

# TRAVAUX COMMISSIONS OUVERTES

COMMERCIAL ET ÉCONOMIQUE



COLLOQUE D'AUTOMNE  
RÉUNION DU 23 OCTOBRE 2018



## Entreprendre avec le Droit des Sociétés

Le thème de l'entreprise pour le droit des sociétés est particulièrement d'actualité avec le projet de loi PACTE en cours d'adoption.

Classique loi fourre-tout, on y trouve plusieurs évolutions qui renforcent le lien entre l'entreprise et le droit des sociétés.

Force de constater que la société est aujourd'hui le support naturel du développement de l'entreprise.

Exit l'EIRL et l'autoentrepreneur, la responsabilité induite par ce type de structuration étant aujourd'hui révélée, doit nous contraindre, spécialiste du droit des sociétés à abandonner le secteur de la création en présence d'un marché sans valeur ajoutée.

L'entreprise née aujourd'hui avec une capacité d'évolution rapide sinon stratosphérique.

En tant que conseil de l'entrepreneur créateur et de ses associés, nous avons une capacité d'innovation en y intégrant d'autres composantes, sociales et fiscales notamment.

Concevoir l'entrée de partenaires en rédigeant des statuts de SAS adaptés, assortir la création d'un pacte d'actionnaire, autoriser des cessions à terme au travers de promesses, telles sont les apports des avocats 3.0.

Comprendre et traduire en droit des sociétés les besoins de l'entrepreneur, c'est notre apport pour concevoir le support adapté qui ne peut fournir quelques legal tech que ce soit.

Quel outil en droit des sociétés pour l'entrepreneur actuel ?

Notre réglementation ayant depuis toujours une grande tendance à l'expansion, il faut pouvoir évoluer et donc restructurer, sauvegarder, transmettre.

On peut aisément soutenir que la SAS est à ce jour l'outil le plus adapté pour l'entrepreneur.

Revue de détail :

- Statut fiscal favorable avec la possibilité d'opter pour la transparence fiscale pendant 5 ans,
- Statut fiscal à l'impôt sur les sociétés avec une baisse progressive de taux à 25%,
- Capacité de maîtriser les distributions donc l'autofinancement,
- Fiscalité favorable des distributions (Flat tax 30% sinon 40% + 17,3% et IR à moins de 12,7%)
- Absence de charge sociales sur les distributions pour les dirigeants salariés (Président, Directeur général)
- Réduction d'impôt sur le revenu après la disparition de la déduction au titre de l'impôt sur la fortune,
- Organiser la croissance peut et doit être prévu par les statuts ou un pacte. Des augmentations de capital à terme, des entrées d'associés avec détermination des valeurs (prime et nominal), tout peut être envisagé,
- Sauvegarder le développement est nécessaire.

Par-delà la responsabilité limitée des actionnaires, il convient de structurer dès l'origine le développement de l'entreprise.

Une société d'exploitation peut évoluer, apport de branche d'activité à une filiale ad hoc, apport de titres à un holding, création de filiale affectée à de nouveaux marchés et appel au marché sont des activités de conseil qui doivent être réservés aux avocats alors que nos « concurrents » (expert-comptable, legal tech) n'ont qu'une vision parcellaire et moins experte.

Nous devons cependant nous améliorer constamment par nos connaissances en gestion, en comptabilité, et en langues étrangères dans le cadre d'une mondialisation accélérée.

C'est dans ce même contexte que nous devrions acquérir et utiliser les nouveaux supports qui nous sont proposés. Nous devons aussi participer à leur élaboration pour y apporter nos expériences et donc notre compétence.

Notre colloque ne pouvait mieux s'insérer dans le cadre de la discussion du projet PACTE.

Quels points concernent l'entrepreneur et le droit des sociétés dans ce projet:

- 1) Remise en cause de la société privée. Le code civil remis en question
- 2) Un nouvel être social, la société associative

J'ai toujours soutenu une vision capitaliste de la société commerciale. Sinon il existe d'autres formes, association, fondation, mutuelle, SCOP ...

Un entrepreneur n'a pas à être philanthrope. Il doit choisir dans d'autres structures s'il a cette volonté et disposera alors d'outils que nous pourrions proposer (fondation, fiducie...).

La société par ses règles, contrairement à l'entreprise individuelle, a la capacité d'évoluer.

Un salarié performant ne pourra pas évoluer s'il n'a pas la fibre entrepreneuriale.

La seule issue serait la reprise après un salaire en constante évolution, mais avec ses limites quantitatives.

La société permettra tout pour ses salariés, stock option, cession, participation aux augmentations de capital, participation dans un holding. Les outils sont présents, à nous de les utiliser à chaque étape de développement de l'entreprise.

Après ce rappel des principales orientations en droit des sociétés pour un entrepreneur avisé il y a lieu de se tourner vers l'actualité constituée par le projet de loi PACTE dont nous avons évoqué ci-dessus 2 critiques emblématiques.

Nous nous concentrerons sur 3 thèmes de ce projet :

- Les nouvelles règles de présence d'un commissaire aux comptes ;
- La cohabitation entre l'intérêt social et les enjeux sociaux et environnementaux ;
- La raison d'être d'une société.

### **1) La réforme annoncée du commissariat aux comptes**

Le relèvement des seuils de nomination des commissaires aux comptes (CAC) au niveau des seuils européens de référence, à savoir 4 millions d'euros de bilan , 8 millions d'euros de chiffre d'affaires et 50 salariés est envisagé.

Il est néanmoins prévu, afin d'éviter qu'un groupe n'échappe à toute obligation de certification des comptes, du fait de sa structuration en plusieurs entités de petite taille, que les sociétés qui contrôlent d'autres sociétés désignent un CAC dès lors que l'ensemble formé par la société mère et ses filiales excède les seuils de désignation, indépendamment de l'obligation d'établir des comptes consolidés.

En outre, la règle spécifique aux SAS, imposant la désignation d'un CAC dès que la société est liée à une autre par un lien de contrôle, serait corrélativement supprimée.

Si certains considèrent que le commissaire aux comptes, dans de petites structures, est insuffisamment actif pour éviter les procédures collectives ou les abus des dirigeants, on regrettera que les bons professionnels ne soient plus amenés à assister l'entrepreneur en complément de son expert-comptable.

Insérer dans la loi PACTE, cette défiance au contrôle de l'entrepreneur est en contradiction totale avec l'évolution souhaiter de l'article 1833 du Code Civil qui souhaite renforcé l'intérêt social et devrait donc encourager un contrôle de cet intérêt par le tiers indépendant qu'est le commissaire aux comptes.

Le législateur aurait tout intérêt à réfléchir à des mécanismes permettant ce contrôle, notamment en réglementant le coût et les prestations du commissaire aux comptes en fonction de la taille de la société concernée puisque c'est l'aspect financier qui a semble-t-il dicté cette évolution législative.

Cela passe bien évidemment par une compréhension de l'entreprise à chaque étape de son développement, ce que le législateur ne semble pas encore maîtriser.

## **2) Sur l'antagonisme entre un intérêt général (social) et des intérêts particuliers (sociaux et environnementaux)**

Le nouvel article 1833 du Code Civil évoque dans son second alinéa que « *la société est gérée dans son intérêt social, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* » .

On peut en premier lieu s'interroger sur la nécessité de consacrer l'intérêt social sur le plan légal alors même qu'il a été progressivement brossé par la Cour de Cassation.

Cette notion subjective ne peut se résumer en un terme car elle tend à évacuer toute les composantes contractuelles que les associés/actionnaires ont souhaité mettre en œuvre dans un intérêt commun (visé à l'alinéa 1 de l'article 1833 précité).

J'ai toujours été partisan de la vision contractuelle de la personne morale qui reste l'émanation souhaitée par un groupe de personne physique ou morale, tous entrepreneurs, avec un objet et dans un but qu'ils ont fixé et qui ne leur est pas imposé par l'intérêt général.

Il existe en effet bien d'autre support pour y répondre, l'association, la fondation, la SCOP, etc..

Cette première imprécision de la notion d'intérêt sociale se trouve renforcée par les considérations des enjeux sociaux et environnementaux de l'activité qui serait dorénavant des composantes à mettre en exergue par l'entrepreneur.

D'une part, la rédaction du texte laisse à penser que les deux notions sont en opposition avec l'intérêt social, rendant antinomique une vision globale de l'intérêt de la personne morale et des objectifs particuliers que sont le Code du travail et le Droit de l'environnement.

D'autre part, il y a lieu de s'interroger sur les conséquences d'une entorse à ces différentes notions.

En l'état, c'est la porte ouverte à des révocations des dirigeants qui pourront relever de multiples motifs au regard de l'option qui sera prise par les associés entre la prépondérance de l'intérêt social ou des enjeux particuliers en droit social ou environnemental.

De même, un dirigeant aura toute latitude pour justifier un refus de plan social qui pourrait pourtant être analysé comme contraire à l'intérêt des associés, même s'il tend à apparaître aujourd'hui comme devenu totalement secondaire (à tort à mon sens).

Rien ne sert donc de s'appuyer sur des rapports (rapport NOTAT-SENARD en l'espèce) pour ne pas réfléchir, en ce compris avec des praticiens, aux conséquences d'un texte qui en l'état ne fait qu'obscurcir la matière.

Et ce n'est pas le seul bémol de ce projet PACTE.

### **3) Raison d'être versus raison d'avoir**

Complétant une approche approximative le législateur envisage de modifier le second alinéa de l'article 1835 du code civil qui préciserait :

*« Les statuts peuvent préciser la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité ».*

En créant une simple option, le législateur a déjà compris son erreur.

Notre premier conseil sera donc de ne pas saisir cette opportunité.

En effet, aucune définition légale n'est attachée à ce concept qui n'est jamais apparu, à ma connaissance, dans la jurisprudence.

Cette notion ressort pourtant naturellement de la constitution par des entrepreneurs d'une société.

Il s'agit pour les associés de réaliser un bénéfice ou de profiter d'une économie.

S'il y a bien une raison pour l'entrepreneur de constituer une société avec un objet social détaillé, la notion doit être plutôt la raison d'avoir que celle d'être.

La raison d'être s'applique à l'évidence aux associations, aux fondations, peut être même à des structurations en droit des sociétés spécifique tels que le GIE ou la SCOP.

A vouloir introduire des concepts à la mode tel que la responsabilité « sociétale », notre législateur nous perd avec des conséquences qu'il ne maîtrise absolument pas.

On ne peut que s'interroger en effet sur le non-respect de la raison d'être à laquelle, par exemple, aurait opté un opérateur téléphonique qui viserait à la couverture totale du réseau français.

Si ce peut être l'objectif de tout entrepreneur dans le domaine des télécommunications, l'objet social apparaît bien suffisant pour couvrir cet objectif alors que la raison d'être ne pourra que lui attirer des dommages si, ce qui est probable, il n'arrive pas à accomplir la raison d'être qu'il annonce.

Nous pouvons conclure cette analyse de l'entrepreneur confronté aux affres des évolutions non maîtrisées du droit des sociétés pour appeler de nouveau à un recentrage sur la dimension contractuelle qu'il convient de mettre en avant pour favoriser l'esprit d'entreprise, plutôt que des concepts généraux.

\*\*\*\*\*