

Le droit de la concurrence déloyale est un **droit supplétif** appliqué en cas d'absence de dispositions législatives précises, il existe néanmoins de nombreux textes régissant l'activité concurrentielle. La nécessité d'un droit de la concurrence a été engendrée par l'essor industriel des pays développés. Une concurrence libre sans réglementation représentait une menace pour le marché en vue des excès de concurrence (*concurrence*

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

sauvage) et des insuffisances de concurrence (*ententes anticoncurrentielles entre entreprises*). Le législateur encadre de manière permanente les activités de marché afin d'assurer une concurrence réelle, suffisante et non excessive. Certaines pratiques, considérées comme étant nuisibles, sont interdites en elles-mêmes, elles sont condamnées inconditionnellement. D'autres comportements sont prohibés en raison de leur effet négatif sur le marché et non en eux-mêmes. La concurrence réglementée a deux sources principales :

- - **Le droit interne français**
- - **Le droit communautaire**

Section 1. Droit interne français

1. Histoire

Le droit de la concurrence est apparu en France au début du 19^{ème} siècle avec l'article 419 du code pénal. Ce dernier prohibait les ententes entre détenteurs de marchandises dans un but inflationniste. S'agissant de l'unique base légale de ce droit, son application ne fut que peu courante en France jusqu'au 20^{ème} siècle, contrairement aux Etats-Unis.

La seconde guerre mondiale a engendré un interventionnisme dirigiste économique de l'Etat. Les deux ordonnances du 30 juin 1945, relatives aux prix et à la répression des infractions à la législation économique, fondent le droit de la concurrence dans un but de lutte contre le marché noir. L'état intervient concernant les ententes anticoncurrentielles par des procédures administratives, les pratiques individuelles (discriminatoires, prix imposés), également prohibées par décrets dans les années 50, font l'objet de procédures judiciaires. A partir de 1963, la loi régit les ententes et les abus de positions dominantes. A partir de 1977, le ministre de l'économie est autorisé à prononcer lui-même des sanctions pécuniaires contre les entreprises se livrant à des pratiques anticoncurrentielles.

Le milieu des années 80 est marqué par l'arrêt de l'interventionnisme économique de l'Etat, le droit de concurrence se libéralise. L'ordonnance du 1er décembre 1986, base légale du droit

moderne français de la concurrence, abroge les ordonnances de 1945 et proclame la **liberté des prix**. Le droit de la concurrence fait alors office de véritable mécanisme de régulation, l'intervention administrative est plus discrète et le **conseil de la concurrence** (rebaptisé **autorité de la concurrence** par la loi de modernisation de l'économie de 2008) est créé afin de succéder au ministre de l'économie dans le contrôle des pratiques concurrentielles. Il s'agit d'une autorité administrative indépendante de l'état. La **loi Gallant de 1996** sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales modernise l'ordonnance de 1986.

Les ordonnances de 1945 et les 40 années suivantes ont été dominées par la lutte contre la surpuissance des producteurs pouvant dicter leurs conditions aux distributeurs. Ce rapport de forces s'inverse à partir du milieu des années 80 avec le regroupement des distributeurs, alors en mesure d'imposer leurs conditions aux producteurs, notamment grâce à la création de centrales d'achat. La jurisprudence se charge alors de protéger les producteurs afin de maintenir un équilibre commercial.

Les dispositions relatives au droit de la concurrence se trouvent aux **articles L410-1 et suivants du code de commerce**, contrôlant les comportements ainsi que les structures.

2. Contrôle des comportements

Les pratiques **restrictives**, condamnées inconditionnellement, se distinguent des pratiques **anticoncurrentielles**, condamnées en raison de leurs effets négatifs sur le marché.

2.1. Pratiques restrictives

Le dommage engendré par ce type de pratiques est présumé et la victime n'est pas tenue de le démontrer.

Revente à perte

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Certains grands distributeurs peuvent pratiquer la vente à perte afin d'éliminer leurs petits concurrents pour ensuite relever leurs prix, il s'agit de **dumping**. **L'article L442-2** prohibe le fait pour un commerçant de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. L'interdiction ne vise pas les prestations de service, ni la vente simple, mais **uniquement la revente** sans transformation. Ce délit pénal est puni d'une amende de 75000€ par infraction. Les victimes peuvent également obtenir des dommages et intérêts sur le plan civil. Les exceptions légales concernent les produits démodés, soldés et périssables, ainsi que les magasins de moins de 300m² (produits alimentaires) ou de moins de 1000 m² (produits non-alimentaires) en cas d'alignement des prix sur ceux d'un concurrent.

Prix imposés

A partir de la seconde guerre mondiale, les producteurs imposent aux distributeurs des prix de revente minimaux afin d'éviter toute concurrence par les prix portant atteinte à la réputation des produits. Cette pratique préjudiciable pour le consommateur est prohibée par **l'article L442-5 du code de commerce** sanctionnant le fait pour toute personne d'imposer un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale. Ce délit est puni d'une amende de 15 000€ par infraction. Une loi dérogatoire autorise la fixation des prix des livres.

Les pratiques para-commerciales

La para-commercialité est un acte de concurrence déloyale, les commerçants de faits agissant illicitement sans remplir leurs obligations légales peuvent proposer des prix avantageux. **Les articles L442-7 et L442-8** interdisent aux associations et aux coopératives d'entreprises d'exercer des activités économiques non prévues par leurs statuts et la vente sauvage sous peine de sanctions pénales.

Abus de distribution

A la différence des comportements illicites précédemment évoqués, l'abus de distribution n'est pas sanctionné pénalement, mais sur le terrain de la responsabilité. **L'article L442-6** liste les abus de distribution, principalement commis par des distributeurs dans leurs relations avec les producteurs.

✓ *Engage sa responsabilité un producteur qui obtient ou tente d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.*

La coopération commerciale fictive est prohibée par ce texte, notamment la **corbeille de la mariée**, consistant en une contribution financière (*remise supplémentaire*) exigée des producteurs par les distributeurs lors de fusions ou d'acquisitions.

✓ *Obtenir ou tenter d'obtenir sous la menace de la rupture d'une relation commerciale des conditions manifestement abusives.*

Trois centrales d'achat existaient dans les années 80, les relations distributeurs – producteurs étaient ainsi très asymétriques. Ces associations de droit privé obtenaient les meilleurs prix auprès des producteurs grâce à leur grand nombre d'adhérents, ces derniers se voyaient proposer ces tarifs par le biais d'un catalogue, la menace étant pour les producteurs d'être déréférencé. **L'article L442-6** équilibre cette immense pression concurrentielle grâce à un mécanisme de sanctions dérogatoires au droit commun. La victime peut obtenir la cessation de la pratique illicite, le versement de dommages et intérêts ainsi que l'annulation des clauses abusives des contrats. Le ministère public, le ministre de l'économie et le président de l'autorité de la concurrence peuvent tout comme la victime agir en responsabilité afin d'obtenir réparation des préjudices. La jurisprudence a souhaité éviter que les producteurs ne poursuivent pas les distributeurs par crainte de représailles économiques après l'action en concurrence. Le parquet et le ministre de l'économie peuvent obtenir du juge qu'il prononce une amende civile pouvant aller jusqu'à 2 millions d'euros. Cette action très dérogatoire ne peut être portée que devant certains grands tribunaux de commerce listés par le code.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Le **refus de vente** était auparavant une pratique restrictive prévue par les dispositions de 1945, elle a été abandonnée en 1996. Le refus de vente interentreprises n'est plus condamné, contrairement au refus de vente dans les relations entre consommateurs et entreprises.

2.2. Pratiques anticoncurrentielles

Ententes

Article L420-1 du code de commerce : Prohibe toute action concertée, convention ou entente dont l'objet ou dont l'effet peut être d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence.

Exemple : Conventions limitant l'accès aux marchés, faisant obstacle à la libre fixation des prix, contrôlant le niveau de production, répartissant les marchés...

Cet article ne distingue pas de forme juridique, il peut ainsi s'agir d'un contrat simple, d'une structure juridique (*syndicat*), d'un avis, d'une recommandation, d'un accord tacite... L'effet anticoncurrentiel doit être potentiel, la réalisation du dommage concurrentiel et l'intention des parties ne sont pas des conditions nécessaires pour qu'une convention soit illicite. L'entente doit néanmoins concerner un marché précis (**marché pertinent**). De plus, le droit de la concurrence ne saisi que les ententes ayant un effet sensible sur un marché, faisant ainsi office de droit macroéconomique (*l'entente de deux petits boulangers ne concerne pas l'autorité de la concurrence*).

Abus de domination

• **Article L420-2 du code de commerce** : Condamne l'exploitation abusive d'une position dominante dont l'effet est de fausser la concurrence

Les marchés doivent être contestables (la position dominante n'est pas acquise irrémédiablement) et aucun monopole durable ne peut exister. La jurisprudence souhaite que l'entreprise dominante craigne la concurrence afin que cette dernière continue ses efforts de production. La position dominante s'entend comme le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective. L'entreprise en question occupe une place prépondérante sur le marché. C'est la possibilité pour une entreprise de s'abstraire des contraintes du marché. Le marché c'est cette entreprise, elle oblige ses concurrents à s'aligner sur elle. Il existe des positions dominantes collectives.

Exemple : Refuser de vendre, pratiquer des ventes liées, des pratiques discriminatoires, la rupture abusive de relations, restreindre l'accès à certains marchés etc...

D'autres pratiques anticoncurrentielles existent parallèlement aux pratiques traditionnelles :

• **Article L 420-2 2° du Code de commerce** : Abus de dépendance économique (position dominante relative) :

Abus de position économique dans laquelle on tient un partenaire. Il est interdit d'abuser de cet état de dépendance économique. Cet abus a été introduit pour tenir compte de l'inversion du rapport des forces économiques entre producteur et distributeur. Il permet de sanctionner des distributeurs puissants. Le texte pose 3 conditions :

1. **Un état de dépendance économique** : Critères qui permettent de constater cet état :
 - - Importance du CA réalisé avec le partenaire
 - - Notoriété d'une marque
 - - Impossibilité d'obtenir des produits ou services équivalents auprès d'autres entreprises
2. **Atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence** : L'abus de dépendance économique doit se ressentir négativement sur le marché
3. **Abus** : Refus de vente, pratiques discriminatoires, ventes liées etc...

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

Certaines pratiques peuvent-être justifiées, elles ne pourront pas faire l'objet de condamnations. Il existe des justifications au nom de l'intérêt général (**Article L 420-4 du Code de commerce**) :

- - **Pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire** (Ex : pompes funèbres, MATIF)
- - **Pratiques qui ont pour effet d'assurer un progrès économique** : Pour illustrer le progrès économique, il faut démontrer :
 - La création ou le maintien d'emplois
 - Le fait qu'une partie des profits est reversée aux utilisateurs

Il ne faut cependant pas éliminer la concurrence sur le marché. Pour faire le bilan économique :

- - On examine au cas par cas chacune des pratiques anticoncurrentielles pratiquées
- - Une exemption par catégorie (*a priori*) : Les autorités de la concurrence établissent un texte normatif

Avantage pour les entreprises : Elles savent à quoi s'en tenir si elles appliquent tel ou tel mode de concurrence (*prévisibilité juridique*)

Lorsqu'on pratique une activité concurrentielle qui ne bénéficie pas d'une exemption, les sanctions sont:

- Infligées par l'autorité de la concurrence, autorité indépendante composée de magistrats :

- Mesures conservatoires : suspendre une pratique
- Retour *statu quo*: Enjoindre aux entreprises de revenir à l'état antérieur
- Infliger une sanction pécuniaire

Article L 464-2 : Sanctions pécuniaires : Le montant maximum est de 3M€. Pour une entreprise, le montant maximum peut aller jusqu'à 10% du CA mondial. Depuis 2001, le droit récompense la bonne volonté d'une entreprise (lorsqu'elle avoue, lorsqu'elle s'engage pour l'avenir) en divisant le montant maximum par 2. Il existe une prime à la délation : Le texte prévoit d'exonérer totalement ou partiellement les entreprises qui ont participé à une pratique anticoncurrentielle mais qui ont contribué à établir la vérité.

La personne condamnée pour exercer un recours contre la décision de condamnation, le recours est porté devant le juge judiciaire. On peut obtenir des sanctions civiles : nullité de tous les contrats qui se rapportent à la pratique anticoncurrentielle (**Article L 420-3**). Tout intéressé peut demander la nullité des

contrats. En outre, il est toujours possible de demander des dommages et intérêts en réparation des préjudices que l'on a subis du fait de cette pratique.

Les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles doivent être portés devant certains tribunaux (TGI, tribunaux de commerce) dont la liste est arrêtée par décret. Tous les tribunaux ne sont donc pas compétents. **L'article L 420-6** punit d'un emprisonnement de 4 ans et d'une amende de 75 000€ le fait pour une personne **physique** de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans une pratique anticoncurrentielle.

- **Article L 420-5 du Code de commerce**: Pratique des prix abusivement bas

Il faut protéger les petits commerces contre la grande distribution. Est condamnée la pratique des **prix prédateurs** destinés à éliminer un ou plusieurs concurrents d'un marché ou pour empêcher des concurrents d'accéder à un marché. Le domaine de l'interdiction se limite aux ventes aux consommateurs. Le texte ne s'applique pas en cas de revente en l'état, c'est **la revente à perte** qui s'applique alors.

L'autorité de la concurrence peut prononcer les mêmes mesures que pour les pratiques d'entente ou d'abus de domination. Les juges civils ou commerciaux sont compétents pour indemniser les victimes de cette pratique. Il n'est pas prévu de sanctions pénales dans ce cas.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

2. Contrôle des structures

Il s'explique par les menaces que font courir à la concurrence certaines opérations de concentration. De telles opérations peuvent menacer le maintien d'une concurrence effective et suffisante sur un marché. Il ne s'agit pas d'interdire les opérations de concentration car elles permettent de résister à la concurrence internationale. Ces opérations sont souvent encouragées par les pouvoirs publics. Elles peuvent aussi avoir des effets nocifs sur la concurrence, on essaie alors de les empêcher de deux manières :

- - **Un contrôle a posteriori** (ex post) : Il a comme inconvénient qu'il oblige, au cas où la concentration se révèle nocive, à défaire la concentration.
- - **Un contrôle a priori** : On juge avant que la concentration se réalise. Donne aux entreprises une sécurité juridique.

En France le contrôle est né de la loi du 19 juillet 1977, alors que les américains ont un droit anti-trust depuis la fin du 19^{ème} siècle. Les pouvoirs publics français souhaitent renforcer la taille des entreprises. C'est le droit communautaire qui a imposé un contrôle des concentrations.

Le contrôle est placé dans les mains du ministre de l'économie. Le dispositif a été remanié par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui modernise le contrôle des structures en étendant son

champ d'application et en accroissant les pouvoirs du conseil de la concurrence. Les dispositions pertinentes sont codifiées aux **articles L 430-1 et suivants du Code de commerce**.

2.1. Domaine du contrôle des concentrations

Il est défini par les **articles L 430-1 et L 430-2 du code de commerce**

Article L 430-1 : Une opération de concentration est réalisée soit par une fusion soit par une prise de contrôle

d'entreprise.

La fusion : Transmission universelle d'une société à une autre. Elle se réalise entre deux personnes morales indépendantes :

- - Fusion absorption
- - Fusion par création d'une société nouvelle

Prise de contrôle : Une société se place en situation d'en contrôler une autre. Le contrôle ce sont tous les droits, les contrats et les autres moyens qui confèrent la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise.

Toutes les opérations de concentration ne sont pas dans le champ du contrôle

Article L 430-2 : Définit un seuil minimal pour entrer dans le champ d'application du contrôle
L'opération de concentration a une telle dimension qu'elle peut affecter le marché du produit.

- - Le CA total mondial de l'ensemble des entreprises concernées est supérieur à 150M€
- - Le CA total réalisé en France par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 50 M€

Il existe des seuils prévus par le droit communautaire des concentrations beaucoup plus élevés. Que se passe-t-il lorsqu'on dépasse les seuils ? ⇔ L'opération de concentration ne peut plus relever du droit français mais relève uniquement du droit communautaire.

2.2. Mise en œuvre du contrôle

Phases :

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

1. Notification de l'opération à l'autorité de la concurrence: Elle est obligatoire et préalable à l'opération. La procédure de contrôle est suspensive, il faut attendre la réponse de l'autorité. Le délai est de **25 jours ouvrés (Article L 430-5)**. L'autorité peut décider :

- - L'opération n'entre pas dans le champ du contrôle
- - Feu vert : L'autorisation peut être inconditionnelle ou conditionnelle
- - L'autorité considère qu'il existe un doute sérieux d'atteinte à la concurrence. Il faut alors engager un

examen approfondi

Le ministre peut forcer le passage en phase 2

2. Examen approfondi : Recherche des apports au progrès économique suffisants pour compenser une atteinte à la concurrence. Le délai est de **65 jours ouvrés**. L'autorité peut alors :

- - Interdire l'opération
- - Autorise l'opération mais demander aux parties de prendre des engagements pour assurer une concurrence suffisante sur le marché
- - Autorise purement et simplement l'opération

Le ministre peut modifier voire inverser une décision de l'autorité de la concurrence pour des motifs d'intérêt général autres que la concurrence (développement industriel français, compétitivité des entreprises etc...)

Sanctions :

Article L 430-8 : L'autorité peut enjoindre les parties à notifier l'opération et l'accompagner de sanctions

pécuniaires. Elle peut aller jusqu'à 5% du CA réalisé en France lors du dernier exercice.

- - En cas de non notification de l'opération
- - Mensonge ou omission d'information
- - Réalisation de l'opération avant feu vert de l'autorité
- - Non respect d'une injonction ou d'un engagement dans une décision de l'autorité

Section 2: Droit communautaire

Il vient se superposer au droit français et plus généralement au droit national des pays membres de l'union européenne. Il s'applique à l'ensemble des états membres de l'espace économique européen (27 + Islande + Lichtenstein + Norvège).

1. Droit communautaire de la concurrence

1.1. Contrôle des comportements

Il est beaucoup plus limité que le droit français car il se limite aux ententes et aux abus de positions dominantes.

Article 101 du TFUE : Interdit les ententes dans des termes proches de ceux du droit français. Ces ententes peuvent être rachetées à certaines conditions. L'exemption peut être individuelle ou catégorielle.

Sanctions : Les opérations d'entente illicite sont nulles de plein droit, responsabilité, amendes (10% du CA réalisé par chaque entreprise concernée). Une immunité est également prévue en cas d'informations utiles

Article 102 du TFUE : Abus de position dominante. Aucune possibilité d'exemption n'est ici prévue. **Sanctions** : Nullité, responsabilité civile, amendes. Aucune mesure d'immunité ni de réduction d'amende.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

1.2. Contrôle des concentrations

Règlement communautaire du 21 décembre 1989 remplacé par un règlement du 20 janvier 2004. L'opération de concentration doit avoir une dimension communautaire. Il définit le seuil communautaire :

- - CA mondial pour toutes les entreprises supérieur à 5 Milliards €
- - CA de deux entreprises au moins dans la communauté supérieur à 250 millions €

La mise en œuvre est semblable à celle du droit français : Notification à la commission de Bruxelles

2. Droit communautaire et droit national

Se substitue-t-il au droit national ou se superpose-t-il à ce dernier? ⇔ La réponse varie selon que l'on est dans le domaine du contrôle du comportement ou des structures.

- **Contrôle du comportement** : Superposition

Pour que le droit communautaire s'applique, il faut que l'entente ou l'abus de position dominante affecte les échanges intra-communautaires. Le commerce doit être affecté, au moins potentiellement. Il peut y avoir deux sanctions prononcées : une au plan national et une au plan communautaire.

Primauté du droit communautaire: L'application du droit national ne doit pas porter préjudice à l'application du droit communautaire. Si la commission a interdit une entente, les autorités nationales et

les juges nationaux ne peuvent plus valider cette entente. Les dispositions du droit communautaire doivent être appliquées par les juges des états membres.

- **Contrôle des structures** : Substitution

Dès lors que l'opération atteint la dimension communautaire, le droit communautaire s'applique. A la différence que, dès lors que le droit communautaire s'applique, il exclut l'application du droit interne, c'est une application exclusive. L'opération relève de la Commission de Bruxelles. Le renvoi peut être pris à l'initiative des autorités de la concurrence, le règlement prévoit (**Article 9**) la possibilité pour la commission de renvoyer vers les Etats membres une opération. Si elle considère que l'opération de concentration va produire des effets qui vont se faire sentir quasi-exclusivement dans un seul état membre, elle peut décider que ce soit l'Autorité de la concurrence de cet état membre qui se prononce (principe de subsidiarité).

Article 22 : Renvoi des Etats membres vers la Commission.

Article 4 : Renvois à l'initiative des parties. Les entreprises peuvent demander un renvoi de la Commission vers

les Etats membres ou l'inverse. Les renvois peuvent être refusés.

Le droit commun des sociétés

1. Les sources applicables

Sur la scène économique les sociétés occupent un rôle de tout premier plan. La société constitue la forme juridique ordinaire des groupements lucratifs. Des groupements qui ont un objet d'ordre économique et si en nombre les sociétés n'atteignent pas le nombre d'entreprises individuelles. Economiquement parlant le poids des sociétés est dominant. L'ensemble des sociétés est assez hétérogène. Les sociétés de petite taille sont dominantes en France (SARL). Les grandes sociétés en France sont généralement des SA et plus marginalement des SCA. Les sociétés dominent économiquement et constituent un ensemble contrasté.

Créer une société a un intérêt financier. Ce drainage de l'épargne permet la réalisation d'investissements importants qui ne sont pas à la portée d'entrepreneurs individuels. Dans tous les pays développés la SA a été l'instrument juridique de la Révolution Industrielle. Il y a également un intérêt juridique.

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

La société présente un certain nombre d'avantages par rapport à l'entreprise individuelle:

- - Séparer le patrimoine de l'entrepreneur du patrimoine personnel alors que l'entreprise individuelle se caractérise comme une confusion. Lorsque la société a la personnalité morale, le droit la traite comme une personne distincte qui aura son propre patrimoine distinct. Cette autonomie du patrimoine sociale représente un avantage pour les associés (selon la forme juridique de la société les associés sont plus ou moins protégés des poursuites des créanciers de la société). Cet isolement du patrimoine professionnel facilite le fonctionnement de l'entreprise. L'entrepreneur ne peut pas se servir dans les caisses de l'entreprise (abus de bien social)
- - Isolement du patrimoine
- - Limitation des risques financiers encourus dans l'aventure économique: SARL, SA. On ne demandera

plus rien à l'entrepreneur au-delà de son apport

Les sociétés à risque illimitées sont les SNC etc. La limitation de responsabilité permet la division du travail en permettant aux associés dont la responsabilité est limitée de nommer à la tête de la société des professionnels de la gestion. Dès lors que la responsabilité des associés est limitée on peut désigner à la tête des sociétés des professionnels de la gestion. De plus, il y a nécessairement

de la part de chaque actionnaire la volonté et la nécessité de contrôler les autres associés de la société dans le cas d'une société illimitée. Dans une société à risque limitée on peut être totalement indifférent aux autres associés. Ainsi dans une société limitée les titres vont circuler beaucoup plus facilement. Dans une SA la valeur de l'action est indifférente à la fortune des actionnaires, c'est une fraction de la valeur de l'entreprise alors que dans une société à risque illimitée celle-ci dépend de la part des associés.

Cette réglementation permet d'avoir des politiques de gestion optimale. Les actionnaires peuvent demander aux dirigeants de prendre davantage de risques. On a accepté depuis quelques années de séparer le patrimoine privé du patrimoine professionnel sans pour autant créer une deuxième personne. La **loi du 15 juin 2010** a créé le statut de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL).

Les **articles L526-6** et suivants expliquent comment un entrepreneur individuel peut affecter le patrimoine professionnel à son activité.

Il y a également un intérêt d'ordre fiscal ou d'ordre social. Le droit fiscal n'est pas neutre il va

favoriser certains types de sociétés par rapport à d'autres et va donc encourager certains entrepreneurs à constituer des sociétés sous certaines formes alors que peut être ça ne correspond pas aux besoins de leur entreprise (ex: SA).

Il faut distinguer les sources civiles et les sources commerciales. S'agissant du code civil les articles pertinents se trouvent dans le livre 3 du Code civil dans un titre 9 qui s'appelle De La société. C'est un titre qui a été totalement réécrit le 4 janvier 1978 et qui comprend 3 chapitres:

- - 1er chapitre: dispositions générales applicables à toutes les sociétés quel que soit leur nature (civile ou commerciale): articles 1832 à 1844-17 du Code civil
- 2ème chapitre: dispositions propres aux sociétés civiles: articles 1845 à 1870-1 du Code civil. L'article 1845 nous dit que les sociétés civiles sont des sociétés auxquelles la loi n'attribue pas un autre caractère à raison de leurs formes, de leur nature ou de leurs objets - 3ème chapitre: sociétés en participation qui ne sont pas immatriculées au RCS et donc qui n'ont pas de personnalité morale: articles 1871 à 1873 du Code civil

Dans le Code de commerce un grand nombre d'articles sont consacrés au droit des sociétés commerciales: art.

. Ces articles du Code de commerce posent un certain nombre de règles générales et applicables à toutes les sociétés commerciales et dicte des règles de fonctionnement des différentes catégories de sociétés commerciales (SNC, SARL, SCS, SCA, SA et SAS).

La **clé de répartition** est donnée à **l'article 1834 du Code civil**: "les dispositions des articles 1832 et suivants sont applicables à toutes les sociétés, s'il n'en est autrement disposé par la loi à raison de leur forme ou de leur objet". Autrement dit, on applique le droit commun des sociétés (1832 et suivants) tant que l'on ne trouve pas de textes spéciaux contraires. Les dispositions du Code de commerce sont des dispositions spéciales.

L210-1 et suivants du Code de commerce (textes législatifs) et aux articles R210-1 et suivants (textes réglementaires)

2. Les orientations récentes du droit des sociétés

Ce droit est instable: c'est un droit agité surtout en ce qui concerne les dispositions spéciales (environ un loi tous les 6 mois) à cause de l'influence du droit communautaire. Les textes communautaires ont obligés le législateur français comme le législateur de chacun des états membres de l'UE à retoucher, à modifier le droit national des sociétés. En effet, le droit communautaire suppose une transposition en droit national (directive transparence, directive sur les marchés). La Société Européenne a été créée par un règlement

communautaire. Elle est rattachée à un Etat membre. Ces directives européennes cherchent à harmoniser le droit des sociétés à l'intérieur de l'UE. L'harmonisation du droit des sociétés en Europe n'a pas connu succès. On va maintenant dans le sens d'une mise en concurrence du droit des sociétés en Europe.

Le fait de constituer une société à l'étranger, même en UE dans le seul but d'échapper à des règles notamment sur le capital minimal était une violation de la loi jusqu'à ce que la cour de Luxembourg réponde que les ressortissants communautaires ont le droit de créer dans n'importe quel Etat de l'UE une société qu'elle exerce son activité dans un autre Etat membre. Il y a liberté d'établissement des entreprises en Europe. A la suite de l'arrêt Centros les Etats ont simplifié leurs droits pour le rendre plus compétitif. C'est un arrêt qui concerne le droit des sociétés le droit fiscal restant territorial.

Le transfert transfrontalier du siège statutaire permet de transférer les bénéfices dans des holdings où les taux d'IS sont plus importants. Selon les Etats on utilise deux sièges:

- - **le siège statutaire**: il est inscrit dans les statuts de la société
- - **le siège réel**: il faut se demander où est le centre de la vie juridique de la société

La famille de tradition anglo-saxonne considère l'incorporation c'est à dire le siège statutaire est pris en compte. Une société incorporée en Angleterre et anglaise même si toute son activité économique est à l'étranger. En France et en Allemagne on s'attache au siège réel de la société.

Si on veut déplacer notre siège statutaire dans un autre Etat on perd la nationalité de la marque. On veut donc autoriser le transfert du siège et le changement de nationalité. En effet, aujourd'hui cela est très compliqué, il faut l'unanimité des actionnaires, il faut faire attention aux questions fiscales etc. On peut toutefois d'ore et déjà faire fusionner deux sociétés de deux Etats membres différents.

Le deuxième facteur d'instabilité est lié aux préoccupations relatives à l'entreprise. C'est la volonté du législateur d'adapter le droit des sociétés au besoin de l'entreprise. Le premier grand besoin est un besoin d'assouplissement, de simplification, de libéralisation du droit des sociétés. Les sociétés dont les titres sont offerts au public nécessitent des garanties offertes aux investisseurs notamment en terme de transparence et de protection des droits des investisseurs (financiers, politiques). Le mouvement de simplification touche toutes les sociétés.

3. Article 1832 et suivants du Code civil: le droit commun des sociétés

Le droit commun des sociétés est le droit applicable à toutes les sociétés sauf si des dispositions spéciales existent (**article 1832 et suivants du Code civil**). Certaines de ces dispositions générales permettent de cerner la notion de société en tant qu'acte juridique alors que d'autres vont concerner la personnalité morale des sociétés.

Chapitre 1: la société, acte juridique

On va essayer de voir ce qu'il y a de spécifique à cet acte juridique. Quels sont les éléments caractéristiques de la société. La société est un acte juridique, c'est à dire une manifestation de volontés destinées à créer des effets de droit. La société est un contrat, les associés se mettent d'accord pour constituer une société. C'est parfois un acte unilatéral lorsque la société est constituée et fonctionne avec une seule personne (société unipersonnelle). Comme tout acte juridique, la société va nécessiter de conditions de validité relatives à la capacité juridique des associés, à l'objet de la société (licite), à la cause et au consentement (libre et non vicié).

www.academie-gestion.com © Tous droits réservés.

La société est un acte:

- - juridique nommé
- - à titre onéreux (recherche d'un enrichissement)