# Chapitre 8 Les raisons du choix de la structure d’entreprise

Tout créateur d’entreprise est confronté au choix de la structure juridique. Ses motivations peuvent être variées : organisation du patrimoine de l’entreprise, risques assumés personnellement, contrôle de l’activité et des décisions, régime fiscal, statut social du dirigeant, modalités et formalités de constitution de l’entreprise, facilités de croissance de l’organisation, etc.

La difficulté vient du fait qu’il n’existe pas un modèle idéal de structure juridique : c’est seulement au regard des priorités du ou des fondateurs que peut se dessiner un choix rationnel.

I. Les motivations liées à la responsabilité

### A. La prise en compte des risques et de la responsabilité

En entreprise individuelle, on assure totalement le contrôle de son avenir professionnel ; mais il faut alors accepter de prendre des risques majeurs, puisque l’entrepreneur engage totalement son patrimoine pour garantir les dettes professionnelles.

Le législateur est bien conscient que cette règle peut détourner de la création d’entreprise des personnes qui ne manquent ni d’idées ni d’ambition, mais qui ne souhaitent pas prendre des risques patrimoniaux illimités en créant une entreprise. Pour cette raison, plusieurs textes ont aménagé le principe de l’engagement sans limite de l’entrepreneur individuel.

Depuis la loi du 1er août 2003, l’entrepreneur individuel peut mettre sa résidence principale à l’abri des poursuites des créanciers professionnels. Deux formalités suffisent : déclaration de l’insaisissabilité du bien au bureau des hypothèques et information des tiers par l’inscription de la mesure au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers.

Une loi du 1er août 2008 a même étendu cette protection des biens immeubles : dorénavant, l’entrepreneur individuel a la faculté de préserver non seulement l’immeuble constituant sa résidence mais aussi l’ensemble de ses biens fonciers non affectés à l’activité professionnelle.

En termes de protection des biens immobiliers de l’entrepreneur individuel, la loi du 6 août 2015 prévoit que l’immeuble de sa résidence échappe aux poursuites de ses créanciers professionnels de façon automatique, sans qu’il n’ait à effectuer aucune démarche.

La loi du 16 juin 2010 a instauré un nouveau statut juridique, celui de l’entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL), qui offre la possibilité de constituer un patrimoine spécialement affecté à la vie des affaires, par une simple déclaration au registre du commerce et des sociétés. Seuls les biens constituant ce patrimoine d’affectation sont susceptibles d’être saisis par les créanciers professionnels en cas de défaillance du débiteur.

En principe, les sociétés commerciales de capitaux (SA, SAS) et la SARL (ou l’EURL) sont des structures dans lesquelles les associés n’engagent leur patrimoine qu’à hauteur des apports effectués.

Pourtant, en cas de besoin, la pratique de la vie des affaires écarte cette règle sans mal. Que le dirigeant d’entreprise sollicite un prêt bancaire et le banquier exigera de lui une garantie : soit un cautionnement, par lequel il s’engage à se substituer personnellement à la société pour payer en cas de défaillance de celle-ci, soit une sûreté réelle, consistant à fournir un gage sur un bien meuble ou une hypothèque sur un immeuble, l’un ou l’autre saisissable si les échéances ne sont pas respectées.

Certes, les créanciers ne sont pas tous des professionnels du crédit. Le fisc, les organismes sociaux, les fournisseurs n’ont pas la possibilité d’exiger des sûretés. La limitation de responsabilité dans le cadre d’une société reste donc un élément déterminant du choix de la structure.

### B. Le choix du régime matrimonial

Si le créateur d’entreprise est marié ou uni par un PACS (Pacte civil de solidarité), sa situation personnelle et familiale l’oblige à considérer l’éventualité de sa responsabilité personnelle en ayant la préoccupation de ne pas mettre en péril l’ensemble des biens du couple. Certains biens pourraient en effet être engloutis dans le passif commercial, pénalisant ainsi le conjoint.

Le régime matrimonial de la communauté des biens réduite aux acquêts s’applique aux personnes qui se marient sans passer de contrat devant notaire. Les biens acquis pendant le mariage, les acquêts, sont communs aux deux époux. Ils sont donc engagés par l’activité professionnelle de l’un et répondent des dettes professionnelles. Seuls les biens qu’il avait avant le mariage ou ceux qu’il reçoit à titre gratuit (par succession, par exemple) constituent des biens propres à chacun des époux, échappant aux poursuites des créanciers du conjoint.

On comprend que ce régime matrimonial est déconseillé à qui veut entreprendre seul ou dans le cadre d’une société faisant naître une responsabilité illimitée des associés.

Le régime conventionnel de la séparation de biens permet de dissocier très simplement les biens de chacun des époux. Ce qui est acquis par chacun, à titre onéreux comme à titre gratuit, avant comme pendant le mariage, lui appartient exclusivement. Si l’un des époux crée une entreprise individuelle, l’autre ne peut pas subir la saisie de ses biens en cas de difficulté dans l’exploitation. Dans le cas d’une création de société, les apports du créateur sont exclusivement réalisés à partir de ses biens propres. Ce régime matrimonial apparaît mieux adapté à la vie des affaires.

Le régime du PACS correspond à une transposition du régime de séparation de biens : chaque partenaire a la libre administration, la libre jouissance et la libre disposition des biens qu’il acquiert, sauf si le PACS a prévu un régime d’indivision.

### C. La transmission de l’entreprise

Transmettre une entreprise, en particulier dans le cadre familial, présente parfois des difficultés. Si un entrepreneur individuel veut laisser son affaire à un héritier, il faut que le partage successoral puisse s’opérer sans que l’attribution du fonds de commerce soit une cause de lésion des autres héritiers. D’autres problèmes existent pour celui qui souhaite transmettre son fonds de commerce à un étranger à la famille : en le cédant, il perd toute possibilité de conserver une place dans l’entreprise.

L’adoption du statut de société fait disparaître ces problèmes : la cession ou la transmission des parts peut se faire totalement ou partiellement, vers une ou plusieurs personnes de son choix. La seule règle juridique importante ici est celle du régime de l’agrément que la loi peut imposer à ces opérations sur le capital : dans une SNC, il faut l’accord unanime des autres associés ; dans une SARL, il faut l’approbation de la majorité des associés représentant les 3/4 du capital. Seules la SA et la SAS sont gouvernées par le principe de la liberté de cession des actions ; et encore, cette règle n’est pas absolue, les statuts pouvant stipuler une clause d’agrément.

II. Les motivations sociales et fiscales

### A. Le choix du statut social

Le niveau de protection sociale du dirigeant est une motivation qui peut guider le choix de la structure selon les avantages qu’elle procure. Sur ce plan, l’entreprise sociétaire offre des choix que ne donne pas l’entreprise individuelle.

Au regard de la Sécurité sociale, le dirigeant de société est assimilé à un salarié dans certaines situations : s’il est à la tête d’une société de capitaux ou s’il est gérant non majoritaire d’une SARL. Dans ces cas, il bénéficie des assurances sociales complètes, au titre de la maladie, de la maternité, des accidents du travail, de la vieillesse. La seule protection qui ne lui soit pas accordée est l’assurance chômage.

En entreprise individuelle, l’exploitant est considéré comme un travailleur indépendant. C’est la même chose pour le gérant associé de SNC ou d’EURL, ou pour le gérant associé majoritaire de SARL. Dans tous ces cas, le dirigeant de l’entreprise n’est donc pas bénéficiaire des différentes prestations du régime général de la Sécurité sociale. Il dépend d’un régime social spécifique et doit donc cotiser personnellement à des caisses d’assurances complémentaires pour obtenir un statut social satisfaisant.

Toutefois, la distinction entre les différents régimes de protection sociale s’est nettement estompée. Désormais, les cotisations sociales acquittées par le salarié ne sont pas éloignées du coût des assurances – y compris les assurances volontaires – souscrites par les travailleurs indépendants. Ce critère de choix de la structure d’entreprise a ainsi perdu beaucoup de sa pertinence.

### B. Le choix du régime fiscal

#### 1. L’imposition de l’entrepreneur ou l’imposition de la société

Le droit fiscal prévoit deux régimes d’imposition des profits de l’entreprise : soit il taxe la personne physique au titre de l’impôt sur le revenu, soit il impose la société en tant que personne morale.

Le premier dispositif concerne l’entrepreneur individuel ainsi que certains dirigeants de société, associés de sociétés de personnes en particulier. Cet impôt sur le revenu (IR) frappe les bénéfices réalisés, selon un barème progressif dont la tranche supérieure est actuellement fixée à 45 %.

Le second dispositif consiste en un prélèvement proportionnel à hauteur de 33,33 % des bénéfices ; c’est l’impôt sur les sociétés (IS).

#### 2. Les nombreux éléments du choix fiscal

La proportionnalité de l’IS comparée à la progressivité de l’IR laisse deviner que si les bénéfices sont importants, le poids de la fiscalité est relativement moindre dans le cas d’une structure sociétaire. L’IR pousserait à choisir l’entreprise individuelle si les bénéfices escomptés sont plus modestes.

Mais la loi prévoit un régime de faveur et un taux réduit de 15 % de l’IS pour une première fraction des bénéfices annuels. Ensuite, en cas d’imposition à l’IR, les bénéfices perçus s’ajoutent aux autres revenus du foyer fiscal. Leur incidence sur le taux marginal de l’impôt peut être lourde s’il existe d’autres revenus significatifs. D’un autre côté, l’IR peut être sensiblement allégé par l’application d’un quotient familial avantageux si le foyer comprend des enfants ou d’autres personnes à charge.

En résumé, il est impossible de préconiser une forme juridique d’entreprise qui serait toujours intéressante au regard de la fiscalité. C’est à chacun de prendre en compte les divers paramètres en les rapprochant de sa situation personnelle et familiale d’une part, des profits attendus de l’entreprise d’autre part.

III. Les préoccupations stratégiques

Les petites entreprises ne peuvent espérer la pérennité si elles ne choisissent pas une stratégie adaptée à leur structure : sous-traitance, hyperspécialisation, relation de proximité avec la clientèle sont des options offertes aux PME.

Pour les grandes structures, la croissance fait partie de leur mode normal de mise en œuvre des stratégies : une entreprise ne peut pas se diversifier, devenir une multinationale, délocaliser certaines activités sans passer par la croissance. Or, c’est le droit qui organise les modalités de cette croissance : filialisation, prise de contrôle de sociétés tierces, fusion constituent autant d’évolutions des structures juridiques de l’organisation.

IV. Les motivations liées à l’organisation de l’entreprise

### A. Le pouvoir dans l’entreprise

Outre le cas de l’entreprise individuelle, certaines structures sociétaires offrent au dirigeant la possibilité d’exercer un pouvoir sans partage : il s’agit des sociétés unipersonnelles (EURL ou SASU). En dehors de ces cas, il faut se résoudre à partager le pouvoir, car le fonctionnement des sociétés dépend plus ou moins d’un consensus exprimant l’approbation des choix du dirigeant par les autres associés.

Le créateur qui choisit la forme juridique sociétaire doit savoir que son pouvoir sera à la hauteur de son engagement financier et des risques assumés, en tout cas dans les sociétés de capitaux et dans la SARL : lors des votes en assemblée générale, tout associé détient une quantité de droits de vote proportionnelle à ses apports.

Il en va autrement des décisions adoptées dans les sociétés de personnes comme la SNC. Là, la prééminence de l’*intuitu personae* se traduit par la règle de l’unanimité : en assemblée générale, les associés ont les mêmes pouvoirs.

Si la loi détermine assez précisément les pouvoirs des différents organes des sociétés commerciales, elle a cependant prévu que les statuts, qui manifestent l’accord fondamental des associés, peuvent aménager l’organisation des pouvoirs dans la société, voire les conditions de cession des parts sociales. Ce rôle des statuts est particulièrement affirmé dans le cas de la SAS, pour laquelle la loi se contente de préciser quelques règles essentielles de fonctionnement, en laissant les associés choisir librement la répartition des pouvoirs ou leur concentration entre les mains d’un seul dirigeant.

V. Les motivations liées au financement de l’entreprise

Fonder une entreprise est un acte qui exige un sens aigu du réalisme. Les ambitions de l’entrepreneur doivent prendre en compte les exigences de financement des stratégies envisagées.

Les structures ne sont pas toutes égales face à leur aptitude à faciliter ce financement. Celles qui sont constituées en rassemblant des capitaux importants, comme certaines SA, sont doublement avantagées : l’importance du montant de leurs capitaux propres rassure et elles obtiennent facilement des crédits.

En revanche, les petites entreprises, qu’elles soient individuelles ou sociétaires, apparaissent comme des partenaires plus dangereux pour les banques. Le déblocage des crédits est alors conditionné par les engagements de l’entrepreneur ou du dirigeant. La modestie des possibilités financières est souvent un frein à la réalisation des objectifs et peut, à terme, être l’élément qui empêche d’accéder au succès.