pas de donner la liberté, il marque sa préférence ; il permet aux commandites par actions de se transformer en sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité de prendre la forme nouvelle.

Il n'était pas besoin de ces encouragements. De 1867 à 1875, il y a encore des hésitations ; il s'en crée une centaine chaque année. De 1880 à 1895, il y en eut plus de 500. En 1907, le chiffre de l'année dépassa mille, en 1911, deux mille et en 1920, trois mille. Soixante ans après la promulgation de la loi, on comptait en France quarante mille sociétés anonymes !

Il n'est pas étonnant qu'il y ait des sociétés créées pour la spéculation frauduleuse et d'autres maladroitement agencées. Faillites et poursuites pénales ont marqué au cours du siècle la lamentable aventure de quelques-unes. Pourtant personne n'a jamais songé à réclamer un retour à l'autorisation préalable. On sait bien que le pouvoir politique n'est plus assez fort pour s'opposer à certaines initiatives. Les plus grands scandales sont ceux qui ont compromis des parlementaires ; on juge de ce qu'eût été le prix de leur concours pour obtenir l'autorisation désirée. Au surplus, et en présumant chez tous l'honnêteté et l'indépendance, on ne vit pas qui pourrait valablement apprécier l'utilité de la création.

La loi du 24 juillet 1867 a survécu aux révolutions politiques. Elle demeure comme une grande aieule respectée. Devenue presque illisible tant elle a été raturée et complétée, elle vaut toujours comme marquant le triomphe du capitalisme libéral. Les économistes peuvent lui faire une place d'honneur dans l'histoire du régime.

Ils disent, mais ils arrêtent là cette histoire alors qu'il faut la poursuivre. La loi de 1867 a été remaniée et complétée par une série de lois et de décrets-lois. On feint de croire que ce sont autant d'atteintes au principe de liberté et que le régime démocratique a affirmé sa force en réglementant étroitement les sociétés. En réalité, le capitalisme s'est facilement accommodé des réformes incessantes de la loi de 1867. Protestations et gémissements sont souvent moyens de persuader l'adversaire que l'on est gravement atteint. Rien de ce qui fut imposé n'a gêné sérieusement l'admirable instrument que le capitalisme avait créé, et beaucoup de réformes l'ont amélioré.

La liberté complète laissée aux fondateurs dans la rédaction des statuts a permis les combinaisons les plus ingénieuses. Le législateur, le plus souvent, est intervenu pour les légitimer et non pour les interdire. On ne peut ici les citer toutes. Contentons-nous de quelques exemples.

Les statuts prévoyaient autrefois les modifications que l'assemblée générale extraordinaire pourrait apporter à l'acte constitutif et la jurisprudence était indécise sur la limite des pouvoirs de l'assemblée ; le législateur a expressément permis de modifier les statuts dans toutes leurs dispositions et sans qu'il soit nécessaire de prévoir à l'avance ces modifications. La règle de l'égalité des actionnaires passait pour un principe fondamental ; pourtant les sociétés avaient parfois intérêt au cours de leur vie sociale à créer des actions de préférence, notamment pour attirer de nouveaux capitaux ; le législateur a permis la création de ces actions. Les fondateurs stipulaient à leur profit des parts bénéficiaires ; la loi vient approuver et régulariser cette pratique. Les obligataires se groupaient en sociétés civiles ; la loi crée la masse des obligataires et l'associe à la vie de la société.

La jurisprudence appelée à statuer sur la validité des clauses insérées dans les statuts ou les décisions des assemblées générales est en général libérale : elle autorise l'émission des actions à prime et les commissions des banques sur le montant des versements, l'amortissement du capital par la délivrance d'actions de jouissance, la remise d'actions gratuites en

représentation des réserves, la conversion en actions des obligations et des parts bénéficiaires, la stipulation d'intérêts fixes au profit des actionnaires, la création d'obligations à revenu variable, les restrictions à la négociation des actions et les clauses de préemption.

Il est rare que la loi intervienne pour défendre une de ces combinaisons imaginées par les fondateurs de sociétés. Elle ne le fait en général que pour protéger l'épargne en réglementant les émissions d'actions et d'obligations. Il faut pourtant signaler dans ces dernières années de petites réformes relatives à l'organisation de la vie sociale. Elle ne sont en général pas bien gênantes et, quand elles le sont, la pratique excelle à les éluder ou à les tourner. Elle imagine des combinaisons que le législateur ne peut atteindre facilement, car elles sont d'une souplesse qui les fait échapper à l'étreinte des lois impératives. C'est ainsi que tous les projets de réglementation sur les filiales ont été abandonnés devant la difficulté de reconnaître les sociétés mères et les filiales. C'est ainsi que les déclarations contre les trusts n'aboutissent à rien de précis, car les sociétés de sociétés sont licites, que leur validité a permis la constitution des holdings et que la définition du trust est encore à trouver.

On a vu d'autre part l'Etat céder lui-même à l'attrait de la société anonyme. Il a voulu y faire entrer le personnel de l'entreprise. Il est entré lui-même dans les sociétés d'économie mixte. Il a songé à créer des sociétés professionnelles d'un caractère indécelable. Il a demandé à chaque société de lui remettre des actions pour acquitter l'impôt de solidarité nationale. Il a nationalisé des entreprises en leur conservant la forme des sociétés.

Document 9 : Tableau comparatif des formes sociales

	SNC	SCS	SARL	SA	SCA	SAS	SE
Capital minimum							
Type de responsabilité							
Nombre d'associés							
Nature des droits sociaux							
Modalités de cession des droits sociaux							
Administration et direction							
Classifications possibles							

fonctionnera sur le mode de la pochette-surprise : selon la souplesse d'appréciation dont feront preuve les tribunaux appelés à se prononcer, ils ouvriront l'une ou l'autre des trois procédures, devenues interchangeables.

Au fond, comme sous l'empire de la réforme de 1967, à l'époque de la trilogie constituée par la procédure de suspension provisoire des poursuites, le règlement judiciaire et la liquidation des biens, se prendra la mauvaise habitude d'ouvrir non pas la procédure la plus apte à assurer le redressement de l'entreprise, mais celle qui apparaît la moins traumatisante pour le chef d'entreprise et pour ses salariés. Rien n'empêchera alors la courbe des entreprises liquidées de poursuivre son ascension. Il se pourrait même que la confusion ambiante au sein de l'offre procédurale accélère le mouvement, la pratique, toujours en décalage sur la mesure imposée par l'importance des difficultés que rencontre l'entreprise, gaspillant ainsi les ultimes chances de redressement de l'entreprise.

22) Ainsi, bien qu'elle ait voulu diversifier les procédures de façon à choisir celle qui convient le mieux à l'entreprise en difficulté, la loi nouvelle manque son objectif. Dans un premier temps, la réforme ouvre la voie à un gigantesque chaos procédural, où la sauvegarde apparaît dans toute son inutilité splendide, pendant que conciliation et redressement judiciaire se disputent dans la plus grande confusion le monopole du sauvetage des entreprises en difficulté. Dans un second temps, mais à condition que la Cour de cassation adhère à la conception purement matérielle de la cessation des paiements, passagère clandestine de la réforme, il faut s'attendre au triomphe absolu du redressement judiciaire, par éviction des deux autres procédures. Ce n'est que dans un troisième temps, dont il est difficile de prédire quand il adviendra car la « culture de la prévention » est affaire de patience, que la diversification fonctionnera correctement.

En attendant l'arrivée de cette ère, il reste que sur trois procédures que le législateur vient de nous offrir pour assurer le sauvetage des entreprises, l'une d'entre elles est appelée à prendre l'ascendant et à réduire les deux autres à la portion congrue ; mais on ne sait pas encore laquelle. Décidément, et sans même parler de autres reproches qu'encourt la réforme, le législateur aurait pu mieux faire !

L'ALTÉRATION DES TYPES SOCIÉTAIRES

Dominique BUREAU

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Au moment de rendre hommage à celui dont chacun sait l'ampleur de la contribution à la connaissance et au renouvellement du droit commercial¹, c'est d'abord un souvenir personnel qui revient en mémoire ; souvenir d'un jeune assistant se voyant – il y a quelques années de cela – réserver par le dédicataire du présent ouvrage un accueil d'une rare bienveillance au sein de l'Université. C'est alors sous les auspices du droit des sociétés qu'avait été placée cette première rencontre ...

2. Du droit des sociétés² donc, il va être question, à travers l'analyse des principaux types sociétaires³ que contient pour l'essentiel la liste figurant au sein de l'article L. 210-1 du Code de commerce. Liste qui s'est d'ailleurs progressivement allongée, la seule lecture de ce texte ne suffisant plus désormais à en informer de manière exhaustive : ne serait-ce que parce qu'en n'évoquant que « les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions », il impose déjà de compléter cette dernière catégorie, aujourd'hui composée des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions et des sociétés par actions simplifiées ; auxquelles il faudrait encore ajouter les diverses socié-

1. De sa définition même (P. Didier, « Remarques pour servir à une définition du droit commercial », *D.* 1962, Chron. p. 221 ; « La compétence législative du droit commercial », *RTD com.* 1965.555) jusqu'à ses évolutions les plus récentes (P. Didier, « Le droit commercial au tournant du siècle », in *Cité pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 465 et s.).
2. Droit des sociétés dont la théorie générale a – elle aussi – été éclairée sous maints aspects par celui auquel on entend ici rendre hommage. V. not., au-delà des ouvrages : P. Didier, « Le consentement sans l'échange : le contrat de société », in *L'échange des consentements*, *RJ com.* novembre 1993, n° spéc. p. 75 ; « Théorie économique et droit des sociétés », in *Études à la mémoire de A. Sayegh*, Litec, 1997, p. 227 ; « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Éd. J.-Cl. 1999, p. 635 ; « La théorie contractualiste de la société », *Rev. int.* 2000.95.
3. Seules ces principaux types de sociétés commerciales seront ici étudiés, à exclusion des sociétés civiles et d'autres sociétés plus spécifiques.

tés unipersonnelles – des sous-types ? –, ainsi que la toute récente société européenne⁴.

Evoquée en ces termes dans la plupart des ouvrages contemporains de droit des sociétés⁵, la notion de « type sociétaire » ne paraît pourtant être alors pourvue d'autre intérêt que pédagogique, employée comme un simple moyen de présenter les différentes formes de sociétés⁶. De la même manière que les ouvrages de droit des contrats spéciaux distinguent à titre liminaire les différents types de contrats⁷, l'énumération des types sociétaires constituerait ainsi pour les commercialistes un élément commode d'introduction à la matière, un simple procédé de présentation.

3. L'intérêt de la notion de « type sociétaire » dépasse cependant cette simple vertu pédagogique. De manière générale, le concept de « type »⁸ renvoie d'ailleurs à une idée de modélisation dont la richesse théorique n'est plus à démontrer⁹ et qui n'est certainement pas absente du droit des sociétés. Ainsi se comprend par exemple l'affirmation selon laquelle les sociétés, « dans la mesure où elles entrent en relation avec les tiers, doivent présenter une certaine uniformité »¹⁰. Uniformité au sein de chaque type sociétaire – c'est l'effet de modélisation –, mais diversité des types sociétaires eux-mêmes – c'est la marque du pluralisme : la notion de type renvoie en effet à un nombre limité de figures sociétaires¹¹, dont la justification essentielle repose-rait sur le besoin ressenti par le législateur d'adapter cette branche du droit

4. Régie pour partie par le Code de commerce : cf. art. L. 229-1.

5. V. ainsi : M. Germain, *Traité de droit commercial* de G. Ripert et R. Roblot, T. 1, vol. 2, LGDJ, 18^e éd. 2002, spéc. n° 1163, p. 124 ; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jaffret, *Droit commercial*, T. 1, 2^e vol. 2^e éd. par G. Lagarde, Dalloz, 1980, spéc. n° 435, p. 97 ; P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2^e éd. 2003, spéc. n° 23 et s. p. 16 et s. ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Litec, 20^e éd. 2007, spéc. n° 12, p. 3. Comp., pour une acception plus large de la notion de type sociétaire, v. Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 10^e éd. 2005, spéc. n° 7 et s., p. 12 et s.

Pour une présentation en termes de « formes de sociétés », v. ainsi P. Didier, *Droit commercial*, T. 2, PUF, 3^e éd. 1999, spéc. p. 57 et s. ; et, se référant alternativement aux notions de « type » ou de « forme », P. Le Cannu, *op. cit.*, loc. cit.

6. V. ainsi : A. Bénabent, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 6^e éd. 2004, spéc. p. 1 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 3^e éd. 2007, spéc. p. 4. Aj. not. Ph. Jestaz, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, PUF, 1986, p. 117 et s., et spéc. p. 121, où sont évoqués les « types fondamentaux de contrats (vente, bail, prêt, etc.) ».

7. Sur le concept de type, v. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, LGDJ 1999, Préface J. Ghestin, spéc. p. 40 et s.

8. Sur cette notion de modèle, v. not. : A. Terrasson de Fougères, *Les modèles dans le droit de la famille, notions et fonctions (Essai de droit comparé interne)*, Thèse dactyl. Paris II, 1994. Y. Guyon, *Traité des contrats*, dir. J. Ghestin, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd. 2002, et spéc. p. 36.

9. Comp., *mutatis mutandis*, avec le droit romain des contrats, spécialement du point de vue du lien entre la figure du type de contrat et le nombre limité de contrats (sur ce point, v. J. Rochfeld, *op. cit.*, spéc. n° 52, p. 52).

aux besoins de la pratique. À chacun sa société, à chacun son droit pourrait-on ainsi affirmer¹², comme par transposition de l'analyse nagueère développée par le doyen Carbonnier pour rendre compte de la diversité des modèles en vigueur au sein du droit de la famille¹³.

Ainsi se serait construit le droit français des sociétés, où « une société commerciale doit être constituée selon un type déterminé »¹⁴, choisi dans une liste dont les diverses composantes devraient être précisément définies.

4. Cette conjugaison de l'uniformité et de la diversité présuppose en effet une définition précise des éléments constitutifs de chaque type sociétaire, quitte à renouer avec une tradition romaine – distinguant entre les *essentialia*, les *naturalia* et les *accidentalit*a – aujourd'hui largement occultée¹⁵.

Des conceptions fondamentales du droit français des sociétés découlent dès lors la nécessaire différenciation des types sociétaires : elles impliquent des distinctions sensibles entre les différents modèles, afin de permettre à tout un chacun de choisir la forme adaptée à son projet particulier à partir de types aux caractéristiques différenciées ; elles imposent également la possibilité d'identifier chaque société à un modèle préétabli par le législateur, notamment dans un but de protection des tiers.

5. Aussi bien les types sociétaires devraient logiquement constituer un rare îlot de précision au sein d'un droit des sociétés marqué par une sorte de relativisme : relativisme des concepts sociétaires – de l'*affectio societatis*¹⁶ à l'intérêt social¹⁷ – comme de la définition même de la société¹⁸, devenue

12. Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., et spéc. n° 17, p. 38. Pareil constat serait plus avéré encore à l'examen du développement des « sociétés particulières », sur lequel v. not. : D. Randoux, « La spécialisation des sociétés », in *Études A. Weill*, Dalloz, 1983, p. 471 et s.

13. J. Carbonnier, « À chacun sa famille, à chacun son droit », in *Essais sur les lois*, Rép. du notariat Defrénois, 1979, p. 167 et s., et spéc. p. 178 s. Aj., sur cette diversité des modèles légaux en dehors du droit des sociétés : C. Atras, « Éléments pour une mythologie juridique de notre temps. Le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ* 1982.244 ; Ph. Rémy, « Le mythe du pluralisme civil en législation. Observations complémentaires », *RRJ* 1983.91.

14. M. Germain, *Traité de droit commercial* de G. Ripert et R. Roblot, préc., spéc. n° 1163, p. 124. Comp. : B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987.457 et spéc. p. 461-462, où l'auteur évoque le « pluralisme juridique qui fait coexister plusieurs modèles légaux » et se traduit d'abord dans « l'étendue du choix des formes sociétaires ».

15. Sur cette distinction, v. not. : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. 2, PUF, coll. Quadrige, 2004, spéc. n° 1028. Aj. J. Rochfeld, *op. cit.*, spéc. n° 158, p. 147.

16. V. ainsi P. Didier, *Droit commercial* 1, PUF 1970, spéc. p. 361 : « l'expression, à la lettre, ne signifie rien et peut donc recevoir des contenus multiples » ; N. Reboul, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. soc.* 2000.425 ; P. Serlooten, « L'affectio societatis, une notion à réviser », in *Mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, 2003, p. 1007.

17. Sur les diverses conceptions de l'intérêt social, v. not. : J.-P. Bertrel, « La position de la doctrine sur l'intérêt social », *Droit & Patrimoine*, avril 1997, p. 42.

pertinente. C'est dans cette perspective que la mesure d'une certaine altération peut être effectuée, tendant à établir que des variations sont aujourd'hui concevables au sein des types sociétaires (A), au point que d'autres facteurs de différenciation paraissent parfois prendre le pas sur la simple opposition entre types sociétaires prédéfinis (B).

A. – 8. Si le phénomène du développement de la volonté des parties en matière sociétaire a été maintes fois observé²⁴, c'est ici sous un angle particulier qu'il se doit d'être étudié : celui de l'éventuelle altération des types sociétaires, dont les traits pourraient être modifiés sous l'influence de la contractualisation du droit des sociétés, au point de diluer les éléments constitutifs de la forme sociale de référence. De sorte qu'en deçà de pures créations de la pratique²⁵, ou des multiples variétés de pactes extra-statutaires²⁶, c'est bien aux distinctions proposées par la loi que l'on peut s'intéresser ici, qui laissent à la volonté la possibilité de s'écarter radicalement du modèle, ou de décliner à partir de ce dernier des figures assez éloignées les unes des autres²⁷. Ainsi pourrait-on ranger au sein d'une même catégorie des espèces pourtant assez dissemblables²⁸.

9. Dans cette perspective, l'illustration la plus étudiée est sans conteste celle des clauses tendant à rapprocher les divers types de sociétés²⁹ : clause d'agrément dans la SA, clause de continuation de la société au cas de décès d'un associé dans la SNC... ; tout ceci est trop connu pour que l'on y insiste davantage. On rappellera seulement qu'en application de ces clauses, c'est bien « la distinction des différents types de sociétés [qui] s'atténue dans la

champ de controverses entre les anciens et les « modernes »¹⁹ ; relativisme également de ses fondements, toujours partagés – au-delà même du renouvellement de l'argumentation – entre contrat et institution²⁰ ; relativisme encore exprimé dans cet exercice de taxinomie qu'affectation particulière – personnes ou de capitaux, sociétés ouvertes ou fermées... – dont on s'accorde aujourd'hui à reconnaître certaines des insuffisances les plus manifestes²¹.

6. Au regard des développements contemporains et pour le moins désordonnés du droit des sociétés, est-il cependant toujours certain que les types sociétaires demeurent parfaitement différenciés les uns des autres²² ? Comment d'ailleurs pourrait-on affirmer dans le même temps le désordre des catégories (sociétés de personnes, de capitaux...) et le maintien d'une identité propre à chaque type sociétaire ? dans cette même voie, est-il davantage assuré qu'un type sociétaire n'offre la possible expression que d'un seul visage, d'une structure aux traits univoques²³ ? et si l'uniformité au sein de chaque type sociétaire était rompue, le postulat même de la diversité des types sociétaires ne devrait-il pas en sortir quelque peu ébranlé ? C'est pour tenter de répondre à ces diverses questions que l'on s'efforcera tout d'abord de mesurer l'éventuelle altération des types sociétaires (I), pour tenter ensuite d'en dégager divers enseignements (II).

I.

7. Plusieurs entreprises peuvent-elles être soumises à une organisation juridique différente, alors qu'elles relèvent d'un même type sociétaire ? ou à une organisation juridiquement très semblable, alors qu'elles revêtent des formes sociétaires différentes ? et, autrement considéré, le type sociétaire demeure-t-il réellement un facteur suffisant de différenciation ? À travers ces questions, l'enjeu est d'importance, conduisant à vérifier si l'affirmation de l'existence de différents types sociétaires demeure aujourd'hui réellement

24. Cf. not., au sein d'une abondante littérature : M. Jeantin, « Droit des obligations et droit des sociétés » in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses Univ. sc. soc. Toulouse, 1996, p. 317 et s. ; M.-C. Monsallier, *L'aménagement contractuel du fonctionnement de la société anonyme*, LGDJ, 1998, Préface A. Viandier ; Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc. Comp., S. Schiller, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les connexions radicales*, LGDJ, 2002, Préface F. Terré.

25. V. ainsi, à titre d'ex. : M. Vasseur, « Une création de la pratique : les censeurs dans les sociétés anonymes », *D.* 1974, Chron., p. 67.

26. Sur lesquels v. not. : D. Velardochio-Florès, *Les accords extra-statutaires entre associés*, PUAM 1993, Préface J. Mestre ; J.-J. Daigre et M. Sentilles-Dupont, *Pactes d'actionnaires*, GLN-Joly éd., 1993 ; Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., p. 315 et s.

27. Sur cette liberté de compléter le statut légal, v. not. : Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., et spéc. p. 164.

28. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2004.313 : « poursuivant l'effort de diversification des formes de sociétés qui caractérise cette branche du droit des affaires depuis plusieurs décennies, comme le font les constructeurs d'automobiles pour enrichir la gamme de leurs modèles, le législateur s'efforce d'offrir des options statutaires à l'interieur des différentes catégories de sociétés, afin de permettre aux praticiens et aux managers de mieux adapter la structure juridique de chaque entreprise à ses caractéristiques économiques voire sociales ».

29. V. ainsi, sous cette formulation même, M. Germain, *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot*, préc., spéc. n° 1168, p. 126 ; aj. not. Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc.

18. V. ainsi, relevant que « le concept de société est aujourd'hui remis en question » : P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, Monichrestien, 2^e éd. 2003, p. 1.

19. V. ainsi : J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* 1984.I.3148.

20. J.-C. May, « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société* (dir. B. Basdevant-Gaudemet), LGDJ, 2004, p. 122 ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 et s. ; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », préc. ; P. Didier, « La théorie contractuelle de la société », préc.

21. Sur ce « jeu des classifications », v. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 29, p. 11.

22. Entre une SARL et une SAS, ne saurait-il parfois y avoir des points communs tels qu'ils pourraient inviter à douter de l'existence de deux types sociétaires fondamentalement différenciés ?

23. Au sujet de deux SA, l'une faisant appel public à l'épargne et l'autre non, peut-on réellement parler d'appartenance à un même type sociétaire ?

pratique »³⁰, contribuant de la sorte à une première forme d'altération des types sociétaires.

10. Au-delà de ces rapprochements volontaires entre types sociétaires différents, il est également possible d'introduire la diversité au sein de sociétés d'un même type ; au point qu'à nouveau, le phénomène d'altération pourrait conduire à estomper la fonction de modélisation des types sociétaires.

En certains cas, les choix proposés par la loi paraissent il est vrai n'être relatifs qu'à des modalités accessoires de tel ou tel type sociétaire, de sorte qu'ils n'en altèrent pas fondamentalement les traits. Ainsi peut-on relever que dans la SNC, dont on s'accorde pourtant à reconnaître la souplesse, la liberté statutaire se heurte à tout le moins aux caractéristiques essentielles de ce type sociétaire : la responsabilité illimitée des associés³¹ et le caractère fermé d'une société dont les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés et ne peuvent être représentées par des titres négociables³². De sorte que l'aménagement contractuel de cette forme sociétaire n'en altérerait pas les traits essentiels. Mais au-delà, on concèdera peut-être que soumettre au choix des statuts la détermination du nombre, de la qualité ou des pouvoirs des gérants³³, ou bien encore les pouvoirs de décision des associés³⁴, laisse apparaître que certaines différenciations peuvent bien porter sur des éléments non négligeables de cette forme sociétaire. Différenciation qui pourrait d'ailleurs résulter également de sa seule utilisation pratique, par des personnes physiques ou au sein de groupes, pour des structures de taille modeste ou de grande envergure³⁵.

11. Dans le domaine des sociétés par actions, la place accordée à l'aménagement des statuts est en revanche longtemps apparue comme minime, à tel point que c'est précisément en ce domaine que la rigueur du carcan législatif a été le plus fréquemment dénoncée³⁶. À l'occasion de réformes récentes, le rôle confié par la loi à la volonté des parties s'est cependant assez singulièrement renforcé, en des proportions qui tendent d'ailleurs à altérer quelque peu les différents types sociétaires.

Dans la SA, on sait ainsi que depuis la loi du 24 juillet 1966, il est possible de choisir entre deux formules de gouvernement : conseil d'administration et président ; conseil de surveillance et directeur. De sorte qu'au sein

30. M. Germain, *op. cit.*, *loc. cit.*

31. Art. L. 221-1 C. com.

32. Art. L. 221-13 C. com.

33. Art. L. 221-3 C. com. ; L. 221-4 C. com.

34. Art. L. 221-6 C. com.

35. V. ainsi M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc., spéc. n° 1119 et s. V. ainsi, par ex. : Ph. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1996 ; Ph. Bissara, « L'adaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. soc.* 1990.593 ; B. Saintourens, « La simplification du droit français des sociétés », *Journé de la Soc. lég. comp.*, année 1994, vol. 16, p. 91.

d'un même type – la SA – coexistaient déjà deux modèles assez dissemblables du point de vue de l'organisation des pouvoirs. Depuis la loi NRE, le choix offert s'est encore élargi, puisque la première modalité est désormais susceptible d'être scindée en deux, selon que la direction générale de la société est ou non exercée par le président du conseil d'administration³⁷. On mesure assez aisément les différences qui séparent désormais ces trois structures en termes d'organisation de la société ; pourtant, quel que soit le choix retenu, c'est toujours de SA qu'il s'agit.

12. Plus probant sans doute apparaît le cas de la SAS, voulue dès l'origine comme une forme sociétaire libérée des trop nombreuses contraintes pesant jusqu'alors sur les sociétés par actions. Le législateur paraît y être si bien parvenu que l'on pourrait même se demander si la SAS correspond réellement à un type sociétaire³⁸, tant elle peut englober des réalités dissemblables, ou du moins proposer d'y découvrir « un nouveau type sociétaire qui transgresse les catégories et les qualifications classiques »³⁹. Lors de sa création par la loi du 3 janvier 1994⁴⁰, la SAS n'était certes réservée qu'à des sociétés d'une certaine importance, afin tout spécialement de faciliter la coopération inter-entreprises. Mais on pouvait déjà relever la grande part de liberté offerte aux rédacteurs des statuts, sur des questions aussi fondamentales que celle de l'organisation du pouvoir, et plus précisément du statut des associés⁴¹ ou des dirigeants⁴². La liberté contractuelle – en dépit du modèle de référence de la société anonyme – contribue ainsi à rendre assez indécis les traits fondamentaux de la SAS : un simple squelette, auquel les statuts donneront chair, sous des aspects variables en fonction des circonstances et des besoins⁴³.

Dans cette perspective, la loi du 12 juillet 1999⁴⁴, ouvrant plus largement le domaine de la SAS, est encore venue amplifier le phénomène. Non seule-

37. Sur cet aspect de la réforme, v. not. : S. Castagné, « Les nouveaux modes de direction des sociétés anonymes après la loi NRE », *Dr. sociétés*, janv. 2003, p. 5.

38. Peut-on définir avec certitude les *essentials* de la SAS ?

39. C. Champaud, D. Danet, *RTD com.* 1994, p. 275 ; Y. Reinhard, *RTD com.* 1994.300, et spéc. p. 301 : « La société par actions simplifiée est donc non seulement une forme nouvelle mais une société d'un type nouveau ».

40. Sur laquelle v. not., en dehors des ouvrages et au sein d'une abondante bibliographie : M. Germain, « La société par actions simplifiée », *JCP* 1994.I.3749 ; Y. Guyon, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 1994.207 ; P. Le Cannu, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rép. not. Defrénois*, 1994.1345.

41. V. ainsi M. Jeantin, « Les associés de la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 1994.223 ; M. Storck, « Les associés de la SAS », *LPA* 15 sept. 2000, n° 185, p. 42.

42. V. ainsi P. Le Cannu, « Les dirigeants de la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 1994.239 ; J.-P. Storck, « La direction de la SAS », *LPA* 15 sept. 2000, n° 185, p. 39.

43. V. ainsi J. Honorat, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA* 16 août 1996, n° 99, relevant que la « gamme de combinaisons quasi-infinie qui s'offre ainsi aux rédacteurs de ses statuts, contribuera certainement à rendre la SAS attractive ».

44. Sur laquelle v. not. : M. Germain, « La SAS libérée », *JCP E* 1999, Actu. p. 1505 ;

ment par le champ désormais ouvert aux SAS, mais encore par les effets en chaîne produits par ce « type » sociétaire susceptible d'en prendre d'autres pour modèle dans l'organisation de son régime. La typicité de la SAS n'est donc qu'assez faible en elle-même, tandis qu'elle conduit à altérer – par contre-coup – celle d'autres types sociétaires dont elle pourra s'inspirer.

13. Quant à la SARL enfin, les récentes réformes dont elle a fait l'objet invitent à poursuivre le constat dans les mêmes termes, étant d'ailleurs entendu qu'un certain effet de domino n'est pas ici à exclure. Ainsi, chacun sait désormais l'influence produite en ce domaine par la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique⁴⁵, tout spécialement, en matière de capital social⁴⁶. L'article L. 223-2 C. com. indique en effet désormais que le montant du capital est fixé par les statuts, la réforme ayant fait disparaître le capital minimum de 7 500 euros. Ainsi, « la loi pour l'initiative économique a surtout pour objectif de laisser le ou les associés choisir »⁴⁷, tout en orientant les SARL davantage vers les sociétés de personnes⁴⁸ et en brisant le lien traditionnel entre exigence d'un capital minimum et responsabilité limitée des associés. En conséquence, la loi a ainsi « révolutionné l'esprit de la

P. Le Cannu, « La SAS pour tous », *Bull. Joly* 1999.841 ; Y. Guyon, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3) », *Rev. soc.* 1999.505 ; D. Vidal, « Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée », *Dr. sociétés*, août-sept. 1999, Chron. p. 4 ; J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », *D.* 1999, Chron. p. 333 ; D. Randoux, « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP E* 1999, p. 1812.

45. P. Le Cannu, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés », *Rev. soc.* 2003.409 ; A. Lienhard, « Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? », *D.* 2003, p. 1900 ; M. Germain, « La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique », *JCP* 2003, Act. n° 401 ; S. Reifegerste, « La société à responsabilité limitée après la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : quelles innovations pour quel avenir ? », *LPA*, 29 décembre 2003, n° 259, p. 10.

46. Th. Massart, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *Bull. Joly* 2002.1361 ; L. Jobert, « La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau », *Dr. sociétés* mars 2003, Repères n° 3 ; L. Nurit-Pontier, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », *D.* 2003, p. 1612 ; O. Padé, « Réflexions sur deux mesures du projet de loi *Agir pour l'initiative économique* », *JCP* 2003, Act. n° 213 ; G. Serra, « Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dureuil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée », *Bull. Joly* 2004.915. Aj. A. Pietran-costa, « Capital zéro ou zéro capital », in *Quel avenir pour le capital social ?*, dir. A. Couret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 127.

47. P. Le Cannu, « La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés », *préc.*, spéc. p. 416.

48. A. Lienhard, « Loi pour l'initiative économique : quoi de neuf pour les sociétés ? », *préc.* ; O. Padé, « Réflexions sur deux mesures du projet de loi *Agir pour l'initiative économique* », *préc.* Du moins, partiellement : en effet, « le capital n'est nullement supprimé, ni devenu facultatif » (P. Le Cannu, *op. cit.*, *loc. cit.*).

société à responsabilité limitée. D'un type de société hybride⁴⁹, empruntant tant au régime des sociétés de personnes qu'à celui des sociétés de capitaux, elle a fait une sorte d'objet juridique non identifiable »⁵⁰.

Cette atténuation de la SARL en tant que type sociétaire paraît d'ailleurs avoir encore été renforcée par l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises⁵¹. Au terme de cette réforme, le plafond du nombre des associés est passé de cinquante à cent, les SARL – d'une certaine taille cependant – ont été autorisées à émettre des obligations, tandis que le régime de la gérance et des cessions de parts sociales a été modifié sous divers aspects. Il en résulte aujourd'hui que la SARL peut avoir un capital d'un euro, mais également émettre des obligations, ce qui suffit sans doute à révéler que ces dispositions ne sont pas « destinées à répondre aux besoins des mêmes entreprises » et font perdre en « cohérence » la nature de la SARL⁵². Que reste-t-il en ce domaine : une même SARL – considérée comme un type sociétaire – ou une structure variable, dont les diverses dispositions seraient proposées aux parties en fonction de leurs besoins⁵³ ? Nombreux sont ceux qui s'orientent vers la seconde réponse, estimant parfois même que « selon l'usage qui sera fait des diverses possibilités désormais offertes, chaque SARL aura désormais son propre visage »⁵⁴. Où l'on mesure de quelle manière l'exemple de la SARL

49. Comp., sur les hybrides en matière contractuelle : A. Bénabent, « L'hybridation dans les contrats », in *Prospectives du droit économique, Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 27 et s.

50. S. Reifegerste, « La société à responsabilité limitée après la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : quelles innovations pour quel avenir ? », *préc.*, et spéc. n° 44.

51. J. Monnet, « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* juillet 2004, Etudes n° 9, p. 6 ; Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2004.313, 325, 333, 334 ; Th. Massart, « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », *Bull. Joly* 2004.743 ; B. Saintourens, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.* 2004.207 ; A. Lienhard, « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *D.* 2004.930 ; H. Lécuyer, « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *LPA*, 16 avril 2004, n° 77, p. 4.

52. A. Lienhard, « Les assouplissements du régime de la SARL (ordonnance du 25 mars 2004) », *préc.*, spéc. p. 930.

53. Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2004.313 : « sans le dire expressément, tout en le faisant très précisément, l'ordonnance du 25 mars crée une distinction entre les grandes et les petites SARL ».

54. B. Saintourens, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.* 2004.207, et spéc. p. 208 ; comp. H. Lécuyer, « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », *préc.* : « le plus remarquable, dans les réformes récentes, est la possibilité conférée aux opérateurs d'adapter la SARL à leurs besoins spécifiques et de conférer à la structure divers aspects foncièrement différents les uns des autres. La SARL peut être aujourd'hui pensée et vécue comme une pure société de personnes ; elle peut aussi être pensée et vécue comme une pure société de capitaux ».

contribue à brouiller une fois encore la distinction entre les différents types sociétaires⁵⁵.

14. À travers ces quelques illustrations, l'altération se laisse déjà découvrir sous divers aspects, d'ailleurs complémentaires : le type sociétaire peut être parfois dilué sous la pression de variations internes, en même temps que s'estompent alors les distinctions entre types sociétaires que le législateur avait pourtant voulu différencier à l'origine. En proposant ces possibles variations, le législateur concourt ainsi à cette altération des types sociétaires que renforce parfois la prise en considération de certains facteurs de différenciation au sein d'un même type.

B. – 15. Dans bien d'autres hypothèses, la loi va venir imposer d'autres distinctions au sein d'un même type sociétaire, certains facteurs particuliers venant en quelque sorte introduire de sensibles différences au sein du même type : deux sociétés, bien qu'appartenant au même type, ne seront donc pas entièrement régies par les mêmes règles en raison de la prise en considération de certaines caractéristiques, qui pourraient conduire à tenir pour dépassée la seule référence au type sociétaire comme facteur de différenciation.

16. Il en irait tout naturellement ainsi si la loi faisait dépendre du franchissement de certains seuils l'application de dispositions fondamentales régissant les sociétés. La méthode laisserait en effet entrevoir une certaine différenciation entre sociétés, alors même qu'elles appartiendraient à un même type⁵⁶. À limiter l'observation au seul droit des sociétés – *stricto sensu* – la taille de l'entreprise n'est cependant prise en compte que de manière assez incidente⁵⁷. Ainsi en est-il par exemple au sujet de la désignation d'un commissaire aux comptes, dont l'obligation est placée sous la dépendance du franchissement de certains seuils dans les SNC et les SARL⁵⁸, ou des informations devant être présentées à l'assemblée générale des actionnaires dont la teneur dépend elle aussi – pour partie du moins – du dépassement de chiffres fixés par décret et appliqués à la combinaison de différents critères⁵⁹. Dans les SA, on relèvera également à titre d'illustration que la fraction des droits de

55. Th. Massart, « Aspects sociétaires de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises », préc., spéc. p. 744 : « le régime de la SARL se rapproche sensiblement de celui de la société anonyme non cotée et de la SAS ».

56. Cet effet de seuil est donc différent de celui qui conditionne la possibilité d'avoir ou non recours à une forme sociétaire particulière : pas plus de 100 associés dans une SARL (L. 223-3) ; pas moins de 7 associés dans une SA (L. 225-1).

57. Sur cette question, v. beaucoup plus généralement : H. Corvest, « L'émergence de la dimension de l'entreprise en droit positif », *RTD com.* 1986.201 ; J. Prieur et P. Goyard (dir.), *Seuils légaux et dimensions de l'entreprise*, Litec, 1990.

58. Art. L. 221-9 C. com. (SNC) ; L. 223-35 (SARL).

59. Art. L. 225-100-1 C. com. ; comp., sur la communication aux actionnaires du montant des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, dont le nombre varie selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés : Art. L. 225-115-4° C. com.

vote devant être détenus par des actionnaires pour pouvoir se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société varie quant à elle selon le montant du capital social⁶⁰.

D'autres exemples pourraient sans doute être rapportés, qui ne modifieraient cependant pas le constat : ces différences fondées sur le franchissement de certains seuils ne conduisent tout de même pas à une réelle altération des types sociétaires : il ne s'agit là que de variations à la marge, de différences mineures, qui ne permettent pas d'évoquer des différences radicales au sein d'un même type de société.

17. Il pourrait cependant en aller autrement de l'influence d'autres facteurs de différenciation. En ce sens, l'appel public à l'épargne mérite sans doute une attention particulière, ne serait-ce que parce que cet élément est pris en considération près d'une trentaine de fois au sein du seul Livre II du Code de commerce. Encore convient-il de préciser la manière dont il convient ici de s'y intéresser : depuis quelques années en effet, on sait que l'appel public à l'épargne est parfois proposé comme critère de classification des sociétés⁶¹ ; c'est pour l'heure en marge d'un tel débat – sur lequel on reviendra – que l'on entend se placer, en constatant simplement que le particularisme des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne n'est évidemment pas ignoré du législateur, et qu'il conduit à introduire alors quelques différences au sein de sociétés pourtant revêtues de la même forme.

On sait ainsi que le critère détermine le montant minimum du capital des sociétés par actions⁶² et la procédure de constitution des sociétés anonymes⁶³ : selon qu'elles feront ou non appel public à l'épargne, on découvrira donc deux sociétés prenant la même forme de société anonyme, mais soumises à des exigences différentes en matière de capital social et de constitution.

Il intervient également au regard du fonctionnement des organes sociaux : c'est ainsi que dans les sociétés faisant appel public à l'épargne, le président du conseil d'administration⁶⁴ ou le président du conseil de surveillance⁶⁵ doit rendre compte dans un rapport spécial à l'assemblée générale des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société ; l'illustration est d'ailleurs d'autant plus remarquable que la mesure, introduite par la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003⁶⁶, s'appliquait alors indifféremment à

60. Art. L. 225-120 C. com.

61. Cf. not. : B. François, *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux*, Thèse dactyl. Paris II, dir. P. Didier. *Contra* : Ph. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 1996, spéc. p. 13.

62. Art. L. 224-2 C. com.

63. Art. L. 225-2 et s. C. com. ; L. 225-12 et s. C. com. Et, pour les sociétés en commandite par actions, L. 226-2 C. com.

64. Art. L. 225-37 C. com.

65. Art. L. 225-68 C. com.

66. V. not. G. Baranger, « Le rapport spécial du conseil d'administration sur le fonctionnement du conseil et les procédures de contrôle interne », *Bull. Joly* 2004.169 ; V. Médail,

toutes les sociétés anonymes, qu'elles fassent ou non publiquement appel à l'épargne ; critiquée par les dirigeants de PME⁶⁷, elle fut ultérieurement réservée aux seules sociétés faisant appel public à l'épargne par la loi Breton du 26 juillet 2005⁶⁸. Ainsi se dessine une distinction entre deux régimes applicables à une même forme sociale, la SA, en même temps qu'apparaît l'idée que celle-ci est à même – sous réserve de distinctions particulières – d'abriter des sociétés d'envergure, de taille, très différentes.

Au-delà, c'est le fonctionnement même des assemblées générales qui subit l'influence d'un tel facteur, également renforcé par la loi du 26 juillet 2005 : c'est ainsi que depuis son entrée en vigueur, le quorum des assemblées générales extraordinaires⁶⁹, des assemblées générales ordinaires⁷⁰ ou des assemblées spéciales⁷¹ fait l'objet de dispositions différenciées selon que la société fait ou non appel public à l'épargne. Plus précisément, le particularisme est d'ailleurs exprimé de manière négative puisqu'il est alors prévu dans ces trois hypothèses que dans les sociétés « ne faisant pas appel public à l'épargne », les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés que ceux résultant des dispositions contenues à titre de principe dans ces différents articles. Il est vrai qu'en matière d'assemblée générale, le particularisme de cette situation était déjà connu, ne serait-ce qu'à raison des formalités de convocation, variables selon les hypothèses⁷².

18. La différenciation paraît donc sensible⁷³ : une même SA, mais dont le visage se dédouble sous maints aspects selon qu'elle fait ou non appel public à l'épargne. Objectera-t-on que la variation ne porte encore que sur certains aspects limités seulement ? Tout de même : la procédure de constitution, les modalités de fonctionnement des organes sociaux ou des assemblées d'actionnaires relèvent bien de l'organisation même de la société⁷⁴. D'autant que le

« Le rapport du président du conseil sur les procédures de contrôle interne », *JCP* éd. E 2004, 734.

67. Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, préc., spéc. n° 393, p. 450 (note n° 4) et n° 423, p. 500 (note n° 5). Rapp. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 18^e éd., 2005, spéc. n° 554, p. 255, relevant que l'utilité d'une telle information pour les petites sociétés anonymes était d'autant plus discutable qu'au sein de ces dernières « il y a fort à parier... qu'aucune procédure de contrôle interne n'existe ».

68. Sur ce point, v. V. Jamet, « La transparence, la confiance et la modernisation de l'économie, retour sur un étrange combinat alchimique : « l'entre-deux » et le « tout ou rien » », *Bull. Joly Bourse*, 2006.137, et spéc. p. 146 et s.

69. Art. L. 225-96 C. com.

70. Art. L. 225-98 C. com.

71. Art. L. 225-99 C. com.

72. V. ainsi art. R. 225-72 et R. 225-73 C. com. ; Ph. Merle, *op. cit.*, p. 544.

73. Elle pourrait d'ailleurs être complétée, le critère de l'appel public à l'épargne gouvernant encore le régime de la SA sous bien d'autres aspects : modalités de désignation des commissaires aux comptes (L. 225-228) ou de l'expert de gestion (L. 225-231), régime des augmentations de capital (L. 225-131 ; L. 225-145 ; L. 225-136), des obligations (L. 228-43 ; L. 228-47 ; L. 228-51), des infractions pénales (L. 242-1 ; L. 242-17)...

74. V. ainsi Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, préc., spéc. p. 27, à propos des sociétés faisant

particularisme des sociétés faisant appel public à l'épargne est encore renforcé par la prise en considération d'un autre critère, tenant à la cotation de la société et à nouveau érigé en critère de classification des sociétés par un important courant doctrinal⁷⁵ ; c'est une fois encore en deçà de cette discussion que l'on se placera tout d'abord, pour simplement vérifier – *de lege lata* – l'étendue des règles particulières dont l'application est tributaire d'un tel facteur.

19. Lorsque l'appel public à l'épargne est complété par l'admission des titres sur un marché réglementé, afin de faciliter leur négociation, on sait que « les sociétés dont les titres sont cotés sont soumises à des règles spéciales, qui tendent à assurer la transparence du marché boursier et la sécurité des opérateurs »⁷⁶. Pour nous limiter au simple relevé de celles qui figurent au Livre II du Code de commerce c'est cette fois une cinquantaine de références à ce critère qui peut être relevée, auxquelles se sont encore récemment ajoutées celles qui ont été insérées aux art. L. 233-32 et s. par la loi du 31 mars 2006 introduisant au sein du Code de commerce une nouvelle rubrique consacrée aux offres publiques d'acquisition.

20. À titre d'illustration, on relèvera tout d'abord que le statut des dirigeants est parfois tributaire d'une telle distinction : la délicate question du cumul des mandats tient compte à maintes reprises du particularisme des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé⁷⁷, comme si la formulation négative adoptée pouvait atténuer la plus grande rigueur des règles applicables à ce propos aux sociétés cotées. Dans ces dernières, les indemnités de départ des dirigeants sociaux sont également, depuis la loi du 26 juillet 2005, soumises à la procédure des conventions réglementées⁷⁸, tandis que le même particularisme se retrouve encore au sujet des administrateurs élus par les salariés⁷⁹, du nombre maximum de membres du directoire⁸⁰ ou des obligations qui pèsent sur les dirigeants sociaux à propos des actions qu'ils détiennent⁸¹.

Quant au fonctionnement des assemblées générales, il est également sensible à ce critère, spécialement au sujet de l'information devant y être présentée et dont la nécessité est parfois variable selon que la société est ou

APE : « Elles n'ont plus rien de commun avec la petite société anonyme, et pourtant la loi de 1966 les a coulées toutes les deux dans le même moule ».

75. M.-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France 1997*, Banque éd., p. 189 et s. ; M. Boizard, *La distinction entre la société cotée et la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, Thèse dactyl., Paris II, 2002, dir. M.-A. Frison-Roche ; P.-H. Conac, « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. soc.* 2005.67.

76. Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 12^e éd. 2003, spéc. n° 220, p. 228.

77. Art. L. 225-21 C. com. ; L. 225-54-1 ; L. 225-67 ; L. 225-77.

78. Art. L. 225-22-1 C. com. ; L. 225-42-1 ; L. 225-79-1 ; L. 225-90-1.

79. Art. L. 225-27 C. com.

80. Art. L. 225-58 C. com.

81. Art. L. 225-109 C. com.

non cotée⁸² ; c'est d'ailleurs dans de telles sociétés que les actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote peuvent se regrouper en associations destinées à y représenter leurs intérêts⁸³.

Sur le terrain de l'information également, le particularisme des sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé est pris en considération : annexion de certains documents aux comptes annuels⁸⁴, régime des comptes consolidés⁸⁵, déclaration de franchissement de seuils et d'intention⁸⁶ en constituent les illustrations essentielles.

Du point de vue de l'organisation financière enfin, on relèvera dans le même sens à propos des augmentations de capital⁸⁷ que l'admission des titres de la société aux négociations sur un marché réglementé conditionne notamment le régime des délégations⁸⁸, la possibilité d'assortir l'augmentation de capital d'un délai de priorité de souscription en faveur des actionnaires⁸⁹ ou la détermination du prix d'émission des valeurs mobilières à émettre⁹⁰. C'est d'ailleurs le cas plus généralement du régime des valeurs mobilières⁹¹ ou de la licéité des clauses d'agrément⁹², sans même parler de la réglementation des offres publiques d'acquisition où le critère est naturellement invoqué à maintes reprises⁹³.

21. Des types sociétaires clairement distingués les uns des autres et reposant sur des caractéristiques propres ? que l'on examine les types sociétaires en tant que tels ou par comparaison, le constat de leur altération se laisse au contraire assez nettement percevoir : les types sociétaires ne sont plus tous jours aussi différenciés que l'on aurait pu le penser, tandis que certains offrent la représentation de structures aux traits équivoques. La diversité n'est plus dès lors là où on l'attendait, ce qui fournit à tout le moins une raison suffisante pour tenter d'en dégager quelques enseignements.

82. Art. L. 225-100-1 C. com. ; L. 225-100-3 (réd. L. 31 mars 2006) ; L. 225-102-1.

83. Art. L. 225-120 C. com.

84. Art. L. 232-7 C. com. ; L. 232-8 (on notera à cette occasion que ces deux articles, qui contiennent des dispositions spécialement réservées aux sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé composent une section intitulée : « Des documents propres aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne »).

85. Art. L. 233-17 C. com.

86. Art. L. 233-7 C. com. ; L. 233-8 ; L. 233-14.

87. Et, pour les réductions de capital : L. 228-35-9 C. com.

88. Art. L. 225-129-4 C. com. ; L. 225-147.

89. Art. L. 225-135 C. com.

90. Art. L. 225-136 C. com.

91. Art. L. 228-1 C. com. ; L. 228-6-1 ; L. 228-10 ; L. 228-11 ; L. 228-20 ; L. 232-14 ; L. 228-29-1 ; L. 228-31 ; L. 228-99.

92. Art. L. 228-23 C. com.

93. Art. L. 225-125 C. com. ; L. 225-148 ; L. 233-11 ; L. 233-32 ; L. 233-33 ; L. 233-34 ; L. 233-35 ; L. 233-36 ; L. 233-37 ; L. 233-38 ; L. 233-39.

II.

22. Sous différents aspects, l'altération des types sociétaires transparaît à l'examen du droit contemporain des sociétés. Faut-il pour autant s'en émouvoir ? C'est ce dont on pourrait évidemment douter si le mouvement ainsi décrit ne faisait que témoigner d'une politique rationnelle et cohérente : un flou volontaire, des frontières poreuses, au soutien d'une vision d'ensemble de la matière et pour répondre à des besoins précisément identifiés. C'est là ce qu'il s'agit de vérifier, le constat qui vient d'être dressé invitant en premier lieu à tirer quelques leçons du présent (A), avant de tenter d'ébaucher quelques perspectives d'avenir (B).

A. - 23. C'est d'abord en termes de cohérence que l'analyse se doit d'être menée, sans illusion excessive : la contrariété des courants qui traversent le droit des sociétés étant si fréquemment relevée par la doctrine⁹⁴, comment une analyse en termes de types sociétaires pourrait-elle soudainement conduire à inverser les termes de la réflexion ? d'autant que la recherche ici menée inviterait plutôt à penser que ce champ d'observation pourrait même apparaître comme une sorte de révélateur.

En ce sens, et telle qu'elle vient d'être — bien sommairement — décrite, la situation reflète d'ailleurs un important paradoxe : tandis que le mouvement qui traverse le droit français introduit des distinctions au sein de sociétés d'un même type, il participe dans le même temps au rapprochement entre des sociétés de types différents.

24. Le défaut de cohérence se poursuit de surcroît à l'examen d'autres conceptions — fondamentales — du droit français des sociétés : celui-ci repose en effet sur la diversité des formes sociétaires, offertes aux opérateurs économiques pour satisfaire le plus précisément possible à leurs besoins particuliers. Or cette diversité même semble aujourd'hui assez sensiblement remise en cause, ou du moins ne plus nécessairement passer par la diversité des types sociétaires⁹⁵ : il peut y avoir plus de ressemblance entre une SARL et une SA de taille modeste qu'entre cette dernière et une SA dont les titres sont admis

94. V. déjà B. Oppetit, « Les tendances actuelles du droit français des sociétés », *Journées de la Soc. lég. comp.*, année 1989, p. 105-et-s., et spéc. p. 118 : « Cette dispersion des inspirations, ces contradictions de normes, concourent à donner au droit français des sociétés l'aspect d'une nébuleuse, qu'il conservera tant que, faute d'un maître d'œuvre unique, il sacrifiera à l'empirisme et à l'instrumentalisme les plus résolus au détriment d'une vision plus large, plus prospective et plus cohérente de son évolution ».

95. V. d'ailleurs, en faveur de tels rapprochements, Cl. Champaud et D. Danet, *RTD com.* 2004, p. 314, relevant que les dispositions de l'Ordonnance du 25 mars 2004 « opèrent sur certains points de détail mais non pas mineurs, des modifications de règles juridiques de portée générale dont les conséquences pratiques paraissent si importantes qu'on ne perçoit pas pour quelles (bonnes) raisons on ne les appliqueraient pas à d'autres types sociétaires dans lesquels les mêmes problèmes se posent en des termes parfaitement identiques. On ne voit pas, en effet, sur quels principes juridiques ou sociétaux on maintiendrait longtemps une telle disparité de traitement législatif ».

aux négociations sur un marché réglementé. C'est alors le principe même de la diversité des types sociétaires qui se trouve mis en question : quel en est réellement le sens si sous l'apparence de formes différentes, il est en réalité concevable d'adopter des structures juridiques très proches⁹⁶ ? La diversité des sociétés supposant que l'on soit en présence de types aux arêtes bien dessinées, parfaitement distincts les uns des autres⁹⁷, on comprend alors que la nécessité de proposer différents types sociétaires devienne moins pressante lorsque leurs caractéristiques peuvent être communes⁹⁸.

Ainsi se manifesterait ce défaut de cohérence, engendré par une législation au coup par coup, sans perspective d'ensemble⁹⁹. À moins que par une subtilité à laquelle le droit des sociétés n'est plus guère habitué, pareil résultat ne soit l'œuvre d'un législateur tout à fait conscient de la portée de ses réalisations, proposant à tous de nouveaux types sociétaires censés répondre aux besoins les plus bruyamment exprimés, tout en sachant que la raison commune conduira à l'adoption majoritaire des formes préexistantes¹⁰⁰ ? Les diverses évolutions de la législation sociétaire ne semblent pas confirmer cette représentation optimiste du pluralisme législatif.

25. Plus encore : alors même que cette diversité se veut offerte pour répondre à des besoins divers, c'est désormais en situation de concurrence que les types sociétaires semblent parfois placés. Selon une vision cohérente de la matière, différents types sociétaires seraient en effet offerts aux entrepreneurs, afin que chacun puisse choisir le modèle convenant le mieux à son projet ; de sorte que la situation ne serait pas exactement celle d'un marché concurrentiel entre types sociétaires, mais inviterait plutôt à une présentation en

96. V. ainsi M. Germain, « La SAS libérée », *JCP E* 1999, Actu. p. 1505, évoquant à propos de la loi du 12 juillet 1999 une « réforme à la hussarde, [...] étant beaucoup de sens à la distinction actuelle des formes sociétaires ».

97. D. Randoux, « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. soc.* 2000.105, et spéc. p. 106 : « La liberté de choix des structures n'a de signification que dans la mesure où il existe une réelle concurrence entre les diverses formes sociales ».

98. H. Lécuyer, « Commentaire de l'ordonnance du 25 mars 2004 dans ses dispositions relatives aux SARL », préc. : « Le pluralisme législatif n'a de sens que si chaque modèle occupe un créneau spécifique aux contours clairement déterminés. La confusion régnerait si chaque élément de l'ensemble venait à concurrencer les autres, en empruntant leurs propres caractéristiques et en répondant aux besoins auxquels les autres types de structures sont destinés à répondre ».

99. J. Paillusseau, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », *D.* 1999, Chron. p. 333, et spéc. p. 335 : « Ces dispositions n'auraient certainement pas été adoptées en l'état dans le cadre d'un débat sur une réforme générale du droit des sociétés. Elles auraient été fort discutées, notamment lors de la détermination du rôle de chaque société et de la recherche de la cohérence de l'ensemble de ce droit ». Comp. D. Randoux, « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP E* 1999, p. 1812, et spéc. p. 1813 : « Le législateur ne peut plus faire l'économie d'une réforme plus ample, sauf à accepter le risque d'une véritable implosion ».

100. Rapprt. sous une perspective assez comparable, en matière civile : Ph. Rémy, « Le mythe du pluralisme civil en législation. Observations complémentaires », *RRJ* 1983.91.

termes de répartition, d'affectation, d'adaptation : à tel type d'activité, tel besoin déterminé, telle taille d'entreprise, un type sociétaire conviendrait plus particulièrement.

Au sein du droit contemporain, il en va cependant bien différemment, au point que cette nouvelle forme de concurrence entre types sociétaires peut tout de même intriguer. Elle est certes déjà connue à l'échelle internationale, et spécialement communautaire, comme l'affaire Centros¹⁰¹ suffit à l'attester. Et c'est elle sans doute qui a vraisemblablement conduit à accélérer certaines réformes du droit français des sociétés pour le rendre davantage attractif¹⁰² au regard des pays voisins : comparée aux faits de l'affaire Centros, l'introduction en droit français de la SARL sans exigence de capital social minimum est par exemple assez éloquente.

Mais dans le même temps, cette concurrence internationale s'accompagne – involontairement sans doute – d'une nouvelle concurrence, purement interne, entre sociétés de types différents. Si des types sociétaires ne sont plus considérés comme répondant à des besoins distincts mais peuvent répondre aux mêmes besoins, n'est-ce pas en situation de concurrence qu'ils sont en effet placés ?

26. C'est bien sous cette nouvelle perspective que semblent s'inscrire les mouvements les plus récents du droit des sociétés. Ainsi la SAS fut-elle créée par la loi du 3 janvier 1994 essentiellement pour favoriser la coopération inter-entreprises et éviter l'établissement à l'étranger de structures spécialement destinées à répondre à de tels besoins : pour rendre le droit français plus attractif en quelque sorte¹⁰³. Puis vint la loi du 12 juillet 1999, qui introduisit une nouvelle forme de concurrence : non plus entre SAS et modèles sociétaires étrangers, mais entre SAS et autres types sociétaires de droit français. Au sein d'un droit français des sociétés caractérisé par la diversité des formes sociétaires, « étendre le domaine d'application de l'une d'elles, c'est lui permettre de mordre sur le territoire d'une ou plusieurs autres et c'est

101. CJCE, 9 mars 1999, *Bull. Joly* 1999.705, note J.-Ph. Dom ; *D.* 1999.550, note M. Menjucq ; *Rev. soc.* 1999.386, note G. Parléani ; *JCP E* 1999, p. 1285, obs. Y. Reinhard ; *JDI* 2000.482, obs. M. Luby.

102. Sur ce thème, v. not. : K. Rodriguez, « L'attractivité, nouvelle perspective du droit national des sociétés », *Bull. Joly* 2004.330.

103. Y. Reinhard, *RTD com.* 1994.500, et spéc. p. 301 : « La société par actions simplifiée a donc pour lourde tâche de faire oublier sur ce point l'infériorité du droit français des sociétés » ; G. Baudou, « La société par actions simplifiée, SAS », *LPA* 9 mai 1994, n° 55. Dès cette époque cependant, il avait été observé que la « SAS peut se trouver en concurrence avec une autre société par actions, avec une société à parts, ou avec une personne morale non sociétaire », P. Le Cannu, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rép. not. Défrénois*, 1994.1345, et spéc. n° 11 ; rappr. envisageant cette concurrence de manière prospective : C. Hannoun, « La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique », in *Études à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 283 et s., et spéc. p. 294.

risquer de bouleverser les équilibres établis »¹⁰⁴. De sorte que même si la SAS ne fait pas disparaître les autres types sociétaires¹⁰⁵, elle invite du moins à s'interroger sur la nécessité de maintenir une telle diversité.

Dans le même temps, les diverses réformes qui affectent la SARL ont pu être présentées comme de nature à renforcer sa « compétitivité face aux formes sociales existantes »¹⁰⁶, à faire « disparaître une interdiction susceptible de repousser le choix de la SARL au profit d'une autre société, et notamment de la SAS »¹⁰⁷ ou, plus généralement, à rendre plus attractive la SARL¹⁰⁸. Mouvement de réforme constante, donc, par cycles successifs : création d'un nouveau type, ou modification d'un type existant ; modification de son régime afin de le rendre plus favorable ; modification du régime d'autres types sociétaires pour leur conserver quelques attraits ...

En situation de concurrence, le modèle le moins performant pourrait pourtant être appelé à disparaître¹⁰⁹. Rien de tel en droit français, où le législateur ajoute le plus souvent sans rien retrancher, quitte à remettre l'ouvrage sans cesse sur le métier ...

27. Au-delà, c'est dès lors d'une manière très particulière que la question s'inscrit au sein des tendances contradictoires qui traversent aujourd'hui le droit français des sociétés en termes de souplesse et de rigidité, de liberté et de contrainte, de contractuel et d'impératif : « d'un côté la prolifération d'une réglementation de plus en plus tatillonne, de l'autre l'aspiration à davantage de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement de ces personnes morales »¹¹⁰. Davantage de souplesse d'un côté, de rigidité de l'autre, tout en maintenant – du moins pour l'essentiel – la liste des

104. J.-J. Daigre, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *JCP E* 1999, Actu., p. 977 ; P. Le Cannu, « La SAS pour tous », *Bull. Joly Bourne*, 2006, 137.
de la formule ainsi devenue accessible sont de nature à périmier les autres types de sociétés, qui ne devraient conserver, à terme, qu'une zone d'influence limitée ».

105. Y. Guyon, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3) », *Rev. soc.* 1999, 505, et spéc. p. 507 : « la banalisation des SAS ne devrait pas entraîner la désuétude des SARL et des sociétés anonymes ».

106. A. Pierancosta, « Capital zéro ou zéro capital », in *Quel avenir pour le capital social ?*, dir. A. Courret et H. Le Nabasque, Dalloz, 2004, p. 127, et spéc. p. 140 après la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique.

107. J. Monnet, « SARL et l'ordonnance du 25 mars 2004 : une véritable réforme », *Dr. sociétés* juillet 2004, Etudes n° 9, p. 6, et spéc. p. 8, à propos du droit pour les SARL d'émettre des obligations.

108. B. Saintourens, « L'attractivité renforcée de la SARL après l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 », *Rev. soc.* 2004, 207.

109. Rapp. Y. Guyon, « Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles réglementations économiques (Présentation générale) », *Rev. soc.* 2001, 503, et spéc. p. 512 : « La loi nouvelle devrait accentuer la désaffection à l'égard des sociétés à directeur. En effet, la société anonyme classique permet désormais tout aussi bien qu'elle un partage du pouvoir lorsque la présidence du conseil d'administration est dissociée de la direction générale ».

110. Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., et spéc. Avant-Propos, p. 7.

différents types sociétaires. C'est alors à une recomposition – sans relâche il est vrai – du régime des sociétés que le législateur procède pour tenir compte des diverses aspirations qui tiennent lieu aujourd'hui de sources réelles du droit des sociétés.

La solution peut-elle cependant venir de la simple résolution de cette contradiction ? Plus d'impératif ? Plus de libéré contractuelle ? Pour l'heure, la souplesse et la rigidité semblent se conjuguer autour de nouvelles distinctions, assez fréquemment proposées en doctrine¹¹¹ et que le droit positif commence à amorcer à partir notamment de la notion d'appel public à l'épargne¹¹². D'un côté, un statut toujours plus impératif pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, ou les sociétés cotées¹¹³, qui traduit pour l'heure toute une série de distinctions au sein d'un type existant – essentiellement la SA –, et non pas la création d'une société d'un type particulier. De l'autre, un statut plus souple pour d'autres formes sociétaires. Avec certaines précautions d'ailleurs, tant il est vrai que la souplesse n'est pas exempte de dangers¹¹⁴.

28. Traditionnellement occultée par ce débat entre souplesse et rigidité, c'est peut-être la question de la diversité des types sociétaires qui est pourtant devenue cruciale. On a en effet relevé que « pour contrebalancer la rigidité résultant des statuts légaux impératifs, un choix est offert d'une étendue sans doute sans égale dans le droit français »¹¹⁵. Comment comprendre dès lors le

111. V. *supra*. Comp. cepdt, sur la critique de la distinction des sociétés faisant ou non APE, sous l'angle de l'obligation de transparence : V. Jamet, « La transparence, la confiance et la modernisation de l'économie, retour sur un étrange combinat alchimique : « l'entre-deux » et le « tout ou rien » », *Bull. Joly Bourne*, 2006, 137.

112. V. ainsi : B. François, *L'appel public à l'épargne, critère de distinction des sociétés de capitaux*, thèse dact. Paris II, 2003, dir. P. Didier.

113. V. ainsi : M.-A. Frison-Roche, « La distinction entre sociétés cotées et sociétés non cotées », in *Mélanges AEDBF-France* 1997, Banque éd., p. 189 et s., et spéc. p. 197 : « le principal avantage qu'il y aurait à reconstruire le droit des sociétés autour d'une *summa divisio* opérée entre sociétés cotées et sociétés non cotées tiendrait dans le réalisme de la distinction, en ce qu'elle correspondrait à la césure la plus profonde dans les faits » ; M. Boizard, *La distinction entre la société cotée et la société non cotée comme summa divisio du droit des sociétés*, thèse dact. Paris II, 2002, dir. M.-A. Frison-Roche. P.-H. Conac, « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev. soc.* 2005, 67.

114. A. Courret, « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », *Rev. soc.* 2000, 89 et spéc. p. 90 : « L'envahissement du droit des sociétés par le droit contractuel aboutit à une importation des facteurs d'insécurité propres à la technique contractuelle ». Comp., P. Bézard, « Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation », *Rev. soc.* 2000, 55, et spéc. p. 57, en appel à une réforme d'ensemble du droit des sociétés : « Cette réforme devrait conduire à alléger sensiblement la réglementation applicable aux sociétés anonymes et aux SARL pour ne retenir que les seules contraintes indispensables pour assurer la protection des associés et des tiers. Pour le reste les fondateurs et les associés fixeront librement les règles de fonctionnement de leur société ».

115. B. Saintourens, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.* 1987, 457, et spéc. p. 463.

mouvement qui traverse le droit français, tendant simultanément au maintien – sinon à l'extension – des différents types sociétaires, et – pour l'essentiel – à l'accentuation de la souplesse au sein de ces dernières ? Dans le même temps, l'élaboration de nouveaux types sociétaires, laissant une place prépondérante à la liberté contractuelle, impose-t-il de laisser inchangée la liste des modèles de sociétés offerts aux entrepreneurs ? si par exemple, la SAS était désormais considérée comme spécialement adaptée aux sociétés fermées, quelle serait la nécessité du maintien des autres types sociétaires traditionnellement rangés dans cette catégorie¹¹⁶ ?

À tout le moins, c'est donc la question même de la diversité des sociétés qui devrait être abordée de front : est-elle toujours nécessaire ? convient-il de maintenir tous les types sociétaires, d'en réduire le nombre ou d'en créer encore de nouveaux ? Est-il logique d'offrir à la fois plus de types sociétaires et davantage de souplesse dans les modalités de leur organisation ?

29. Questions essentielles, si l'on veut croire en l'existence d'un droit commun des sociétés et introduire au sein de ce dernier une rationalité qui paraît lui échapper de plus en plus. Du moins est-ce à partir d'elles qu'il est alors permis d'envisager quelques perspectives d'avenir.

B. – 30. À partir de telles interrogations, l'analyse prospective pourrait conduire à tenter de déceler quelques évolutions futures du droit des sociétés, avec toute la prudence qu'impose de manière générale l'exercice, prudence encore renforcée d'ailleurs en droit des sociétés où l'on sait que les évolutions ne s'inscrivent pas au sein d'un mouvement rationnel. Certains prédisent ainsi pour les années à venir un véritable sur-développement de la SAS, spécialement en raison de la place qu'elle laisse à la volonté, au détriment inéluctablement d'autres types sociétaires, essentiellement de la SARL ou de la SA¹¹⁷ ; d'autres dessinent une profonde recomposition du paysage sociétaire : la SAS pour les sociétés fermées, la société anonyme pour les sociétés ouvertes et cotées¹¹⁸. Ces analyses sont cependant loin d'être partagées par tous : partant du constat de la diversité des types sociétaires, il a ainsi été contesté que la SAS puisse être appréhendée comme une structure ayant vocation à se substituer au plus grand nombre d'autres formes sociales, de

116. J.-J. Daigre, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *JCP E* 1999, Actu., p. 977, et spéc. p. 978, estimant que le législateur devrait « réfléchir au reformage des principales formes sociales et au reclassement nécessaire entre elles. Peut-être, par exemple, pourrait-il envisager de supprimer la SARL si elle devenait inutile et réserver la société anonyme aux sociétés faisant appel public à l'épargne ». Comp. M. Germain, « La SAS libérée », *JCP E* 1999, Actu. p. 1505 : « les formes sociétaires sont en nombre limité et le développement de l'une d'elles s'effectuera forcément au détriment des autres ».

117. Sur la question, v. not. : ainsi J.-J. Daigre, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », préc.

118. Sur ce point, v. not. G. Baranger, « Le droit des sociétés bouleversé à la sauve. L'ouverture de la SAS unipersonnelle », *Bull. Joly* 1999, 831.

sorte que l'avenir serait plutôt à envisager sous forme d'une reconfiguration des structures concurrentes, SARL ou SA¹¹⁹.

31. Au-delà, on pourrait songer à d'autres modifications des types sociétaires. Dans cette perspective, la tendance la plus généralement suivie est celle d'un accroissement de la liste, par augmentation, sinon du genre, du moins des espèces de sociétés. Le mouvement est d'ailleurs bien amorcé, au point qu'après l'EURL, la SAS ou la SASU, d'autres types ou sous-types sont désormais proposés en doctrine : société anonyme simplifiée¹²⁰, SA unipersonnelle¹²¹, SNC unipersonnelle¹²²...

Et il pourrait encore s'amplifier, si l'on acceptait de voir par exemple dans les sociétés faisant appel public à l'épargne ou dans les sociétés cotées un nouveau type sociétaire en tant que tel et non plus une sous-distinction au sein d'un type existant¹²³. S'agissant de conserver, voire d'amplifier la diversité, il conviendrait alors de conforter préalablement la spécificité des formes sociales¹²⁴.

32. D'autres voies pourraient encore être envisagées. Et dans cette perspective, le genre des *Mélanges* offre quelque liberté qui pourrait conduire à l'analyse d'une typologie inédite au sein du droit des sociétés, invitant à distinguer sociétés innomées et sociétés nommées : le choix entre la mesure et le prêt à porter, en quelque sorte.

119. A. Couret, « La société par actions simplifiée comme forme alternative entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée », in *Les petites et moyennes entreprises et les réformes du droit des sociétés dans l'Union européenne*, Colloque du CREDA, Madrid, 4-5 février 2004 (<http://www.creda.ccip.fr/colloque/>).

120. A. Couret, art. préc. ; comp. en Allemagne : P. Hommelhoff, « Les « petites sociétés anonymes » dans le système juridique allemand », *Rev. soc.* 1996, 245 ; F. Jault-Seske et C. Seske, « La petite société anonyme », *Bull. Joly* 1995, 139.

121. On sait ainsi que lors de la discussion de la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, il fut un temps envisagé de créer une société anonyme unipersonnelle ; la mesure n'a finalement pas été adoptée (et, sur cette solution, v. G. Baranger, *Bull. Joly* 2005, p. 1071 : « nous nous félicitons de ce rejet, tant on a du mal à comprendre ce que cette formule apporterait aux dispositifs déjà existants. Notre droit des sociétés souffre, à notre sens, d'un manque de cohérence flagrant, et il nous semble que la société anonyme unipersonnelle était de nature à brouiller encore un peu plus les repères ». On ne saurait mieux dire). Sur la discussion : K. Rodriguez, « Réflexions sur la société anonyme unipersonnelle », *Bull. Joly* 2006, 10.

122. A. Reygrobelle, « Pour une société en nom collectif ... unipersonnelle », *D.* 2003, Chron. p. 679 ; P. et Ph. Didier, *Droit commercial*, T. I, Economica, 2005, spéc. n° 265, p. 254-255.

123. V. ainsi B. Saintourens, « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », *Rev. soc.* 2000, 109, et spéc. p. 111 : « une orientation majeure du droit des sociétés, déjà repérable dans le droit positif et qui certainement devrait structurer durablement ce domaine, est relative à la distinction entre les sociétés faisant appel public à l'épargne et les sociétés fermées ».

124. Sur ce point, v. not. : Ph. Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1996, p. 22.

L'hypothèse même d'une société innommée n'est pour l'heure qu'assez rarement envisagée en doctrine ; et lorsqu'elle l'est, c'est à dire vrai sans enthousiasme excessif : reposant sur une conception purement contractuelle de la société, la liberté ainsi offerte serait en effet dangereuse car les sociétés, dans la mesure où elles entrent en relation avec les tiers, doivent présenter une certaine unité afin d'offrir à ces derniers sécurité et prévisibilité¹²⁵ ; l'obstacle n'est cependant qu'assez relatif si l'on veut bien admettre que, précisément, cette uniformité est déjà loin d'être atteinte en droit positif. D'autres estiment que le caractère d'ordre public de nombreuses dispositions du droit des sociétés rendrait vite le débat « assez académique, si l'on s'intéresse sur la possibilité de choisir un type social innommé, s'agissant des sociétés dotées de la personnalité morale »¹²⁶. L'obstacle n'est cependant pas davantage incontournable : la reconnaissance en droit civil de contrats innommés n'empêche pas ainsi le nécessaire respect d'un socle contractuel imposé par les règles du droit commun, et qui pourrait être aisément complété en droit des sociétés par l'édiction d'un certain nombre de dispositions particulières¹²⁷.

Une société innommée : la Société Conventionnelle¹²⁸ ? L'hypothèse n'est peut-être pas aussi irréaliste qu'on pourrait le penser, le développement de la SAS participant déjà de ce mouvement que l'admission d'une société innommée ne ferait finalement qu'amplifier.

33. Face à ces sociétés innommées, des sociétés nommées resteraient alors offertes aux opérateurs économiques, dont les caractéristiques essentielles ne pourraient plus cependant être altérées. Par contrecoeur, en quelque sorte, le large espace de liberté offert par la société innommée permettrait de revenir à des modèles rigides par ailleurs, puisque délibérément choisis. Ce n'est pas dire d'ailleurs que la souplesse disparaisse totalement de ces types sociétaires, mais elle pourrait ne demeurer que dans une mesure ne conduisant pas à l'altération du modèle. La distinction pourrait ainsi passer par ce qui relève

125. Y. Guyon, *Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés*, préc., et spéc. p. 36.

126. Y. Chaput, « La liberté et les statuts », *Rev. soc.* 1989.361, et spéc. p. 373 : « Bien des dispositions sur les sociétés étant d'ordre public, il en résulte que le choix d'une forme inconnue reviendrait à tourner une règle impérative. On songera par exemple à l'interdiction d'émettre des actions lorsque la société est à responsabilité limitée, qui serait facilement (trop) tournée par un qualificatif « sauvage ».

127. Dans le fil de l'exemple précédemment évoqué, on pourrait par exemple réserver l'émission de valeurs mobilières à certains types sociétaires nommés, ou à l'autoriser plus largement au profit de sociétés présentant des caractéristiques préalablement définies. Ou envisager une forme de société dont seule l'organisation externe ferait l'objet d'un certain nombre de règles légales afin de protéger les tiers, cocontractants, créanciers, tandis que son organisation interne relèverait intégralement de la liberté statutaire.

128. Comp., sur le terme de « société contractualisée », un temps envisagé au sujet de la SAS : Y. Guyon, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. soc.* 1994.207, et spéc. p. 209.

de l'essence de tel ou tel type sociétaire et ce qui ne porte que sur sa nature. Tâche délicate, sans doute, mais qui présenterait – précisément – pour cette raison – l'immense avantage d'imposer une véritable réflexion législative sur le droit des sociétés, tout spécialement à travers la définition des *essentialia*, des *naturalia* et des *accidentalia* propres à chaque type sociétaire. En outre, une même réflexion sur la liste de ces types sociétaires devrait être parallèlement menée, aux fins de déterminer s'il serait alors nécessaire de tous les maintenir.

34. Ainsi pourraient se conjuguer certaines des aspirations contemporaines du droit des sociétés : souplesse et rigidité, cohérence et rationalité, modernisation et diminution de la masse normative. Tout ceci supposerait cependant une évolution réfléchie du droit des sociétés, reposant sur une volonté de procéder à une réelle recomposition de la matière et choisissant de reconstruire plutôt que d'empiler. Ce jour ne semble pas encore venu, comme si – encore et toujours – « les sociétés commerciales se sent[ai]ent entraînées malgré elles vers un avenir qui cache encore son visage »¹²⁹.

129. P. Didier, *Les sociétés commerciales*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 5^e éd. 1984, spéc. p. 125.