

## Épreuve à option de droit commercial

Jean-Baptiste Lenhof  
Maître de conférences,  
Directeur du département DEM

Le sujet de l'année 2018 était le suivant : **La Société à responsabilité limitée est-elle une forme sociale obsolète ?** Posé sous forme de question, il appelait naturellement une réponse, pas nécessairement positive, les candidats(tes) étant libres de leur appréciation et de leur perception de la situation actuelle de cette forme sociale.

La critique essentielle qui mérite d'être adressée à la majorité des copies corrigées est de ne pas avoir emporté de raisonnement, leurs rédacteurs(trices) préférant largement la récitation du cours à la réflexion sur le sujet posé. On saisit bien, cependant, après relecture du sujet, que son concepteur n'attendait pas des candidats(tes) qu'ils (elles) s'appesantissent sur la structure de la SARL (combien d'associés, de capital etc.) ni non plus sur ses seules conditions de formation. L'exercice était ailleurs, savoir réfléchir à l'obsolescence de la SARL et il convient de le souligner, quelle que soit l'avis sur la question.

Il s'ensuit que de nombreux(ses) candidats(es) qui, par ailleurs présentaient un niveau de connaissance très satisfaisant, voire excellent, n'ont pas pu obtenir de note correspondant à leur niveau parce qu'ils (elles) n'ont pas traité le sujet - en ne répondant pas à la question - . Même si, à l'avenir, il leur semble impossible de trancher une question posée, il leur faut comprendre que cette neutralité d'avis ne sera pas sanctionnée : il leur aura suffi de s'interroger pour répondre aux attentes du jury.

On saisit, de la sorte, que des candidats(tes) ayant des connaissances modestes - voire peu précises - aient obtenu, pour le concours 2018, des résultats plutôt satisfaisants. Ils ont simplement raisonné de façon pragmatique, parfois même à l'appui d'assises intellectuelles plus logiques que juridiques. Il leur aura suffi de traiter de la question posée.

Dans cette grisaille, une seule copie domine et son (sa) rédacteur (trice) éblouit par la sobriété de son style, sa clarté, la précision de ses connaissances et la vigueur de son raisonnement. Qu'il (elle) reçoive, avec nos remerciements, nos félicitations les plus sincères.

## La Société à responsabilité limitée est-elle une forme sociale obsolète ?

**Ripert enseignait que** la Société Anonyme constituait un « *Merveilleux instrument du capitalisme moderne* ». Il n'avait, semble-t-il, pas autant d'admiration pour la SARL au point de se demander si cette forme sociale n'a pas souffert, en définitive, de la finalité que le législateur lui a assigné.

\*

**C'est, d'ailleurs, une reconnaissance tardive** que celle qui lui a été réservée en droit interne puisque ce type de société n'a été introduit dans notre législation qu'à l'occasion de la loi du 7 mars 1925. Les Allemands l'avaient imaginée, eux dès 1892 et c'est son accueil plus ou moins forcé, mais somme toute assez positif en Alsace-Lorraine qui conduira le législateur à l'étendre à l'ensemble de la France. La SARL est de loin, actuellement la plus répandue des sociétés en France.

\*

Les raisons de ce succès s'expliquent aisément lorsqu'on **appréhende sommairement la SARL** : elle permet de se livrer à une activité commerciale sans encourir la moindre responsabilité personnelle si ce n'est le risque de perdre son apport, et sans prendre la qualité de commerçant. Elle se constitue facilement avec deux associés seulement, voire, même, un seul dans le cadre d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée. Son capital social peut, depuis la LSE du 1er août 2003, n'être que d'un euro. Le poste de gérant offre sécurité, pouvoirs étendus, sans responsabilité personnelle à la différence du commandité. Enfin, la « petite SARL » n'est pas dotée d'un commissaire aux comptes.

**La question de l'obsolescence** de cette forme sociale appelle cependant, outre la remise en cause de cette prééminence apparente, l'examen de sa définition. Ce qui est *obsolète* est ce qui vieillissant, passé de mode, qui n'a plus lieu, plus cours, qui n'est plus utilisé. Dire que la forme sociale, c'est-à-dire la structure rigide et identifiée par le législateur d'un type de société et obsolète, revient à dire qu'elle n'a plus d'utilité. Ici, la forme sociale en cause est celle de la société à responsabilité limitée (SARL), mais cette société, comme sa cousine la SAS n'a pas une forme monolithique. En effet, à travers cette définition large peuvent être identifiées trois types de SARL : d'une part, la SARL classique, pluripersonnelle, d'autre part la SARL entre époux, introduite en 1974 et enfin l'EUURL, société unipersonnelle créée en 1991.

\*

**La question qui nous est posée** serait ainsi triptyque, entraînant trois séries de réponses possibles, différentes selon le type de SARL. Or, globalement, le constat du déclin de cette forme sociale est patent car si la SARL est, de loin, la plus répandue des sociétés ; au succès de la société d'origine allemande, a succédé celui d'une société d'origine hollandaise, la société par action simplifiée. En effet plus d'une société sur deux nouvellement créées en 2016 est une SAS. Les SARL forment ne sont plus que 40 % en 2016, alors qu'elles étaient 66 % en 2013 et 80 % en 2011. 33 % des SAS se sont constituées en 2016 sous forme unipersonnelle. Un peu moins d'une SARL sur trois se crée sous forme d'EUURL.

\*

La question de l'obsolescence est ainsi peut-être fondée mais il convient surtout de se demander si ce n'est pas la concurrence des nouvelles formes sociales qui vient diminuer le nombre des SARL.

\*

En effet, il est difficile d'imaginer qu'une forme sociale soit obsolète. Ainsi, la société en commandite simple est une forme archaïque, certes, mais elle n'en est pas moins utile dans certaines situations, voire même pour des sociétés cotées. Sans doute ne faut-il pas confondre, ici, déclin de l'utilisation de la forme et obsolescence. Il apparaît, en effet, que la SARL est encore utile mais (s'il existe une hiérarchie des formes sociales) qu'elle est désormais **surplombée, par la SAS (I)** qui offre une alternative pour les personnes morales qui présentent une activité assez importante. A l'inverse, **pour les très petites SARL, la concurrence vient d'en bas (II)**, de la possibilité d'adopter des formes unipersonnelles protectrices, sociétales ou non, pour les exploitations de petite taille.

**I / La concurrence de la SAS, raison du déclin des grandes SARL**

**NB : vous trouverez ci-dessous quelques éléments de raisonnement qui ne préjugent pas de la validité d'autres arguments non plus que de la pertinence d'autres contenus.**

## **A / une concurrence très faible à l'origine**

La concurrence était assez faible au départ. A l'origine la SAS est une forme de joint-venture qui ne peut être détenue que par des personnes morales. En 1991 elle devient « la SAS pour tous » selon l'expression de P. Le Cannu, c.a.d. qu'elle s'ouvre aux personnes physiques, sans limitation de nombre. Deux obstacles l'empêchent toutefois de concurrencer la SARL : les statuts étant libres, il existait un risque juridique (une mauvaise rédaction statutaire, notamment) lié à son fonctionnement. Rappelons que dans le vide des statuts, c'est le régime de la SA qui s'applique par défaut à la SAS. Les premiers temps de cette forme sociale auront ainsi été laborieux.

Ce risque, d'ailleurs, sera tellement patent qu'il nécessitera l'intervention du législateur. (Impossibilité pour les tiers d'identifier le représentant qui imposera avec la LSF du 31 août 2003 que le représentant prenne le nom de « président ») / (i.e. jurisprudence qui impose, lorsque le nom d'un organe d'une SAS correspond à celui d'une SA et que rien n'est précisé quant à son fonctionnement que ce soient les règles de la SA qui s'appliquent).

En reflet, la SARL offre un statut sécurisant. Ainsi, l'ordre statutaire repose presque entièrement sur des dispositions d'ordre public / Les clauses d'agrément sont de droit, avec un régime éprouvé et une jurisprudence constante (parts sociales contre actions) / Il existe un statut spécifique pour la SARL entre époux qui date de 1974/ La SARL de famille a un statut spécifique / Avantage, enfin, considérable, à l'origine, la SARL ne requiert pas la nomination d'un commissaire aux comptes à l'inverse de la SAS.

## **B / L'obsolescence face à l'exigence de certification des comptes**

Tout bascule lorsque la loi permet aux SAS de ne pas nommer de commissaire aux comptes dès lors qu'elle ne dépasse pas deux des trois seuils fixés par décret. Or ces seuils sont les mêmes que la SARL, ce qui place directement les deux types de sociétés en concurrence. Nota, ils sont maintenant différents (SARL : 1 550 000 € de bilan / 3 100 000 € de CA HT / 50 salariés – SAS 1 000 000 € de total de bilan / 2 000 000 € de CA HT / 20 salariés). Par ailleurs, la jurisprudence s'est affinée et les textes renforcés. / Les statuts-types s'affinent.

La comparaison peut alors être faite entre les deux formes sociales, au détriment de la SARL : selon la rédaction adoptée par les statuts, la SAS peut calquer en quasiment tous les points la SARL. Agrément, capital, degré *d'intuitu personae*, concentration des pouvoirs dans l'équivalent d'une gérance, etc.

Une différence, cependant, peut inciter à choisir prioritairement la SARL. C'est essentiellement celle de la protection familiale (sociétés entre époux) ou patrimoniale (famille/enfants). En effet, dans la SARL, l'ordre public sociétaire protège les associés, titulaires de parts sociales : les statuts ne peuvent être modifiés que d'une façon rigide, qui garantit le besoin de leur accord. Cette rigidité entraîne une autre, celle de la garantie de pouvoir rester dans le capital et d'éviter l'intrusion de tiers dans la société, le contrôle de l'agrément étant d'ordre public et ne pouvant être modifié.

On comprend alors que la SARL n'est pas obsolète, à proprement parler car elle constitue le paradigme de la société de famille à responsabilité limitée. Elle a ainsi toujours son utilité dans les sociétés entre époux, les sociétés issues de successions, et toutes les situations, en définitive, où des considérations patrimoniales privées sont susceptibles de l'emporter sur des considérations commerciales.

## **II / Les formes unipersonnelles d'exploitation causes du déclin des petites SARL**

**NB : il ne s'agit ci-dessous que d'éléments de raisonnement.**

## **A / La concurrence entre sociétés unipersonnelles**

La création de la SASU en 1999 vient également constituer une étape qui va faire de la SAS unipersonnelle un concurrent important de l'EURL. Toutefois, à la différence de la comparaison SARL / SAS, les différences sont plus notables, au point que le choix entre les deux formes sociales s'avère plus simple sous actionnariat unique.

Alors qu'en entreprise individuelle ou en EURL, il ne peut y avoir qu'un seul dirigeant, qui ne peut être qu'une personne physique, en SASU, le président peut être une personne morale. Il peut donc y avoir constitution d'un groupe

La SASU est, de plein droit, assujettie à l'impôt sur les sociétés. Toutefois, il est possible d'opter pour l'assujettissement à l'impôt sur le revenu en début d'activité, et ce pendant une durée maximale de cinq années (La SASU doit avoir : moins de cinq ans / moins de 50 salariés / un total de bilan ou un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions d'euros). La SASU, comme la SAS, est la seule structure juridique dans laquelle le dirigeant associé unique ou non associé rémunéré relève du régime social des travailleurs non-salariés.

On voit donc que, pour l'EURL, c'est le choix fiscal qui sera déterminant : plus la structure sera petite, plus l'EURL s'imposera (en raison du mode d'imposition et du statut social), et ce en raison de son moindre coût. Plus la structure sera grande ou appelée à le devenir, plus le choix ira vers la SASU. C'est une question de développement prévisible de l'activité.

## **B / La concurrence entre entreprises unipersonnelles**

L'EURL, ensuite, sera concurrencée par l'irruption du statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, liée à l'émergence de la notion de patrimoine d'affectation en droit interne.

L'EURL peut, en effet, être considérée comme une entreprise : elle concurrence l'EURL en cela qu'elle permet de créer un patrimoine d'affectation professionnel, isolé du patrimoine privé. Elle présente les mêmes avantages fiscaux qu'une EURL de petite taille assujettie à l'IR. Elle évite les soucis de gestion (tenue des registres). En cas de fraude, la protection n'est guère meilleure en EURL qu'en EURL, notamment en raison de la mise en œuvre de la faute de gestion qui contraint à la reconstitution de l'actif. Pis encore, sur le gérant associé unique de l'EURL, pèse la menace de l'abus de biens sociaux.

Reste que l'EURL présente quand même des avantages. En effet, si l'associé ne se contente pas de constituer un capital minimum (1 Euro, comme pour les SAS, SASU et SARL), il pourra éventuellement offrir aux créanciers la garantie rassurante qu'offre la présence d'un capital social. Autrement, la sous-capitalisation de l'EURL aura pour conséquence de pousser les créanciers à demander des garanties personnelles.

En conclusion on mesure que la SARL n'est pas une forme obsolète. Idéale pour les sociétés de familles pluripersonnelle, elle peut trouver dans l'EURL un débouché souple pour les TPE soucieuse de détenir quand même un capital social. La question de l'obsolescence peut ainsi être traitée de façon contournée : la SARL est en déclin, et elle ne devrait plus représenter, à terme, qu'un petit nombre de sociétés. Elle conserve toute fois son utilité.