

Épreuve de droit commercial 2019

Rapport de jury

Le sujet du concours 2019 était, cette année encore, relativement exigeant en termes de raisonnement. Il préfigure, de la sorte, l'orientation des futurs sujets qui, compte tenu de l'autorisation du code de commerce lors de l'épreuve inciteront davantage les candidats, à réfléchir, aidés en cela par l'accès direct aux textes et à la jurisprudence (il conviendra de noter l'emplacement des jurisprudences citées ex : « ss art. 1835 c. com »)

A ce titre, l'utilisation du Code de commerce – et accessoirement du Code civil – à l'examen peut être à l'origine d'un nouveau type d'erreur, déjà indiquées dans le rapport de jury de l'épreuve de dissertation de droit civil. Il faudra que les candidats s'imprègnent de l'idée que l'accumulation de textes et de jurisprudences ne fait pas une bonne copie. L'absence de référence juridique, en revanche, la rendra systématiquement médiocre. Il faudra donc trouver un équilibre entre profusion et carence de références.

Comme pour les autres dissertations, celles qui répondent au sujet de droit commercial présentent des défauts qu'il conviendra de prendre en considération :

- absence de problématique ;
- mauvaise lecture du sujet ;
- absence de définition des termes du sujet qui conduit au hors-sujet ;
- abus de doctrine, souvent utilisée à rebours ;
- complexité des idées, associé à un manque de sens pratique ;
- plan d'idée, philosophiquement satisfaisant mais matériellement impossible à justifier ;
- intitulés trop complexes et trop qualifiants ;
- utilisation du droit comme élément infiniment disponible, interprétable et malléable au service du raisonnement choisi (et non l'inverse).

S'agissant des éléments de corrigés proposés ci-dessous, la partie relative à l'offre au public de titres financiers et la cotation des sociétés pouvait être écartée. Le plan proposé est a-chronologique mais un plan chronologique aurait été plus simple à traiter tout en étant aussi efficace. Cette structure de raisonnement n'est bien entendu qu'indicative, sauf la forme indiquée qui, elle, est impérative.

Capital social et formes sociales

Accroche

Flexible droit, droit sans rigueur. *Faut-il, d'ailleurs, s'en lamenter ? Il est peut-être salutaire que le droit ne soit pas cette massue, ce sceptre qu'on voudrait qu'il fût...* ». La célèbre phrase du Doyen Carbonnier pourrait bien illustrer les vicissitudes qu'a connu le capital social.

Historique / Contextualisation

La fonction du capital social, en effet, si l'on s'en tient à **une approche historique**, c'est-à-dire purement économique, désigne les ressources (financières ou non) apportées à une société par ses associés lors de sa création ou d'une augmentation de capital. En droit interne, c'est la loi du 24 juillet 1867 qui, en venant permettre aux SA de se constituer librement, sans encadrement par la puissance publique, autorisera la concentration du capital et la constitution de compagnies majeures, préfigurant nos grandes sociétés. Le capital, à cette époque a pour fonction essentielle de permettre la concentration capitalistique indispensable aux investissements productifs qui deviennent de plus en plus importants.

Définitions

La **définition** actuelle du capital social est toutefois différente, notamment parce, qu'en droit, les textes le désignent avant tout comme étant un gage pour les créanciers. Cette fonction n'est, d'ailleurs, que la conséquence directe des dispositions de l'article 2285 du Code civil qui établit que « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre (eux) des causes légitimes de préférence.* ». Incidemment, ce même capital offre des intensités de protection différente. Si les créanciers chirographaires bénéficient, en principe, de la garantie de droit commun des créances (hors procédure collective) ; les apporteurs de capitaux, eux ne sont des chirographaires de dernier rang qui ne seront payés qu'après désintéressement de tous les autres créanciers. On ne saurait enfin passer sous silence la fonction de répartition du capital social, sa ventilation reflétant celle qu'ont choisi les associés.

Délimitation du sujet

Relier cette notion de capital social aux formes sociales revient pourtant à accroître la complexité de la fonction du capital social. En effet, si ce dernier est à la fois une technique de concentration des capitaux, un outil de sécurisation des créances, le gage ultime des associés en même temps que la structure juridique qui fixe leurs clés de répartition ; certaines de ses fonctions peuvent disparaître dans certaines formes sociales. Si on entend par ces dernières la structure juridique imaginée et imposée par le législateur (car même pour les formes contractuelles il existe des dispositions d'ordre public) on mesure rapidement l'impossibilité d'incarnation des fonctions précitées pour certaines formes sociales particulières.

Ainsi, dans les sociétés unipersonnelles que sont la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle (SASU) et l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) n'offrent pas de clé de répartition puisqu'il n'y a qu'un seul associé. Pis encore, lorsque SASU et EURL se contentent, comme la loi l'y autorise, de ne constituer qu'un capital d'un euro, ledit capital ne saurait être un gage suffisant pour les créanciers non plus que de permettre d'investir dans des immobilisations. Quant à la fonction originelle d'instrument de concentration des capitaux, cette dernière n'est plus assurée, à la fois parce que l'associé est unique et que le capital est réduit au minimum.

La situation est différente pour les grandes sociétés cotées dont le capital n'est pas déterminé par la loi mais par le régulateur boursier qui, en fonction de la structure du marché, de la taille et de la solvabilité de l'entreprise lui impose la constitution d'un capital minimum. En ce cas, si les autres fonctions du capital décrites ci-avant existent encore, elles cèdent sous un autre impératif, le bon fonctionnement du marché financier et son corolaire, la sécurité des investisseurs.

Reste que certaines fonctions du capital social disparaissent dans d'autres catégories de formes sociales. Ainsi, dans les sociétés à responsabilité illimitée, il n'y a pas d'exigence de capital social minimum, essentiellement parce que la garantie des créanciers réside dans le patrimoine des actionnaires. C'est parfois même un capital polymorphe qui caractérise certaines sociétés. Dans les sociétés en commandite, en effet, alors que certains associés sont indéfiniment responsables (les commandités) d'autres n'ont qu'une responsabilité limitée (les commanditaires) ce qui modifie leur relation au capital. Enfin, dans les

sociétés par actions qui ont émis des actions de préférence, la clé de répartition des bénéfices peut être modifiée par voie contractuelle. Certaines actions pourront être privées de dividendes, ou se voir - au contraire - attribuer un dividende double par exemple.

Problématique

Comme on mesure, de la sorte, le capital social est polymorphe, et **la question peut être posée de la réalité de la notion de capital social**, face aux mutations profondes du droit des sociétés et à la multiplication des formes sociales.

Annonce de plan

Il s'avère, ainsi, que dans **certaines hypothèses, le capital social n'a plus qu'une fonction symbolique (I)**, essentiellement pour des raisons économiques. Lorsque la raison juridique l'emporte, en revanche, les fonctions du capital sont reconnues mais **varient en fonction des formes sociales (II)**. Elles ressurgissent lorsque la protection des créanciers devient fondamentale et que ces derniers ne peuvent trouver que dans le capital social l'instrument de la garantie de leur créance.

I / Le capital social, réduit à sa fonction symbolique

Il existait déjà des dispositions anciennes régissant des formes sociales archaïques comme la Société en nom collectif (SNC) et la Société en commandite (SCS/ SCA) qui n'exigeaient pas de capital au seul motif que le créancier bénéficiait déjà d'une protection (A). Toutefois, la politique publique visant à accroître le nombre d'entrepreneur en facilitant la création de sociétés, tout en protégeant ce dernier contre ses créanciers (B), paraît plus contestable car elle favorise l'entrepreneur au détriment de son créancier.

A / Le capital symbolique par inutilité de la protection du créancier

1- les sociétés à risque illimité : point besoin d'imposer un capital social puisque c'est le patrimoine privé des associés (par exemple obligatoirement commerçants dans la SNC) qui permet de répondre des dettes de la société. Article L. 221-1 du Code de commerce « *Les associés en nom collectif ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales* ».

Attention, toutefois, à mettre en avant la nécessité pour le créancier d'avoir exercé « *vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire* » (art. L221-1 du Code de commerce). (*id.* pour les vaines poursuites de l'art. article 1858 du Code civil pour les sociétés civiles).

La même règle s'applique pour les sociétés civiles, fruit de la même logique. Article 1857 du Code civil (loi de 1978) : « A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements. » Ici, il n'y a donc pas solidarité mais la garantie offerte aux créanciers semble suffisante, en tous cas pour qu'il n'y ait pas d'exigence de capital minimum.

2- les sociétés à risque hybride : la Société en commandite présente deux formes ce qui explique la dualité d'approche pour le capital. Il n'y a pas de capital minimum requis pour la SCSimple. En effet, ces sociétés sont petites, ne peuvent faire appel à l'épargne et, en cas de défaillance, comme la responsabilité des commandités est illimitée, les créanciers pourront être désintéressés sur leur patrimoine privé.

On relèvera, en revanche, que le capital minimum est de 37 000 € pour la SCA. Cela démontre que le souci de protection du créancier est l'élément qui motive le législateur : les SCA peuvent faire appel à l'épargne et leurs actions circulent librement, par essence, ce qui contraint à la constitution d'une garantie.

Ceci dit le législateur dans la fin du siècle précédent n'a pas été aussi cohérent avec le capital social.

B / Le capital symbolique, fruit de politiques publiques

1- sociétés unipersonnelles. La société unipersonnelle est d'abord une forme sociale issue de l'impossibilité théorique – à l'époque - de concevoir un patrimoine d'affectation permettant de protéger l'entrepreneur. L'EURL, d'abord créée par la loi du 11 juillet 1985, n'est que le fruit de trente ans de débat sur la notion d'unicité du patrimoine (aujourd'hui, le débat n'existe plus). S'agissant du sujet traité, le capital ne joue pas le rôle de clé de répartition, non plus que d'outil de concentration de ressources. D'abord il n'y a qu'un associé qui reçoit tous les dividendes et vote seul et, par ailleurs, les apports ne sont réalisés que par l'associé unique.

La SASU pourrait être traitée avec les mêmes arguments – d'autant que cette forme est souvent utilisée pour remplacer les EURL - à une différence près : la possibilité d'utiliser cette forme sociale dans les groupes de sociétés, en créant des sociétés par actions détenues à 100 %.

2- capital à un euro (article L. 223-2, loi n° 2003-721 du 1 août 2003 -). La suppression de l'exigence d'un capital minimum par la loi précitée répondait aux mêmes préoccupations, 18 ans après, que celles qui ont présidé à la création de l'EURL : faciliter la création des sociétés et l'encourager. Au-delà du raisonnable semble-t-il : le capital minimum (de 1 euro exigé par les greffes) est insuffisant pour acquérir les immobilisations indispensables au fonctionnement de la société. Pour les SASU qui sont détenues par des groupes, l'absence d'exigence de capital dans ce type de société paraît illogique : le plus souvent ces entités sont appelées à détenir des actifs importants et il serait souhaitable que le capital puisse en constituer une représentation fidèle. En effet, les filiales étant censées être autonomes dans les groupes leurs créanciers sont - en principe – dépourvus de recours contre les autres sociétés du groupe.

En tout état de cause, le caractère symbolique du capital social se retourne contre l'entrepreneur puisque les organismes financiers, ne pouvant se garantir sur le capital social, demandent pratiquement systématiquement des garanties personnelles à l'entrepreneur. Cela démontre bien l'utilité du capital social

II / La protection du créancier facteur de résurgence des fonctions du capital

La protection du créancier est, on le voit, au cœur du débat, au point que le code civil, lui-même pose des bases, supposées intangibles, pour asseoir cette protection (A). On mesure, toutefois, que les exceptions au principe foisonnent, ce qui l'amoinde considérablement. Il n'est que lorsque d'autres intérêts s'ajoutent à cette protection, comme par exemple, l'encadrement du marché et la sécurisation des investisseurs, que les exigences relatives au capital social ressurgissent avec force (B).

A/ Les aménagements minimalistes des caractéristiques du capital social

1 les caractéristiques classiques du capital social

Fonction de répartition : article 1843-2 du Code civil : « *Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci. (al 1) ; Les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de parts ouvrant droit au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes. (al.2)* ». Cette disposition touche également à la réalité du capital social (l'impossibilité – de principe - de constitution du capital pour les apports en industrie dans les sociétés à risque limité). Cette « réalité » repose sur le mécanisme d'évaluation des apports et la contrainte qui est faite aux apporteurs de tenir leurs promesses (article 1843-3 : Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis de lui apporter en nature, en numéraire ou en industrie.)

Enfin l'intangibilité du capital social est un principe qui se trouve sanctionné par l'article L. 223-42 du code de commerce qui établit dans son premier alinéa que « *Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, les associés décident, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte s'il y a lieu à dissolution anticipée de la société* »

2 les adaptations aux formes sociales

Ensuite, on voit bien que ces contraintes varient en fonction des formes sociales. S'agissant des apports en industrie, ils sont par exemple moins encadrés dans les sociétés à responsabilité illimitée (c'est logique, la garantie des créanciers n'est pas dans le capital). A propos de l'évaluation des apports, le législateur, dans les sociétés (de capitaux ou) mixte (nous considérons que la SARL est une société mixte pour les facilités de la dissertation lors du concours) est moins sévère : ainsi, les associés peuvent décider de ne pas recourir à l'évaluation par un commissaire aux apports en nature si ces derniers sont inférieurs à 30 000 € ou sont inférieurs à la moitié du montant total des apports réalisés dans le cadre de la création de la société.

Les associés seront néanmoins responsables pendant 5 ans sur la valeur qu'ils ont attribués aux apports en nature effectués. De la même façon les apports en industrie sont autorisés dans les SARL depuis la loi NRE du 15 mai 2001 (pour le régime, cf. L. 223-7 du Code de commerce. Les règles, en revanche sont beaucoup moins lâches pour les SA.

B / Les règles spécifiques à la protection des investisseurs et le capital social

1 - les règles spécifiques

Les règles spécifiques à la protection des investisseurs, se retrouvent dans le régime de l'offre au public de titres financiers (OPTF). Depuis l'ordonnance no 2008-1 du 22 janvier 2009 il convient, en effet, de différencier les sociétés. Celles qui font appel public à l'épargne se voient imposer certaines obligations spécifiques visant à protéger ou informer le public (ancien régime de l'appel public à l'épargne). Ainsi les SAS ne peuvent offrir au public de titres financiers. (L. 227-2 : « *La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et au II de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier.* »). En revanche, les SA peuvent le faire, à la condition d'avoir un capital minimum de 37 000 € on peut voir dans cette distinction, la faiblesse du contrôle du capital social dans les SAS, voire son inconsistance (capital à 1 euro).

La même loi a réduit les possibilités d'émission d'obligations, les prohibant pour les sociétés dont le capital n'est pas intégralement libéré. De même, l'actif et le passif d'une société par actions n'ayant pas établi 2 bilans approuvés par les actionnaires doivent être vérifiés par les commissaires aux apports.

Enfin lorsqu'une SARL décide d'émettre des obligations, (L. 223-11 du code de commerce), elle doit à la clôture d'un exercice social dépasser deux des trois seuils suivants : total du bilan : 1 550 000 euros ; montant du chiffre d'affaires hors taxe : 3 100 000 euros; nombre moyen de salariés : 50. Par ailleurs ses comptes, pour les trois derniers exercices de 12 mois, doivent avoir été régulièrement approuvés par les associés, ce qui signifie que la SARL doit avoir plus de trois ans d'existence. En revanche, elle ne peut proposer ses titres financiers au public.

2 – Les exigences en capital pour les sociétés cotées.

Depuis l'ordonnance précitée les sociétés susceptibles d'être cotées sur les marchés réglementés voient leur capital minimum déterminé par le régulateur de marché. Ce capital minimum dépend de la taille de la société autant que du marché considéré, sachant que, au surplus, sur le premier marché la société doit proposer au minimum 25% de son capital. Toutefois, si plus de 600.000 titres sont mis sur le marché, le pourcentage de 25% pourra être abaissé sur dérogation.

Quant aux sociétés susceptibles d'être cotées, la forme sociale n'est que de deux types, les SA et les SCA, la SAS étant cotable, mais sur des marchés spécifiques de petite envergure (second marché).

On mesure de la sorte qu'il existe bien une corrélation entre capital social et forme sociale mais cette corrélation obéit à des logiques qui transcendent la simple distinction entre les formes sociales. S'il est vrai que les **catégories** de forme sociales commandent une approche spécifique du capital social, il demeure que le vecteur essentiel d'encadrement de ce capital demeure la protection des créanciers de la société, qu'ils soient créanciers externes, associés ou investisseurs.

