

1 Exercer seul ou en société

	§§		§§
Le diagnostic			
• Intérêt d'un diagnostic	1	– une société familiale	18
• Points de similitude entre les deux statuts	2	– SARL de famille	18
• Points de profonde divergence entre les deux statuts :		• Rôle des associés :	
– un seul patrimoine ou des patrimoines différents	3	– apport de capitaux	19
– des rémunérations différentes	4	– conséquences du partage du capital	20
• Incompatibilité entre l'activité et la forme juridique	5	Quelle responsabilité financière le créateur est-il prêt à assumer ?	
• Quelle activité l'entrepreneur exerçait-il auparavant ?		• Différents degrés de responsabilité ?	21
– il avait une activité d'entrepreneur	6	• Les biens immobiliers peuvent être mis « à l'abri » dans une SCI	22
– il avait une activité salariée	7	• La responsabilité de l'entrepreneur individuel est-elle illimitée ?	
– il cumule sa nouvelle activité avec une autre	8	– absence de distinction entre le patrimoine personnel de l'entrepreneur et le patrimoine de l'entreprise	23
– il était demandeur d'emploi	9	– des biens immobiliers peuvent être déclarés insaisissables	24
Votre activité nécessite-t-elle des besoins de financement ?		– certains biens peuvent être affectés prioritairement à son activité	25
• Une incidence sur le statut	10	• Quelle est la responsabilité du dirigeant associé ?	26
• Estimer les besoins de capitaux ..	11	• Limites au principe de la responsabilité limitée du dirigeant associé :	
• Comment le créateur va-t-il se rémunérer la première année ? ..	12	– le dirigeant doit souvent se porter caution	27
Le projet personnel du créateur		– garantie à première demande ...	27
• Le créateur souhaite-t-il exercer seul ?		– surendettement	27
– motivations du créateur	13	– le dirigeant est responsable de l'évaluation des apports en nature	28
– il crée une entreprise individuelle	14	– le dirigeant doit supporter certaines dettes	29
– il crée une société unipersonnelle	15	– le dirigeant ne doit pas commettre d'abus de biens sociaux	30
• Le créateur exerce son activité avec des « associés »	16		
• Quels associés choisir ?			
– des « associés de paille »	17		

Le diagnostic

Intérêts d'un diagnostic

- 1 Après la réalisation de l'étude de marché, du plan de financement initial, du compte de résultat prévisionnel, le créateur d'une activité se pose la question du statut juridique de son exploitation : entreprise individuelle, mode d'exploitation le plus fréquent des petites entreprises qui présente de nombreux atouts, ou société, structure plus lourde mais qui ouvre de plus grandes perspectives de développement ?

Le choix du statut juridique de l'entreprise peut engager son avenir pour un moment. Et un changement de statut en cours d'activité peut s'avérer délicat et parfois coûteux (voir §§ 91 à 94).

L'analyse ou le diagnostic consiste à mesurer très précisément l'adéquation entre le projet du créateur, ses contraintes économiques, sa situation familiale, son patrimoine, ses objectifs, et les statuts juridiques qui s'offrent à lui avec leurs caractéristiques, leurs conséquences fiscales et sociales, et ainsi les avantages et les inconvénients qu'ils présentent pour son projet.

Il n'existe pas, en soi, de statut optimal. Il en existe un pour chaque situation particulière en fonction d'un certain nombre de critères : celui qui permet au créateur de travailler au moindre coût de transaction, le plus facilement et le plus efficacement possible.

Points de similitude entre les deux statuts

- 2 Des évolutions significatives sont intervenues aussi bien au profit de l'entreprise individuelle qu'envers la société, notamment :
 - le statut fiscal du chef d'entreprise (adhésion à un centre de gestion) et celui de dirigeant de SARL se sont rapprochés ;
 - la protection sociale de l'entrepreneur individuel qui conserve ses particularismes a été améliorée, elle est comparable à celle des salariés. La différence repose sur le régime des retraites, l'entrepreneur individuel et le gérant majoritaire de SARL ne peuvent prétendre à la retraite complémentaire des cadres (voir §§ 1142 à 1147), mais ils peuvent déduire fiscalement, sous certaines limites et conditions, les cotisations de la protection sociale complémentaire (voir § 43) ;
 - en pratique, la responsabilité financière des entrepreneurs individuels et des dirigeants de sociétés est très proche.

Ces rapprochements opérés dans de nombreux domaines font que les critères du choix sont moins tranchés qu'auparavant. C'est dans l'étude de chaque point qu'apparaîtront ses avantages et ses faiblesses. Le créateur, très souvent avec l'assistance d'un conseil spécialisé, étudiera son application à son cas.

Points de profonde divergence entre les deux statuts

► Un seul patrimoine ou des patrimoines différents

- 3 L'entreprise est liée à son chef d'entreprise. Elle ne vit que par lui ; il est l'homme orchestre. Le patrimoine immobilier et mobilier de celui-ci et celui de la communauté servent de gage aux créanciers. L'entrepreneur individuel doit prélever sur ses fonds propres pour combler le passif ou avoir recours à des emprunts qu'il devra cautionner en renonçant en faveur du créancier à toutes les protections qu'il avait pu prendre pour rendre insaisissables ses

biens immobiliers (voir § ...). Ces sommes avancées par l'entrepreneur individuel ne peuvent être rémunérées contrairement aux comptes courants d'associés. Ces sommes sont donc investies à fonds perdus. Il s'agit d'une grande faiblesse de l'entreprise individuelle.

En revanche, la société constitue une entité différente des membres qui la composent ; elle est dotée d'un patrimoine propre et répond à des règles de fonctionnement spécifiques même lorsqu'elle n'est composée que d'un associé (voir §§ 400 à 413).

La société permet de rassembler des ressources dépassant les possibilités de l'entreprise individuelle. Elle facilite la cession et la transmission de l'entreprise. La société est l'arme essentielle des concentrations économiques. Plusieurs techniques sont offertes : prise de participation, fusion, scission. Ces techniques sociétaires ne peuvent être réalisées dans une entreprise individuelle qui n'a de ressources que dans la vente du fonds ou la location-gérance.

Les régimes de responsabilité sont différents.

► Des rémunérations différentes

- 4 Les bénéficiaires d'une entreprise individuelle sont imposés au nom du chef d'entreprise, à l'impôt sur le revenu (IR) et subissent la progressivité du barème de l'impôt (voir §§ 71 à 78). Dans une société de capitaux, les bénéficiaires font l'objet d'une imposition autonome. Les rémunérations versées au dirigeant sont déductibles du résultat imposable, dès lors qu'elles correspondent à un travail effectif et ne sont pas excessives. Aucun choix n'est, en revanche, possible pour le chef d'entreprise individuelle puisque sa rémunération, non déductible des résultats, est dans tous les cas constituée par le bénéfice réalisé. Les sommes que le chef d'entreprise prélève en cours d'année dans la caisse de l'entreprise ne constituent pas une dépense déductible. De même, les sommes tirées d'autres ressources qu'il injecte dans l'entreprise ne peuvent être déduites de son revenu imposable.

Existe-t-il une incompatibilité entre l'activité et la forme juridique ?

- 5 Le créateur devra être attentif au fait que des textes législatifs et réglementaires limitent parfois – mais rarement – le choix de la forme sociale.

Il sera prudent de se renseigner au préalable auprès des organismes professionnels concernés ou des chambres consulaires.

• **Quelques limitations légales.** Certaines activités ne peuvent pas être exercées en SARL, comme les entreprises d'assurances, de capitalisation, d'épargne, de crédit différé, les sociétés d'investissement.

Les pharmaciens peuvent constituer des sociétés en nom collectif, des SARL ou des sociétés d'exercice libéral (c. santé pub. art. L. 5125-17) mais ils ne peuvent constituer une SAS.

• **Des limitations liées au mode d'exploitation.** Il est possible aussi qu'un « réseau » de franchisés ou d'affiliés impose également une forme juridique particulière.

Quelle activité l'entrepreneur exerçait-il auparavant ?

► Il avait une activité d'entrepreneur

- 6 S'il a déjà exercé une activité d'entrepreneur, le créateur répondra aux conditions générales d'exercice de commerce (voir §§ 203 à 207).

S'il a cédé son fonds de commerce en vue d'en recréer un autre, l'entrepreneur doit peut-être respecter une éventuelle clause de non-rétablissement ou une clause de non-concurrence.

Si l'entrepreneur commerçant a été condamné à certaines peines, il ne peut plus exercer d'activité commerciale.

► Il avait une activité salariée

- 7 Le salarié créateur ou repreneur peut bénéficier d'un congé ou d'un passage à temps partiel pour création d'entreprise et ce, pendant un an (voir §§ 2350 à 2353).

Il doit respecter, le cas échéant, la clause de non-concurrence présente dans son contrat de travail (voir § 2372).

Une clause d'exclusivité ne peut lui être opposée pendant une durée d'un an à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés pour toute activité non concurrente. Il reste, en revanche, tenu à une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur en cas d'activités concurrentes pendant toute la durée de son contrat de travail (voir §§ 2370 à 2372).

Sur les conséquences du passage du statut de salarié au statut d'indépendant, voir paragraphes 1072 à 1078 et 2373 à 2384.

► Il cumule sa nouvelle activité avec une autre

- 8 Le créateur ou repreneur peut cumuler plusieurs activités. Encore faut-il qu'il n'y ait pas d'incompatibilités légales entre ces activités. Le créateur qui exerce une activité commerciale ne peut, par ailleurs, exercer des fonctions de fonctionnaire, d'avocat ou d'officier public ministériel, etc.

Le créateur peut être salarié dans une autre entreprise. Le « biactif », c'est-à-dire celui qui reprend ou crée une entreprise en conservant pendant quelque temps son emploi, bénéficie d'un certain nombre d'avantages : exonération de cotisations pendant douze mois pour la nouvelle activité (voir §§ 2378 à 2383), et congé ou temps partiel pour création d'entreprise (voir §§ 2363 à 2369).

Sur le plan fiscal, la « biactivité » ne lui confère pas d'avantages particuliers. Les bénéfices tirés de son activité sont soumis à l'impôt sur le revenu, quel que soit leur montant et, le cas échéant, à la TVA. Toutefois, selon le montant du chiffre d'affaires ou des recettes réalisées, le contribuable pourra bénéficier du régime de la microentreprise (voir § 2000).

► Il était demandeur d'emploi

- 9 Le bénéficiaire des allocations de chômage qui crée ou reprend une entreprise peut cumuler partiellement, sous certaines conditions, allocations et revenus provenant de sa nouvelle activité (voir §§ 2400 à 2411). En cas d'échec de son projet, il peut percevoir le reliquat de ses allocations non utilisées, si son inscription sur la liste des demandeurs d'emploi intervient avant le terme du délai de déchéance de ces allocations (voir § 2410).

Le salarié qui a créé ou repris son entreprise suite à un licenciement ou une démission sans s'inscrire sur la liste des demandeurs d'emploi peut, en cas d'échec de son projet, s'inscrire comme demandeur d'emploi et faire valoir ses droits aux allocations de chômage dans les trois ans suivant la fin du contrat de travail ayant précédé la création ou la reprise de son entreprise (voir § 2411).

Votre activité nécessite-t-elle des besoins de financement ?

Une incidence sur le statut

10 Le choix du statut va également dépendre de la nécessité ou pas de faire appel à des capitaux extérieurs, et dans l'affirmative, du volume des financements nécessaires. En effet, dans le cas où les capitaux à injecter dans le projet sont minimes et peuvent être apportés par le créateur, une structure de type « entreprise individuelle » constitue une solution adaptée ; les formalités (de création et de fonctionnement) sont réduites (en contrepartie, l'entrepreneur individuel est responsable sur l'ensemble de ses biens vis-à-vis des créanciers).

En revanche, le besoin de capitaux conséquents (donc extérieurs) va nécessairement conduire à opter pour d'autres types de structure (SARL, SAS, SA...).

Estimer les besoins de capitaux

11 Il est donc primordial d'évaluer le besoin de capitaux de l'entreprise à créer. Ils dépendront de multiples facteurs :

– de la nature du produit ou de la prestation ;

Une prestation intellectuelle de type conseil nécessitera une faible mise de fonds, comparativement à une activité industrielle par exemple.

– de son processus de fabrication ;

Ainsi, par exemple, la durée de production d'un bien a une incidence directe sur les besoins de financement de l'entreprise : fabriquer un bateau, par exemple, induit des contraintes financières différentes de celles induites par la fabrication de produits alimentaires.

Dans le même ordre d'idées, les contraintes liées à l'approvisionnement doivent être prises en compte : doit-on par exemple acheter et détenir un volume significatif de matières premières compte tenu des difficultés d'approvisionnement ?

– du degré d'intégration de la production ;

Le produit (ou le service) est-il intégralement fabriqué en interne ou une partie est-elle sous-traitée ; auquel cas, l'outil de production sera localisé chez le sous-traitant, réduisant d'autant les besoins de capitaux de l'entreprise ?

– de son processus de commercialisation ;

La distribution sera-t-elle réalisée par des agents, des VRP, en direct, par correspondance, via la grande distribution ? Ces caractéristiques vont directement influencer sur le coût de la force de vente qui devra être mise en place.

– de la typologie des clients ;

Les pratiques du marché consistent-elles à accorder des délais de règlement aux clients ? Est-il possible de facturer des acomptes, dans le cas de prestations de service qui s'étalent sur une période conséquente ? Selon le cas de figure, le niveau du BFR sera très différent.

– des besoins de promotion nécessaires au lancement du produit.

S'agit-il d'un produit très innovant qui va nécessiter un gros effort de communication et un temps de latence de la part des clients potentiels, ou bien s'agit-il d'un produit bien implanté dans les modes de consommation des clients mais pour lequel la concurrence est solidement installée ?

Tous ces paramètres auront une incidence directe sur le coût de lancement ainsi que sur la durée pendant laquelle l'entreprise devra « tenir » avant d'être équilibrée sur le plan de sa trésorerie.

Comment le créateur va-t-il se rémunérer la première année ?

- 12 Le créateur doit avoir à l'esprit que le démarrage de son activité peut être lent. Il doit donc prévoir comment il se rémunérera. Dans une entreprise individuelle, l'exploitant peut prendre les premiers bénéfices dans la « caisse » de l'entreprise à n'importe quel moment, dans la mesure où il est assuré de faire face à ses échéances. Il n'a de comptes à rendre à personne. En revanche, dans une société imposée à l'IS, la rémunération du dirigeant doit être régulièrement approuvée par les autres associés. De plus, il ne pourra, le cas échéant, bénéficier du versement de dividendes qu'à la fin du premier exercice social, après l'approbation des comptes annuels. Il ne peut, en cours d'année, effectuer de prélèvements dans la « caisse ».

Le projet personnel du créateur

Le créateur souhaite-t-il exercer seul ?

► Motivations du créateur

- 13 Le créateur a le projet de réaliser et d'exercer seul son activité ; il préfère n'avoir de comptes à rendre à personne au quotidien. Il a le choix entre les deux types de structure, d'une part, l'entreprise individuelle et, d'autre part, la structure sociétaire, à savoir l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou la société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU).

► Il crée une entreprise individuelle

- 14 Dans l'entreprise individuelle, il est seul maître à bord. Il est personnellement propriétaire de l'entreprise. Il n'a de comptes à rendre à personne ni en interne ni en externe. Il a la maîtrise totale des bénéfices et des pertes. Il dispose librement du patrimoine unique, sous réserve de l'application du régime matrimonial. Il n'a pas l'obligation de publier des comptes annuels.

► Il crée une société unipersonnelle

- 15 Dans une structure sociétaire, entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU), le créateur contrôle l'ensemble des décisions sociales, sans avoir à interroger d'autres associés.

Pour ces deux formes sociales il fixe librement le montant du capital (pour la SASU à compter du 1/01/09) ; la nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire au-delà de certains seuils (voir §§ 600 à 602).

En contrepartie, il devra se conformer au formalisme du droit des sociétés, notamment tenir le secrétariat juridique de sa société dans les registres *ad hoc* (registre des décisions du gérant de l'EURL, registre du président de la SASU), et déposer ses comptes annuels auprès du greffe du tribunal de commerce et des sociétés. Par ailleurs, il doit rendre des comptes aux créanciers qui disposent, à son encontre, d'actions en responsabilité (voir §§ 617 à 619).

La rémunération. Le gérant d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée qui souhaite toucher des dividendes doit respecter le formalisme du procès-verbal de prises de décisions qui constate cette distribution. Le gérant ne pourra ensuite modifier le montant de ces dividendes.

Le président d'une SASU devra respecter également le formalisme statutaire de prise de décision avant de percevoir les dividendes.

Le créateur exerce son activité avec des « associés »

- 16 Le créateur peut être tenté de créer une société à plusieurs, pour des raisons patrimoniales, financières, fiscales, économiques ou sociales. La société semble s'imposer au créateur qui exerce son activité avec plusieurs autres personnes. Il a le choix entre plusieurs formes sociales ; en pratique, deux retiendront son attention : la société à responsabilité limitée (SARL), ou la société par actions simplifiée (SAS) (voir §§ 450 à 514). Il lui faudra au moins un associé dans le cas de la SARL ou de la SAS et six actionnaires dans le cas de la SA. Le créateur orientera son choix vers une forme sociale à responsabilité limitée au montant des apports et donc pour une SARL, une SA ou une SAS. Sauf cas particulier, la société en nom collectif (SNC) à laquelle est attachée une responsabilité indéfinie et solidaire sera rejetée. En adoptant cette forme sociale, le créateur aurait une responsabilité similaire à celle d'un commerçant sans pouvoir déclarer insaisissable tout ou partie de son patrimoine immobilier.

Les créateurs peuvent s'interroger sur la nécessité de créer une société. Ne peuvent-ils exploiter leur fonds de commerce ensemble et donc en indivision ? Le régime de l'indivision n'est pas spécialement prévu pour gérer une entreprise, surtout lorsque des intérêts économiques sont en jeu mais, habituellement temporaire, il permet à plusieurs personnes propriétaires ensemble d'un même bien d'administrer ce bien dans le cadre d'une succession.

En l'état actuel des textes, le créateur choisira entre une SARL et une SAS qui sont les deux formes sociales les plus attractives.

Quels associés choisir ?

► Des « associés de paille » ?

- 17 Le créateur peut s'associer à d'autres pour la forme, c'est-à-dire pour lui permettre d'avoir le nombre d'associés nécessaire pour constituer une société. Dans la SARL ou la SAS, deux associés suffisent, mais, dans la SARL, le gérant souhaitant être minoritaire afin de bénéficier du statut social des salariés peut être enclin à rechercher des associés de complaisance afin de diluer en apparence sa participation.

Mais attention, ces associés minoritaires peuvent par la suite devenir exigeants ou revendicatifs ; ils peuvent prendre un intérêt à leur qualité d'associé. Les minoritaires ont alors des intérêts très souvent divergents de ceux du ou des majoritaires. Ils pourraient vouloir, par exemple, obtenir des dividendes, alors que le dirigeant souhaiterait réinvestir les bénéfices de la société.

► Une société familiale

- 18 La plupart des entreprises françaises sont des entreprises familiales. Les membres de la famille deviennent porteurs de parts ou propriétaires d'actions. Les enfants en âge de travailler peuvent eux-mêmes participer à l'activité de l'entreprise.

Ou encore le créateur travaille avec son conjoint, son compagnon ou pacsé.

Le créateur n'a pas intérêt à rester dans le flou concernant la nature exacte des liens de droit régissant ceux qui y concourent sous prétexte que le créateur et les membres de sa famille se connaissent bien (sur les statuts du compagnon, voir § 496).

• **SARL de famille.** Les bénéfices réalisés relèvent, en principe de plein droit, de l'IS, mais avec l'accord de tous les associés, la société peut se placer durablement sous le régime

de l'IR. Cette option est remise en cause lorsque survient un problème dans la cohésion de la famille au sein de la société.

En effet, les personnes qui peuvent être associées sont limitées au strict cercle familial. Si une tierce personne vient à entrer dans le capital, la société prend le risque de changer de régime d'imposition fiscale (pas de remise en cause du régime fiscal si les tiers rentrants sont les enfants ou le conjoint de l'associé décédé).

Rôle des associés

► Apport de capitaux

- 19 Les associés apportent des capitaux, leur savoir-faire technique, commercial, financier. Les associés se répartissent le capital et le pouvoir. Leurs relations dépendent principalement du nombre de parts détenues par chacun.

► Conséquences du partage du capital

- 20 Le créateur doit savoir que faire entrer des tiers dans sa société entraîne un certain nombre de conséquences.

Le créateur devra partager son pouvoir avec plusieurs organes. Selon le type de société, les organes de direction sont plus ou moins hiérarchisés.

Selon sa participation dans le capital, le dirigeant associé sera majoritaire, égalitaire ou minoritaire. Il détiendra un contrôle plus ou moins important sur les décisions de l'assemblée (25 % ou 33,33 % du capital constituent par exemple une minorité de blocage). Pour éviter sa révocation dans une SARL, il doit détenir ou contrôler plus de la moitié des parts glissant ainsi vers le statut de gérant majoritaire (voir § 485). Dans une SAS, le mode de révocation du président dépend des clauses statutaires laissant une plus grande souplesse dans le mode de verrouillage.

Il représente la société vis-à-vis des tiers, il n'agit pas pour son propre compte.

En conséquence, dans toutes les sociétés, le dirigeant doit respecter un certain formalisme lorsqu'il est appelé à prendre des décisions importantes (autorisations des associés pour certains actes).

Il rend compte de sa gestion aux associés en les informant et en les réunissant dans une SARL, ou pouvant, dans une SAS, les consulter annuellement pour l'approbation des comptes (établissement des comptes annuels, rédaction de rapports, etc.) et aux créanciers en publiant ces comptes.

S'il partage le capital avec d'autres, il existe toujours le risque de départ d'associés et donc de modification de la composition du capital, sauf à prévoir son verrouillage par des clauses statutaires adéquates (clauses de préemption, clause d'agrément ; voir § 495).

Quelle responsabilité financière le créateur est-il prêt à assumer ?

Différents degrés de responsabilité ?

- 21 L'entrepreneur peut voir sa responsabilité engagée à plusieurs titres.

L'entrepreneur individuel est, par principe, solidairement et indéfiniment responsable des actes qu'il accomplit dans le cadre de son activité professionnelle (voir § 350). Le dirigeant de société, quant à lui, n'est responsable des dettes de

la société qu'à hauteur de sa participation au capital mais il peut être obligé, en cas de faute de gestion, de rembourser les dettes de l'entreprise sur son propre patrimoine, en étant lui-même mis en redressement ou liquidation judiciaires (voir § 514).

L'entrepreneur individuel encourt une responsabilité envers les tiers. Le dirigeant associé d'une société est, lui, responsable non seulement vis-à-vis des tiers mais également vis-à-vis des associés (voir §§ 510 à 513).

Le choix de la structure juridique prendra ici toute son importance.

Les biens immobiliers peuvent être mis « à l'abri » dans une SCI

- 22 Le chef d'entreprise qui possède quelques biens immobiliers peut avoir intérêt à les isoler de son patrimoine au sein d'une société civile immobilière. Cette précaution vaut pour l'entrepreneur individuel comme pour le dirigeant de société.

Le cloisonnement sera plus ou moins étanche (voir §§ 700 et 781). Sortis du contexte de la protection du patrimoine, les locaux dans lesquels l'exploitation est exercée peuvent, notamment pour des raisons fiscales, être inscrits ou non à l'actif de l'entreprise (voir § 740).

Insaisissabilité des biens immobiliers de l'entrepreneur individuel. Tout ou partie des biens immobiliers de l'entrepreneur individuel peuvent être déclarés insaisissables envers les créanciers professionnels ou certains d'entre eux (voir § 362).

La responsabilité de l'entrepreneur individuel est-elle illimitée ?

► Absence de distinction entre le patrimoine personnel de l'entrepreneur et le patrimoine de l'entreprise

- 23 Il n'existe aucune distinction entre le patrimoine de l'entreprise et celui de l'entrepreneur.

Le chef d'entreprise est donc, par principe, entièrement responsable des dettes de la société sur tous ses biens propres. L'ensemble de ses biens, sous réserve des règles applicables aux régimes matrimoniaux, sert de garantie et forme, en quelque sorte, son « capital ». En cas de faillite, l'entrepreneur individuel doit payer avec ses biens personnels, présents et à venir (c. civ. art. 2092). Mais, en contrepartie, tous les profits de l'entreprise seront pour lui.

► Des biens immobiliers peuvent être déclarés insaisissables

- 24 L'entrepreneur individuel a la possibilité de déclarer, par acte notarié, insaisissables sa résidence principale ainsi que tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à son usage professionnel (c. com. art. L. 526-1). Cette déclaration n'a d'effet qu'envers les créanciers professionnels dont la créance est née postérieurement à la publication au bureau des hypothèques de l'insaisissabilité (voir §§ 362 à 370). Cette mesure en limitant le gage des créanciers peut, à première analyse, être une restriction aux demandes de crédit. En pratique, le chef d'entreprise, après avoir déclaré insaisissable tel ou tel bien non professionnel, peut renoncer au profit de l'établissement prêteur à cette insaisissabilité sur tout ou partie des biens. Ainsi il confère à ce créancier une sorte de droit privilégié par rapport aux autres créanciers professionnels qui ne peuvent poursuivre les biens insaisissables.

► Certains biens peuvent être affectés prioritairement à son activité

- 25 L'entrepreneur peut proposer à son banquier une garantie sur les biens affectés à son activité avant de gager ses biens personnels. En cas d'exécution forcée, il peut également, dans certaines conditions, demander au créancier que l'exécution soit en priorité poursuivie sur ces derniers (voir §§ 150 et 155).

Quelle est la responsabilité du dirigeant associé ?

- 26 Constituer une société permet de dissocier le patrimoine personnel du dirigeant de celui de l'entreprise et donc de protéger ses biens personnels de l'action des créanciers de l'entreprise.

La société bénéficie de la personnalité morale et est dotée d'un patrimoine propre. Le risque encouru par les associés (sauf sociétés de personnes) se limite, en principe, au montant des apports que chacun a effectués lors de la constitution de la société. En devenant membre, par exemple, d'une société à responsabilité limitée, l'associé risque tout au plus de perdre les fonds ou les biens qu'il lui a apportés (voir §§ 507 et 508).

Limites au principe de la responsabilité limitée du dirigeant associé

► Le dirigeant doit souvent se porter caution

- 27 Certains créanciers exigent souvent, pour traiter avec une société nouvelle, un engagement personnel et inconditionnel d'un ou de plusieurs associés solvables, généralement investis des fonctions de dirigeants, à rembourser les dettes de la société au cas où les biens de l'entreprise n'y suffiraient pas. Cette garantie prend souvent la forme d'une caution (voir § 150). Cette exigence est surtout le fait des banquiers qui deviennent ainsi des créanciers privilégiés. Le gérant et/ou associé d'une société peut ainsi voir sa responsabilité personnelle engagée au titre d'une caution qu'il a été appelé à consentir en garantie d'emprunts accordés à la société.

Cet acte de caution, est un acte particulièrement grave. Il répond à un formalisme léger qui ne donne pas conscience des conséquences graves de l'engagement. Et la perspective heureuse d'obtenir un prêt en atténue l'importance.

Or, cet engagement concerne tous les biens personnels du dirigeant (maison, meubles, compte en banque, etc.). Toutefois envers le créancier professionnel, le dirigeant qui se porte caution doit faire précéder sa signature d'une mention informative sur la portée de son engagement et cet engagement ne doit pas, au moment de sa conclusion, être disproportionné à ses biens et revenus (c. consom. art. L. 341-3 et L. 341-4 ; voir § 150).

- **Garantie à première demande.** Hormis une caution, la banque pourrait proposer au créateur une garantie à première demande élevée au rang des sûretés personnelles légales par le législateur (c. civ. art. 2321). Celle-ci diffère du cautionnement en ce que la garantie porte non pas sur la dette du débiteur mais sur une certaine somme promise directement au bénéficiaire. Elle présente des risques pour l'entrepreneur dans la mesure où la preuve de l'existence ou de l'exigibilité de la dette n'a pas à être apportée ; le signataire ne peut soulever telle ou telle exception de paiement liée à la dette principale ou au contrat garanti (voir § 153).

- **Surendettement.** Toute personne qui ne peut pas faire face à son engagement de caution, donné en faveur d'une entreprise individuelle ou d'une société, peut saisir la commission de surendettement (c. consom. art. L. 330-1, voir § 155).

► **Le dirigeant est responsable de l'évaluation des apports en nature**

- 28 Les associés d'une SARL sont solidairement responsables, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports (valeur de l'apport inférieure à 7 500 €) ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports (c. com. art. L. 223-9).

► **Le dirigeant doit supporter certaines dettes**

- 29 Lorsque la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou de la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actifs, le tribunal peut, en cas de faute de gestion du dirigeant ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de l'entreprise seront supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par le dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non (c. com. art. L. 651-2).

En cas de liquidation judiciaire, le dirigeant qui a commis des fautes graves de nature à entraîner sa faillite personnelle peut être obligé au paiement de tout ou partie des dettes sociales.

► **Le dirigeant ne doit pas commettre d'abus de biens sociaux**

- 30 En créant une personne morale distincte pour l'exercice de son activité, le créateur doit respecter cette dissociation en ne faisant pas usage, dans un but personnel, des biens ou du crédit de la société. L'utilisation des biens de la société à des fins personnelles peut entraîner des poursuites au titre de l'abus de biens sociaux (c. com. art. L. 241-3, 3° pour les SARL, L. 242-6, 3° pour les SA et L. 244-1 pour les SAS). L'usage abusif du crédit social consiste à engager la signature sociale (exemple : le fait pour le dirigeant de se faire cautionner une dette personnelle par la société) (voir § 158).