

LES ACTES DU 122^e CONGRÈS

DU CONSEIL NATIONAL
DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX
DE COMMERCE

23, 24 & 25 SEPTEMBRE

2010



CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

29, rue Danielle Casanova - 75001 Paris • Tél : 01 42 97 47 00 • Fax : 01 42 97 47 55
Mail : contact@cngtc.fr • Site internet : www.cngtc.fr

LES ACTES DU 122^e CONGRÈS

DU CONSEIL NATIONAL
DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

23, 24 & 25 SEPTEMBRE
2010

LES GREFFIERS DE TRIBUNAL DE COMMERCE
SONT L'EXEMPLE MODERNE DE DÉLÉGATION
D'UN SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE PAR L'ÉTAT
QUI PERMET AUX JURIDICTIONS COMMERCIALES
UNE ADAPTATION CONTINUE ET NÉCESSAIRE AUX
RÉALITÉS ÉCONOMIQUES.



SOMMAIRE

LE CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

| | | |
|---|--|------|
| 1 | ÉDITORIAL DE DIDIER OUDENOT, _____ Président du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce | p.09 |
| 2 | PROGRAMME DU 122 ^E CONGRÈS DU CONSEIL NATIONAL _____ DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE | p.11 |
| 3 | DISCOURS INTRODUCTIF DE BRUNO LAISNÉ, _____ Greffier associé du Tribunal de commerce de Tours | p.15 |
| 4 | DISCOURS D'OUVERTURE PAR DIDIER OUDENOT _____ Président du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce | p.19 |
| 5 | DISCOURS D'HERVÉ NOVELLI _____ Secrétaire d'état chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises du tourisme, des services et de la consommation | p.27 |
| 6 | CONFÉRENCE DE THIBAUT MASSART _____ Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Directeur du Master de Fiscalité des entreprises LE DROIT FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DE L'ENTREPRISE | p.35 |
| 7 | CONFÉRENCE DE SOPHIE SCHILLER _____ Professeur à l'Université Paris Dauphine L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU DROIT DE L'ENTREPRISE | p.53 |
| 8 | CONFÉRENCE DE JEAN-MARC BAHANS, _____ Professeur associé à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, Greffier associé au tribunal de commerce de Bordeaux LA PUBLICITÉ LÉGALE, UN OUTIL AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES | p.71 |

9

TABLE RONDE _____ p.85

Animée par Jean POURADIER DUTEIL, Avec Michel PINAULT,
Jean-Marc BAÏSSUS Jean-Bertrand DRUMMEN, Antoine BRILLATZ

10

DISCOURS DE CLÔTURE PAR DIDIER OUDENOT _____ p.97

Président du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce

11

DISCOURS DE LAURENT VALLÉE _____ p.107

Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, ministère de la Justice et des Libertés

12

DISCOURS DE FRANÇOIS-XAVIER LUCAS _____ p.115

Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon Sorbonne, au sein du
département de droit des affaires et Professeur à l'Université d'Oxford
L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

13

LE CONGRÈS EN IMAGES _____ p.129



122ème CONGRES DES METIERS
DES TRAVAILLEURS DE COMMERCE
JEUN 23 ET VIEUX 24 SEPTEMBRE

Congres National
des Metiers
de Commerce
et de Commerce

Congres National
des Metiers
de Commerce
et de Commerce

1. ÉDITORIAL

Paris, le 20 décembre 2010



Chères Consœurs, Chers Confrères,

Le 122^{ème} Congrès des Greffiers des Tribunaux de commerce, s'est tenu à Tours les 23, 24 et 25 septembre 2010, sous le haut patronage de Madame Michèle ALLIOT-MARIE, Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés.

Le droit au service des entreprises : entre simplification et sécurité juridique, a été, cette année, le thème central de nos travaux. Le lien étroit qui unit notre Profession avec le monde de l'entreprise, nous a ainsi naturellement permis d'aborder ces sujets. En effet, les Greffiers interviennent à chaque moment important de la vie de l'entreprise, et souhaitent pleinement contribuer à ces deux objectifs, dans le cadre des missions qui leurs sont confiées. Entre la simplification comme condition indispensable pour développer l'esprit d'entreprendre et la nécessaire sécurité juridique, les Greffiers des Tribunaux de commerce assurent un rôle de « régulateurs » de l'économie.

Pour la première fois dans l'histoire du Conseil national, nous avons eu l'honneur d'accueillir le ministre des entreprises, en la personne de Monsieur Hervé NOVELLI, Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme, des services et de la consommation.

Monsieur Laurent VALLÉE, nouveau Directeur des Affaires Civiles et du Sceau du Ministère de la Justice et des Libertés, est venu rappeler le lien étroit qui unit notre Conseil national avec la Chancellerie.

Nos travaux ont été marqués par les interventions de Thibaut MASSART et de Sophie SCHILLER, professeurs de droit à l'Université Paris-Dauphine, mais aussi de notre confrère Jean-Marc BAHANS, Greffier associé du Tribunal de commerce de Bordeaux et professeur associé à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.

Je voudrais remercier très sincèrement Michel PINAULT, Président du COEPIA, Jean-Bertrand DRUMMEN, Président de la Conférence Générale des juges consulaires de France, Jean Marc BAÏSSUS, Directeur général de la Fondation pour le Droit Continental, et Maître Antoine BRILLATZ, avocat à Tours et ancien bâtonnier, pour leur participation à la table ronde animée avec talent par Jean POURADIER DUTEIL, Greffier associé du Tribunal de commerce de Grenoble.

L'intervention de François-Xavier LUCAS, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, sur l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée a permis à la profession de se préparer à la prochaine mise en place de ce statut.

Vous retrouverez dans cet ouvrage, l'ensemble des contributions et des témoignages qui ont fait la richesse de nos travaux.

J'ai le plaisir de vous annoncer que le 123^{ème} Congrès national des greffiers des tribunaux de commerce se tiendra les 6, 7 et 8 octobre 2011 à Nice, et que je me réjouis par avance de vous y retrouver.

Bien confraternellement,

Didier OUDENOT
Président du Conseil national des greffiers

2. PROGRAMME DU 122^E CONGRÈS

122^E CONGRÈS NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

SOUS LE HAUT PATRONAGE DE

MADAME MICHÈLE ALLIOT-MARIE,

MINISTRE D'ÉTAT, GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

*

DIDIER OUDENOT,

PRÉSIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

*

**ET LES MEMBRES DU CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE**

CENTRE DE CONGRÈS VINCI DE TOURS

LE JEUDI 23 SEPTEMBRE 2010

SUR LE THÈME

**LE DROIT AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION ET SÉCURITÉ JURIDIQUE**

LE PROGRAMME

- 9h15 • Accueil des congressistes et des invités au Centre de Congrès Vinci
- 9h40 • Introduction de bienvenue par Bruno et Martine LAISNÉ, Greffiers associés du Tribunal de commerce de Tours.
- 9h50 • Discours introductif de Didier OUDENOT, Président du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de commerce.
- 10h00 • Intervention de Monsieur Hervé NOVELLI, Secrétaire d'État chargé du Commerce, de l'Artisanat, des Petites et Moyennes Entreprises, du Tourisme, des Services et de la Consommation.
- ANIMATION DE LA JOURNÉE PAR JEAN POURADIER DUTEIL,
GREFFIER ASSOCIÉ DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE GRENOBLE
- 10h30 • Le droit, facteur de développement de l'entreprise par Thibaut MASSART, Professeur de droit privé, Directeur du Master fiscalité de l'entreprise à l'Université Paris-Dauphine.
- 11h20 • *Pause dans l'Espace partenaires*
- 11h40 • L'évolution récente du droit de l'entreprise, entre simplification et efficacité par Sophie SHILLER, Professeur de droit privé, co-directrice du Master Droit du patrimoine professionnel à l'Université Paris-Dauphine.
- 12h30 • *Fin des travaux en séance plénière*
- 12h45 • *Déjeuner*
- 14h00 • *Café servi dans l'Espace d'Exposition*
- 14h30 • La publicité légale, un outil au service du développement des entreprises par Jean-Marc BAHANS, Greffier associé du Tribunal de commerce de Bordeaux et Professeur associé à l'Université Montesquieu Bordeaux IV.
- 15h30 • *Pause dans l'Espace partenaires*
- 15h45 • TABLE RONDE : L'INFORMATION LÉGALE ET LA SÉCURITÉ JURIDIQUE
- Michel PINAULT, Président du Conseil d'Orientation de l'Édition Publique et de l'Information Administrative (COEPIA)
 - Jean-Marc BAÏSSUS, directeur général de la Fondation pour le Droit Continental
 - Jean-Bertrand DRUMMEN, Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France
 - Maître Antoine BRILLATZ, Avocat, Ancien Bâtonnier, Cabinet Arcole
- 16h45 • Allocution de Didier OUDENOT, Président du Conseil National des Greffiers des tribunaux de commerce.
- Discours de clôture de Monsieur Laurent VALLÉE, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, Ministère de la Justice et des Libertés.



Congrès des Greffiers
des Tribunaux de Commerce

Tours | 23 et 24

3. DISCOURS DE BRUNO LAISNÉ

INTRODUCTION DE BRUNO LAISNÉ, GREFFIER ASSOCIÉ DU TRIBUNAL DE COMMERCE DE TOURS



Monsieur le Ministre,
Mesdames et Messieurs les hautes personnalités ici présentes,



Mesdames, Messieurs,

Mes chères consœurs et mes chers confrères, nous sommes particulièrement honorés de votre présence et c'est avec un rare plaisir que nous vous accueillons aujourd'hui à Tours, au palais des congrès le Vinci.

Pour faire un peu d'histoire,

Le dernier congrès de Tours, s'est tenu en 1946, avant ma naissance, c'est dire si l'événement est vénérable.

Il n'a donc pas été renouvelé jusqu'à aujourd'hui car mon père et prédécesseur, excellent greffier par ailleurs, a toujours marqué un manque d'empressement à l'organiser. Depuis mon plus jeune âge j'entendais ma mère poser la question :

« Alors Jacques, quand le congrès aura-t-il lieu à Tours ? » et aussi invariablement mon père de répondre : « pas cette année ! »

Ce blocage héréditaire je l'ai combattu pendant quelques dizaines d'années ; il se volatilise aujourd'hui dans la joie de vous accueillir ici.

Vous n'avez sûrement pas attendu cette invitation pour venir en Touraine.

Je ne vais donc pas vous faire une revue de détails des charmes actuels de notre région ni de vous brosser un tableau complet de la richesse de son histoire.

Tout parent qui se respecte aura parcouru la Vallée de la Loire avec ses enfants, soucieux de les former aux splendeurs de l'architecture, au goût de l'histoire, des belles lettres,

Que ces quelques jours en Touraine puissent vous rappeler ces bons moments de convivialité familiale et vous faire découvrir des aspects ignorés de notre région.

D'abord ce palais des congrès imaginé par Jean Nouvel en 1993 fait la fierté des Tourangeaux, à juste titre, en raison de la notoriété internationale de son architecte et aussi parce qu'il est en lui-même remarquable ;

L'esthétisme de ce palais des congrès symbolise l'ambition forte d'une ville au riche passé historique,

Tours et le Département d'Indre-et-Loire s'emploient à construire un avenir économique respectueux d'hier mais aussi tourné vers les techniques de demain.

Ainsi prospèrent le secteur du tourisme bien sûr mais également :

- une industrie très diversifiée en métallurgie,
- plasturgie,
- caoutchouc,
- produits pharmaceutiques,
- chimiques,
- électriques,
- électroniques

pour ne citer que quelques branches,

mais encore

- un commerce dynamique,
- un artisanat de tradition et de haute qualité,
- tout un monde économique épaulé par un secteur de recherches compétent fort de quelques 2300 chercheurs et techniciens.

Ceci nous permet de traverser la crise plutôt un peu moins difficilement qu'ailleurs puisque le taux de chômage est en Indre-et-Loire inférieur au taux national et qu'en dix ans le nombre de créations d'entreprises dans notre département a crû de 14%. Cette croissance qui vous est chère, Monsieur le Ministre.

Vous le savez aussi, la vallée de la Loire est symbolisée par sa douceur de vivre, la clémence de son climat et bien d'autres qualités qui lui ont valu un classement récent au titre de patrimoine mondial de l'UNESCO.

Puisse le sage équilibre de nos paysages et de nos châteaux, reconnu par cette distinction se répandre sur nous pour que nous trouvions la juste mesure entre simplification et sécurité juridique, question périlleuse que le thème de notre congrès nous impose de résoudre !

Peut-être pourrons-nous également compter sur la sagesse des écrivains de Touraine qui, à la manière de Pierre de Ronsard, vint porter secours à Michel de l'Hôpital, le saint patron des tribunaux de commerce en écrivant à son intention une ode dans laquelle il a su dénouer le grand problème mythologique du combat entre les dieux et les géants : nous n'en sommes pas là heureusement,

Mais nous ne doutons pas qu'il réussira également à nous guider pour traiter le sujet de notre congrès. Bon courage à tous et bon 122^{ème} congrès de Tours.



122^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce

10-12 Octobre 2018 - Paris (France) - 10h30 à 12h00

➔ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.



Satas

infogreffes



122^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce



RESERVE

RESERVE

RESERVE

RESERVE

RESERVE

RESERVE

RESERVE

4. DISCOURS D'OUVERTURE PAR DIDIER OUDENOT

DISCOURS D'OUVERTURE PAR DIDIER OUDENOT,

PRÉSIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE



DEVANT MONSIEUR HERVÉ NOVELLI,
SECRÉTAIRE D'ÉTAT CHARGÉ DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT, DES PETITES ET MOYENNES
ENTREPRISES DU TOURISME, DES SERVICES ET DE LA CONSOMMATION



Monsieur le Ministre,
Mesdames, Messieurs les Hautes Personnalités,
Mesdames, Messieurs,
Chères Consœurs, Chers Confrères,

Mes premiers mots seront des remerciements à ceux qui ont favorisé, organisé et préparé ce congrès, et en particulier à Martine et Bruno LAISNÉ, Greffiers associés du tribunal de commerce de Tours depuis plus de trois décennies.

La ville de Tours a marqué l'histoire des congrès des partis politiques français. Je suis persuadé que notre 122^{ème} Congrès sera également un moment important pour notre profession.

Si les Greffiers des Tribunaux de commerce se sont déjà réunis ici en 1946, notre Congrès national est, cette année, marqué par un événement majeur.

En effet, c'est la première fois dans les annales de la profession, que nous accueillons à notre congrès, le Ministre des Entreprises.

Monsieur le Ministre, c'est un grand honneur pour notre profession de vous recevoir.

Je vais citer Michel AUDIARD qui, dans l'un de ses films célèbres, faisait dire à son acteur fétiche "On ne devrait jamais quitter Montauban !". Pourtant, et sans vouloir trahir la pensée de Lino VENTURA, le Président des Greffiers que je suis, montalbanais de surcroît, vous remercie sincèrement de nous accueillir sur vos terres.

Nous sommes, en effet, ici chez vous !

Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat, des PME, du tourisme, des services et de la consommation, vous êtes aussi un élu de proximité.

Depuis maintenant plus de vingt ans vous êtes engagé, ici, dans la vie politique locale.

Je sais combien ce lien direct avec le terrain et votre expérience passée de chef d'entreprise, guident, aujourd'hui, les politiques que vous impulsez au niveau national.

Votre présence parmi nous, Monsieur le Ministre, est importante.

Elle marque, en effet, **le lien étroit qui unit notre Profession avec le monde de l'entreprise.**

Vous le savez, les greffiers des tribunaux de commerce, professionnels libéraux, officiers publics et ministériels, membres du tribunal, interviennent à chaque moment important de la vie de l'entreprise.

Les greffiers spécialistes de la tenue de registres, notamment le registre du commerce et des sociétés, contribuent à la sécurité juridique des entreprises et à la transparence de la vie économique.

Le droit au service des entreprises est ainsi, logiquement, le thème de notre Congrès, cette année.

Le développement des entreprises passe-t-il par une simplification des dispositifs, ou plutôt par le renforcement de la sécurité juridique, permettant au chef d'entreprise de développer son activité en toute confiance ?

En d'autres termes, le droit est-il un frein à la création d'entreprise, ou au contraire l'économie a-t-elle besoin du droit pour se développer ?

Sophie SCHILLER et Thibaut MASSART, professeurs à l'Université de Paris-Dauphine, Université que vous connaissez bien Monsieur le Ministre, et avec laquelle notre Conseil national vient de signer un partenariat de recherche, nous apporteront ce matin les premiers éléments de réponse.



La crise financière, partie des Etats-Unis, s'est étendue aux économies nationales et locales.

Les grandes entreprises, mais aussi les PME, ont été sérieusement touchées par cette crise qui a eu de graves

répercussions sur le plan social et financier.

L'Etat a injecté dans l'économie des sommes considérables pour maintenir et relancer l'activité économique et l'emploi.

Les pouvoirs publics ont également imaginé des dispositifs alternatifs permettant, soit de créer son propre emploi, soit d'apporter au chef d'entreprise une sécurité juridique supplémentaire dans le cadre de son activité professionnelle.

Vous êtes, Monsieur le Ministre, à l'origine de deux de ces dispositifs : le statut d'auto-entrepreneur et, plus récemment, l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée.

- Le statut de l'auto-entrepreneur a pour vocation de simplifier l'acte d'entreprendre. Il connaît aujourd'hui un succès incontestable au regard du nombre de déclarations à ce régime.

Les besoins des entreprises ne cessent d'évoluer. Afin d'accompagner ces besoins, le droit doit constamment s'adapter.

Récemment, un ajustement important a permis l'inscription au répertoire des métiers des auto-entrepreneurs artisans.

Ce statut a été créé, en premier lieu, pour permettre de développer l'esprit d'entreprise chez nos concitoyens.

Aussi, nous partageons pleinement votre volonté de faire en sorte que ce statut ne soit, ni détourné de son objectif original, ni utilisé pour fausser la concurrence avec des entreprises dites « classiques ».

Comme elle l'avait déjà proposé lors des discussions parlementaires, notre profession est prête, sur ces différents sujets, à apporter sa contribution.

Nous avons acquis avec le temps un savoir-faire reconnu de tous, permettant, notamment, un accès simple et rapide aux registres légaux dont nous assurons la tenue.

De même, la consécration de la valeur authentique des actes et certificats, sous forme papier ou électronique, délivrés par les Greffiers, répond aux exigences de notre temps.

Elle facilite la mise à disposition d'une information sécurisée sur les personnes immatriculées au RCS.

Dans la même idée, l'inscription des auto-entrepreneurs optant pour le statut de l'EIRL, sur un registre légal, d'accès simple et rapide, apportera la sécurité juridique attendue par les entreprises et facilitera les démarches du créateur auprès de ses fournisseurs ou de ses clients.

- J'en arrive ainsi à ce nouveau statut dont vous avez été, Monsieur le Ministre, l'initiateur. Je veux bien sûr parler de l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL).

Ce statut, adopté récemment par le Parlement, sera complété par les décrets d'application avant la fin de l'année.

Vous avez récemment mis en place un comité de pilotage, afin de permettre à ces entrepreneurs de bénéficier, dès l'entrée en vigueur de la loi au 1^{er} Janvier 2011, de tous les outils nécessaires à leurs démarches.

Monsieur le Ministre, j'ai eu l'occasion de vous le dire il y a quelques jours vous pouvez compter sur la mobilisation de notre profession.

Après la simplification avec l'auto-entrepreneur, nous sommes avec l'EIRL dans la recherche d'une sécurité juridique accrue pour le chef d'entreprise.

Ainsi, ces entrepreneurs individuels, quel que soit leur statut, pourront, à l'avenir, déclarer la liste des biens qu'ils affectent à leurs seules activités professionnelles.

Cette déclaration permettra de distinguer les patrimoines personnels et professionnels, pour constituer ainsi, une protection des biens propres du chef d'entreprise en cas de difficultés.

Ces deux initiatives que vous avez portées, Monsieur le Ministre, sont sans doute l'expression de cet équilibre nécessaire pour le développement des entreprises : **entre simplification et sécurité juridique.**

Proches des entreprises, les Greffiers des Tribunaux de commerce assurent pour celles-ci un rôle de « régulateur ».

Dans le cadre de la tenue de nos registres, le contrôle par le greffier, officier public et ministériel, produit des effets juridiques très importants, comme l'acquisition de la personnalité morale et la présomption de la qualité de commerçant, avec les effets qui en découlent.

Ce contrôle, effectué par le Greffier, donne toute sa valeur à l'information légale sur les entreprises, outil indispensable à la transparence de la vie économique.

Ce thème de l'information légale comme élément de développement des entreprises et facteur de sécurité juridique, sera au cœur de nos travaux cet après-midi.

* * *

Enfin, je voudrais, Monsieur le Ministre, aborder devant vous un sujet qui a considérablement mobilisé notre profession ces derniers mois.

Je veux parler, bien sûr, **du guichet électronique de création d'entreprises.**

Ce projet, souhaité par le Gouvernement, a été réalisé dans le cadre de la transposition de la Directive Services et l'article 8-V de la loi de modernisation de l'Economie, qui a désigné les Centres de Formalités des Entreprises en qualité de guichets uniques.

Le guichet unique dématérialisé fonctionne depuis le 1^{er} janvier 2010.

Notre profession a su répondre présent pour être force de proposition et apporter son savoir-faire, qu'il s'agisse des aspects juridiques comme des modules informatiques, nécessaires au fonctionnement de ce portail.

Le Conseil national, pour parvenir à cet objectif, travaille depuis près de deux ans avec vos services et les réseaux de Centres de Formalités des Entreprises (ACFCI, APCM, APCA, ACOSS...).

Je salue la présence de certains représentants, aujourd'hui, parmi nous.

Nous nous réjouissons que la qualité du travail réalisé collectivement ait été reconnue et qu'elle ait permis ces rapprochements.

Je voudrais, en votre présence, Monsieur le Ministre, remercier très sincèrement ceux qui, pour notre profession, se sont engagés sans relâche pour la réussite de ce projet, au premier rang desquels Michel JALENQUES, Président honoraire de la profession.

En sa qualité de Président de l'association « guichet entreprises », Michel JALENQUES a été au cœur du dispositif, soucieux de l'avancée du projet.

Il s'est efforcé de concilier les intérêts collectifs et individuels de chacun des partenaires qui n'avaient pas toujours l'habitude de travailler ensemble.

Je voudrais également associer à mes remerciements, notre confrère Frédéric LAISNÉ, Président du GIE Infogreffe. Par son avance technologique et son savoir faire, Infogreffe a permis, avec les autres partenaires, la réussite du projet.

Les investissements réalisés depuis des années par chacun des greffiers et mis en commun dans le cadre de leur GIE Infogreffe, ont permis de développer un outil performant dont chacun s'accorde aujourd'hui à reconnaître la pertinence.

L'Etat a souhaité un changement de statut juridique de la structure qui aujourd'hui porte ce projet.

Le Groupement d'Intérêt Public, auquel le Conseil national a hier formellement donné son accord de participation, va ouvrir de nouvelles perspectives.

En effet, le recours à cette structure, en lieu et place de l'actuelle association « Guichet entreprise », va permettre, d'une part, un engagement financier significatif de l'Etat et, d'autre part, la mise en œuvre d'applications complémentaires en matière de dématérialisation des procédures, s'agissant notamment des activités réglementées.

Dans cette nouvelle étape, la profession, réunie au sein du Conseil national et d'Infogreffe, va, en plus de la valorisation de ses apports, être sollicitée pour la mise à disposition de collaborateurs.

Notre Profession sera l'un des plus gros contributeurs à ce portail.

C'est pour cette raison que nous serons très attentifs aux travaux de ce GIP.

Nous souhaitons que la simplification administrative apportée aux créateurs soit effective et adaptée aux besoins des entreprises désireuses d'un service public de qualité, tout en préservant la sécurité juridique indispensable aux acteurs économiques. Les Greffiers peuvent pleinement contribuer à ces deux objectifs, dans le cadre des missions qui leurs sont confiées.

* * *

Voilà, Monsieur le Ministre, en quelques mots, une rapide présentation de notre profession qui a toujours su s'investir, et être force de proposition dans l'intérêt des entreprises.

Les greffiers des tribunaux de commerce, professionnels libéraux, officiers publics et ministériels, sont l'exemple moderne d'une délégation de service public efficace et innovante.

Nous sommes prêts, Monsieur le Ministre, à travailler à vos côtés à l'amélioration des dispositifs qui permettront simplification et sécurité juridique pour les entreprises.

Je voudrais une nouvelle fois, Monsieur le Ministre, au nom de mes Consœurs et de mes Confrères, vous remercier de votre présence parmi nous, qui témoigne de tout l'intérêt que vous portez à nos travaux et à notre profession.

122^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce

➔ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.



salas
SOCIÉTÉ FINANCIÈRE
infogreffe

Conseil National
des Greffiers
des Tribunaux
de Commerce



Congrès des Greffiers
des Tribunaux de Commerce



5. DISCOURS D'HERVÉ NOVELLI

DISCOURS D'HERVÉ NOVELLI,



SECRÉTAIRE D'ÉTAT CHARGÉ DU COMMERCE,
DE L'ARTISANAT, DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES
DU TOURISME, DES SERVICES ET DE LA CONSOMMATION



Monsieur le Président du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, cher Didier OUDENOT,

Mesdames, Messieurs,

Je suis très heureux d'ouvrir aujourd'hui ce 122^{ème} congrès du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce.

Je le suis non seulement bien sûr parce qu'il se tient à Tours, dans une ville et une région à laquelle, comme vous l'avez indiqué, je suis attaché, mais également parce qu'il marque la première participation d'un ministre chargé des entreprises, et ce dans une phase opérationnelle de mise en œuvre de deux réformes importantes qui sont l'EIRL et le guichet unique de la création d'entreprise.

Dans ce contexte d'évolutions récentes majeures du cadre législatif, réglementaire et aussi administratif de la création d'entreprise, le thème de votre congrès me paraît particulièrement pertinent : « le droit au service du développement des entreprises : entre simplification et sécurité juridique ».

Comme vous l'indiquiez tout à l'heure, Président OUDENOT, la crise bancaire puis économique a durement frappé nos entreprises, petites ou grandes. Et l'Etat dans ce contexte d'urgence, a su prendre les mesures appropriées afin de préserver autant que possible notre tissu économique et social sans mettre en péril la qualité de la signature de l'Etat français. Comme vous l'avez à juste titre souligné, le Gouvernement ne s'est pas limité à ces mesures, essentiellement conjoncturelles, mais a engagé des réformes de fond, notamment pour les entrepreneurs, pour corriger quelques imperfections de notre droit mais surtout pour préparer notre pays et nos entreprises à la sortie

de crise, nous permettre de rebondir. Vous ne vous êtes pas trompé en les citant, monsieur le président, c'est tout l'enjeu de l'auto-entrepreneur, du guichet unique et de l'Entreprise Individuelle à responsabilité limitée (EIRL).

Comme l'a rappelé également le président OUDENOT, votre profession est au service des acteurs de la vie économique. Vous êtes un maillon essentiel des réformes qui touchent à la création d'entreprise. Vous traitez chaque année près de 4 millions d'actes juridiques pour le compte des entreprises. Vous êtes l'une des principales sources des données économiques des entreprises. La tenue et le contrôle du Registre du Commerce et des Sociétés ainsi que la conservation des sûretés mobilières permettent notamment d'avoir un état de la situation des entreprises aussi bien sur un territoire que sur une période de temps définie.

Ce rôle dans la création et l'accompagnement des entreprises, dont j'ai pu pleinement apprécier l'utilité lorsque j'étais moi-même entrepreneur, exige réactivité et modernité pour suivre les évolutions rapides de notre société, et notamment celles liées aux nouvelles technologies et à Internet.

Le guichet unique

Je n'ai donc pas été surpris sur le terrain de la création d'entreprises, par votre mobilisation autour du guichet électronique de la création d'entreprise, « guichet-entreprises.fr », site Internet dédié à la création d'entreprises. Ce portail permet aux acteurs économiques – français ou étrangers – de créer leur entreprise en ligne et de disposer d'une base d'informations sur les démarches administratives à effectuer à cette fin. Vous avez été partie prenante dans cette démarche, avec les autres centres de formalités des entreprises et je vous en remercie.

Dans la nouvelle étape, c'est-à-dire avec le changement de statut juridique en Groupement d'Intérêt Public, de la structure qui porte ce projet, il apparaît essentiel que votre profession y occupe toute la place qui lui revient. Et je ne peux que saluer avec force votre résolution à vous engager avec des moyens humains et techniques de grande qualité.

Le rythme de déploiement doit maintenant s'accélérer. 10 nouvelles activités vont intégrer le Guichet Unique fin septembre et 10 autres fin décembre.

Ces travaux impliquent une mobilisation des administrations en charge des différentes procédures d'autorisation, qui sont souvent des services de l'État.

D'un point de vue administratif, créer une entreprise, cela doit être un acte rapide, avec des procédures claires, compréhensibles.

Si la simplification et la rapidité des procédures favorisent assurément la création d'entreprises, la sécurité juridique tant du créateur que des tiers doit être préservée. Ces deux thèmes de la simplification, je dirai même de la modernisation, et de la sécurisation de la vie économique guident votre action, comme ils guident la mienne.

A ce sujet, je sais à quel point, les greffes des tribunaux de commerce prennent une part active dans la recherche de

la suppression ou de l'allègement des formalités devant être accomplies par les entreprises. Le Greffe du Tribunal de commerce de Paris, en particulier, m'a fait parvenir un grand nombre de propositions de simplifications. Plusieurs de ces propositions qui mettent l'accent sur les économies pouvant être réalisées par les entrepreneurs en encourageant le dépôt des documents comptables de manière dématérialisée ou en envisageant la suppression du dépôt au greffe de documents ne présentant pas un caractère indispensable, ont reçu un accueil favorable tant de mes services que de ceux du Garde des Sceaux. Ces propositions, d'ordre réglementaire ou législatif, sont en cours d'expertise et certaines d'entre elles pourront entrer prochainement en vigueur. Je vous encourage à continuer de nous accompagner dans cette voie en nourrissant ma réflexion de vos propositions.

L'auto-entrepreneur

La simplicité est également l'un des maîtres-mots de l'auto-entrepreneur. Un régime qui porte en lui une véritable révolution administrative ! De chez soi, grâce à Internet, on peut créer son entreprise individuelle en moins de 10 minutes. La France a pendant des décennies compté des millions de pourfendeurs de sa complexité administrative. Moi-même, lorsque j'étais chef d'entreprise, j'ai souvent mesuré le poids de la fameuse « taxe papier », c'est-à-dire le temps passé à traiter des procédures administratives contraignantes. C'est en partie le souvenir de ces souffrances qui m'a fait opter pour un système qui tranche, enfin, avec cette complexité mortifère pour la création d'entreprise. Et vous avez compris comme moi, tout le parti à tirer d'internet et des nouvelles technologies pour mettre en œuvre la simplicité administrative.

Dès aujourd'hui, cette simplicité fait exploser les chiffres de créations d'entreprises : près de 600 000 auto-entrepreneurs en moins de 18 mois. Et demain, il doit permettre de faire émerger beaucoup d'entreprises qui dépasseront ce seuil de 32 000 € et qui en grandissant auront naturellement besoin de vos services.

Je me réjouis que vous partagiez pleinement ma volonté de développer ce régime et j'en profite pour vous dire que je souhaite naturellement que votre profession apporte sa contribution dans ce cadre.

Par ailleurs, face aux inquiétudes et interrogations que ce régime a pu susciter chez d'autres professionnels, je souhaite revenir sur l'accès au statut de l'auto-entrepreneur. Les choses sont claires : je ne mettrai pas en place le régime de l'auto-entrepreneur pour les professions libérales réglementées si elles ne le souhaitent pas. Ainsi, si les caisses de retraite dont relève une profession, décident d'adhérer au régime de l'auto-entrepreneur, les membres de cette profession pourront y avoir accès. La décision leur appartient et je respecterai leur choix.

Je perçois également les craintes de certains vis-à-vis d'une concurrence déloyale que représenteraient les auto-entrepreneurs et je souhaite les dissiper. Le régime de l'auto-entrepreneur ne permet pas de se soustraire aux obligations et qualifications professionnelles inhérentes aux professions. Il ne s'agit pas de permettre à quelqu'un n'ayant pas les compétences et qualifications adéquates d'exercer une profession libérale. Un rapport d'évaluation du régime de l'auto-entrepreneur sera prochainement rendu. Il devrait permettre d'apaiser ces craintes avec des chiffres précis.

L'EIRL

L'EIRL, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est l'autre révolution que je voulais évoquer ce matin, une révolution issue de la loi du 15 juin 2010. Les entrepreneurs individuels devaient jusqu'à présent répondre de leurs engagements professionnels sur la totalité de leur patrimoine personnel. Entreprendre, c'est certes d'abord prendre un risque - et cette prise de risque est nécessaire - mais ce risque ne doit pas être paralysant. En cas de revers de fortune, l'entrepreneur individuel ne doit pas être condamné à tout perdre. L'époque est révolue où les «faillis» étaient encore, comme dans les romans de Balzac, des coupables déchus de tous leurs droits ! De même qu'il doit y avoir un droit à entreprendre, il doit y avoir un droit à rebondir, un droit à une deuxième chance en cas d'échec. Avec l'EIRL, le patrimoine personnel est protégé, et ne peut être saisi en cas de faillite de l'activité professionnelle. C'est un progrès essentiel. Ce fut aussi pour moi un long et difficile combat contre des dogmes juridiques biséculaires d'unicité du patrimoine dont je vous passe les détails et les multiples épisodes.

Cette nouvelle forme d'entreprise constitue, j'en suis persuadé, une opportunité pour les 1,5 million d'entrepreneurs individuels concernés, commerçants, artisans ou professions libérales. C'est un formidable encouragement pour ceux, toujours plus nombreux qui veulent entreprendre et qui hésitent encore à franchir le pas.

Je souhaite que ce dispositif soit effectivement mis en place au 1^{er} janvier prochain et je compte sur votre appui pour le faire connaître et en montrer tout l'intérêt auprès des porteurs de projet ou des entrepreneurs individuels.

C'est la raison pour laquelle j'ai installé le 6 septembre dernier un comité de pilotage de lancement de l'EIRL, dont l'objectif est l'achèvement de tous les travaux juridiques, informatiques et techniques avant le 1^{er} janvier 2011, pour que les entrepreneurs bénéficient au plus tôt de la sécurité de ce nouveau régime.

Je remercie vivement les représentants du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce de participer à ce comité aux côtés des représentants des administrations concernées, mais aussi des réseaux consulaires, du conseil supérieur du notariat, de la compagnie nationale des commissaires aux comptes, du conseil supérieur de l'Ordre des experts comptables, de Agence Pour la Création d'Entreprises.

A partir du 1^{er} janvier 2011, le site Internet www.guichet-entreprises.fr devra ainsi être à même de recevoir par voie électronique toutes les créations d'EIRL, que ce soit pour les créateurs d'entreprises ou pour les entreprises préexistantes, et ce quelle que soit l'activité concernée (commerciale, libérale ou artisanale). Cet exemple est emblématique de ma double préoccupation tendant à simplifier et à sécuriser la vie de nos entrepreneurs en France et de leurs clients.

En pratique, à partir de cette date, je pense que les entrepreneurs créeront surtout des auto-entreprises à responsabilité limitée (AERL) : ce régime consiste à combiner la simplicité du régime de l'auto-entrepreneur, avec la protection du patrimoine personnel apportée par l'EIRL. Les guichets de la création d'entreprise devront être prêts à cette date à accueillir cette nouvelle forme d'entreprise individuelle sur laquelle je fonde beaucoup d'espoir, notamment pour les jeunes.

Professions libérales

Comme vous le savez, je ne suis pas seulement le ministre chargé des entreprises, je suis également en charge des professions libérales. Vous êtes certes des officiers publics et ministériels, auxquels le directeur des affaires civiles et du sceau s'adressera tout à l'heure, et vous occupez à ce titre une place centrale pour une justice commerciale efficace et moderne, mais vous êtes également des professionnels libéraux au service des acteurs de la vie économique et de la compétitivité de nos entreprises. Et je suis convaincu que vous saurez, demain plus qu'aujourd'hui, être des interlocuteurs privilégiés du monde économique.

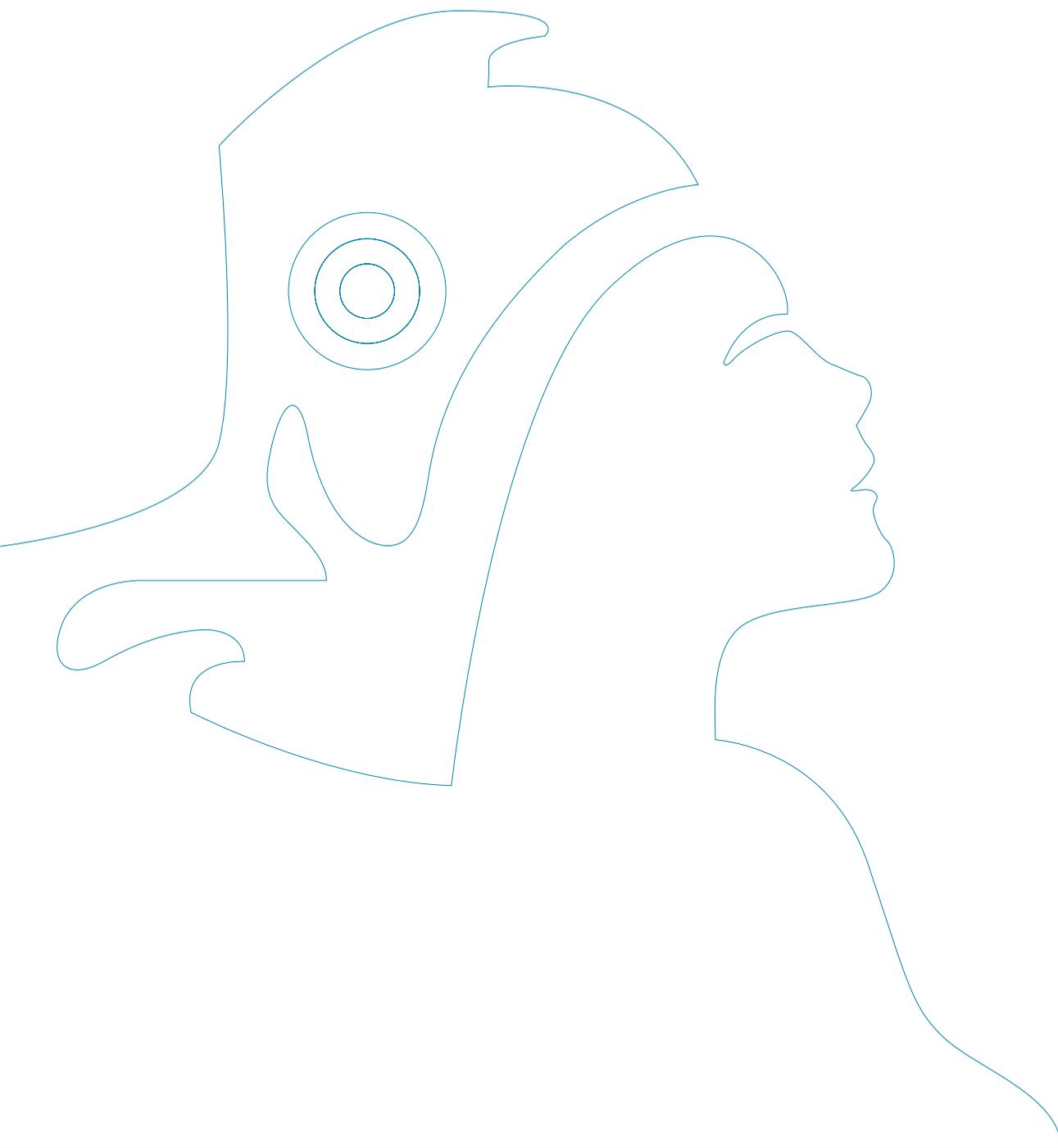
C'est donc sur le secteur libéral, dans toute sa diversité, que je voudrais, avant de conclure, vous dire quelques mots. Au travers de la mission que j'ai confiée à Maître Brigitte LONGUET, j'ai souhaité stimuler la réflexion sur les perspectives transversales des professions libérales et sur les moyens de mieux les associer aux politiques publiques. Maître LONGUET a, dans le cadre de cette mission, reçu et écouté de nombreux professionnels dont vous-mêmes. Les 33 propositions de son rapport font, à l'heure actuelle, l'objet d'un examen par la commission nationale de concertation des professions libérales (CNCPL). Je considère que le débat public est lancé sur ce sujet complexe. Et je ne peux que vous inviter à y participer, comme vous l'avez fait pour les entrepreneurs, en étant toujours constructif et force de proposition.

Conclusion

Vous l'avez compris, Monsieur le Président, je me félicite de la mobilisation et de l'esprit d'ouverture et de partenariat de votre profession qui contribuent à la bonne mise en œuvre des réformes que je porte, et dont j'attends qu'elles se répercutent sur tout l'écosystème entrepreneurial de notre pays, y compris chez les jeunes de plus de 16 ans.

Je souhaite que votre congrès sur le droit au service des entreprises, thème qui au fond résume l'engagement de votre profession, confirme ma conviction profonde que l'on peut préserver à la fois la simplicité et la sécurité juridique de nos entrepreneurs.

Merci à tous.





6. CONFÉRENCE DE THIBAUT MASSART

CONFÉRENCE DE THIBAUT MASSART,



PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS-DAUPHINE,
DIRECTEUR DU MASTER DE FISCALITÉ DES ENTREPRISES.



Spécialisation : droit des sociétés, droit commercial, droit de la propriété intellectuelle et des technologies de l'information.

Publications : La société civile, Gualino, 2008 - Droit commercial, introduction, actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, Gualino, 2007 - Le droit commercial, collection Universitoo, editoo.com, - Créer un site Internet : 300 questions/réponses juridiques, - Le régime juridique de la cession de contrôle, thèse Paris II, 1995.

LE DROIT, FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DE L'ENTREPRISE

En 2003, le fameux rapport annuel Doing Business de la Banque Mondiale a fait l'effet d'une véritable bombe et piqué au vif tous les juristes français. Ce rapport affirmait sans ambages que le droit des affaires français était moins performant que le droit des affaires américain ou anglais, voire que le droit des affaires Jamaïcain ou Botswanaïen.

Un tel affront ne pouvait rester sans réaction.

La première fut naturellement une réaction épidermique de rejet.

Les milieux universitaires craignaient que l'objectif du rapport fût de faire du modèle anglo-américain le système juridique universel. La doctrine contesta vigoureusement la méthode de comparaison. Elle affirma, au contraire du rapport Doing Business, que le droit français était tout à fait compétitif par rapport aux autres systèmes juridiques et en particulier face aux systèmes de Common Law¹. En critiquant la méthode utilisée par la Banque Mondiale, des auteurs ont montré que la France n'occuperait en réalité pas la 31^{ème} place mais la 11^{ème}. Il est vrai que certains aspects de la méthode utilisée par la Banque Mondiale prêtent le flanc à la critique. Le test de performance développé par les rapports Doing Business se fonde sur une série d'indicateurs relatifs à 10 aspects juridiques de la vie des affaires en se focalisant presque exclusivement sur les coûts règlementaires liés à l'activité des entreprises. Parmi ces indicateurs, on trouve par exemple : la création d'entreprise, l'exécution des contrats, les faillites des entreprises, ou encore l'emploi

¹ > C. Collard et C. Roquilly, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ 2010, n° 31 à 33, p. 44.

des salariés. Mais l'emploi des salariés, par exemple, atteste d'une conception très libérale, voire ultralibérale de l'économie, car on compare les facilités d'embauche et de licenciement des salariés. Ainsi, une législation protectrice des intérêts des travailleurs génère forcément une notation négative, alors même que le droit international avec à sa tête l'Organisation internationale du travail préconise une protection minimale des salariés. D'ailleurs, la Banque Mondiale a récemment révisé cet indicateur pour tenir compte de ces critiques. Baptisé « hiring and firing Workers », embauche et licenciement des salariés, l'indicateur porte aujourd'hui le titre politiquement plus neutre de « employing workers », l'emploi des salariés.

Mais certaines critiques relatives à la méthodologie demeurent. Par exemple, pour l'indicateur relatif à l'exécution des contrats, les statistiques prennent en compte la durée d'un litige relatif à un impayé devant un tribunal local ainsi que le coût complet de la procédure. Mais aucune donnée sur la formation du juge ou son indépendance n'est recensée alors que ces éléments sont essentiels pour mesurer la qualité de la justice.

Même si les critiques de la doctrine française à l'encontre des rapports Doing Business sont souvent justifiées, l'État français a également réagi énergiquement à la suite de la publication de ces rapports. Dans un premier temps, l'État a semblé, à l'instar de la doctrine, rejeter l'approche de la Banque Mondiale en participant à la création de la fondation pour le droit continental dont le but consiste à lutter, au grand jour, contre l'influence de la Common Law. Mais, dans un second temps, l'État français a adopté une attitude nettement moins agressive et accepté, sans le dire officiellement, les critiques du rapport Doing Business. En effet, le monde économique a profondément évolué ces dernières années. La compétition mondiale est devenue de plus en plus féroce. De nouveaux acteurs, comme la Chine, l'Inde ou encore le Brésil, adoptent des stratégies concurrentielles très agressives. Le vieux continent se trouve contraint de réagir s'il veut rester dans la course. Or, toutes les études montrent que l'environnement juridique est aujourd'hui un facteur fondamental dans les décisions d'investissement des opérateurs économiques. Si la France souhaite attirer des capitaux étrangers pour financer son expansion, elle doit offrir aux acteurs économiques un cadre juridique suffisamment attractif. Les comparaisons internationales entre les différents systèmes juridiques jouent ainsi un rôle crucial. De fait, si les entreprises françaises sont en compétition avec les entreprises étrangères, le système juridique français est lui aussi entré en compétition avec les systèmes étrangers.

Conscient de ce profond changement que l'on qualifie de Law shopping ou de concurrence normative, l'État Français a reçu et accepté les critiques et recommandations figurant dans les rapports Doing Business. En effet, ces rapports ne visent pas seulement à opérer un classement des législations mais préconisent également les réformes à entreprendre pour améliorer le fonctionnement de l'économie. Or, force est de constater que le train des réformes actuelles participe d'une mise en œuvre des rapports Doing Business. Cela est particulièrement vrai en matière de création d'entreprise ou de faillites d'entreprises. Ne peut-on pas aujourd'hui créer sa société avec un euro symbolique ? Ne peut-on pas opter pour le statut d'auto-entrepreneur en 10 minutes chrono sans sortir de chez soi et en se connectant simplement à Internet ? Comment ne pas constater également que le droit des entreprises en difficulté puise son inspiration dans le modèle américain même si une acculturation s'avère nécessaire ? Dans le rapport 2010, la France était classée en 31^{ème} position sur 183 économies comparées. Son rang avait ainsi progressé par rapport à 2006 où elle était 44^{ème}.

À n'en pas douter, le législateur français ne s'est jamais autant préoccupé du développement des entreprises et des activités économiques et la modernisation du droit des affaires est l'une des priorités du gouvernement.

Il faut avouer que le droit français des affaires part de loin, car de nombreux progrès étaient et restent à faire. Les entreprises reprochent toujours au droit sa complexité². Il s'agit d'un discours dominant chez les managers. Les pouvoirs publics eux-mêmes reconnaissent ce phénomène. Les rapports du Conseil d'État sur la sécurité juridique et la complexité du droit publiés en 1991 et 2006 ont eu à ce sujet un fort retentissement. La complexité croissante du droit provient tout à la fois d'une inflation normative, d'une multiplication des droits et d'une diversification des sources du droit.

L'inflation législative est un thème récurrent. Trop de lois tuent la loi ! rappelait Jacques Chirac en 1995. Or depuis 1995, le nombre de textes n'a cessé d'augmenter. Leur longueur a également décuplé. Le processus législatif, avec le jeu des amendements et de navettes, n'est certainement pas étranger à cette situation. Le rythme des réformes est tel qu'il est aujourd'hui impossible d'avoir un code sous format papier à jour. Sans le site Légifrance, il serait quasiment impossible d'être certain de l'état du droit positif.

La multiplication des droits est également un phénomène marquant qui ne peut que contribuer à compliquer davantage le droit. Les qualificatifs ne manquent d'ailleurs pas pour désigner ce phénomène de diversification du droit contemporain : parcellisation, fragmentation, éclatement, démantèlement, atomisation, balkanisation, voire pulvérisation du droit.... Comme l'indiquent deux auteurs, « tous traduisent, sinon la nostalgie d'un droit simple et unitaire, du moins un certain désarroi du juriste confronté à la multiplication et à la spécialisation des branches du droit »³. Or chaque branche de droit tend à prendre de l'ampleur et à s'affranchir des règles générales.

La multiplicité des sources participe enfin à la complexité du droit contemporain. La pyramide des normes de Kelsen a volé en éclat depuis longtemps. Nous sommes passés d'une pyramide des normes à un réseau de normes. L'état n'est plus la seule source de droit. Cela se confirme aussi bien sur le plan externe qu'interne. Sur le plan externe, la construction européenne est incontestablement un facteur de complexité. L'Union européenne est devenue une immense fabrique à droit et 75% de la législation nationale actuelle est d'origine communautaire. Les instruments juridiques du droit de l'Union européenne sont souvent eux-mêmes complexes. Par exemple, les directives sont la plupart du temps difficiles à interpréter car elles résultent de compromis entre différentes conceptions juridiques ou analyses économiques. Par ailleurs, la portée juridique de ces directives est incertaine, tant qu'elles n'ont pas été transposées en droit interne. Il en est par exemple de la "directive services" qui, selon les vœux du gouvernement, sera transposée, au fil de l'eau, au gré des réformes à venir, mais sans que l'on puisse précisément mesurer par avance les conséquences précises d'une telle transposition. Sur le plan interne également, la multiplicité des sources est également un phénomène frappant. On assiste aujourd'hui à une explosion des autorités administratives indépendantes dans tous les domaines. Selon un rapport parlementaire sur les autorités indépendantes⁴, il y en avait 35 en 2006. Or ces autorités produisent des normes. Si certaines institutions se sont vus reconnaître un véritable pouvoir réglementaire, la plupart n'émettent que de simples recommandations. Mais la force normative de telles recommandations fait débat, car tout le monde admet

2 > C. Collard et C. Roquilly, *ouvrage précité*, p. 22.

3 > C. Collard et C. Roquilly, *ouvrage précité*, p. 26.

4 > *Rapport du sénateur Gélard du 15 juin 2006*, n° 3166.

que ces normes sont généralement suivies par les opérateurs économiques alors même que leur violation ne devrait en principe faire l'objet d'aucune sanction juridique. Le terme de *soft law*, de droit mou ou souple, a fait son apparition. La doctrine s'ingénie à déterminer une échelle de normativité⁵. Mais ces travaux sont, en l'état, embryonnaires et un flou artistique règne en ce domaine.

Les maux du droit sont ainsi connus : difficulté d'accès à la norme, illisibilité, manque de clarté et d'intelligibilité, incohérence du droit, instabilité, imprévisibilité, précarité. Tous ces maux provoquent de l'insécurité juridique. Et cette insécurité juridique est une source d'incertitude qui ne peut que gêner les prises de décisions des managers. Alors que l'environnement économique est déjà fortement perturbé et incertain, il n'est pas raisonnable d'ajouter davantage d'aléas.

Sur le plan financier, l'insécurité juridique provoque des coûts directs liés à la nécessité d'avoir un service juridique conséquent ou de recourir à des prestataires extérieurs. La Chambre de commerce britannique a évalué le coût cumulé des nouvelles réglementations intervenues depuis 10 ans et supporté par les entreprises anglaises à 80 milliards d'euros⁶. Il ne me semble pas qu'un tel calcul ait été fait en France, mais le montant pourrait être bien supérieur. Les seules données que nous possédons indiquent que le coût de l'insécurité juridique représenterait de 3 à 4% du PIB⁷. Cette donnée est conforme à celle fournie par la Commission européenne qui estime à 3,5% du PIB pour l'ensemble de l'Union européenne le poids des charges administratives liées à la réglementation. Si les entreprises n'ont pas les moyens de s'offrir les services de juristes compétents, l'insécurité juridique risque de se traduire par des coûts liés à des contentieux en tout genre du fait de l'ignorance du droit ou de sa mauvaise interprétation. La complexité croissante du droit accroît ce que le Conseil d'État appelle « la fracture juridique », autrement dit le fait qu'une partie de la population (on ajoutera : une partie des entreprises) se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit. Les grandes entreprises parviennent, tant bien que mal, à s'acclimater à cet environnement juridique complexe alors que les petites entreprises, voire les micro-entreprises, ont absolument besoin d'un environnement juridique simplifié et sûr. Or, toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, sont des acteurs économiques essentiels. Car toutes les entreprises, quelle que soit leur dimension, sont créatrices de richesses aussi bien pour leurs associés, leurs salariés, leurs clients, leur banque ou encore l'État.

De fait, le gouvernement a pris conscience qu'il devait lutter contre l'insécurité juridique s'il souhaitait favoriser le développement des entreprises. L'accessibilité, l'intelligibilité et la prévisibilité du droit sont devenues des mots d'ordre que l'on trouve aussi bien dans la jurisprudence communautaire et européenne, mais également au niveau interne dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et de la Cour de cassation. C'est en 1999 que le Conseil constitutionnel a évoqué pour la première fois l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Dans son rapport pour 2006 intitulé « Sécurité juridique et complexité du droit », le Conseil d'État a explicitement consacré le principe de sécurité juridique. La Cour de cassation a suivi le pas lorsqu'elle a exclu, au nom de la sécurité juridique et de l'intérêt des justiciables, le principe de rétroactivité des revirements de sa jurisprudence. Le législateur n'est pas en reste. Toutes les réformes récentes visent à créer un environnement juridique favorable à la création et au développement des entreprises, de toutes les entreprises, des petites comme des grandes.

5 > C. Thibierge et alii, *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009.

6 > *The Economist Intelligence Unit, From burden to benefit : making the most of regulatory risk management*, 2008, p. 3

7 > A. Outin-Adam, Haro sur l'insécurité juridique des entreprises, *Les Echos*, 3 déc. 2009.

Mais l'État soucieux de préserver l'intérêt général souhaite également orienter les finalités de l'entreprise. Si l'entreprise a pour but de prospérer pour enrichir toutes ses parties prenantes, l'entreprise doit également participer au mouvement global de protection de la planète. Le développement des entreprises doit aujourd'hui aller de pair avec le développement durable.

1^{ère} PARTIE

LE DROIT, FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES DE TOUTES LES TAILLES

Le droit favorise le développement de toutes les entreprises, quelle que soit leur taille. Pour les petites entreprises, le législateur tente de simplifier au maximum toutes les contraintes administratives pour favoriser leur création. Pour les grandes entreprises, la simplification de l'environnement juridique est un objectif moins central, car ces entreprises ont les capacités de comprendre et de maîtriser leur environnement juridique afin d'y détecter les risques mais également les opportunités. Pour les grandes entreprises, ce qui compte est davantage la transparence et la fiabilité de l'information légale.

I - Le droit, facteur de développement des petites entreprises

Pour favoriser la création des petites entreprises, il y a aujourd'hui deux mots d'ordre :

- limiter les contraintes administratives
- renforcer la protection de l'entrepreneur

A - limiter les contraintes administratives :

Concernant la limitation des contraintes administratives, nous avons aujourd'hui certainement atteint un plancher avec le statut de l'auto-entrepreneur.

Cette figure majeure du droit des entreprises, issue de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, avait pour objectif et ambition de « stimuler la croissance et les énergies, en levant les blocages structurels et réglementaires que connaît l'économie de notre pays ». Partant de l'idée selon laquelle la création d'activité est encore en France trop lourde et trop complexe, la loi a créé le statut d'auto-entrepreneur. Il s'agit de permettre à toute personne désireuse de créer une activité de pouvoir le faire, selon les termes d'Hervé NOVELLI, secrétaire d'Etat à l'artisanat et au

commerce, « sans complications inutiles ». La simplification, maître mot du dispositif, se déploie à la fois sur le plan fiscal, social et déclaratif. Elle résulte non seulement de la faculté offerte à l'auto-entrepreneur d'opter pour un versement social et fiscal simplifié et libérateur mais aussi, sur le plan déclaratif, d'une dispense d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS) et au répertoire des métiers (RM).

En matière de simplification, nous pouvons sans peine affirmer qu'un seuil plancher a été atteint. Malheureusement, la simplification des formalités de constitution ne rime pas forcément avec la simplification du statut de l'auto-entrepreneur. Il en est par exemple de la dispense d'immatriculation au RCS qui génère incontestablement des effets nuisibles⁸.

Les personnes physiques exerçant une activité commerciale à titre principal ou complémentaire sont ainsi, selon l'article L. 123-1-1 du code de commerce, dispensées de l'obligation de s'immatriculer au RCS. L'immatriculation est remplacée par une simple déclaration d'activité, effectuée directement auprès du Centre de formalités des entreprises. Malheureusement cette dispense n'est pas neutre, car l'immatriculation d'une personne physique conditionne l'application d'un certain nombre de dispositions essentielles au fonctionnement et à la protection de l'entrepreneur. Il en est ainsi pour le bail commercial, pour la faculté de déclarer insaisissables ses droits sur tout bien foncier non affecté à son usage professionnel, pour l'hypothèque rechargeable, ou encore pour avoir la qualité d'électeur aux élections des membres des chambres de commerce et d'industrie. Au-delà, l'immatriculation au RCS d'une personne physique emporte, selon l'article L. 123-7 du code de commerce, présomption de la qualité de commerçant, permettant d'appliquer à l'entrepreneur immatriculé, sans autre preuve à rapporter, les procédures de traitement des entreprises en difficulté et, plus généralement, l'ensemble des droits inhérents à cette qualité.

A vouloir simplifier à l'extrême les formalités de création des entreprises, la France parvient incontestablement à s'élever dans le classement de la Banque Mondiale pour rejoindre les pays de tête. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle politique favorise la sécurité juridique alors même que l'objectif de sécurisation de l'activité de l'entrepreneur est aujourd'hui une priorité.

B - limiter les risques :

Le mot d'ordre est clair : Il faut limiter les risques pesant sur l'entrepreneur afin qu'il puisse créer son entreprise en toute quiétude et qu'il ne soit pas ruiné si les affaires tournent mal.

Cela se traduit par plusieurs mesures récentes.

Il en est ainsi de la suppression de l'obligation d'avoir un capital minimum pour constituer une société ou encore de l'apparition du patrimoine d'affectation avec l'entreprise individuelle à responsabilité limitée.

1/ suppression de l'obligation d'avoir un capital minimum pour constituer une société

Après la SARL à 1 euro issue de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, nous avons maintenu la SAS à 1 euro avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008.

⁸ > L. Nurit-Pontier, *Dispense d'immatriculation de l'auto-entrepreneur : une simplification non dénuée de risques*, D. 2009 p. 585.

Le but consiste à faciliter la création de sociétés en supprimant une contrainte financière considérée comme aujourd'hui inutile, celle de constituer un capital social. Cependant le capital social est une ressource a priori indispensable pour financer l'activité et protéger les tiers. Les travaux doctrinaux ont néanmoins montré que cette fonction de garantie est très mal assurée⁹. Le capital social est en réalité une garantie souvent chimérique pour les créanciers sociaux. Les capitaux apportés par les associés ne sont pas mis à l'abri des aléas de l'exploitation, mais servent au contraire à financer l'activité. Du coup, le montant du capital social, pourtant affiché sur tous les documents à destination des tiers, ne révèle nullement la solvabilité de la société. Seule la connaissance de la situation de l'actif net pourrait fournir un indicateur sérieux. Seule la transparence en matière d'information comptable et financière est de nature à rassurer les partenaires économiques de l'entreprise. Le RCS joue ici naturellement un rôle pivot indispensable au développement de l'activité économique et par delà indispensable au développement des entreprises.

2/ Apparition du patrimoine d'affectation.

L'apparition du patrimoine d'affectation avec l'EIRL participe également de ce mouvement de limitation des risques de l'entrepreneur. La loi du 15 juin 2010 introduit dans notre droit un nouveau statut : « l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ». Il s'agit de promouvoir la création et le développement des entreprises individuelles en préservant le patrimoine privé des menaces inhérentes au patrimoine professionnel. Il importe qu'à l'échec d'une entreprise ne succède pas l'échec d'une vie. Le mécanisme retenu est le patrimoine d'affectation : il consiste à affecter à une activité professionnelle un patrimoine séparé du patrimoine privé. Il s'ensuit que les créanciers professionnels n'ont pour seul gage que le patrimoine affecté alors que les créanciers personnels devront se satisfaire du patrimoine non affecté. Malheureusement, il ne faudrait pas croire que le nouveau dispositif est exempt de contraintes et offre une sécurité absolue. Les obligations comptables et les obligations d'informations seront des impératifs importants et nécessaires pour maintenir le cloisonnement entre les différents patrimoines. Là encore le RCS jouera un rôle central, de même que les greffes des tribunaux de commerce qui s'occuperont directement des déclarations d'affectation pour les professions libérales, les officiers ministériels, les auto-entrepreneurs et encore les exploitants agricoles.

Là encore, l'influence du droit anglo-saxon est indéniable et les rapports Doing Business ne sont certainement pas étrangers à ces modifications attendues. Un phénomène identique transparait lorsque l'on se penche sur le développement des grandes entreprises.

II - Le droit, facteur de développement des grandes entreprises

Pour favoriser le développement des grandes entreprises, il faut un marché boursier attractif. Toutes les places financières sont en compétition et elles sont jugées à l'aune de leur capacité à attirer émetteurs et investisseurs du monde entier. La qualité de l'information légale et la transparence sont des facteurs essentiels pour parvenir à cet objectif. Les contraintes informationnelles qui pèsent sur les entreprises sont nombreuses et jugées parfois trop

⁹ > C. Collard et C. Roquilly, ouvrage précité, p. 26.

lourdes. Elles sont toutefois indispensables pour rassurer les différents partenaires et investisseurs.

Cependant, si les règles impératives sont nombreuses en matière d'information, on note aussi la mise en place d'une régulation plus réflexive et incursive, impliquant davantage les opérateurs économiques. Cette nouvelle régulation s'opère ex ante, mais aussi ex post au moyen de techniques non autoritaires d'encadrement des conduites. Cette technique novatrice est apparue en matière de gouvernement d'entreprise. Mais cette approche n'implique nullement une simplification de l'environnement juridique, bien au contraire. La sécurité juridique entraîne une complexification du droit. Face à ce phénomène, les grandes entreprises tentent de tirer parti des opportunités qu'offre aujourd'hui le big bang de l'univers juridique.

A - Apparition de nouveaux modes de régulation : l'exemple du gouvernement d'entreprise

La question du gouvernement d'entreprise est un thème récurrent dans l'organisation des grandes entreprises. Depuis les travaux de BERLE et MEANS en 1932, les sociétés cotées de type managérial, dans lesquelles aucun actionnaire ne possède plus de 5% du capital social, ont toujours fait l'objet de défiance. Dans ces sociétés, on reproche généralement aux dirigeants d'agir dans leur propre intérêt au détriment de celui des actionnaires puisque ces derniers ne possèdent pas de pouvoir de contrôle efficace sur la gestion. Cette problématique a récemment fait l'objet d'une analyse nouvelle avec l'apparition d'une théorie économique américaine, dite théorie de l'agence, et qui est à l'origine du mouvement mondial de « corporate governance », de gouvernement d'entreprise¹⁰.

Selon les économistes, les actionnaires sont confrontés à deux difficultés majeures qu'il convient de surmonter.

D'abord, les économistes partent du principe que l'aspiration du manager consiste à maximiser sa rémunération et à minimiser son effort. Dans ces conditions, un conflit d'intérêts peut naître entre les actionnaires et les dirigeants, ces derniers pouvant être tentés de s'approprier une partie des ressources de la société sous forme de privilèges. Ils peuvent désirer également renforcer leur pouvoir en faisant croître la taille de leur entreprise, mais en préférant la croissance du chiffre d'affaires à celle du profit ou en employant plus de personnel que nécessaire.

Ensuite, une asymétrie d'information entre les deux parties complique la surveillance du dirigeant par l'actionnaire. Les dirigeants ont en charge la gestion de l'entreprise, mais la complexité du travail managérial ne pouvant faire l'objet d'une spécification précise, l'actionnaire s'expose, par conséquent, à l'opportunisme du dirigeant. Ainsi, plus l'environnement est incertain, l'information asymétrique et la mesure de l'effort individuel problématique, plus est élevé le risque de négligences préjudiciables aux intérêts des actionnaires. Le gestionnaire peut être tenté d'adopter un comportement opportuniste en manipulant l'information dont il a la gestion, en ne communiquant que celle qui sert son intérêt. En outre, l'actionnaire ne dispose pas toujours des compétences nécessaires lui permettant de savoir si une transaction favorise ses propres intérêts ou ceux des dirigeants.

Afin de surmonter ces deux risques, les actionnaires doivent donc mettre en place un système d'incitation et

¹⁰ > *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social, sous la dir. de V. Magnier, LGDJ, 2010, p. 204 et s.*

des mécanismes de contrôle s'ils désirent limiter les pertes occasionnées par une divergence d'intérêts. Mais l'introduction de techniques de contrôle et de mesures d'incitation engendre malheureusement des coûts, dits d'agence, qui sont en réalité des coûts d'organisation. Le problème des actionnaires est alors de déterminer la forme d'organisation qui minimise ces coûts d'agence. Or, il n'existe pas une forme d'organisation idéale, mais plusieurs, le même habit ne convenant pas pour toutes les entreprises (« One size does not fit all »).

De cette idée est née une nouvelle méthode de régulation. Le principe « comply or explain », « appliquer ou expliquer », a été introduit en droit français par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008. Cette loi a transposé en droit français la directive du 14 juin 2006 relative aux dispositions comptables. Le principe « appliquer ou expliquer » impose aux dirigeants de sociétés cotées de dévoiler dans quelle mesure leur société respecte les règles de bonne conduite contenues dans un code professionnel de référence et d'exposer, éventuellement, en quoi et pourquoi elles ont choisi d'y déroger¹¹. Le système repose sur une combinaison de règles d'informations impératives et de règles substantielles non impératives puisque, d'une part la soumission à un code de bonne conduite n'est pas obligatoire, et d'autre part, même si l'entreprise se soumet volontairement à un tel code, sa violation ne donne pas nécessairement lieu à sanction. Il s'agit d'une approche médiane entre l'autorégulation traditionnelle et la réglementation impérative.

Pour renforcer l'efficacité du dispositif, le principe « appliquer ou expliquer » fonctionne sous la menace du recours à une intervention législative plus contraignante en cas de non-respect des règles de bonne conduite par l'ensemble des sociétés. Une telle menace a d'ailleurs été publiquement lancée par le Chef de l'état en matière de rémunération des dirigeants. Le Président de la République en personne n'avait d'ailleurs pas ménagé ses efforts pour avertir publiquement le patronat des conséquences du non-respect par les dirigeants de règles éthiques élaborées par le MEDEF.

Dans ce schéma du « comply or explain », c'est le recours à la loi qui fait figure de punition, ce qui ne manque pas de surprendre.

Ce principe original « appliquer ou expliquer » est révélateur du nouveau rôle de l'état. Celui-ci n'est pas le gérant de la Société, et encore moins de l'économie, mais il s'agit d'un garant, d'un superviseur, chargé d'établir et d'administrer des processus de coordination de groupes sociaux pour atteindre des buts discutés et définis collectivement¹². Soumis à un principe de subsidiarité, l'état n'interviendrait légitimement qu'en cas de défaillance des mécanismes d'auto-régulation sociale. Malheureusement, la situation en France semble fort différente. Nous ne pouvons que constater le rôle croissant de l'Etat, aussi bien en tant qu'acteur économique qu'en tant que régulateur. La complexité du droit semble ainsi une caractéristique fondamentale et inéluctable du droit contemporain. Les grandes entreprises parviennent à s'acclimater à cet environnement instable en y détectant des sources d'opportunités économiques.

¹¹ > *La gouvernance des sociétés cotées face à la crise : pour une meilleure protection de l'intérêt social, sous la dir. de V. Magnier, LGDJ, 2010, p. 204 et s.*

¹² > *A. Pietrancosta et J.-B. Poulle, précité.*

B - L'environnement juridique perçu comme un champ d'opportunités économiques

Les grandes entreprises sont soumises à la loi de la concurrence. Elles doivent pouvoir réagir rapidement pour s'adapter aux stratégies des concurrents. Or la complexité du droit semble un élément perturbateur car il ajoute de l'incertitude et freine les prises de décisions. Les Etats pourraient avoir pour ambition de simplifier le droit. Mais la complexité est en réalité liée à la complexité de l'environnement global. Il est acquis que nous vivons dans la complexité interne et externe, nourrie par le concours permanent, pour ne pas dire harassant, des mutations techniques, des évolutions sociales, idéologiques, culturelles, de la mondialisation des idées et des échanges. Or cet équilibre est par nature dynamique, mouvant, instable.

De plus, les Etats qui désirent favoriser leurs propres entreprises sont également contraints d'adapter en permanence les nouvelles règles du jeu de cette compétition mondiale. De ce fait, l'économie moderne ne cesse de produire du droit et de s'en nourrir.

Les entreprises l'ont d'ailleurs bien compris. La recherche de l'efficacité économique passe aussi par une exploitation maximale des potentialités laissées ou offertes par les systèmes juridiques, même et surtout peut-être, les plus denses et les plus complexes. L'environnement juridique de l'entreprise contraint ses membres à adopter une démarche proactive capable de transformer ces facteurs de risque et d'insécurité en autant d'opportunités. Le droit apparaît ainsi comme une contrainte, mais également comme une chance pour les audacieux.

Ainsi les grandes entreprises font de la veille juridique ou réglementaire. Mais elles vont aujourd'hui bien au-delà. A l'instar de l'intelligence économique, elles pratiquent également ce que l'on qualifie maintenant d'intelligence juridique. Car l'acteur le plus efficace est celui qui dispose à la fois d'une connaissance approfondie de l'environnement juridique et de la capacité de l'utiliser à son profit. Le droit devient un élément de la stratégie globale de l'entreprise.

Par exemple, il est possible de développer des stratégies normatives, cherchant l'édiction d'une règle favorable aux intérêts de l'entreprise (par le biais du lobbying notamment), ou encore des stratégies de constitution des droits, qui visent à user d'un dispositif juridique pour établir et renforcer sa position juridique. La stratégie du mur de brevets est un exemple topique.

Certains regretteront une instrumentalisation du droit. Mais il faut également souligner que le législateur utilise la force de la loi à son profit dans le but d'orienter la politique générale de l'entreprise afin que cette dernière participe au Bien commun, à l'intérêt général. Si le développement de l'entreprise est une priorité, ce développement se trouve soumis à une nouvelle contrainte. Il doit être en harmonie avec l'adoption de comportements citoyens et la prise en compte d'un développement durable.

2^{ème} PARTIE**LE DROIT, FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DES NOUVELLES FINALITÉS DE L'ENTREPRISE**

Ce qui marque le droit contemporain est la prise en compte de nouvelles finalités de l'entreprise. L'entreprise n'est plus là seulement pour produire des biens et des services. Elle est un acteur essentiel de la vie en société et son comportement doit être celui d'un citoyen responsable. La responsabilité sociale de l'entreprise est devenue un thème majeur, et pratiquement toutes les entreprises ont aujourd'hui intégré cette nouvelle donne dans leur stratégie de développement. On peut dès lors se demander si l'avenir de l'entreprise ne réside pas dans l'avènement d'entreprises entièrement tournées vers la production d'avantages sociaux ou environnementaux. Tel est d'ailleurs l'objet des social-business. Ces entreprises nouvelles, imaginées par un prix Nobel de la paix, suscitent de nombreuses interrogations. En particulier, leur intégration dans le paysage juridique français soulève quelques interrogations. Avant de nous intéresser au concept de social-business, nous analyserons l'entreprise socialement responsable.

I - Le droit, facteur de développement de l'entreprise socialement responsable

Les dirigeants des sociétés à but lucratif sont de plus en plus attentifs à l'environnement dans lequel évoluent leurs entreprises. Cette nécessité de prendre en compte les intérêts des tiers est liée à l'apparition d'une théorie économique aujourd'hui incontournable, connue sous le nom de la théorie des parties prenantes.

Avant l'irruption de cette nouvelle approche, les dirigeants des sociétés devaient, en théorie, uniquement veiller à satisfaire l'intérêt de leurs actionnaires. En effet, dans la conception traditionnelle de l'entreprise, les actionnaires sont considérés comme les propriétaires de l'entreprise et les dirigeants ne sont que les mandataires des actionnaires. Autrement dit, le dirigeant doit chercher à accroître la valeur actionnariale de sa firme.

Malheureusement, en étant focalisés sur la satisfaction des intérêts des seuls actionnaires, certains dirigeants ont perdu de vue qu'il existe également des tiers intéressés, des parties prenantes, qui peuvent faire pression sur les dirigeants afin de contraindre leurs décisions.

Tel fut le cas des sociétés Danone, TotalFinaElf, Michelin, ou encore Nike qui furent attaquées dans les médias par des organisations non gouvernementales, et parfois même boycottées par leurs consommateurs, pour non-respect de la dignité de la personne avec l'emploi d'enfants ou l'absence de prise en compte du développement durable.

Afin de conserver leurs parts de marché, ces firmes ont dû mettre en place des politiques de responsabilité sociale et de développement durable. Ces stratégies se sont traduites par différentes actions : recherche de process de

fabrication plus écologique ; meilleure gestion des ressources humaines pour éviter les plans sociaux, ou du moins limiter leurs conséquences ; audits chez les sous-traitants pour s'assurer que les normes internationales du travail sont respectées ; plus grande transparence par la publication de rapports sociaux et environnementaux...¹³

Parallèlement, à la suite de certains scandales retentissant à l'étranger et en France (affaires Enron, Worldcom, Vivendi), les dirigeants ont cherché à mettre en place des règles éthiques dans leurs structures capitalistes. La vision de l'entreprise comme une communauté fermée s'occupant seulement de ses propres intérêts économiques a fait place à une présentation de l'entreprise ouverte sur la Société et ayant à lui rendre compte comme aux actionnaires. Le grand public semble d'ailleurs exiger une attitude responsable des entreprises afin qu'elles adoptent des « comportements citoyens »¹⁴. Ce sentiment n'a fait que se renforcer avec la crise financière¹⁵.

Face à cette évolution, une nouvelle théorie économique a émergé. La théorie des parties prenantes invite dorénavant les décideurs à prendre en compte tous les intérêts en présence. Cette thèse des stakeholders (par opposition aux shareholders, les actionnaires) considère que l'entreprise n'a plus pour finalité unique de faire du profit, mais constitue une tentative de rendre compatible plusieurs objectifs¹⁶. Le dirigeant ne peut se contenter de satisfaire les intérêts de ses actionnaires, mais doit également veiller à respecter les intérêts de toutes les parties prenantes, c'est-à-dire des salariés, des créanciers, des clients, de l'État ou des collectivités territoriales, des associations et organisations non gouvernementales, nationales ou étrangères.

Le droit des procédures collectives est probablement la meilleure illustration de la prise en compte juridique des Stakeholders. C'est en effet lorsque la société rencontre des difficultés que l'on assiste à une appréhension globale d'un grand nombre de ceux qui sont affectés par son fonctionnement. Ceci se retrouve à l'évidence dans le sort réservé à l'ensemble des créanciers, quelle que soit l'origine de leur créance et leur lien avec la société - même si la singularité des salariés est, à juste titre, prise en considération. De même, l'article 24 de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 prévoit qu'en cas de redressement judiciaire d'une installation classée, le bilan économique et social doit être complété par un bilan environnemental que l'administrateur judiciaire fait réaliser (C. com. Art. L. 621-54, al. 3). Le fait que les solutions dégagées au terme de la procédure doivent l'être à la lumière du bilan économique et social et, le cas échéant, du bilan environnemental le révèle pleinement. Il y a là une consécration évidente de la diversité des intérêts devant être intégrés.

C'est clairement à un retour de la notion de bien commun auquel on assiste avec la formalisation des exigences de développement durable et de responsabilité sociale de l'entreprise, qui a pu conduire à dire que « le dirigeant éclairé assume, comme conforme à l'intérêt bien compris à long terme, la triple responsabilité économique, environnementale et sociale, concrètement codifiée par le développement durable ». De fait, les créations de

13 > Lire J.-J. Rosé et A. Chauveau, *L'entreprise responsable*, Editions d'Organisation, 2003.

14 > N. Dion, *Entreprise, espoir et mutation*, D. 2001, chron. p. 762 ; D. de la Garanderie, *La reconnaissance et la promotion de la responsabilité sociale des entreprises par l'Union européenne*, in *Dossier La responsabilité sociétale des entreprises*, Journal des sociétés, octobre 2009, p. 10.

15 > exemple charismatique des bonus des traders.

16 > F.-G. Trébulle, *Stakeholders Theory et droit des sociétés*, Bull. Joly Sociétés, 2006, § 282, p. 1337 et 2007, p. 7 ; R.E. Freeman, *Strategic management: a stakeholder approach*, Pitman-Ballinger, Boston, XII, 1984, p. 276 ; *The politics of stakeholder theory: some future directions*, *Business Ethics Quarterly*, 1994, vol.4, n°4, p.409 ; *Divergent stakeholder theory*, *Academy of Management Review*, 1999, vol.24, n°2, p.233.

richesses et d'emplois ne sont plus aujourd'hui les seuls critères d'évaluation des entreprises. Leur responsabilité sociale leur impose une nouvelle définition des indices de performance autour de trois axes principaux : le développement économique, la préservation de l'environnement et l'équité sociale. Le mot d'ordre à la mode de la gestion des grandes compagnies se résume dans la formule des 3 P : « People, Planet and Profit »¹⁷.

Il convient toutefois de bien comprendre la théorie des parties prenantes en évitant de penser que la maximisation des bénéfices est recalée au dernier rang des objectifs du chef d'entreprise. La théorie des parties prenantes est souvent mal perçue. Il s'agissait pour ses promoteurs d'expliquer pourquoi les dirigeants devaient prendre en compte d'autres intérêts que ceux des actionnaires. Jusque-là, selon une vision simpliste du fonctionnement des sociétés capitalistes, les dirigeants devaient se contenter d'adopter des décisions qui maximisent uniquement les bénéfices de l'entreprise sans tenir compte des externalités négatives provoquées par celles-ci (sur les salariés, sur les consommateurs, sur la société en général)¹⁸. Or la théorie des parties prenantes a pour but de montrer que ces externalités négatives peuvent avoir en retour un impact très important sur le niveau des bénéfices. Il est donc essentiel que les dirigeants cherchent à augmenter les bénéfices sans créer de dommages collatéraux pour les parties prenantes. Les décideurs doivent de la sorte identifier tous les intérêts en présence afin d'anticiper d'éventuelles externalités négatives. Mais, en cherchant à établir les priorités du dirigeant et en recensant celles qui comptent réellement pour la prise de décision, les économistes admettent que les demandes des associés restent prioritaires, excepté éventuellement dans les sociétés dites managériales où l'actionnariat est tellement dispersé que les associés ne disposent pas réellement du pouvoir d'influencer les décisions stratégiques¹⁹.

De fait, dans une société à but lucratif, l'optimisation des bénéfices (du cours boursier ou de la valeur actionnariale) reste l'objectif premier, même si le dirigeant doit prendre en considération les intérêts de toutes les parties prenantes afin de minimiser les externalités négatives qui pourraient peser, au final, sur le montant des bénéfices²⁰.

Autrement dit, les entreprises n'ont pas changé leur objectif prioritaire.

Et force est d'admettre qu'aucun principe général n'impose aux dirigeants de société de satisfaire l'intérêt général et d'adopter des comportements éthiques ou citoyens.

En l'absence de réglementation publique, certaines entreprises ont cependant devancé le droit en adoptant volontairement des codes de bonne conduite sociale et des standards de responsabilité sociale des entreprises (appelés Business Ethics).

Ainsi, « il ne suffit plus de répondre à la norme : il devient vital de l'anticiper et d'aller au-delà des dispositions existantes »²¹. De fait, les entreprises s'imposent elles-mêmes des normes qu'elles produisent.

17 > *Stratégor, ouvrage collectif des enseignants de HEC, 4^{ème} éd., Dunod, 2005, p. 383.*

18 > *Pour une telle approche caricaturale, lire : Lawrence E. Mitchell, La Firme Irresponsable, Edition Economica, 2003.*

19 > R.K. Mitchell, B.R. Agle et D.J. Wood, « *Toward a theory of stakeholder identification and salience : defining who and what really counts* », *Academy of Management Review*, 1997, n° 22(4), p. 853 ; en ce sens également A. Constantin, *L'intérêt social : quel intérêt ?*, *Mélanges B. Mercadal, Paris 2003, p. 335* ; dans le même sens P. Didier, *Une définition de l'entreprise, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 850.*

20 > *On soulignera au passage que le concept d'entreprise socialement responsable est même parfois un concept marketing permettant pour les firmes de conquérir de nouveaux marchés.*

21 > V. Mercier, *Contrainte environnementale et création de valeurs, in Les défis actuels du droit financier, Joly Editions 2010, p. 251.*

Selon certains auteurs, ces normes privées semblent représenter l'émergence d'un « nouvel ordre commun » qui pourrait inspirer les acteurs publics pour en faire de véritables règles légales²².

L'évolution de la réglementation milite en faveur de cette idée.

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a imposé aux sociétés cotées d'intégrer des informations sociales et environnementales, au même titre que les informations financières, dans leur rapport annuel de gestion que présente le conseil d'administration (ou le directoire) à l'assemblée générale des actionnaires.

Or cette obligation ne concernait que les plus grandes entreprises, à savoir les sociétés cotées. La loi du 13 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Loi Grenelle 2 », prévoit désormais l'extension aux grandes entreprises non cotées de l'obligation d'inclure un bilan social et environnemental au rapport de gestion annuel.

Par la méthode des petits pas, le développement durable s'agrège aux notions juridiques traditionnelles. N'oublions pas que le développement durable a déjà intégré la constitution !

D'ailleurs, la loi Grenelle 2 comprend des dispositions qui ont un impact direct sur la responsabilité des acteurs économiques du fait de leurs activités. Par exemple, les fabricants, importateurs et distributeurs de produits présentant un risque pour l'environnement ou la santé publique sont assujettis à une obligation de collecte des déchets et de recyclage. De même se trouve renforcée la responsabilité des sociétés mères du fait des dommages environnementaux causés par leurs filiales.

Irrémédiablement le droit souple, la soft law, redevient un droit dur, un droit contraignant.

En constatant cette évolution, nous pouvons alors nous interroger sur le futur modèle de l'entreprise. Pourrait-on assister à l'émergence d'entreprises totalement désintéressées, cherchant exclusivement à contribuer au Bien commun ? Tel est l'enjeu du concept de social business.

II - Le droit, facteur de développement du social-business

Dans un ouvrage fort remarqué intitulé « Vers un nouveau capitalisme »²³, Muhammad YUNUS, professeur d'économie²⁴, fondateur et directeur de la Grameen Bank et prix Nobel de la paix 2006, évoque un nouveau concept d'entreprises qui lui a permis de lancer le microcrédit²⁵ au Bangladesh puis de développer toute une série d'activités économiques à caractère social dans le but de lutter contre la pauvreté²⁶. Il préconise la reconnaissance et le développement de cette nouvelle catégorie d'entreprises, baptisée « social-business », qui serait solidement enracinée dans l'économie de marché tout en poursuivant une finalité sociale. Un social-business est conçu et

22 > F. Cochoy, *La responsabilité sociale de l'entreprise comme « représentation » de l'économie et du droit*, *Droit et Société* 65/2007, p. 91.

23 > M. Yunus, *Vers un nouveau capitalisme*, Ed. J.-C. Lattès, 2008.

24 > Muhammad Yunus a été également nommé pour le "Nobel d'Économie".

25 > Muhammad Yunus est qualifié de "banquier des pauvres" (M. Yunus, *Banker to the Poor*, New-York, PublicAffairs, 2003).

26 > M. Yunus et A. Jolis, *Vers un monde sans pauvreté*, Ed. J.-C. Lattès - 1997

fonctionne a priori comme une entreprise classique : il a des produits ou des services, des clients, des charges et des recettes. Le social-business est en concurrence avec les entreprises traditionnelles dans la mesure où toutes ces firmes peuvent évoluer sur les mêmes marchés. Le social-business a aussi, à l'instar des sociétés capitalistes, des « propriétaires »²⁷ qui ont apporté une partie de leur fortune pour financer le projet. Cependant, dans une entreprise traditionnelle, la maximisation des bénéfices financiers est l'objectif prioritaire quand bien même il existerait des finalités sociales secondaires. Dans un social-business, le but premier consiste à procurer des avantages sociaux à des personnes extérieures au groupement, même si la recherche d'un équilibre financier s'avère également nécessaire pour maintenir la pérennité du projet. Plus précisément, selon le principe énoncé par Muhammad YUNUS : « No profit No loss » : le social-business est une entreprise qui ne réalise normalement pas de pertes et ne distribue pas de dividendes. Les profits sont réinvestis dans l'entreprise afin d'améliorer la situation des bénéficiaires du projet, et ce, au moyen de prix plus bas, de services de meilleure qualité, ou d'une plus grande accessibilité.

Mais pourquoi des investisseurs choisiraient-ils d'apporter leur argent à un social-business ? Les « propriétaires » du social-business ne peuvent en principe obtenir aucun avantage financier de leur entreprise, ni sous forme de distribution de dividende ni sous forme de boni de liquidation. Ils ne peuvent non plus obtenir d'économie puisqu'ils ne sont pas les bénéficiaires du projet social. Au premier abord, ces investisseurs renoncent à une rémunération financière au profit uniquement de satisfactions d'ordre psychologique, émotionnelle ou spirituelle. Mais c'est ici que Muhammad YUNUS fait preuve d'une grande originalité en présentant son nouveau groupement de personnes. Selon ce dernier, pour attirer les investisseurs, il conviendrait que le social-business permette à ses « propriétaires » de récupérer leur investissement initial. Il s'agirait par conséquent bien d'un placement (même non rémunéré) et non d'une donation à fonds perdus. Les investisseurs pourraient de la sorte réutiliser leur argent afin, par exemple, de créer un nouveau social-business. Mieux, malgré le remboursement de leurs « apports », les investisseurs resteraient maîtres de l'entreprise et participeraient à la détermination de son activité future. Muhammad YUNUS développe également l'idée novatrice selon laquelle il serait possible de créer une bourse spécialisée pour permettre aux « propriétaires » de céder leurs titres. Cette bourse serait tout à fait singulière, car pour apprécier la valeur des titres il ne faudrait pas tenir compte des bénéfices réalisés ou espérés de l'entreprise, mais des avantages sociaux octroyés ou susceptibles de l'être. Autrement dit, plus un social-business procurerait d'avantages sociaux, plus la valeur des titres serait élevée, permettant au passage aux « propriétaires » de s'enrichir en réalisant une plus-value lors de la vente de leurs titres. Une telle bourse est d'ailleurs peut-être déjà en marche avec l'ouverture prochaine d'un segment de marché dédié à la « finance responsable ». Nyse Euronext et Microfins projettent en effet de lancer au dernier trimestre 2010, le premier marché organisé pour la cotation et la négociation d'obligations à dimension solidaire.

Ainsi résumé, le concept développé par Muhammad YUNUS semble paré de tous les atouts pour séduire les milieux économiques. D'autant que l'approche du prix Nobel de la paix vise à réconcilier capitalisme et humanisme, intérêt individuel et intérêt général, au moment même où la crise financière et économique amène

27 > Terminologie utilisée par M. Yunus. Les économistes ont effectivement généralement tendance à assimiler les actionnaires à des propriétaires. On soulignera cependant que les associés ou les sociétaires ne sont pas « propriétaires » de leur entreprise. Seule la personne morale, la société ou l'association, est juridiquement propriétaire de l'entreprise.

à des critiques virulentes, parfois excessives, contre l'économie de marché. Les social-business n'ont pas pour vocation de supplanter les sociétés capitalistes ou les organisations à but non lucratif, mais à offrir une nouvelle forme d'entreprise « sociale » susceptible d'évoluer dans une économie de marché mondialisée²⁸.

Si le concept de social-business est un concept émergeant du monde des affaires, le juriste est interpellé par l'arrivée de cette entreprise d'un genre nouveau. Même si la notion de social-business relève davantage de la science économique, cette entreprise originale a besoin d'une structure juridique pour exister. Le droit des groupements est à l'évidence sollicité pour déterminer le cadre légal le plus adapté pour fonder un social-business. Or un problème d'acculturation se pose. Muhammad YUNUS souhaite développer un concept qui se veut universel sans se préoccuper des contraintes légales de chaque pays. Malheureusement, la notion de social-business peine à trouver, en France, une réponse juridique parfaitement appropriée. Parce que le social-business n'a pas pour vocation de partager des bénéfices ou procurer des économies à ses membres, il ne peut s'agir d'une société au sens de l'article 1832 du Code civil. Dans la mesure où un social-business n'a pas pour vocation de partager des bénéfices entre les fondateurs, ce groupement ne peut être une entreprise capitaliste, même socialement responsable. Pareillement, comme un social-business n'a pas pour finalité de procurer des économies à ses membres, il ne s'agit pas non plus d'une société coopérative, même d'intérêt collectif. Le moule qui correspondrait le mieux serait celui de l'association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Malheureusement, les associations ne sont pas immatriculées au RCS et le manque de transparence est un frein important au développement des social-business sous forme d'association. La solution pourrait résider dans l'instauration du REVE, c'est-à-dire du Registre des Entreprises à Vocation Economique, registre qui intégrerait toutes les entreprises économiques quel que soit leur statut.

28 > *Ce qui vaut à Muhammad Yunus des critiques sévères de la part des altermondialistes (D. Commane, Yunus le Nobel de l'ambiguïté ou du cynisme ?, in Revue trimestrielle Les Autres Voix de la Planète du Comité pour l'annulation de la dette du Tiers Monde, avril 2009, sur www.cadtm.org).*



 12^{ème} Congrès
 des Avocats des Tribunaux de Commerce
 100, rue de Valenciennes, 75013 Paris

LE DROIT AU SERVICE
 DU DÉVELOPPEMENT
 DES ENTREPRISES :
 ENTRE SIMPLIFICATION
 ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.





DEVELOPPEMENT DE LA TRANSPARENCE

- ◆ Information comptable et financière en particulier dans les SA
 - ↳ Obligatoire
 - Annuellement avant l'AG dans toutes les SA
 - Plus fréquemment dans sociétés qui proposent des titres sur le marché réglementé
- ◆ Développement de l'obligation d'information
 - Rapport du CA ou du directeur
 - ↳ Prévu par L225-100
 - ↳ S'est étoffé et fait aujourd'hui l'objet de 8 articles (évaluation des dirigeants, conséquences sociales et environnementales de l'activité...)
 - Rapport du président du CA ou du CS
 - ↳ Contenu assez péroré de L225-37
 - ↳ Complété par loi du 3 juillet 2008 (description du dispositif juridique interne et de gouvernance)



7. CONFÉRENCE DE SOPHIE SCHILLER

CONFÉRENCE DE SOPHIE SCHILLER,



AGRÉGÉE DES FACULTÉS DE DROIT,
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PARIS DAUPHINE.



Membre de l'I2D

Spécialisation : droit civil des biens, droit des contrats commerciaux, droit des sociétés, droit des affaires, droit de la concurrence.

Publications : Droit des biens, Dalloz, coll. Cours, 3^{ème} éd. 2007 - Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, LGDJ

L'ÉVOLUTION RÉCENTE DU DROIT DE L'ENTREPRISE

S'interroger sur l'évolution récente du droit l'entreprise semble un défi tout à fait insurmontable tant les modifications aux règles applicables ont été nombreuses¹. Avant toute chose, il convient donc de cerner le sujet et de tenter de le limiter. Pour cela, trois éléments seront posés. Tout d'abord, la réflexion ne portera que sur l'évolution des textes, sans prendre en compte les évolutions jurisprudentielles qui ne vont pas forcément dans le même sens, ne portent pas sur les mêmes sujets, et ne participent donc pas à un mouvement nécessairement global. Ensuite, ne sera étudiée que l'évolution de l'organisation de l'entreprise et non pas du droit applicable à l'activité de l'entreprise. Ainsi, rien ne sera dit sur l'évolution des méthodes commerciales, de la vente au déballage, des soldes, de la publicité, pas plus que de l'évolution des contraintes en matière de concurrence et en particulier de l'organisation du droit de la concurrence. Enfin, la troisième limite repose sur l'interprétation du terme « récente ». Les organisateurs de ce congrès ne nous ayant pas donné l'intégralité de la journée pour exposer la question, nous poserons le postulat que « récent » signifie au cours des deux dernières années, ou plus précisément depuis le 4 août 2008. Pourquoi cette date du 4 août ? Non pas qu'il s'agisse de l'abolition des privilèges des entreprises, mais, comme chacun sait, de la date de la loi de modernisation de l'économie qui apparaît aujourd'hui comme un véritable big-bang de cette matière. Le phénomène était voulu et annoncé par le législateur qui n'a pourtant

¹ > Le texte publié a conservé la forme orale adoptée lors de l'intervention.

mis en œuvre qu'une minorité des préconisations du rapport ATTALI. Par l'introduction de seulement une partie de ces recommandations, le droit de l'entreprise a été totalement bouleversé. L'évolution s'est échelonnée dans le temps. En effet, la loi LME a modifié certaines règles, mais elle a également annoncé des modifications futures grâce à des ordonnances ultérieures ou à des décrets d'application de ses propres dispositions. En dépit de l'importance de ces textes, l'évolution du droit de l'organisation de l'entreprise ces deux dernières années ne se limite pas à la loi LME et à ses suites. D'autres dispositions peuvent être citées comme l'introduction des fusions transfrontalières, l'évolution de l'appel public à l'épargne et donc de la notion d'entreprise ouverte, la simplification des règles applicables aux petites structures et en particulier aux sociétés unipersonnelles, mais également bien sûr l'introduction progressive de la fiducie et la création révolutionnaire de l'EIRL. Cette liste, non exhaustive évidemment, donne le tournis et montre l'extrême difficulté de ce sujet, malgré les trois restrictions précédemment apportées. Grande difficulté, mais également grand intérêt. Le juriste ne doit pas se contenter de subir une avalanche de textes, de modifications et d'évolutions. Il se doit de rechercher la cohérence de tous ces éléments qui peuvent sembler disparates, non pas seulement par intérêt intellectuel ou pour indiquer la pertinence politique de tous ces textes qui iraient dans la même direction, mais pour accomplir correctement son travail de compréhension et d'anticipation de ces réformes. En conséquence, je ne peux que féliciter les organisateurs de cette journée pour le choix de leurs thèmes et les remercier de m'avoir donné l'occasion de réfléchir à cette question. Ce sujet, comme les magnifiques problèmes de maths, est tout d'abord ressenti avec une forte exaltation, très vite suivie par un violent découragement dû à une question terrible : existe-t-il une solution ? Sans porter de jugement sur la qualité du travail de notre législateur, on peut en effet se demander s'il existe, derrière la multiplication des textes, une réelle cohérence des mutations du droit de l'organisation d'entreprise. Ces dispositions semblent aller un petit peu dans tous les sens, le législateur les présente le plus souvent sous forme de catalogue et les réduire à quelques grandes orientations nécessite forcément une démarche de parti pris. Cette démarche sous-tendra ma réflexion. Il m'est apparu que l'évolution récente du droit de l'entreprise répond à un double mouvement : elle oscille, d'une part, entre efficacité et inefficacité et, d'autre part, entre effectivité et ineffectivité. Ces deux couples, efficacité inefficacité et effectivité ineffectivité constitueront les deux temps de mon exposé.

I. L'évolution du droit de l'entreprise entre efficacité et inefficacité

Selon le dictionnaire Robert, l'efficacité est le caractère de ce qui produit l'effet que l'on attend. Pour apprécier le caractère efficace d'une règle, il est donc indispensable de connaître son objectif. Une part significative des règles édictées au cours des deux dernières années l'ayant été à la suite de la loi LME, il suffit donc de se référer à ce texte pour connaître les buts poursuivis. Cette loi avait pour objectif annoncé de « lever les contraintes qui empêchent certains secteurs de se développer, créer des emplois et faire baisser les prix ». Pour cela, elle a réformé presque toutes les matières du droit des affaires, et pour se limiter au sujet qui nous intéresse, elle a simplifié l'organisation des entreprises, afin de faciliter leur création et leur développement et de relancer ainsi la croissance économique.

Le législateur ne peut pas avoir pour seul objectif la simplification, car il a parfaitement conscience des multiples intérêts à prendre en compte en dehors de ceux de l'entreprise elle-même. En effet, la prospérité économique nécessite non seulement un développement des entreprises, mais également une protection de ses partenaires. Les créanciers doivent être protégés pour éviter les faillites en chaîne. Les associés doivent être protégés pour ne pas être découragés à investir. Cette liste de catégories à protéger pourrait être largement rallongée. Elle montre que la protection doit être un objectif général du législateur. Deux objectifs ont ainsi été identifiés : simplification et protection. Il reste à vérifier si les évolutions récentes du droit de l'entreprise ont permis de les atteindre et se sont donc révélées efficaces.

A. Recherche de l'efficacité des mesures de simplification

La loi de modernisation de l'économie comprend 175 articles dont seulement une petite dizaine sont relatifs au droit des sociétés. Pratiquement toutes ces dispositions visent un objectif de simplification.

Peu de mesures visent la société anonyme² et elles ne poursuivent pas cet objectif de simplification. Le législateur a ainsi clairement indiqué la position de la société anonyme par rapport aux autres formes sociales. Elle est réservée aux structures de taille importante et il est donc peu utile de simplifier son fonctionnement, car sa création ne sera décidée que pour des grands projets et ne sera donc pas freinée par des contraintes légales.

Contrairement aux sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées constituent un mode d'organisation de projets plus modestes. Le législateur a multiplié les mesures de simplification, convaincu à juste titre que les créateurs de telles structures étaient peut-être rebutés par des contraintes trop nombreuses. Pour cette forme sociale, la loi LME a supprimé le capital social minimum, a autorisé les apports en industrie, a créé des cas de dispense du commissaire aux comptes et a supprimé l'obligation d'information des actionnaires du nombre exact de droits de vote existants à la date de l'assemblée générale (C. Com., art. L233-8).

La loi de modernisation de l'économie a également pris un certain nombre de mesures de simplification lorsque la SAS est unipersonnelle et qu'elle prend la forme d'une SASU dont l'associé unique personne physique est président. Les SAS pluripersonnelles doivent déposer dans le mois qui suit l'approbation des comptes, au greffe du tribunal de commerce, à la fois les comptes annuels, le rapport du commissaire aux comptes le rapport de gestion. Désormais, dans les SASU, seuls les comptes annuels et le rapport du commissaire aux comptes doivent être déposés, le rapport de gestion devant être mis à disposition de toute personne qui en ferait la demande. Par ailleurs, dans les SAS pluripersonnelles, les comptes sont présentés à l'assemblée qui doit être réunie dans les six mois de la clôture de l'exercice, qui statue, délibère, et procède ensuite à l'affectation du résultat éventuel. Désormais, dans les SASU, les comptes peuvent être approuvés par le président par un simple dépôt au RCS, dans les six mois de clôture de l'exercice, des comptes annuels signés et de l'inventaire. L'associé unique se prononcera sur l'affectation des résultats et déposera sa décision au greffe. Il est intéressant de noter que la simplification s'est traduite par la suppression d'une procédure prévoyant la prise de décision par des organes sociaux, au profit d'une décision par une personne seule suivie d'une publication au greffe. C'est donc la réunion d'un organe collégial et

2 > Suppression de la détention obligatoire d'actions de fonction, maintien du droit de vote double en cas de fusion de scission, le fait d'options de souscription d'actions.

non le dépôt au greffe qui est ressenti comme une procédure lourde. La dispense de dépôt du rapport de gestion a été étendue par une loi du 19 octobre 2009³ aux EURL dont l'associé unique, personne physique est seul gérant ou président et qui ne dépassent pas à la clôture d'un exercice deux des trois seuils retenus pour la nomination obligatoire d'un commissaire aux comptes⁴.

Récemment, un nouveau statut est venu s'inscrire dans cette démarche générale de simplification. Depuis la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, « tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale »⁵. Le domaine d'application de ce statut est encore plus large que celui de l'auto-entrepreneur, car il est ouvert à tous les secteurs d'activité, alors que les agriculteurs ne pouvaient pas bénéficier du régime de l'auto-entrepreneur. Les formalités de constitution sont très simples : une simple déclaration d'affectation enregistrée au registre de publicité légale pour les personnes tenues de s'immatriculer (artisans, commerçants). Pour les professionnels qui ne sont pas tenus de s'immatriculer, la déclaration d'affectation doit être faite auprès du Greffe du Tribunal de commerce du lieu de leur établissement principal. Le professionnel pourra librement décider quels biens nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle seront affectés au patrimoine professionnel. Par souci de simplification encore, le législateur a choisi de calquer le calcul des charges sur des modèles existants : le régime fiscal est aligné sur celui de l'EURL et l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée relèvera, comme l'entrepreneur individuel classique, du régime social des travailleurs non salariés. Une différence doit être cependant notée avec ce régime : l'entrepreneur pourra choisir une imposition à l'IR ou une option à l'IS et les cotisations sociales seront alors calculées sur la rémunération que l'exploitant se versera. Il pourra ainsi fortement minorer les sommes soumises à charges sociales, mais les créanciers sociaux pourront contester cette organisation s'ils établissent une fraude. Le fait de disposer d'un patrimoine professionnel séparé de leur patrimoine personnel entraîne quelques contraintes supplémentaires pour les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée. Ils doivent faire figurer sur tous les documents professionnels la mention « entrepreneur individuel à responsabilité limitée », ils doivent ouvrir un compte en banque séparé et ils sont soumis aux obligations comptables imposées aux commerçants. En dépit de ces quelques contraintes, le régime demeure extrêmement souple.

Il est bien sûr impossible de décrire les mesures de simplification de l'organisation des entreprises sans parler longuement du statut d'auto-entrepreneur. Une description minutieuse est néanmoins inutile, tant ce statut est connu désormais. Rappelons juste les grandes lignes de la simplification : le statut est ouvert à tout entrepreneur quelle que soit son activité, l'enregistrement se fait par simple déclaration papier ou Internet auprès du centre de formalités des entreprises. L'auto-entrepreneur peut s'acquitter forfaitairement de ses charges sociales et de ses impôts uniquement sur ce qu'il gagne, mensuellement ou trimestriellement. Le versement est alors libérateur des charges sociales et de l'impôt sur le revenu, ce qui évite l'essentiel des contraintes comptables. De plus, l'auto-entrepreneur n'est pas soumis à la TVA et le micro-entrepreneur est exonéré de la taxe professionnelle pendant trois ans à compter de la création de son entreprise.

³ > LOI n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, art. 8.

⁴ > Total du bilan de moins d'un million et demi d'euros pour les EURL, chiffre d'affaires hors taxes de 3,1 millions d'euros, nombre moyen de salariés de 50.

⁵ > C. com., art. L526-6.

Enfin, pour achever cette description de toutes les mesures de simplification des différentes organisations d'entreprises, il faut également citer la simplification du statut de l'entrepreneur. Comment simplifier un statut déjà réduit au minimum ? En multipliant les situations où il peut être utilisé et en particulier en ouvrant ce statut à des personnes qui souhaitent pouvoir protéger certains biens personnels. La loi de 2003 a créé la déclaration d'insaisissabilité qui permet à un entrepreneur individuel de déclarer insaisissables certains de ces biens. L'évolution récente que nous décrivons aujourd'hui a développé cette possibilité : la loi LME l'a étendue à « tout bien foncier bâti ou non bâti » et la loi du 15 juin 2010 ne l'a pas supprimée, ce qui est remarquable étant donné que les travaux préparatoires de la loi sur l'EIRL avaient présenté ce statut comme remplaçant l'insaisissabilité appelée à disparaître. Grâce à cette possibilité de protéger certains biens, les créateurs d'entreprise devraient être moins réticents à devenir entrepreneurs individuels, ce qui devrait accroître l'utilisation de ce statut particulièrement simple et en conséquence alimenter ce mouvement général de simplification des organisations.

Cette longue énumération permet de constater que tous les statuts courants d'entreprises ont été simplifiés, du plus complexe au plus simple : la SAS, les sociétés unipersonnelles, et plusieurs statuts sont désormais offerts à l'entrepreneur individuel qui peut soit bénéficier d'un fonctionnement très simple tout en protégeant ses biens, soit simplifier encore son organisation si son activité n'atteint pas certains seuils. Toutes ces mesures s'avèrent donc particulièrement efficaces dans la perspective d'un objectif de simplification. L'efficacité doit également être mesurée dans la poursuite d'un autre objectif, indispensable dans la vie des affaires, celui de protection des intérêts des partenaires de l'entreprise.

B. Recherche de l'efficacité des mesures de protection des partenaires de l'entreprise

Selon la célèbre formule de l'arrêt HÖFNER, doivent être qualifiées d'entreprise « toutes les entités exerçant une activité économique, indépendamment de leur statut juridique et de leur mode de financement »⁶. Toute entreprise est donc un acteur économique et, en tant que telle, elle entretient des relations avec de nombreux partenaires. L'évolution de l'organisation des entreprises doit également s'inquiéter de la situation de ses partenaires, d'autant plus que la simplification de la création et du fonctionnement des entreprises est susceptible de se révéler particulièrement dangereuse pour eux. En effet, plus d'entreprises créées signifie la multiplication d'entreprises peut-être moins viables ou avec moins de garanties financières. Des règles de fonctionnement plus simples permettent souvent moins de contrôle et sont donc facteurs de plus de dangers pour l'entourage. Cette situation est tout à fait connue par le législateur qui pose des règles beaucoup plus nombreuses pour les formes sociales destinées à entretenir des relations plus nombreuses avec les tiers. Il suffit d'ouvrir le Code de commerce pour constater qu'il existe 270 articles applicables à la société anonyme et 17 articles applicables à la société en nom collectif. La société anonyme, paradigme des sociétés de capitaux, est la forme sociale adaptée aux besoins des entreprises de forte croissance. A priori, au cours de son existence, elle réunira beaucoup d'actionnaires et collaborera avec de nombreux partenaires : clients, fournisseurs, salariés etc. En revanche, la société en nom

⁶ > CJCE Höfner, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979.

collectif, le paradigme de la société de personnes, n'est pas destinée à être utilisée pour des projets économiques d'envergure. La vocation à réunir beaucoup d'associés et à entretenir des relations nombreuses avec des tiers a donc un lien évident avec le caractère précis et contraignant de la réglementation applicable. Cela oblige à ne pas appliquer identiquement le mouvement de simplification pour toutes les formes sociales, mais à le combiner avec des règles permettant de protéger les partenaires de l'entreprise lorsqu'ils risquent d'être nombreux. Il existe une catégorie de règles qui ont le mérite de protéger ces partenaires sans limiter la liberté d'action de l'entreprise : il s'agit des dispositions développant la transparence. Toutes les mesures d'information permettent de savoir ce qui se passe et donc de réagir éventuellement, sans limiter la liberté d'action de la société. La transparence constitue donc une réponse idéale aux besoins actuels de protection des partenaires de l'entreprise. Il n'est donc pas surprenant que les contraintes d'informations se soient multipliées conjointement aux mesures de simplification.

Le renforcement des obligations d'information a, tout d'abord, porté sur l'information comptable et financière⁷. Elle a été précisée et renforcée, plus spécialement dans le cadre de la société anonyme, archétype sociétaire où sont définies de manière détaillée les exigences informatives que l'on retrouve peu ou prou dans toutes les sociétés. Destinée aux associés, aux actionnaires, aux investisseurs, l'information comptable et financière est communiquée annuellement pour toutes les sociétés lors des assemblées générales chargées d'approuver les comptes sociaux, bien qu'une périodicité plus courte soit imposée aux sociétés cotées qui ont également, semestriellement et trimestriellement, à fournir et publier un certain nombre d'indications.

Les premiers supports à la diffusion de l'information sont les différents rapports et documents présentés à l'assemblée. Ainsi, aux termes de l'article L225-100 du Code de commerce, « Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent ». Ce rapport expose l'activité de la société et, le cas échéant, de ses filiales au cours du dernier exercice écoulé, les résultats de cette activité, les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir⁸. Au fil du temps, le rapport prévu par l'article L225-100 s'est étoffé et fait désormais l'objet de huit articles du Code⁹. Les informations qu'il comprend ne sont plus seulement des informations comptables et financières, mais également des informations sur la rémunération des dirigeants, « sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité »¹⁰ etc. Par ailleurs, pour compléter ces informations, un autre rapport est réalisé par le président du conseil d'administration, dans la société anonyme de type moniste, ou du conseil de surveillance dans les sociétés de type dualiste. Il est joint au rapport de gestion et est exposé par le président lors de l'assemblée générale ordinaire¹¹. Son contenu déjà assez détaillé (série d'éléments listés à l'article L225-37), a été complété par la loi du 3 juillet 2008 qui a précisé le dispositif en matière de contrôle interne et de gouvernance d'entreprise mis en place antérieurement¹². Désormais, aux termes de l'article L225-37

⁷ > Sur cette question, M. Teller, *L'information communiquée par les sociétés cotées : analyse juridique d'une mutation*, Nice 2007, dir. G. J. Martin - Vincent Jamet, *De l'influence du principe de transparence sur la chaîne de régulation l'information financière*, Nice 2007, dir. G. J. Martin.

⁸ > C. com., art. R225-102.

⁹ > Pour l'évolution entre 2001 et 2004, T Granier, *Le rapport de gestion après l'ordonnance n° 2004-1382 du 20 décembre 2004*, *Rev. sociétés* 2005, p 315.

¹⁰ > C. com., art. L225-102-1, al. 5.

¹¹ > C. com., art. L225-51.

du Code de commerce, lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises, le rapport précise les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été, conformément à la règle du " Comply or explain"¹³.

Ainsi, la loi du 3 juillet 2008 a modifié le contenu du rapport, elle l'a amplifié en imposant une déclaration sur la gouvernance. Mais parallèlement, l'évolution du droit de l'entreprise a poursuivi un mouvement de restriction du champ d'application des textes. Déjà, la loi Breton du 25 juillet 2005 avait circonscrit le champ d'application de ces textes en disposant que les alinéas 6, 7 et 8 de l'article L225-37 ne s'appliqueraient qu'aux sociétés faisant appel public à l'épargne. Puis, la loi du 31 décembre 2006 a restreint l'alinéa 9 dudit article aux seules sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé. Poursuivant le mouvement, l'ordonnance de 2009 relative à l'appel public à l'épargne a réécrit la seconde partie du texte, celle précisément ayant trait au rapport du président qui n'est plus imposé, à compter du 1^{er} avril 2014¹⁴, qu'aux sociétés dont les titres financiers sont admis à la négociation sur un marché réglementé.

Les pérégrinations rédactionnelles de l'article L225-37 reflètent un mouvement d'extension/limitation, qui caractérise toutes les exigences légales en matière de transparence. Les obligations se multiplient, sont de plus en plus contraignantes, mais elles touchent de moins en moins de sociétés. Si ce mouvement peut s'expliquer par la nécessité d'aligner notre droit sur le droit communautaire, il laisse à l'observateur une impression de flux et de reflux dérangeante¹⁵. Conçues initialement pour toutes les sociétés, tout au moins pour toutes les sociétés anonymes, les exigences de publicité n'ont plus concernées, dès 2003, que les sociétés faisant appel public à l'épargne voire pour certaines, les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé. Dorénavant, elles n'intéressent plus que ces dernières. L'ordonnance du 22 janvier 2009¹⁶ poursuit l'évolution. Aujourd'hui, la notion d'appel public à l'épargne a été supprimée et, avec elle, les conséquences de ce statut spécifique. Le champ d'application de la plupart des obligations imposées par la transparence est désormais restreint aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, qui est presque la seule catégorie visée par les dispositions applicables, l'offre au public n'apparaissant dans les textes de droit des sociétés que de manière résiduelle¹⁷.

En droit des sociétés, la limitation progressive des exigences aux seules sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé correspond à une évolution depuis longtemps pressentie et même souhaitée

12 > *Notamment par les lois NRE et LSF.*

13 > *En l'absence de référence à un code, le rapport indique les règles retenues en complément des exigences requises par la loi et explique les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise. Les sociétés ont donc une option ou se référer à un code ou ne pas s'y référer. Dans le premier cas, elles doivent l'appliquer ou s'expliquer, dans le second, elles doivent s'expliquer. Sur cette question, V. B Fasterling et J-C Duhamel, "Le comply ou explain : la transparence conformiste en droit des sociétés", RIDE 2009/2- t. XXIII, 2.*

14 > *Date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.*

15 > *L'expression a été utilisée par le Professeur Urbain-Parleani dans un article publié en 2003 et intitulé Les nouvelles obligations d'information des dirigeants envers les actionnaires, Rev. sociétés 2003, p. 779. Ce mouvement a largement été accentué depuis la loi de sécurité financière et le terme s'impose plus que jamais.*

16 > *Ord. n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière.*

17 > *Est toutefois conservée la distinction lors de la constitution de la société. Ainsi le code organise les formalités selon que la constitution a lieu avec offre au public ou sans offre au public. On se situe dans la logique du droit communautaire. En effet, si la directive "Prospectus" s'intéresse aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé et à celles faisant appel public à l'épargne, les autres directives ne concernent que les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé (directives Transparence n° 2004/109/CE du 15 décembre 2004 et Abus de marché n° 2003/6/ CE du 28 janvier 2003).*

par la pratique¹⁸ d'une *summa divisio* fondée sur le positionnement de la société sur le « Marché ». On peut donc penser qu'au regard du droit des sociétés, il existe deux types de sociétés : celles dont les titres sont admis à la négociation sur un tel marché c'est à dire essentiellement celles inscrites sur l'Eurolist d'Euronext¹⁹ et les plus nombreuses dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé. Le premier groupe est marqué par une certaine homogénéité, alors que le second, celui des sociétés dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé, est beaucoup plus hétérogène. De la société unipersonnelle soumise au régime des micros entreprises à la société familiale d'importance mais qui veut rester fermée, on rencontre diverses formes sociétaires qui n'ignorent pas toutes les obligations de transparence. Par ailleurs, certaines contraintes légales varient suivant la taille de l'entreprise : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice²⁰.

Cette situation, combinée avec la multiplication des réformes, ont créé une difficulté à connaître les contraintes de publicité imposées à chaque catégorie de société. S'il est clair que les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont tenues de la totalité des obligations comptables, financières et non financières, les autres sont soumises à des contraintes variables, qui dépendent de leur éventuelle inscription sur un marché organisé et de leur taille. L'évolution des règles applicables aux entreprises a abouti à la mise en place d'une modulation des exigences informatives. Ce constat est tout à fait satisfaisant, car la protection est ainsi modulée en fonction des besoins : les sociétés les plus ouvertes subissent les contraintes d'informations les plus fortes, alors qu'elles entretiennent a priori les relations les plus nombreuses avec des tiers.

La multiplication des contraintes d'information ne se limite pas à des obligations imposées aux sociétés. Elle se retrouve dans tous les autres domaines du droit applicable aux entreprises. Un tour d'horizon complet de toutes ces dispositions étant impossible, un seul exemple sera exposé, celui de l'EIRL. La constitution d'un patrimoine séparé est susceptible de produire des conséquences importantes pour les créanciers qui risquent de voir leur garantie réduite. Le régime doit donc prévoir des mesures de protection de ces partenaires, en organisant une publicité. Dans ce but, le législateur a prévu, comme nous l'avons vu, l'obligation d'enregistrer la déclaration d'affectation au registre de la publicité légale ou au Greffe du Tribunal de commerce. La loi distingue entre les créanciers dont le droit est né postérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation, auxquels la déclaration est opposable de plein droit, et les créanciers antérieurs auxquels la déclaration peut être rendue opposable, contrairement à ce qui avait été initialement prévu par le texte. Pour que cette opposabilité aux créanciers antérieurs se réalise, il faudra que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et qu'il en informe les créanciers selon les modalités qui seront définies par décret. Les créanciers antérieurs pourront former opposition, ce qui aura pour effet de leur rendre la déclaration inopposable dans l'hypothèse où le juge aura ordonné que leurs créances soient payées (« remboursées ») ou que des garanties soient constituées, sans que l'entrepreneur individuel s'exécute²¹. Dans sa décision du 10 juin 2010, le Conseil constitutionnel a opéré un

¹⁸ > V. par ex PH Bissara, *Au seuil d'un nouveau millénaire: quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés?*, *Rev. sociétés* 2000 p 69. Sur la distinction sociétés cotées et sociétés non cotées V également P H Conac, *La distinction des sociétés cotées et non cotées*, *Rev sociétés* 2005, p 67 et les références citées. M. Teller, *L'information des sociétés cotées et non cotées: une évolution certaine, de nouveaux risques probables*, *RTD Com* 2007, p. 17.

¹⁹ > Depuis 2005, il n'existe plus qu'un seul marché réglementé en France.

²⁰ > Critères visés par l'article L225-100-1 du Code de Commerce.

important ajout au dispositif en formulant une réserve aux termes de laquelle les créanciers antérieurs devront être « personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition »²². La procédure d'opposition pour les créanciers de l'EIRL ressemble à celle mise en place en cas de réduction de capital. Ainsi, l'article L225-205 du Code de commerce énonce que « lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction de capital non motivé par des pertes, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au Greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction, dans le délai fixé par décret en conseil d'État ». La réduction de capital peut ne pas être motivée par des pertes et être décidée par une société prospère qui souhaite restituer aux actionnaires une partie de leurs apports. Une telle opération est discutable pour les créanciers sociaux dont le gage se trouvera diminué d'autant. C'est pourquoi la loi leur confère un droit d'opposition devant le Tribunal de commerce s'ils estiment que leurs garanties sont sacrifiées. Une prérogative identique leur est accordée en cas de fusion-absorption. Les créanciers de la société absorbée sont protégés grâce à un droit de faire opposition s'ils considèrent qu'ils courent un risque nouveau²³. L'opposition doit être faite dans les 30 jours à compter de la dernière publicité du projet de fusion. Le Tribunal de commerce décide du sort à donner à cette opposition. Une différence notable doit être notée entre ces procédures d'opposition et celle des créanciers antérieurs à la constitution d'une EIRL. En cas d'opposition accordée suite à une réduction de capital ou à une fusion-absorption, les créanciers ne seront informés de l'opération et ne pourront donc réagir que par une procédure de dépôt au greffe. En revanche, en cas d'affectation à une EIRL, les créanciers seront informés « personnellement » de la situation et de leur droit de former opposition. La publicité est donc plus lourde et la protection renforcée. Plus encore que par le développement de publicité générale, ce type de publicité devrait être particulièrement efficace en remplissant parfaitement l'objectif de protection poursuivi par le législateur.

Ce vaste panorama permet de constater une grande efficacité de l'évolution récente du droit de l'entreprise qui permet de remplir ses deux objectifs principaux : la simplification de la création et du fonctionnement des entreprises combinée avec une protection de ses partenaires. Ces diverses mesures sont efficaces. Il reste à déterminer si elles sont effectives.

II. L'évolution du droit de l'entreprise entre effectivité et ineffectivité

La notion d'effectivité a été magistralement exposée par le doyen CARBONNIER, tout d'abord dans un article paru dans l'Année sociologique 1957-1958, puis repris dans son célèbre ouvrage *Flexible droit*. Il constate qu'il est impossible d'assimiler l'effectivité à l'application, car la notion est beaucoup plus complexe. En effet, l'absence de condamnation sur le fondement d'une infraction pénale ne signifie pas que la règle est inefficace. Certes, elle n'est pas appliquée, parce que son effectivité vient de son caractère préventif. En revanche, il existe des « phénomènes d'ineffectivité » allant parfois jusqu'à une ineffectivité totale, qui correspond en particulier à des

²¹ > *C. com.*, art. L526-12, al. 3 et 4.

²² > *Cons. Const.*, déc. 10 juin 2010, n°2010-607, DC.

²³ > *C. com.*, art. L236-34.

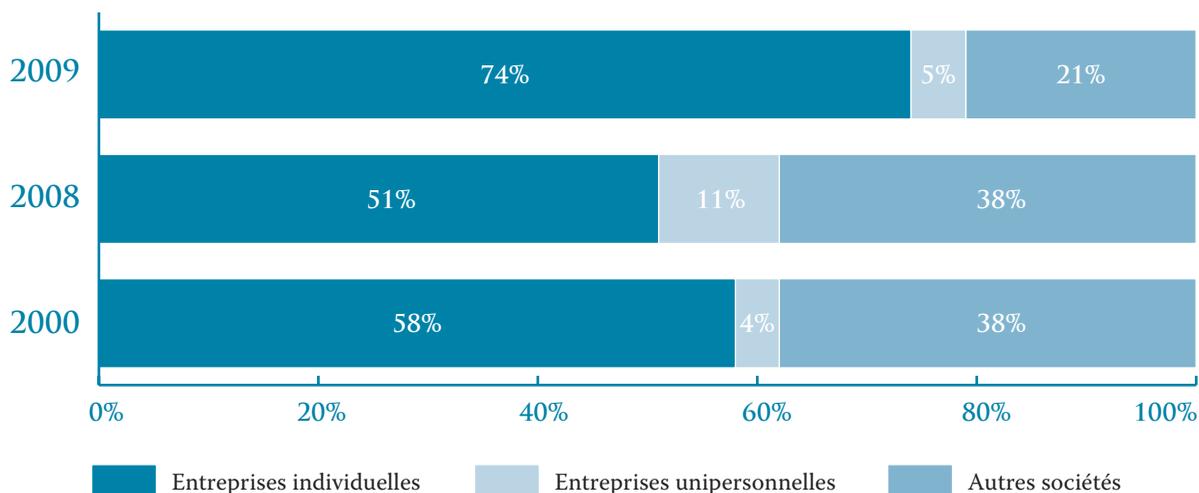
situations « d'impuissance de la loi ». Une réflexion sur l'évolution récente du droit de l'entreprise doit s'interroger sur l'existence éventuelle de tels phénomènes parmi les dispositions récemment mises en œuvre. Elle oblige à constater deux « phénomènes d'ineffectivité ». Parfois, l'ineffectivité est partielle, les utilisateurs ayant renoncé à faire usage de certaines dispositions devant l'abondance de solutions offertes, ce que nous verrons dans un premier temps (A). Parfois, l'ineffectivité est totale, comme nous l'étudierons dans un second temps (B).

A. Manifestations d'ineffectivité partielle parmi les évolutions récentes du droit l'entreprise

Nous avons vu que les mesures de simplification ont touché presque toutes les formes sociales, ce qui a eu pour effet positif de les rendre toutes plus attractives, mais ce qui a provoqué entre elles une très forte concurrence. Pour déterminer la réelle effectivité de chaque organisation, le meilleur outil est d'étudier les chiffres de créations d'entreprises, particulièrement en 2009, année où l'impact de la loi LME était déjà réel et dont les chiffres sont disponibles aujourd'hui.

Un nombre record de créations d'entreprises a été recensé en 2009 : 580 193 nouvelles unités. Ce nombre, le plus important enregistré jusqu'à aujourd'hui, a très fortement augmenté au regard de l'année précédente : +75 %.

- Evolution de la répartition des créations d'entreprises entre 2000 et 2009



Il est intéressant d'observer comment ces créations se répartissent parmi les différents types de structures juridiques existants. Deux éléments sont intéressants à observer : d'une part, le pourcentage d'entreprises individuelles par rapport aux sociétés et, d'autre part, la répartition des sociétés entre les différentes formes sociales.

En 2009, les nouvelles unités se sont majoritairement immatriculées sous forme d'entreprises individuelles : 74 % des créations. Cette situation marque une rupture par rapport à l'évolution antérieure. En effet, entre 2000 et 2008 le taux de société a cru chaque année. En 2000, il existait 58 % d'entreprises individuelles qui n'étaient plus que 51 % en 2008. Pourquoi cette explosion du nombre d'entreprises individuelles qui a augmenté de 152 % entre 2008 et 2009 ? Parce que, comme l'explique l'INSEE, 2009 a été « l'année du régime de l'auto-entrepreneur ». Plus de la moitié des créations enregistrées en 2009 sont sous forme d'auto-entrepreneurs, soit 320 019 entreprises. Ce régime aux dispositions juridiques fiscales et sociales favorables bénéficie d'une forte effectivité. Plusieurs éléments expliquent ce succès. Tout d'abord, selon un sondage réalisé en juin 2009²⁴, la population française dans son ensemble a bien accueilli ce régime. Une large majorité des Français font confiance à ces entreprises dans le cadre de relations commerciales qu'ils peuvent avoir avec elles (achats de produits et services) et 36 % des Français envisagent comme possible de devenir eux-mêmes auto-entrepreneurs un jour. Par ailleurs, ce régime a bénéficié d'une très bonne communication : 83 % des Français déclarent en avoir entendu parler dont la moitié estime bien le connaître. Enfin, il répond à un besoin nouveau. En effet, plus de la moitié des auto-entrepreneurs sont dans une situation de cumul d'activités (34 % avec une activité salariée, 22 % avec la retraite et 2 % avec des études) et ils ont accepté ce régime abordable par sa simplicité et son faible coût mais n'auraient pas endossé un régime plus lourd pour une activité aussi réduite. Néanmoins, un élément doit être relevé pour tempérer l'engouement annoncé face à ce régime. Seuls 37 % des auto-entrepreneurs enregistrés auprès de l'URSSAF avant le 1^{er} octobre 2009 ont déclaré du chiffre d'affaires. Un tel chiffre tout à fait étonnant montre que la réelle effectivité de ce régime est bien moindre que celle annoncée au vu des chiffres d'enregistrement. Ce régime constitue néanmoins un fort concurrent pour les autres qui connaissent une baisse d'utilisation.

Ainsi, un député a posé une question au secrétaire d'État chargé du commerce en soulignant que « on constate une forte baisse de la création des entreprises artisanales qui restaient pourtant particulièrement dynamiques ces dernières années. Cette chute liée à l'entrée en vigueur du régime de l'auto-entrepreneur confirme qu'au-delà de la crise, la mise en place de ce régime a contribué à affaiblir la création d'entreprise de droit commun »²⁵. Le ministre lui a répondu en annonçant « un comité d'évaluation du régime de l'auto-entrepreneur, composé de représentants des chambres consulaires, des fédérations patronales, des auto-entrepreneurs et des organismes de sécurité sociale et des administrations concernés, a été mis en place en mars 2010. Il est chargé de piloter l'évaluation du régime de l'auto-entrepreneur qui sera réalisée par un cabinet indépendant. Les résultats sont attendus pour le début de l'été 2010 »²⁶. Les entreprises artisanales ne sont pas les seules à avoir leur nombre diminué en 2009. Une baisse d'effectivité est également constatée pour d'autres régimes. De façon générale, entre 2008 et 2009, le nombre de sociétés immatriculées a baissé de 6 %. Cette baisse concerne essentiellement les sociétés unipersonnelles (-18 %), alors que leur nombre avait cru en moyenne de 93,9 % par an entre 2003 et 2008 et elle résulte probablement d'un transfert des immatriculations. Ainsi, une partie des créateurs d'entreprise qui auraient choisi l'EURL ou la SASU ont préféré le statut d'auto-entrepreneur.

Une seule forme sociale a réellement profité des mesures de simplification, la SAS. Alors qu'entre 2003 et 2008, le

²⁴ > Sondage réalisé par Opinionway pour l'union des auto-entrepreneurs (UAE) et l'Agence pour la création d'entreprise (APCE).

²⁵ > Question n° 70092 de M. Jacques Valax, JOAN Q 22 juin 2010.

²⁶ > Rep. min. n° 70092, JOAN Q 22 juin 2010.

nombre de SAS ne croissait que de 7 % par an, il a augmenté de presque 120 % entre 2008 et 2009²⁷.

L'effectivité de l'évolution des différents régimes d'organisation de l'entreprise est très variable. Le législateur a souhaité les rendre tous plus attractifs, mais tous n'ont pas rencontré leur public, les petits utilisateurs se concentrant même beaucoup plus qu'avant sur certains de ces régimes. A côté de ces ineffectivités partielles pour cause de concurrence entre les régimes, il existe des situations d'ineffectivité totale de certaines évolutions récentes du droit de l'entreprise.

B. Manifestations d'ineffectivité totale parmi les évolutions récentes du droit l'entreprise

Le doyen CARBONNIER donne diverses explications de l'ineffectivité totale. « Les catégories sociales que le législateur voulait attirer n'ont mis aucun empressement à répondre, et les possibilités légales sont restées inappliquées. (...) Il a pu y avoir, à l'origine de l'application, des erreurs législatives : l'institution mise sur pied pouvait ne correspondre à aucun besoin social réel, (...), son accès pouvait être hérissé de formalités décourageantes (...) »²⁸. Parmi les évolutions récentes du droit de l'entreprise, plusieurs exemples peuvent être donnés d'un tel phénomène. Deux seront développés, celui les apports en industrie dans les SAS et celui des fusions transfrontalières.

La loi LME a autorisé les apports en industrie dans les SAS. Cette mesure est tout à fait révolutionnaire car, traditionnellement, les sociétés de capitaux étant caractérisées par la réunion d'un capital, seuls les apports en numéraire et en industrie, susceptibles d'être saisis par les créanciers, étaient autorisés. L'industrie apportée peut être une activité, un travail, une prestation de service, un savoir-faire, des études, des travaux, des démarches, une influence ou un crédit commercial... C'est un engagement pour le futur. L'apporteur est obligé à l'égard de la société et « il lui doit compte de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport »²⁹. Lorsqu'il s'agit d'un travail, l'apport se distingue du contrat travail par deux traits : d'une part, l'apporteur doit être animé par l'affectio societatis et sa situation d'associé est exempte de tout lien de subordination tant à l'égard de la société bénéficiaire que de sa direction. D'autre part, la rémunération n'est pas un salaire, mais l'octroi d'actions donnant droit à des dividendes. L'émission nécessite une décision collective des associés (ou des statuts constitutifs) car elle entraîne des conséquences sur la répartition des bénéfices (application art. L227-9, alinéa 2). La décision collective doit approuver les termes de l'apport, tels qu'ils sont définis dans le contrat fixant les obligations de l'apporteur, émettre les nouvelles actions, modifier les statuts³⁰. L'apporteur en l'industrie a un droit à participer aux résultats, mais il ne peut prétendre à se faire garantir sa part de dividendes, car une telle clause serait léonine. Il a également des droits sur l'actif net (et donc sur les réserves et partages y compris le boni de liquidation) si les statuts l'ont précisé et à participer aux décisions collectives selon des proportions déterminées dans les statuts, avec des droits

²⁷ > La création d'entreprises en France en 2009 : l'année de l'auto entrepreneur, APCE, Source INSEE- Base de données Sirène, mai 2010, p. 8.

²⁸ > J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd., LGDJ, p. 133 et s.

²⁹ > C. civ., art. 1843-3, dernier alinéa.

³⁰ > Il doivent définir les modalités de souscription et de répartition des actions résultant de l'apport en industrie (L227-1, al. 4), les droits de ces nouvelles actions, leur durée, le mode de contribution aux pertes, le délai pour l'évaluation, le nombre et la catégorie de ces actions (R. 224-2) et l'identité des apporteurs en industrie.

égaux à la part de l'associé qui a le moins apporté dans le silence des statuts. En revanche, il n'a pas droit à bénéficier du droit préférentiel de souscription, car ce droit est certes attaché aux actions, mais à proportion de leur montant, c'est-à-dire de la part qu'elles représentent dans le capital. Il n'a pas non plus le droit de céder ses actions car elles sont assorties d'une inaliénabilité légale perpétuelle, qui entraîne une impossibilité de les transmettre aux ayants-droits tant à titre particulier qu'universel.

Plusieurs utilisations des apports en industrie dans les SAS peuvent être envisagées. Elles peuvent être créées dans les sociétés d'exercice professionnel, où les associés ou une partie d'entre eux exercent leur activité (par ex. SELAS, ou tout autre type de société de gestion ou de conseil constituée sous forme de SAS). Elles peuvent également permettre, dans les sociétés entre époux, de rééquilibrer les parts entre celui qui travaille et celui qui a créé l'affaire par un apport en nature ou en numéraire. Au-delà de ces utilisations traditionnelles de l'apport en industrie, la possibilité de les réaliser dans les SAS peut permettre dans ces sociétés de réaliser des apports en savoir-faire et de faire participer les salariés aux résultats. Des actions seront accordées, sans réellement ouvrir le capital, et certains salariés pourront ainsi être intéressés aux résultats de l'entreprise, même lorsque la structure comme les sociétés familiales, souhaite rester totalement fermée. Néanmoins, plusieurs éléments constituent des limites à cette perspective d'utilisation. Le salarié ne touchera rien si la société émettrice ne réalise pas de bénéfices. L'incessibilité des actions en industrie restreint leur création pour des opérations de capital-investissement, car ces montages sont fondés sur le partage des plus-values résultant de la revente des participations.

Cette mesure correspond à une demande de la pratique, en particulier de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, et de nombreuses utilisations semblaient envisageables. Malgré tout, elle n'a remporté pratiquement aucun succès certainement par méconnaissance des praticiens qui n'arrivent pas à prendre connaissance de tous ces nouveaux outils constamment créés par le législateur, mais également en raison d'une concurrence très forte faite par les outils existants comme les stock-options et les actions gratuites, qui ont l'avantage d'être assortis de mesures fiscales et sociales plus intéressantes. Une inefficacité presque totale comparable touche les fusions transfrontalières.

Les fusions transfrontalières ont été introduites par la loi du 3 juillet 2008, en application de la directive 2005/56/CE qui devait être transposée avant le 15 décembre 2007 pour favoriser la liberté d'établissement au sein de l'UE en permettant à des sociétés d'États différents de se réunir. Plusieurs opérations de fusions transfrontalières avaient été effectuées auparavant sous la forme de fusion-absorption : l'absorption de Barclays Bank SA (française) par la société Barclays Bank Plc (anglaise) 1993 ; l'absorption de Financière Sema SA (française) par Sema Group Plc (anglaise) 1997 et l'absorption de PSA Credito Sociedade Financeira Para Aquisicoes a Credito SA (PSA Credito, portugais) par sa société mère de droit français, Banque PSA Finance Holding (BPSAFH). Néanmoins, ces opérations se heurtaient à de nombreuses contraintes. Le droit applicable à la société étrangère partie à la fusion devait admettre, comme le droit français, la validité de l'opération, chacun des pays concernés devait reconnaître la personnalité juridique des sociétés étrangères, les exigences posées par les lois applicables à la société absorbante et à la société absorbée devaient être respectées distributivement et, dans les sociétés anonymes françaises, un

accord unanime des associés de la société absorbée était nécessaire car ils ne pouvaient pas se voir imposer l'application du droit national étranger de la société absorbante sans avoir donné leur accord.

Le nouveau texte a envisagé plusieurs types de fusion, soit l'absorption d'une société par une autre, soit la création d'une société nouvelle. L'opération est soumise à une procédure assez lourde. Est d'abord élaboré un projet de fusion qui fait l'objet d'une publication pour chaque société qui fusionne selon ses modalités nationales. En France, le projet est déposé au Greffe du Tribunal de commerce en deux exemplaires, puis est publié dans un journal d'annonces légales et au BALO si une des sociétés fait appel public à l'épargne (ou si toutes les actions d'au moins une des sociétés ne revêtent pas la forme nominative). Deux rapports sont faits aux associés, l'un par l'organe de décision et un autre par un expert indépendant (soit un commissaire à la fusion soit un commissaire aux apports qui donnent en particulier leur avis sur l'évaluation). L'une des difficultés importantes de cette opération est de déterminer la participation des salariés dans la société issue de la fusion. En effet, les différents systèmes en vigueur en Europe ne prévoient pas du tout les mêmes règles. Les discussions ont été vives entre les Français et les Allemands sur cette question pour aboutir à un compromis acceptable par tous. Enfin, l'opération est approuvée par les associés de toutes les sociétés participantes. Comme toute fusion, elle peut faire l'objet d'opposition par les créanciers, les obligataires etc. et elle sera soumise à des contrôles. Le contrôle de la conformité (L236-29) sera réalisé par le Greffier du Tribunal dans le ressort duquel la société participant à l'opération est immatriculée qui vérifiera que les actes et formalités préalables à la fusion ont été correctement accomplis et délivrera une attestation. Le contrôle de la légalité (L236-30) sera effectué par un notaire ou le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société participant à l'opération est immatriculée. Ils contrôleront que les sociétés qui fusionnent ont approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes et que les modalités relatives à la participation des salariés ont été fixées conformément aux dispositions légales. Là encore, si le contrôle s'avère positif, ils délivreront une attestation.

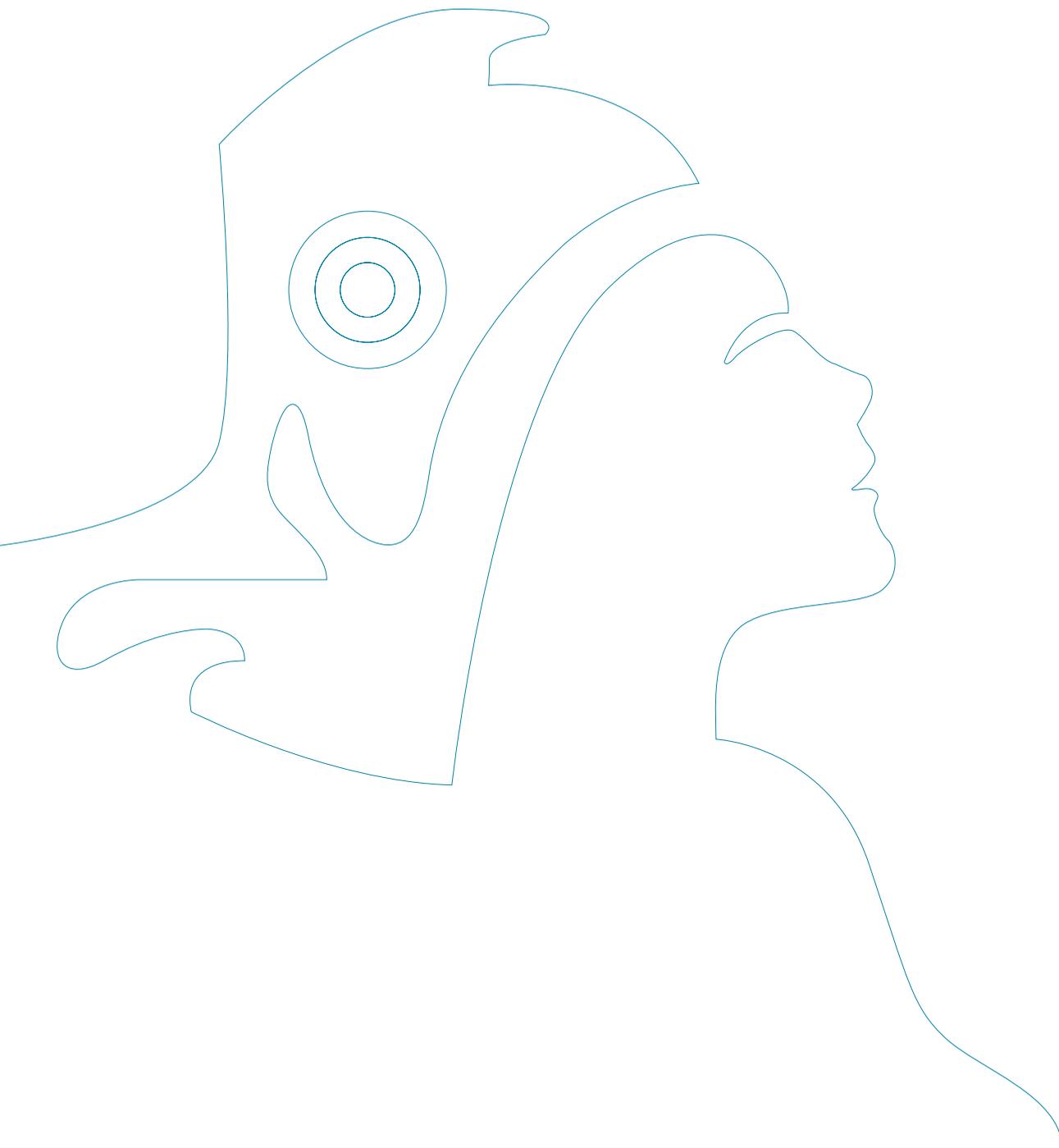
Aujourd'hui, un peu plus de deux ans après la loi instituant les fusions transfrontalières, le bilan de son application est tout à fait décevant. En France, l'utilisation de cet outil, comme les sociétés européennes, est demeurée fort limitée. Dans un premier temps, on a invoqué des difficultés temporaires d'absence à la fois de décrets d'application et de transposition par les autres états membres. Deux décrets ont été votés en 2009, l'un le 5 janvier et l'autre le 14 décembre, et les fusions transfrontalières ne se sont pas multipliées depuis. Au delà de ces motifs conjoncturels, l'ineffectivité de ce texte s'explique par plusieurs raisons structurelles : une absence d'harmonisation due à de nombreux renvois aux règles nationales (par ex. sur la participation) et de nombreuses divergences d'applications (par ex. sur les sociétés susceptibles de fusionner, la protection des minoritaires etc.). Conscient de ces difficultés, le législateur communautaire a déjà prévu de réviser le texte en 2012, « à la lumière de l'expérience acquise dans son application » !

Malheureusement, ces deux exemples d'ineffectivité quasi totale ne sont pas les deux seules illustrations de ce phénomène parmi les réformes récentes du droit de l'entreprise. La fiducie aurait pu être présentée dans cette catégorie. Aujourd'hui, quelques rares fiducies sûreté ont été constituées et, à ma connaissance, quasiment aucune

fiducie gestion. Cette effectivité a plusieurs explications. Tout d'abord, une réticence de la pratique découragée par le risque d'instabilité de ce régime qui a été mis en place par cinq lois successives en deux ans³¹. Par ailleurs, une certaine lenteur des professionnels susceptibles de devenir fiduciaires, les avocats, par exemple, n'ayant que récemment mis au point le contrat d'assurance qui pourra leur permettre d'être réellement opérationnels. Enfin, et cela rejoint l'ensemble de notre présentation, une incapacité tout à fait compréhensible des praticiens à suivre le rythme des réformes, à se mettre au courant de tous ces nouveaux outils et à réussir à imaginer des applications. Trop de droit tue le droit. Trop de protection tue la protection. Trop de concurrence tue la concurrence. La liste pourrait être poursuivie à l'infini et bien sûr, trop d'évolution tue l'évolution. Même si cette évolution tente de simplifier les règles, en ménageant les intérêts des partenaires grâce à la publicité, elle se révèle efficace en réussissant à atteindre ses objectifs, mais globalement beaucoup trop ineffective. Arrivant au terme de mon intervention, permettez-moi de faire un rêve : que vous me fassiez le plaisir de me redonner l'occasion d'intervenir dans deux ou trois ans, pour parler du même thème, et que je vous annonce aucun texte nouveau, juste une forte application des textes existants. Ah, si nos parlementaires pouvaient relire PORTALIS qui nous expliquait si bien, il y a plus de 200 ans, « qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, (...); qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; (...); qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ». Il n'est pas certain qu'au cours des dernières années, l'évolution nous ait offert ces deux ou trois « bonnes lois ».

Je vous remercie.

31 > *Loi du 19 fév. 2007, Loi LME du 4 août 2008, Ord. du 18 déc. 2008 portant réforme des procédures collectives, Ord. du 30 janv. 2009, Loi de ratification de l'ordonnance du 30 janvier 2009.*



122nd Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce
Du 1^{er} au 3^{er} Octobre 2012

→ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.



salas

infogrefre

↘ - Nécessité d'une information objective qui soit juridiquement opposable aux tiers.

↘ II) UN OUTIL EFFICIENT

↘ - L'efficacité de la publicité légale est liée à la qualité de l'information diffusée. La qualité est issue de trois facteurs clés.



8. CONFÉRENCE DE JEAN-MARC BAHANS

CONFÉRENCE DE JEAN-MARC BAHANS,



PROFESSEUR ASSOCIÉ À L'UNIVERSITÉ MONTESQUIEU BORDEAUX IV,
GREFFIER ASSOCIÉ AU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BORDEAUX,



Directeur du Master 2 de droit de la vigne et du vin.

Publications : Co-auteur d'un ouvrage sur le droit du marché vitivinicole et de nombreuses chroniques sur le droit du vin mais aussi sur le droit des sociétés et plus précisément sur la publicité des sociétés.

LA PUBLICITÉ LÉGALE, UN OUTIL AU SERVICE DU DÉVELOPPEMENT DES ENTREPRISES

« La publicité légale, un outil au service du développement des entreprises ». Le sujet de cette communication pourrait à bien des égards paraître quelque peu surprenant. La publicité légale évoque pour beaucoup une réalité administrative plutôt statique, que l'on est naturellement tenté d'opposer au dynamisme que suggère l'idée de développement des entreprises. Ainsi la publicité légale pourrait à cet égard paraître plutôt un frein, une contrainte, un obstacle même au développement des activités économiques. Le formalisme inhérent à la publicité légale, avec son cortège de registres et de journaux ne ferait pas bon ménage avec la liberté nécessaire au développement des entreprises. Cette idée n'est pas totalement fausse, en ce sens que l'excès de formalisme peut certainement représenter une contrainte objective à l'activité économique. Mais si cette idée n'est pas fausse, elle est néanmoins réductrice. En hissant la réflexion d'un cran, elle ne représente qu'un aspect particulier de la réflexion plus générale sur les rapports qu'entretiennent le droit et le développement économique. Or, il est très facile de démontrer qu'il ne peut y avoir de développement économique, de croissance durable, sans une organisation juridique offrant une sécurité aux opérateurs économiques. Peut-on imaginer le développement d'une économie de marché sans une disposition analogue à celle de l'article 1134 du Code civil qui prévoit la force obligatoire des contrats ? Peut-on

imaginer un seul instant le développement des entreprises sans un droit protégeant la propriété industrielle ? Si des conventions internationales et le droit des Etats ne protègent pas les marques et les brevets des entreprises, leur développement n'est tout simplement pas possible. Or, il en est de même pour la publicité légale. Peut-on sérieusement envisager le développement rationnel d'une économie basée sur des opérateurs qui sont pour l'essentiel des personnes morales et non physiques sans un registre public qui leur donne corps et qui rend visibles et opposables leurs caractéristiques juridiques ? Peut-on sérieusement envisager le développement d'une économie basée sur des opérateurs qui entendent limiter leur responsabilité économique sans un système efficient de publicité patrimoniale et financière ? L'essor des registres de publicité légale à l'époque moderne correspond à ce besoin de centralisation d'une information objective, opposable et accessible relativement aux opérateurs économiques.

Pour avancer dans notre sujet, il convient de mieux définir les termes du débat : la publicité légale d'une part, le développement des entreprises d'autre part. La publicité légale peut être définie comme l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes de communiquer au public une information selon une forme et sur un support déterminé. Comme le soulignait le regretté professeur SAYAG il y a quelques années, dans un colloque consacré à la place de l'information légale dans la vie des affaires¹, il y a donc trois éléments dans la définition : une personne assujettie, la diffusion obligatoire d'une information et enfin un public destinataire.

La personne assujettie peut être une personne physique ou morale. Il y a ensuite la diffusion obligatoire d'une information. Il est clair que l'aspect obligatoire de la diffusion est un élément essentiel de la définition. Une diffusion purement facultative, relevant de la libre volonté des personnes ne saurait rentrer dans le cadre de la publicité légale. Il s'agit alors d'une information juridique ou financière librement consentie dans le cadre d'une politique de communication de l'entreprise.

Enfin, le troisième aspect de la définition de la publicité légale réside dans le destinataire de l'information : le public. On touche également là un point clé de la publicité légale. La publicité légale est une communication collective de renseignements et non une communication individuelle. Il faut donc distinguer publicité et notification. Dès que les destinataires de l'information sont connus, il s'agit en réalité d'une notification. Pour qu'il y ait publicité il faut que le public, quel que soit le nombre de personnes qui le composent, soit indéterminé et anonyme.

Le développement des entreprises, ou le développement économique sont des concepts plus larges que celui de croissance économique. Bien sûr, le développement inclut la croissance, c'est-à-dire l'augmentation de la production de biens et de services, mais il intègre aussi l'idée que la croissance doit être durable et respectueuse tout à la fois de la dignité de l'homme et de son environnement naturel. La Commission européenne a dégagé, à ce sujet, des orientations intéressantes dans sa communication intitulée « Europe 2020 : une stratégie européenne pour une croissance intelligente, durable et inclusive ». D'un point de vue pratique, le développement des entreprises renvoie à deux réalités qui sont liées. La première est l'augmentation du nombre d'entreprises, c'est-à-dire la croissance de la création des entreprises et la seconde correspond à l'accroissement de leur activité économique globale.

¹ > A. Sayag, *Introduction, in Colloque CREDA, L'information légale dans les affaires : JCP E 1994, Cah. dr. entr., n° 39, p. 422.*

Ce développement ne peut se réaliser sans un cadre juridique qui le favorise. Le droit doit être considéré comme une base d'action possible avant d'être une limite. Nous allons voir que la publicité légale est à cet égard un outil nécessaire (I), qu'elle est en outre un outil efficient (III), mais qu'elle est aussi un outil évolutif (III).

I - Un outil nécessaire

Le premier constat tient au fait que **l'information pertinente** des partenaires économiques est l'une des conditions majeures du développement d'une société de marché. Pour les entreprises, l'information a une valeur stratégique, c'est la matière première qui sert à élaborer leurs décisions. La rapidité inhérente à la vie des affaires qui ne cesse de croître, la dimension toujours plus étendue de l'espace au sein duquel évoluent les échanges, la circulation accélérée des biens et des services concourent à la nécessité pour les entreprises d'évoluer dans un espace économique où l'on puisse disposer d'une information fiable et rapide sur son partenaire économique. L'information légale est certainement une partie intégrante des enjeux de ce que l'on dénomme aujourd'hui **l'intelligence économique**. L'intelligence économique consiste pour l'entreprise à rechercher l'information et à l'analyser, l'exploiter afin d'améliorer ses prises de décisions stratégiques. Or, l'intelligence économique ne se limite pas à l'information scientifique et technologique, l'information juridique et économique en est une des composantes.

Le droit se fait l'écho de cette exigence sous le terme de **transparence**, thème aujourd'hui très présent dans la vie juridique. Au sein de l'information juridique et financière dont les opérateurs économiques ont besoin, l'information légale occupe une place privilégiée. Elle répond à la **nécessité d'une information objective**. C'est d'ailleurs seulement à partir de cette objectivité initiale que peut se développer une information plus large véhiculée par des opérateurs privés. **Le caractère officiel de l'information légale est un facteur clé de la confiance** sans laquelle il n'y a pas de croissance économique durable. La Commission européenne notait récemment dans son livre vert sur l'interconnexion des registres du commerce qu'« avec la crise financière actuelle, l'importance de la transparence sur l'ensemble des marchés financiers est une fois de plus, mise en évidence. Parmi les mesures de relances du système financier, garantir un meilleur accès à une information officielle et à jour sur les sociétés peut être considéré comme un moyen de rétablir la confiance dans les marchés de toute l'Europe. Les registres du commerce jouent un rôle essentiel à cet égard. En effet, ils enregistrent, vérifient et conservent des informations sur les sociétés et mettent ces informations à la disposition du public²». Le Parlement européen dans la résolution qu'il a adoptée le 7 septembre 2010 « estime qu'il est indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur de mettre à la disposition du public des informations officielles et fiables sur les sociétés exerçant leurs activités dans l'UE » Il « se félicite dans ce contexte du livre vert de la Commission sur l'interconnexion des registres de commerce » et « observe qu'une plus grande transparence sur le marché intérieur pourrait se traduire par une augmentation de l'investissement transfrontalier ». Il ajoute qu'il « est convaincu de la nécessité d'un accès plus facile et meilleur aux informations, pour venir en aide aux entreprises petites ou moyennes – qui constituent un élément essentiel de l'épine dorsale de l'économie européenne et le principal moteur de la création d'emplois, de la

2 > Commission CE, Livre vert sur « L'interconnexion des registres du commerce », COM (2009) 614 final, du 4 nov. 2009, p. 2.

croissance économique et de la cohésion sociale en Europe –, dans la mesure où c'est une contribution à la réduction de leurs charges administratives ». Il souligne aussi « qu'un accès facile à des données fiables sur les fusions, les transferts de siège social ou d'autres procédures transfrontalières est indispensable aux sociétés européennes et qu'il stimulera encore la concurrence sur le marché intérieur et rendra plus fluide le fonctionnement de celui-ci, en renforçant ses principales libertés, à savoir la libre circulation des capitaux, des services et des personnes ». Il fait valoir enfin « que toute stratégie destinée à sortir de la crise et à améliorer le fonctionnement du marché unique devra impérativement passer par davantage de transparence et de coopération dans les mécanismes transfrontaliers, ce qui renforcera la confiance des 500 millions de consommateurs européens³ ».

L'idée selon laquelle le développement économique nécessite une transparence dans les relations commerciales n'est pas contestable. Les marchés financiers connaissent cette logique de longue date, un marché n'étant véritablement efficient que si l'évolution des cours obéit de façon rationnelle à des informations publiquement disponibles pour les opérateurs concernés. Il n'y a pas de prise de décision stratégique rationnelle dans une économie occulte. Ceci étant, d'un point de vue économique la transparence n'est pas la seule exigence qui doit être considérée. Le secret des affaires, autrefois déterminant, ne doit pas être rayé d'un trait de plume. Entre l'attitude passéiste d'un secret généralisé sur la marche des affaires et la transparence intégrale, une voie moyenne doit être trouvée, l'information légale doit être limitée à ce qui est déterminant pour la bonne information des tiers.

Si l'objectivité de l'information légale est nécessaire au développement des entreprises, elle n'est pas suffisante.

Une deuxième caractéristique la rend indispensable, il s'agit de l'opposabilité de l'information publiée.

Pour que les transactions soient sûres, le système juridique doit offrir un système de publicité légale remplissant essentiellement deux fonctions, informer les tiers intéressés par la situation de l'entreprise en cause et permettre au tiers d'opposer cette information publiée. L'effet principal de la publicité légale réside ainsi dans l'opposabilité des situations publiées. Avant de conclure un contrat avec une société, il faut savoir si cette société existe, si elle possède la personnalité juridique et quelles sont les personnes qui ont la capacité de la représenter. Une information légale sur sa solvabilité, au moins apparente, est également essentielle. L'information légale remplace en partie l'investigation personnelle. Elle est à cet égard un rouage essentiel dans la vie des affaires car elle fiabilise les échanges économiques dans un contexte d'augmentation et d'accélération de ceux-ci.

L'opposabilité des faits et actes publiés est l'effet principal, naturel et relativement permanent de la publicité légale. Cet effet correspond à l'essence de la publicité légale, à sa raison d'être : la sécurité juridique. Les tiers doivent pouvoir se fonder sur l'apparence que crée une situation juridique publiée nonobstant la réalité occulte de cette situation⁴. Cet effet général d'opposabilité trouve son point d'orgue, en droit des sociétés, avec les effets attachés à la publicité du RCS. Le principe général de l'opposabilité en matière de faits et actes sujets à publicité au RCS est posé par l'article L. 123-9 du Code de commerce et la naissance de la personnalité morale est liée consubstantiellement à l'immatriculation après contrôle de la légalité de la constitution (*Code com.*, art. L. 210-6 et 210-7).

La publicité par registre est d'une manière générale beaucoup plus créatrice d'effets juridiques que les autres modes de publicité. Ceci s'explique par la très grande supériorité de ce mode de publicité sur les autres, et ce pour deux

³ > Parlement européen, résolution du 7 septembre 2010 sur l'interconnexion des registres du commerce [2010/2055(INI)], points 10 à 14.

⁴ > Y. Guyon, *Droit des affaires : Économica 2001*, 11^e éd., t. 1, n° 933, p. 1018.

raisons : d'une part la présence d'une instance de contrôle de la mesure de publicité ; d'autre part la facilité de conservation et d'accès aux mesures publiées, facilité aujourd'hui décuplée par l'informatique et internet.

Ceci nous conduit à envisager l'efficacité du système de publicité légale en droit des affaires.

II - Un outil efficace

L'efficacité de la publicité légale en droit des affaires est liée à la qualité de l'information diffusée. Cette qualité est issue de trois facteurs clés.

Le premier facteur est lié à la révolution de l'accessibilité à l'information. Historiquement, l'on distinguait la publicité légale et la publicité portable. Il s'agissait d'une classification fondamentale qui n'était pas propre à ce domaine. La publicité est portable lorsqu'il n'est pas nécessaire de la requérir en un endroit fixé ; elle est quérable dans le cas contraire.

La publicité doit donc être considérée comme portable lorsqu'elle parvient à son destinataire sans qu'il ait besoin de la requérir en un endroit donné. Il en existe deux principaux types, les journaux et la mention sur les papiers d'affaires. À raisonner sur les instruments, il en existe certains qui sont communs à toutes les entreprises, sociétés et commerçants (les mentions sur les papiers d'affaires, les journaux d'annonces légales et le Bodacc) et d'autres qui sont spécifiques aux sociétés procédant à une offre au public ou dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé (le Balo principalement). Cette distinction est en réalité essentielle car toutes les entreprises ne sont pas assujetties aux mêmes publicités. Il existe une gradation des obligations en matière de publicité : tout d'abord les sociétés de capitaux, où la responsabilité des associés est limitée aux apports, sont astreintes à plus de transparence financière que les autres entreprises ; ensuite à l'intérieur des sociétés de capitaux celles qui procèdent à une offre au public ont encore plus d'obligations et enfin à l'intérieur de cette catégorie les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé connaissent les obligations les plus lourdes.

La publicité est considérée comme quérable lorsque son destinataire a besoin de la requérir en un endroit donné pour en prendre connaissance. En droit des affaires, ce mode de publicité recouvre trois réalités, la publicité par registre, la publicité par affichage et la publicité par consultation de documents. L'affichage a pratiquement disparu de la publicité du droit des sociétés. Les "petites affiches" que sont les journaux d'annonces légales ayant fait disparaître les grandes. La publicité par consultation a aujourd'hui un domaine très restreint, elle subsiste dans certaines dispositions du droit des sociétés organisant un droit de consultation de divers documents au siège social⁵. En définitive la publicité quérable est surtout le fait de la publicité par registre et, s'agissant de la publicité en droit des affaires, de la publicité au registre du commerce et des sociétés (RCS). Il s'agit d'une publicité en pleine expansion, d'une supériorité très grande par rapport aux autres modes de publicité en raison de son caractère permanent. L'information légale est continue, elle est en permanence accessible, non seulement en ce qui concerne

5 > Citons, par exemple, l'article R. 225-109 du Code de commerce, qui, à propos des assemblées d'actionnaires, prévoit que toute personne a le droit d'obtenir au siège social une copie certifiée conforme des statuts en vigueur avec en annexe les noms et domiciles des administrateurs, ou des membres du conseil de surveillance et du directoire ainsi que des commissaires aux comptes.

l'information présente, mais encore en ce qui concerne l'information passée. Elle souffrait toutefois d'un défaut important : la nécessité de recueillir physiquement l'information en une multitude de points différents. **C'est ce vice rédhibitoire qui a disparu avec l'avènement de la publicité par voie électronique, et particulièrement avec internet.**

Il s'agit d'une mutation considérable. Il n'y a qu'un seul exemple historique d'une mutation à ce point profonde, substantielle qui vienne à l'esprit ; il s'agit du passage au XVI^{ème} siècle d'une civilisation juridique fondamentalement orale à un ordre juridique écrit⁶. Il s'agit d'une mutation qui chaque jour s'accélère. Cette observation est très importante. Avant le XVI^{ème} siècle les publicités légales prenaient la forme d'un cérémonial. Proclamations et cérémonies publiques, telles étaient les formes de la publicité légale. Puis, l'affiche elle-même voit son domaine se restreindre au profit des "petites affiches" que sont les journaux d'annonces légales. Aujourd'hui le constat que l'on peut faire est celui de la permanence de plusieurs modes de publicité légale sur support écrit alors qu'explose littéralement la publicité légale sur support électronique. Ces nouveaux modes révolutionnent la matière, ils permettent une communication de l'information à distance en continu. L'Internet permet de s'affranchir de la contrainte de l'espace et du temps. Les distinctions traditionnelles sont remises en cause, comme la distinction entre l'information quérable et l'information portable. Avec la publicité électronique, la publicité par registre, quoique traditionnellement quérable, parvient jusqu'au destinataire qui n'a qu'à se connecter avec le serveur en question, celui-ci diffusant de l'information en continu, voire même par abonnement ce qui est permis par les textes en la matière (*C. com., art. A. 123-70*). Infogreffe, la plate-forme d'accès à l'information délivrée par les Greffes, propose aujourd'hui un service de surveillance sur abonnement dont l'efficacité en termes de transparence des marchés doit être soulignée. Désormais, il est possible de recevoir par sms ou mail une information qui parvient au destinataire dès qu'une publicité légale est accomplie dans un Greffe de commerce relativement à une entreprise identifiée préalablement comme opérateur à surveiller. La barrière entre le quérable et le portable a donc littéralement explosé avec l'avènement de la publicité par voie électronique. Le contenu de l'information en est forcément affecté. La distinction entre information brute et retraitée est affaiblie et doit être reconsidérée au profit de la notion d'information légale et objective. Une bonne présentation de l'information légale supposant un minimum de traitement, les instances chargées de la publicité légale doivent, pour être efficaces à l'heure des nouvelles technologies, procéder à un traitement au moins élémentaire de l'information. Par exemple, extraire des chiffres-clés du bilan ou des données essentielles sur le statut juridique de l'entreprise. Songeons ici à la fiche gratuite d'identité de l'entreprise proposée par Infogreffe en application Iphone ou sur son site Internet. Cette évolution a été guidée par l'Union européenne puisque la directive 2003/58/CE 15 juillet 2003, modifiant la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, impose désormais aux Etats membres, depuis le 1^{er} janvier 2007, que les registres des sociétés soient tenus par voie électronique et que les copies ou extraits puissent être délivrés par voie électronique⁷. Les textes français ont eux aussi été adaptés à cette fin.

Cette révolution de l'accessibilité à l'information nous conduit directement au **deuxième facteur d'efficacité** de la qualité de la publicité légale en droit des affaires. **Il s'agit de l'unification progressive de la publicité auprès**

⁶ > A. Sayag, « Introduction », in *L'information légale dans les affaires ?*, op. cit., p. 423 et J. Hilaire, « Du crieur public à l'ordinateur : Histoire des publicités légales », in *Publicités légales et information dans les affaires*, ss dir. A. Sayag, op. cit., p. 11 et s.

⁷ > Dir. 2003/58/CE du 15 juillet 2003 modifiant la dir. 68/151/CEE du 9 mars 1968.

d'une instance centrale : le Greffe de commerce. Le Greffier est aujourd'hui le conservateur des principales sûretés mobilières⁸ et du registre du commerce et des sociétés. Il centralise donc l'essentiel de l'information juridique et financière relative aux entreprises. L'existence d'une pluralité de greffes n'est plus un obstacle à la centralisation de l'information, les greffes étant tous accessibles à partir d'un point d'entrée unique sur internet. Ici la révolution du support de la publicité légale a été le facteur déterminant de l'efficacité du dispositif. C'est cette révolution qui a conduit le législateur et le pouvoir réglementaire à augmenter le domaine de l'information publiée dans les greffes. En témoigne le rôle du greffe chargé de la publicité des gages sans dépossession, que le constituant soit un professionnel ou non⁹. En témoigne également le nouveau statut de l'EIRL (l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée) adopté par le législateur le 15 juin 2010¹⁰. Le législateur français a créé la possibilité pour un entrepreneur, personne physique, de limiter le gage de ses créanciers professionnels au patrimoine affecté à son entreprise. S'il est commerçant, l'immatriculation se fera au registre du commerce ainsi que sa déclaration d'affectation patrimoniale. Toutefois, pour les entrepreneurs qui ne sont pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale, la déclaration se fera sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce (*Code com., art., L. 526-7*). C'est la même règle qui s'applique pour le dépôt des comptes annuels de ces entreprises. Mais plus encore le nouveau texte prévoit une centralisation des comptes annuels au greffe du tribunal de commerce pour tous les entrepreneurs individuels à responsabilité limitée, qu'ils soient commerçants, artisans ou professionnels libéraux, à l'exception des agriculteurs (*Code com., art. L. 526-14*). Cette dernière innovation législative rejoint ce que je disais en introduction. Il ne peut y avoir de développement économique rationnel pour des opérateurs personnes morales ou pour des opérateurs personnes physiques qui souhaitent limiter leur responsabilité patrimoniale sans un registre de publicité légale efficace centralisant l'information pertinente. Mais cela ne suffit pas et cela nous amène au troisième facteur.

Le troisième facteur d'efficacité de la qualité de l'information légale réside dans le lien entre le contrôle de l'information et la valeur juridique de l'information diffusée. C'est ce que souligne la Commission européenne lorsqu'elle relève « Les registres du commerce jouent un rôle essentiel » à l'égard du rétablissement de la confiance dans les marchés de l'Union européenne. « En effet, ils enregistrent, vérifient et conservent des informations sur les sociétés et mettent ces informations à la disposition du public »¹¹. La confiance dans l'information officielle est d'autant plus forte que l'information n'émane pas seulement des opérateurs concernés mais qu'elle fait l'objet d'une vérification. S'agissant de la question qui nous préoccupe, celle du contrôle du registre du commerce et des sociétés, il faut noter que l'évolution a été progressive pour parvenir à la solution du droit positif actuel, prévoyant un contrôle général de légalité à la charge du Greffier sur l'ensemble des inscriptions au registre du commerce (*Code com., R 123-94 et R 123-95*).

L'étape décisive fut celle de la directive 68/151 du 9 mars 1968 qui posa clairement le principe selon lequel les Etats membres doivent instaurer un contrôle préventif, judiciaire ou administratif, de la constitution des sociétés

⁸ > P. Bravard, « Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières », in *Actes du 121^{ème} congrès des greffiers des tribunaux de commerce, Bordeaux 24-25 septembre 2009*, éd. CNGTC, janv. 2010, pp. 36-49.

⁹ > *Code civil*, art. 2338 et *déc. n° 2006-1804 du 23 déc. 2006*.

¹⁰ > *Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*. Cf. not. B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. soc.*, 2010, pp. 351-366.

¹¹ > *Commission CE, Livre vert sur « L'interconnexion des registres du commerce »*, COM (2009) 614 final, du 4 nov. 2009, p. 2.

commerciales, qui seul peut dispenser de la constitution de la société par acte authentique (art. 10).

Le fondement de la directive européenne est explicitement l'exigence de sécurité juridique pour les tiers ayant des relations juridiques avec une personne morale. La contrepartie de ce contrôle préventif tient dans la limitation des causes de nullité des sociétés commerciales afin d'éviter que la validité de celles-ci ne soit remise en cause alors qu'elles sont le support d'une activité économique et sociale. La contrepartie tient aussi dans la force juridique qui s'attache aux informations publiées en ce qui concerne leur opposabilité aux tiers. La France a mis en œuvre ces dispositions européennes en prévoyant que le greffier doit contrôler la légalité de la constitution et des modifications statutaires des sociétés commerciales (*Code com., art. L. 210-7*).

Le contrôle de régularité préalable que doit opérer le Greffier s'inscrit dans la logique d'un autre principe de rang législatif, celui qui fait dépendre la jouissance de la personne morale, pour toute société civile ou commerciale, de l'immatriculation au RCS (*Code civil, art. 1842 ; Code com., art. L. 210-6*). Le registre du commerce et des sociétés est de surcroît, fort logiquement, dans l'esprit des normes européennes, sous la surveillance de l'autorité judiciaire, le président du tribunal ayant compétence pour trancher toutes les contestations entre l'assujetti et le Greffier (*article L. 123-6 du Code de commerce*).

Ce contrôle est l'une des questions cruciales du RCS. D'apparence anodine, il est juridiquement très important dans la vie des sociétés. Il porte donc d'une manière générale sur la régularité en droit des énonciations contenues dans la demande et sur la conformité de ces énonciations avec les pièces produites. L'article R. 123-94 du Code de commerce sur le contrôle de la régularité des demandes d'inscription est de portée générale.

Il existe aussi des textes prescrivant au Greffier d'opérer un contrôle de légalité spécial, comme en matière de fusion transfrontalière, ou de constitution d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne par voie de fusion¹².

Le Greffier est ainsi devenu un véritable instrument de contrôle de l'application du droit de l'entreprise. Il faut souligner que les délais impartis au Greffier pour contrôler sont très courts puisqu'en principe le contrôle doit être fait dans le délai d'un jour franc, sauf complexité du dossier pouvant justifier cinq jours, ce qui ne peut qu'accroître l'efficacité du système. Efficacité accrue également par l'adéquation du service et du prix, les coûts d'inscription au RCS en France étant parmi les plus compétitifs d'Europe.

L'efficacité du système n'est pas seulement assurée par le contrôle mais par la valeur juridique qui s'attache à l'information légale contrôlée. D'une part, celle-ci est juridiquement opposable aux tiers (*Code com., art. L. 123-9*) mais d'autre part elle fait foi des indications qu'elle contient. Les Greffiers des Tribunaux de commerce sont des officiers publics et ministériels qui peuvent conférer l'authenticité aux actes relevant de leur compétence (*Code com., art. L. 741-1*)¹³. Deux types d'actes doivent être considérés comme authentiques en matière de RCS : les certificats d'inscription et les procès-verbaux de dépôt d'actes.

¹² > *C. com., art. L. 236-29 et 236-30 issus de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 pour ce qui concerne les fusions transfrontalières ; C. com., art. L. 229-3, issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, en ce qui concerne le contrôle de légalité de la constitution de la société européenne par voie de fusion ; Art. 26-4 de la loi n° 47-1775 du 10 sept. 1947 modifiée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 en ce qui concerne la société coopérative européenne.*

¹³ > *Cass. com., 30 sept. 2008 (pourvoi n° 07-14.328).*

Ces procès-verbaux, tout comme ceux dressés par les notaires lorsqu'ils reçoivent en dépôt un acte sous-seing privé sont bien des actes authentiques respectueux des critères communautaires¹⁴. Ils sont en effet dressés par des officiers publics dûment habilités par l'État à établir des actes authentiques (*Code civil, art. 1317*) et procèdent de l'activité intellectuelle et appréciative de l'officier public¹⁵.

La valeur juridique de l'information légale délivrée par les Greffiers des Tribunaux de commerce, en matière de registre du commerce et des sociétés, a fait l'objet d'une heureuse clarification par le décret du 25 septembre 2009 et son arrêté d'application du 20 avril 2010¹⁶. Ces textes ont réformé la partie réglementaire du Code de commerce pour déterminer la valeur probatoire des certificats, extraits et copies délivrés par les Greffiers. Les certificats et les extraits sont des actes authentiques faisant foi jusqu'à inscription de faux lorsqu'ils sont revêtus de la signature et du sceau du Greffier. S'il s'agit d'extraits, de certificats ou de copies simples, c'est-à-dire portant l'identification du Greffier mais pas sa signature en original, les actes font foi jusqu'à preuve contraire (*Code com., art. R. 123-152*). Ces actes peuvent être délivrés par voie électronique (*Code com., art. R. 123-152-1*) par les Greffiers via leur plateforme d'accès centralisée qu'est Infogreffe (*Code com., art. R 741-5*). Les actes sous forme électronique possèdent une valeur probatoire identique à celle des actes de greffe sous forme papier. Ainsi, les extraits et certificats délivrés sous forme électronique font foi jusqu'à preuve contraire mais peuvent aussi être délivrés sous la forme d'un acte authentique si le Greffier y appose sa signature électronique sécurisée et l'image de son sceau à condition toutefois de respecter certaines exigences techniques déterminées par le Code de commerce (*Code com., art. R. 123-152-2*). La fiabilité du Registre du commerce et des sociétés a encore été accrue par la création d'une procédure de certification de l'identité des informations enregistrées sur support électronique au moyen de la signature électronique du greffier, si bien que le caractère authentique du registre a été étendu au registre tenu par voie électronique (*Code com., art. R 123-101-1 et A. 123-53*).

En définitive, nous avons donc aujourd'hui, avec le RCS, un registre de publicité légale dont l'efficacité peut se mesurer objectivement à partir de plusieurs critères combinés :

- le registre est accessible par voie électronique via internet, qu'il s'agisse des formalités (immatriculations, modification, radiations, dépôt des comptes annuels) ou de l'information diffusée,
- le registre tenu par voie électronique est authentifié,
- l'information fait l'objet d'un contrôle de légalité,
- l'information fait foi,
- l'information continue d'être délivrée à un tarif compétitif, sans subvention étatique.

Quelles seraient alors les voies de perfectibilité ?

14 > Règl. CE n° 805/2004 du 21 avril 2004, art. 4 et CJCE, 17 juin 1999, affaire C-260/97, Unibank: JurisData n°1999-121647.

15 > J.-M. Bahans, « L'injonction de payer européenne et l'acte authentique en Europe », in *Actes du 120^{ème} congrès des greffiers des tribunaux de commerce*, Paris, 9-10 oct. 2008, éd. CNGTC, mars 2009, pp. 76-83 ; « L'authenticité des actes des greffiers des tribunaux de commerce et l'exigence de sécurité juridique en Europe », *Rev. Lamy droit des affaires*, juillet 2009, pp. 94-97.

16 > Décr. n° 2009-1150 du 25 sept. 2009 et arrêté du 20 avril 2010 relatif au registre du commerce et des sociétés..

III - Un outil évolutif

La publicité légale n'a jamais été statique mais a connu une évolution permanente au cours de notre histoire comme je l'évoquais tout à l'heure. Cette évolution continue et doit continuer dans la mesure où elle apporte des facteurs de progrès pour le développement économique des entreprises.

S'agissant du RCS, l'objectif tenant à concilier d'une part la dématérialisation intégrale de l'accès au registre et d'autre part la sécurité juridique tenant au contrôle et à la valeur juridique de l'information a été atteint. Il reste toutefois une évolution décisive à accomplir, celle de l'amélioration de l'interconnexion des registres de l'Union européenne. Ce thème de l'interconnexion des registres du commerce est essentiel. Il a déjà fait l'objet d'un livre vert de la Commission européenne au cours de l'année 2009 et d'une résolution récente du Parlement européen adoptée le 7 septembre 2010. Ces deux textes soulignent, comme nous l'avons évoqué, combien cette interconnexion indispensable au développement des entreprises européennes¹⁷. Cette interconnexion est la meilleure voie envisageable. **Il est parfois évoqué l'idée d'un registre européen se substituant aux registres nationaux mais cette idée n'est pas concrètement recevable.** La raison pratique s'y oppose pour un motif évident. Les registres n'effectuent pas seulement une tâche technique de centralisation des données mais aussi un contrôle juridique de la régularité de l'inscription de ces données. Ce contrôle dépend toujours, au moins en partie, de l'application des droits internes des Etats membres et ne peut être ainsi opéré que par une autorité nationale. C'est la différence avec l'enregistrement d'une marque communautaire qui ne dépend que de l'application d'un règlement de l'Union européenne. Il existe bien sûr des entreprises dont l'organisation juridique dépend de règlements européens, comme la société européenne ou la société coopérative européenne, mais leur statut n'est jamais exclusivement de droit européen, en raison des mécanismes de renvoi au droit national opéré par ces instruments juridiques européens. **Or, on ne peut disjoindre le contrôle de l'information et la valeur juridique de l'information contrôlée. Seule l'instance qui contrôle, et qui est donc la source de l'information légale, peut garantir la valeur de l'information qu'elle diffuse. Ce lien est consubstantiel. L'interconnexion est donc, en raison, la seule voie qui puisse être suivie sérieusement.** Pour être efficiente, elle suppose néanmoins la création d'un guichet centralisant via un site internet officiel l'accès aux registres nationaux. La première étape de cette évolution a déjà été franchie puisqu'elle consistait à imposer que les registres du commerce et des sociétés soient tenus par voie électronique. Ce fut l'œuvre de la directive 2003/58/CE 15 juillet 2003, modifiant sur ce point la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007¹⁸. La deuxième étape, qui n'est pas achevée, implique la réalisation d'une double évolution. Il faut d'une part que les différents registres de l'Union européenne puissent échanger entre eux par voie électronique et d'autre part que les entreprises de l'Union européenne puissent avoir un accès facilité aux données contenues dans les différents registres. La première voie exigera sans doute une modification de la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968 pour imposer et organiser des procédures de notifications intra-européennes entre les registres. Elle suppose également de progresser techniquement sur le terrain de l'interopérabilité. La seconde, à mon sens, ne sera vraiment effective que si l'on impose aux registres

¹⁷ > Commission CE, Livre vert sur « L'interconnexion des registres du commerce », COM (2009) 614 final, du 4 nov. 2009 et Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur l'interconnexion des registres du commerce [2010/2055(INI)].

¹⁸ > Dir. 2003/58/CE du 15 juillet 2003 modifiant la dir. 68/151/CEE du 9 mars 1968.

nationaux de présenter l'information sous une forme standardisée commune et traduite au moins en anglais. L'objectif peut être atteint facilement si l'on modifie la première directive sociétés du 9 mars 1968 **pour imposer aux registres du commerce et des sociétés des Etats membres de diffuser par voie électronique un passeport européen des sociétés selon un contenu et une forme imposés. A ce passeport serait joint le listing des actes de sociétés déposés.** Le passeport et le listing devraient comporter des mentions dans la langue d'origine et en Anglais comme le passeport des personnes physiques. Délivré par les registres du commerce des Etats membres, il garantirait la valeur juridique des informations qu'il contient. Ainsi serait surmontée la double exigence de fiabilité et d'accessibilité de l'information, dont l'on sait que le respect est la clé de l'efficacité d'un système de publicité légale. Le Parlement européen préconise que cette information standardisée soit traduite dans toutes les langues officielles de l'UE¹⁹. Cette position s'explique par l'égalité de principe des langues officielles de l'UE mais paraît excessive en termes de coût administratif. Notre choix de l'anglais n'est pas ici guidé par un amour immodéré de la langue de Shakespeare mais par le simple constat qu'il s'agit certainement, à l'heure actuelle, de la seule langue qui soit universellement comprise dans ses éléments essentiels. Or, l'information officielle intéresse non seulement les entreprises européennes mais aussi celles qui sont situées dans les pays tiers. Les Greffiers des Tribunaux de commerce, aux côtés de l'INPI, travaillent actuellement dans le groupement EBR qui permet déjà un accès facilité aux registres de 25 pays européens et surtout qui amorce une coopération entre ceux-ci sur une base volontaire, notamment sur le terrain de l'interopérabilité via le projet BRITE²⁰. Le site internet e-justice de l'Union européenne qui a vu le jour récemment offre également des perspectives intéressantes en termes de facilitation de l'accès aux différents registres par les liens qui sont créés entre le site de la Commission et les sites officiels des différents registres. C'est une étape intéressante qui en permettra d'autres en termes d'interconnexion des registres entre eux.

A cet égard, j'en viens ma seconde observation prospective. En consultant le site e-justice de la Commission Européenne, mon attention a été attirée par le fait que la France, à la différence d'un certain nombre de pays européens, ne dispose pas d'un registre des insolvabilités²¹. Pourtant, le registre du commerce français contient toutes les mentions essentielles à la constitution d'un tel registre. Il est dès lors évident que les Greffiers chargés de la tenue du registre du commerce pourraient, à partir des données dont ils ont la gestion, créer un registre centralisé des insolvabilités. Une telle initiative permettrait à la France, sans alourdir les charges des entreprises, et sans le secours du budget de l'Etat, de créer cet instrument souhaité dans le cadre de l'UE, pour lequel il existe un point d'accès centralisé via le guichet e-justice.

Cela m'amène à ma troisième et dernière observation prospective. Des progrès ont été réalisés sur le terrain de la publicité des sûretés mobilières. C'était, vous vous en souvenez, le sujet du Congrès de Bordeaux l'année dernière. Le lien avec notre sujet de cette année est évident, puisqu'il n'existe pas de développement des entreprises sans crédit et de crédit sans sûretés efficaces. Le professeur Pierre CROCQ avait souligné à quel point le progrès en la circonstance passait par une systématisation de ce qu'il appelait l'effet mécanique de la publicité, c'est-à-dire le

19 > *Résolution du Parlement européen du 7 septembre 2010 sur l'interconnexion des registres du commerce [2010/2055(INI)], point 16.*

20 > M. Binnîé et P. Farrel, « *L'interopérabilité des registres du commerce et des sociétés en Europe* », in *Actes du 120^{ème} congrès des greffiers des tribunaux de commerce, Paris, 9-10 oct. 2008, éd. CNGTC, mars 2009, pp. 65-67.*

21 > *L'adresse internet du nouveau site internet e-justice de la Commission Européenne est la suivante : « <https://e-justice.europa.eu/> ».*

lien entre la publicité et l'opposabilité du droit, et il appelait de ses vœux un système de publicité informatique unifié dont dépendrait l'opposabilité de l'ensemble des sûretés, tenu dans chaque Greffe de Tribunal de commerce et centralisé au niveau national, à l'instar du nouveau gage sans dépossession²². Comme en matière de registre du commerce ou de registre des insolvabilités, un guichet officiel centralisant l'accès aux registres des Etats membres pourrait être créé par l'Union européenne. Des progrès certains ont été accomplis dans cette voie mais il reste à accomplir cette unification pas encore entièrement réalisée.

En conclusion de mon propos, je laisserai la parole à Madame le Garde des sceaux, ministre de la justice, Michèle ALLIOT-MARIE, qui a pu dire avec raison, il y a quelques mois « La crise a trouvé son origine dans la finance. Elle trouvera son issue dans le droit »²³. C'est à mon sens toute l'ambition des Greffiers des Tribunaux de commerce de France que de concourir à son progrès, au service du développement des entreprises de l'Union européenne.

²² > P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et prospective », in *Actes du 121^{ème} congrès des greffiers des tribunaux de commerce, Bordeaux, 24-25 sept. 2009*, éd. CNGTC, janv. 2010, pp. 24-32.

²³ > Discours prononcé le 8 déc. 2009 en clôture du colloque « La justice face à la crise » organisé par la Cour d'appel de Paris (source Min. Justice, 8 déc. 2009, discours).

Tribunaux de Commerce
du 125. M. le 23 septembre 2010

IT AU SERVICE
VELOPPEMENT
PREPRISES :
SIMPLIFICATION
URITÉ JURIDIQUE.

atas
ogrette



Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce

122^{ème} congrès national des Greffiers des Tribunaux de Commerce

↳ L'information légale et la sécurité juridique

- ↳ **Michel PINAULT** - Président du Conseil d'Orientation de l'Édition Publique et de l'Information Administrative (COEPIA)
- ↳ **Jean-Marc BAÏSSUS** - Directeur Général de la Fondation pour le Droit Continental
- ↳ **Jean-Bertrand DRUMMEN** - Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France
- ↳ **Maitre Antoine BRILLATZ** - Avocat, Ancien Bâtonnier, Cabinet ARCOLE



9. TABLE RONDE

TABLE-RONDE : L'INFORMATION LÉGALE ET LA SÉCURITÉ JURIDIQUE



ANIMÉE PAR JEAN POURADIER DUTEIL,
AVEC MICHEL PINAULT, JEAN-MARC BAÏSSUS,
JEAN-BERTRAND DRUMMEN, ANTOINE BRILLATZ



Jean POURADIER DUTEIL, *Greffier associé du Tribunal de commerce de Grenoble*

Lorsque l'on fait une lecture attentive du thème de notre congrès Le droit au service du développement des entreprises : entre simplification et sécurité juridique, on est amené à se poser un certain nombre de questions.

- Le droit au service du développement des entreprises : on peut s'interroger sur le point de savoir si le droit peut vraiment aider les entreprises à se développer.

Et plus encore : la règle de droit a-t-elle vocation à faire ou défaire la prospérité des marchés ?

- Entre simplification et sécurité juridique : la règle de droit que l'on fabrique pour les

entreprises doit-elle se situer entre la simplification et la sécurité en établissant une sorte de compromis ou, au contraire, doit-elle être tout l'un et tout l'autre ?

Autrement dit, ces deux exigences que sont la simplification et la sécurité juridique sont-elles conciliables ou exclusives l'une de l'autre ?

Voilà les interrogations qu'appelle le thème de notre congrès et il y en a d'autres.

Les réponses seront déclinées par les intervenants que je vais maintenant vous présenter.

PRÉSENTATION DES INTERVENANTS

Jean-Marc BAÏSSUS,

Directeur Général de la Fondation du Droit Continental

Monsieur le Directeur Général, mais également M. le Président puisque vous êtes un magistrat du siège, vous êtes aujourd'hui à la tête de la Fondation pour le Droit Continental qui œuvre aussi pour les entreprises en leur apportant aide et expertise, en proposant aux pouvoirs publics des évolutions législatives et réglementaires mais surtout, en faisant la promotion de notre système de droit. Notre Conseil national fait partie de la Fondation que vous présidez. En lisant un article publié sous votre signature dans un quotidien économique il y a un peu moins d'un an, j'ai relevé que vous émettiez les plus grandes réserves sur un projet de généralisation de modèles européens de contrats commerciaux car nous dites-vous, l'objectif de sécurité juridique recherché pour les entreprises doit

être concilié avec une représentation équilibrée des cultures juridiques en présence.
Nous voilà pratiquement au cœur du sujet et vous nous en direz plus dans un instant.

Antoine BRILLATZ,

Avocat, ancien Bâtonnier, Cabinet ARCOLE

Maître, je sais que vous êtes particulièrement attaché à la juridiction commerciale au point que vous intervenez volontiers « in situ » dans le cadre de la formation des juges consulaires.

Vous êtes, je crois, un spécialiste des procédures collectives mais pas seulement, puisque vous êtes aussi un consommateur régulier d'information légale.

Nous vous écouterons donc avec intérêt sur l'usage que vous faites de cette information et sur la sécurité qu'elle apporte à vos clients.

Michel PINAULT,

Président du Conseil d'Orientation de l'Édition Publique et de l'Information Administrative (COEPIA)

Monsieur le Président, oserais-je dire, au risque de heurter votre modestie, que vous cumulez les diplômes : Licencié en droit, diplômé de HEC, de l'ENA.

Votre parcours professionnel est tout aussi varié : chargé de mission à la COB, Directeur Général d'AXA pour l'Asie et le Pacifique... vous êtes aujourd'hui Président de la Section de l'administration du Conseil d'Etat.

Vous occupez bien d'autres présidences, comme celles du CREDOC, celle du Haut Comité d'Évaluation de la Condition Militaire et surtout celle que j'ai plaisir à citer parce que j'ai l'honneur de participer aux travaux que vous dirigez à la présidence du COEPIA.

Et nous nous rapprochons de notre sujet puisque le COEPIA a précisément vocation à proposer au gouvernement des améliorations dans l'organisation et le fonctionnement en matière de collecte et de diffusion des données publiques.

Nous sommes donc impatients de connaître le regard que vous portez sur la diffusion de l'information légale collectée par les Greffiers.

Jean-Bertrand DRUMMEN,

Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France

Monsieur le Président, votre formation et votre expérience professionnelle vous portaient tout naturellement à la fonction de Président de la Conférence Générale des Juges Consulaires de France puisque vous êtes un juriste homme d'entreprise. Docteur en droit (tout comme votre greffier d'ailleurs), vous vous consacrez à la justice consulaire depuis plus de 15 ans après avoir débuté votre carrière professionnelle chez Sandoz et Novartis où vous avez occupé respectivement les postes de Directeur Général et d'Administrateur.

Aujourd'hui, vous exprimez volontiers votre passion pour la justice consulaire en présidant le Tribunal de commerce de Nanterre et en occupant un siège d'administrateur à l'ENM. J'ajouterai enfin que vous êtes membre du collège de l'Autorité de la Concurrence.

En relisant des interviews que vous aviez accordés, j'ai relevé que vous souhaitiez fixer aux Tribunal de commerce la mission de sécuriser les relations commerciales notamment en faisant de la jurisprudence une source de droit. Vous nous direz donc tout à l'heure de quelle manière vous contribuez à cette sécurité juridique, avec l'aide de vos greffiers bien entendu !



‖ Jean POURADIER DUTEIL :

J'espère que tout le monde a bien compris dans la présentation que j'ai fait de vos fonctions, que vous étiez un spécialiste de la diffusion des données publiques. Notre confrère Jean-Marc BAHANS nous a donné tout à l'heure son point de vue sur l'impact de la publicité légale sur le développement des entreprises.

Peut-on affirmer de la même manière que l'information légale, telle qu'elle est notamment assumée par les Greffiers, renforce la sécurité juridique des entreprises ?

‖ Michel PINAULT :



La réponse est évidemment oui. Il n'y a aucun doute à cet égard, je dois dire qu'en écoutant Monsieur BAHANS j'étais enclin à approuver au fur et à mesure tout ce qu'il nous disait.

Quelle sécurité juridique et pour qui ? On est dans le domaine qui est le nôtre, le domaine des relations commerciales et des relations d'affaires. C'est donc une sécurité juridique qu'on essaie de bâtir pour les opérateurs et qui a des caractéristiques particulières. Le monde des affaires ne sera jamais caractérisé par une sécurité juridique absolue de l'ensemble des opérations, mais il est intéressant de voir que cette sécurité juridique doit

répondre à un certain nombre de caractéristiques. On doit bien constater que ces caractéristiques sont effectivement celles de l'information légale.

Ce que l'on recherche ici en termes de sécurité juridique c'est la rapidité et la simplicité. Il ne s'agit pas comme dans certains systèmes juridiques d'aller devant un notaire pour des actes qui doivent être pris rapidement. C'est également l'accessibilité qui est un des points cardinaux d'une sécurité juridique dans le domaine des affaires et des relations commerciales. Dernier point, la simplicité, certes, praticabilité, certes, mais aussi qualité de l'information et caractère vérifié, contrôlé de l'information qui est diffusée. Je pense effectivement à l'information légale telle quelle est conçue

aujourd'hui en France et plus largement en Europe. Le plus frappant c'est que nos systèmes, bien que différents dans leur organisation, mettent tous en place une organisation dans laquelle il y a un endroit où les entreprises viennent déclarer leur constitution. Par contraste, quel autre système pourrait-on imaginer ? C'est ce qui est intéressant de voir. Je parle pour les utilisateurs courants des informations qui figurent sur les registres. Les très grandes entreprises utilisent évidemment ces informations. Elles ont aussi d'autres moyens mais il faut bien voir que sur des opérations importantes, et j'en ai pratiqué quelques unes. L'autre solution c'est quoi ? C'est ce que les anglo-saxons appellent les « due diligences ». Quand on passe un contrat important, notamment une acquisition avec un partenaire, on met des équipes d'avocats et d'actuaire sur le sujet et on repasse tout en revue (les documents sociaux, les comptes, les grands contrats...). C'est extraordinairement lourd et complètement inadapté à des opérations courantes qui doivent être faites rapidement. Dernier point sur lequel je voudrais dire un mot. On s'adresse à un public particulier : ce sont les personnes qui sont en relations d'affaires ou relations commerciales entre elles. D'autres acteurs sont présents : les consommateurs peuvent être intéressés par des informations qui figurent sur le registre mais ils ont d'autres modes de protection comme le droit de la consommation qui s'applique. Les actionnaires, qui sont d'autres partenaires de l'entreprise, notamment pour les entreprises cotées et pour celles qui font appel à l'épargne. On est, avec ces informations consignées sur le registre, véritablement au cœur des opérations commerciales et d'affaires de tous les jours. C'est le substrat même de la vie des entreprises. Ce ne sont pas des opérations qui se déroulent de loin en loin.

Ma conclusion, c'est que le système est bien adapté mais que, comme toujours, des améliorations sont possibles. J'y reviendrai.

‖ Jean POURADIER DUTEIL :

Monsieur le Directeur Général BAÏSSUS, j'ai bien senti qu'en vous présentant, j'ai quelque peu trahi le fond de votre pensée. Alors nos règles juridiques nationales apportent suffisamment de sécurité aux entreprises ou pensez-vous que des droits étrangers le font mieux que nous ?

‖ Jean-Marc BAÏSSUS :



Je vais m'inspirer d'un excellent ouvrage [le guide des formalités légales aux registres du commerce de 36 pays à travers le monde réalisé par le service étude du Greffe du Tribunal de Commerce de Paris]. Cette enquête confirme la thèse générale que nous développons au sein de la Fondation pour le droit continental, à savoir que les systèmes de droit de par le monde peuvent se répartir en deux grands groupes, celui du droit continental et celui du droit anglo-américain ou « common law ». En effet, cet ouvrage démontre que cette division en deux systèmes juridiques se vérifie également dans le domaine des registres du commerce ou instruments similaires.

Des réponses au même questionnaire provenant donc de 36 pays différents, il résulte très clairement l'existence de deux familles de registres et de systèmes de collecte de l'information relative aux entreprises. Le premier est un système bureaucratique, d'ampleur nationale, mais qui comporte relativement peu d'information, le strict minimum pourrait-on même avancer. Ce système entretient peu de rapports avec l'instance judiciaire ou les tribunaux administratifs : il est nettement corrélé avec le droit des pays de Common Law. C'est un système fermé sur lui-même, qui se contente d'un contrôle formel sur l'information fournie, d'un regard extérieur sur l'entreprise. Le second système de collecte et de distribution d'informations est lui, plutôt basé sur des registres locaux, il est inséré dans une structure de droit qui se manifeste par une possibilité de recours effectifs. Il a tendance à assurer une information beaucoup plus large, de meilleure qualité. L'autorité destinataire de l'information y exerce un contrôle de validité selon des modalités diverses, mais qui est nettement plus approfondi que le contrôle formel d'une simple immatriculation qu'on trouve plutôt dans des systèmes de Common Law.

J'ai observé systématiquement la réponse à la question « Est-ce que les données enregistrées dans votre pays sont opposables aux tiers ? », pensant que partout, cette opposabilité serait assurée. Pourtant certains pays répondent par la négative ; le paradoxe est qu'on y enregistre l'information mais qu'elle n'est pas opposable aux tiers. Il s'agit du Yukon et de Gibraltar, deux systèmes de Common Law. On peut par exemple vérifier quels sont les recours du déclarant s'il n'est pas satisfait d'une inscription ? La réponse pour le registre anglais consiste à dire que la question est sans objet puisque les déclarants sont tenus de donner des informations exactes. Il apparaît aussi qu'en pays de Common Law, lorsqu'un recours est prévu, il est formalisé auprès d'une cour suprême. En fait, ce type de recours est inopérant, comme si l'on ne disposait en France, pour corriger une inexactitude dans l'immatriculation, que d'un pourvoi en cassation ou d'un recours devant le Conseil d'Etat selon les cas. Ceci est d'autant plus vrai que s'ajoute la barrière des frais de justice, souvent très élevés en système de Common Law.

En pays de culture anglo-saxonne, l'Etat et ses fonctionnaires sont très peu considérés. Dès lors qu'un système relève de la fonction publique d'Etat, c'est donc a priori qu'il n'est guère considéré. S'il n'est pas important, le judiciaire n'a pas à s'y associer. Ce schéma traduit donc le fait que l'enregistrement administratif de l'information relative aux entreprises n'est qu'une étape secondaire, sans grand impact économique. La raison est que l'information économique qui importe, celle qui a une vraie valeur, est en fait gérée par le secteur privé. Ce sont des entreprises comme les « credit bureau » dont le fond de commerce est de collecter et de vendre l'information opérationnelle sur les entreprises. Elles sont très puissantes, à l'image des « agences de notation ». Mais, comme on a appris désormais à se méfier de ces dernières à l'occasion de la crise économique, il serait bon d'insister sur les atouts de la gestion de l'information économique à la française. C'est précisément parce que cette information est vitale pour l'économie que la solution française, ni collecte bureaucratique, ni captation par le privé, est une solution d'avenir.

On est donc en face de familles de droit très différentes et qui se manifestent dans cette structure de collecte et de diffusion de l'information sur l'entreprise. Le mot clé est celui de sécurité juridique. En caricaturant un peu, on pourrait affirmer que « sécurité juridique » se traduit en espagnol, en allemand, en italien, mais pas en anglais. « Legal certainty » est une approximation, mais pas une traduction exacte. Aux juristes débutants, aux Etats-Unis,

on dit que c'est la «legal uncertainty», l'insécurité juridique, qui est l'essence du système de droit. Le droit est fluide, le droit est mouvant et fait de circonstances. Ce serait un rêve, une utopie du droit continental que de penser la sécurité juridique.

Une telle vision des systèmes de droit continental nous semble rigide et dépassée. Avec les fondements du droit, on est en face des produits culturels. La position de la Fondation est précisément celle-là : il y a diversité des systèmes juridiques, et l'équilibre entre ces systèmes doit être respecté. Dans le choix et dans la diversité se trouve le chemin de l'excellence et de la liberté.

Le registre du commerce tel qu'il est pratiqué par votre profession est l'un des atouts forts que nous avons dans notre portefeuille d'atouts en faveur du droit continental quand nous allons à l'international. Le « produit » registre du commerce porté par la profession de greffier de tribunal de commerce est le fruit d'une très longue évolution historique, ce qui est en soi un gage de qualité. Il s'avère en outre être un des meilleurs systèmes au monde quand il est confronté à d'autres. Ne commençons pas par examiner les défauts ou critiquer tel ou tel aspects. Commençons par dire que nous avons une excellente façon de travailler. Pourquoi n'est-elle pas comprise comme étant excellente ? C'est une autre bonne question. Apprenons à communiquer mieux et on nous comprendra davantage.

C'est aussi la tâche de la Fondation pour le droit continental que de promouvoir au plan international l'atout que constitue la sécurité juridique offerte par notre système de droit, dont le registre du commerce fait partie. La fondation a lancé depuis quelques mois un travail pour fabriquer un classement mondial des systèmes de droit basé sur la notion de sécurité juridique, définie par les trois critères de prévisibilité, de stabilité, et de garantie, eux-mêmes déclinés en une quarantaine d'items différents et chiffrables. On ne peut désormais aborder les discussions internationales sans s'appuyer sur un chiffre et nous aboutirons donc à un classement des pays en fonction du critère de sécurité juridique. Avec les rapports de la Banque Mondiale « Doing Business », on trouve systématiquement dix pays de Common Law aux dix premières places. La France, deuxième pays au monde pour l'attractivité des investissements étrangers, s'y retrouve paradoxalement aux alentours du 30^{ème} rang. Il y a là un hiatus inacceptable. Nous essaierons d'obtenir avec notre index quelque chose de plus divers et surtout de plus conforme à la réalité. Le message sera que le droit est un peu plus complexe et un peu plus subtil qu'une application mécaniste d'un certains nombre de théories qui cachent en fait des appétits commerciaux de conquête de parts de marché.

‖ **Jean POURADIER DUTEIL :**

Monsieur le Président DRUMMEN, les Présidents de Tribunaux de commerce sont particulièrement friands d'information légale et notamment celle de leurs Greffiers car ils s'en servent pour développer leur rôle important de prévention des difficultés des entreprises. Dans quelle mesure considérez-vous que cet outil, que les Greffiers mettent à votre disposition, apporte aux entreprises une sécurité juridique alors que, et là je vais me faire l'avocat du diable, certains prétendent que c'est de l'immixtion dans leurs affaires donc tout le contraire de la sécurité juridique ?



‖ **Jean-Bertrand DRUMMEN :**

Il me semble qu'aujourd'hui l'information légale à une double finalité. Il y a celle que rappelait le Président PINAULT. C'est l'information des tiers qui est tout à fait indispensable et à cet égard les informations que l'on trouve au registre du commerce sont irremplaçables et sont de qualité. On est là dans l'information à destination des tiers. Il y a la seconde finalité qui apparaît très clairement avec la loi de sauvegarde, c'est une information destinée à préserver l'entreprise et précisément à partir des documents qui seront déposés au Greffe par l'entreprise.

Peut-être y verra-t-on des signes de faiblesse qui permettront au Président du Tribunal de commerce d'agir, c'est-à-dire d'inviter le dirigeant à le rencontrer, de lui montrer une certaine sollicitude sans oublier que nous restons des juges ; puis à partir des informations recueillies, des faiblesses observées, nous pouvons mettre en place après la détection avec les outils de la prévention. On sait combien ces derniers sont importants et efficaces et que le taux de réussite est élevé. J'insisterai donc sur cette double finalité : Nous avons à partir des informations déposées au Greffe, des études qui sont faites aussi par les Greffes, et je pense au « scoring » des éléments qui permettent de convoquer à bon escient les entreprises ayant besoin d'être aidées et reçues et de permettre à leurs dirigeants de s'exprimer et de sortir de leur isolement. Tout cela me paraît extrêmement positif. Il y a un autre aspect à l'époque de la mondialisation à ne pas négliger c'est le d'information qui est particulièrement nécessaire ; ce n'est pas par hasard si l'on parle aujourd'hui d'intelligence économique et de recherche de l'information par des moyens qui ne sont pas toujours les plus réguliers et les plus loyaux. Je pense aussi que l'information légale de qualité est nécessaire mais a ses limites. D'abord est-ce que tout le monde est astreint aux mêmes exigences, dans un monde où les frontières ont disparu ? C'est une question que l'on doit se poser. Il y a des dirigeants qui ne veulent pas déposer leurs comptes. Pourquoi ? Est-ce qu'il y a une excuse qui permettrait de les absoudre ? A ma connaissance, il n'y a pas de jurisprudence qui permette à un dirigeant de s'opposer au dépôt de ses comptes. La réalité fait que le dirigeant peut-être confronté à des difficultés sérieuses et résister à fournir une information à ses concurrents. L'information est d'un grand prix et dans le domaine pharmaceutique que j'ai bien connu, j'ai vu des départements de recherche qui s'opposaient au dépôt d'un brevet. Le brevet qui est sensé protéger peut être également le brevet qui divulgue. Je m'arrêterai là, mais ce sont des pistes intéressantes à explorer.

‖ **Jean POURADIER DUTEIL :**

Et là, je me tourne vers vous, Maître BRILLATZ, consommateur d'information des Greffes qui présente l'immense avantage d'exploiter cette information aussi bien au profit de l'entreprise lorsqu'elle est son client, qu'à son détriment lorsqu'elle est son adversaire. D'abord, quelle est celle qui vous paraît la plus utile, voire nécessaire ? et l'accès à l'information légale des Greffes vous semble-t-il facile ?



‖ **Antoine BRILLATZ :**

Je voudrais vous remercier de m'avoir invité à participer à vos travaux et montrer que l'information ne doit pas être opposée à la sécurité juridique dans la mesure où l'information c'est la sécurité. Lorsque vous m'avez invité à participer à vos travaux, j'ai été très flatté et très heureux. J'ai eu l'information sur les participants et il y avait une insécurité puis nous nous sommes rencontrés et j'ai été rassuré et je suis venu aujourd'hui. J'ai entendu les interventions de Madame SCHILLER et de Monsieur BAHANS. J'ai été à nouveau très inquiet car ils avaient dit tout ce que j'avais prévu de dire. Sur le papier que j'avais préparé, il y avait marqué l'information légale doit être pertinente, fiable authentique, complète et accessible. Il me restait qu'une chose c'était que l'information légale en étant publiée devenait opposable et Monsieur PINAULT l'a dit. Me voici à nouveau dans une situation d'insécurité juridique au delà du fait que vous m'avez fait intervenir dans l'après-midi et en dernier de cette table ronde. En ce qui concerne le consommateur que je suis, bien sûr, tout ce qui a été dit sur la qualité de l'information légale et du registre du commerce est repris à mon compte. Tous les jours nos collaborateurs au cabinet ouvrent Infogreffe. Nous l'utilisons quotidiennement pour des choses simples. La première, c'est de vérifier les renseignements qui nous sont donnés par nos clients et qui sont souvent incomplets ou inexacts. Il est nécessaire de les vérifier ne serait ce que sur l'identité du dirigeant. Les personnes qui viennent nous voir en nous disant « je viens au nom de la société untel » et qui vous demandent d'engager une procédure ou de réaliser des actes ne sont pas en général les dirigeants. Bien entendu, le registre du commerce est utilisé pour l'identification des cocontractants, des partenaires de nos clients et pour identifier qui sont nos adversaires ou nos contradicteurs. Je voulais terminer sur la question de l'exhaustivité des informations publiées et sur la publication des comptes. Deux observations peuvent être faites : Premièrement, les informations sur l'exploitation des entreprises n'est pas complète puisque les personnes physique n'ont pas l'obligation de déposer les comptes alors que les entreprises individuelles sont en nombre plus important que les personnes morales. Deuxièmement, la loi n'est pas appliquée de la même façon sur tout le territoire national. Dans le plus grand nombre de ressorts de Tribunal de commerce, le Greffier et le Président usent des outils que leur donnent la loi pour rappeler l'obligation au dirigeant et le cas échéant le forcer par les ordonnances d'injonction sous astreinte voire de désignation de mandataire à respecter les obligations légales. Pourtant dans un nombre non négligeable de ressorts de tribunaux de commerce, la loi n'est pas respectée volontairement par des entreprises qui refusent de manière non occulte. Elles vous disent « je ne publie pas les comptes » soit parce qu'elles ont des difficultés c'est peut-être le moins difficile à détecter car elles ont respecté l'obligation et ont cessé de le faire. C'est le signe d'une difficulté. Mais parfois elles refusent de la faire parce qu'elles ne veulent pas révéler à leur concurrent ou à leurs partenaires ou aux intervenant du monde économique les informations qui figurent dans leurs comptes. Il me vient à l'esprit l'exemple récent d'une entreprise très importante qui réalise plusieurs dizaines de millions d'euros de chiffre d'affaires et qui exerce sur un marché où il n'y a que deux intervenants. Un des intervenants exerce dans le ressort du Tribunal de commerce d'Indre et Loire et a été contraint de déposer ses comptes. L'autre intervenant se trouve dans un département plus au nord et n'a jamais été contraint par aucun moyen, ni par le Greffier ni par le Président du Tribunal de commerce

ni par aucun autre concurrent, puisque le jour où sur instruction de ma cliente j'ai sollicité le Président du Tribunal de commerce du ressort dans lequel se trouve cette entreprise pour lui demander la désignation d'un mandataire ad hoc chargé de déposer les comptes à la place du dirigeant social, il m'a été répondu dans une ordonnance que je ne justifiais pas d'un intérêt légitime pour obtenir la publication de ces comptes s'agissant d'un concurrent. Je pense qu'il y a là des marges d'amélioration qui créeraient de la sécurité pour moi et mes clients.

‣ Jean-Marc BAÏSSUS :

Cette obligation de dépôt des comptes de l'entreprise est générale. Elle est d'ampleur variable. Elle est en général plus étendue dans nos systèmes que dans les systèmes de « Common Law ». Elle est toujours « sanctionnable » y compris pénalement.

Lorsque j'étais juge d'instance il m'est arrivé à l'audience pénale d'avoir à prendre des décisions face à un dirigeant parfaitement respectable et qui me disait « j'encours une contravention de cinquième classe, je sais que je suis en violation de la loi mais ma stratégie dépend d'un certain secret, donc je ne déposerai pas mes comptes, condamnez-moi. Je préfère payer l'équivalent de deux ou trois mille euros plutôt que de révéler ma stratégie commerciale ». Le juge de police que j'étais se retrouvait fort embarrassé. Une audience du tribunal de police n'était pas le meilleur endroit pour discuter des implications du non-dépôt des comptes d'une société.

Je ne suis pas sûr que nous ayons, avec l'outil pénal, la meilleure des réponses à ce qui est une question économique. Je n'ai pas vu de solution miracle dans les recherches de droit comparé. Je pense que la solution du mandataire ad hoc peut être une piste. On pourrait envisager la désignation d'un expert indépendant commis par le juge pour donner un avis technique sur la limitation de la portée de la divulgation. Par exemple, l'expert pourrait confirmer au juge que dans tel secteur ou marché, au sens de la Commission Européenne, il n'y a effectivement que deux entreprises, et que de l'information confidentielle obtenue, l'expert pourrait certifier que la publication serait dangereuse pour l'un des deux compétiteurs.

Le respect du contradictoire peut entraîner des excès. Il faut penser au côté délétère de la procédure que les anglo-américains appellent la « pre-trial discovery ». C'est une technique dramatique parce que, quand elle n'est pas bien contrôlée par le juge, elle revient dépouiller une partie de tout droit à préserver une information. Il est obligé de tout révéler – dans l'exemple de la procédure en action de groupe contre Vivendi, cette dernière a été obligée de révéler des millions de pages d'échanges, bien au-delà de ses comptes. Cette pression à la révélation devient alors un outil de prise de pouvoir et de domination économique. Il faudrait que, sous le contrôle du juge, l'information ne fasse pas l'objet d'un débat contradictoire avant qu'on obtienne un avis indépendant pour aider le juge à prendre sa décision. S'il décide que la publication des comptes n'a pas à être restreinte, on pourra alors recourir à la menace d'une sanction pénale.

‣ Jean-Bertrand DRUMMEN :

Ce débat est intéressant parce qu'il montre avec l'exemple du dirigeant qui est prêt à payer pour ne pas divulguer ses comptes, qu'il y a une difficulté réelle. On ne peut pas régler les difficultés en les niant. La proposition c'est peut être de donner au juge une faculté d'appréciation c'est-à-dire d'introduire la possibilité de retenir le fait justificatif qui

permet d'éviter la publication parce qu'elle serait préjudiciable au déposant. Cela reviendrait à modifier la loi et à ne pas s'en tenir à un formalisme étroit.

‖ **Antoine BRILLATZ :**

S'il est convenu que l'information légale prévue par la loi est pertinente, ce qui est le postulat de base, il est indispensable que la loi soit respectée partout sur le territoire national, de la même façon, sinon on crée évidemment des situations de distorsions de concurrence. Celui qui ne sera pas contraint de publier des informations qu'il aurait normalement dû publier se retrouverait favorisé par rapport à celui qui aura été contraint de la faire. Dire que c'est le juge qui apprécie le fait justificatif, c'est créer par hypothèse des différences de traitement suivant les territoires, suivant les époques, suivant les hommes auxquels on s'adresse et donc créer des distorsions de concurrence. Je préfère qu'on dise l'information légalement due doit être donnée et que s'il n'est pas pertinent de la donner, on modifie la loi dans un sens restrictif.

‖ **Jean-Bertrand DRUMMEN :**

C'est très juste, mais la distorsion de concurrence peut provenir aussi du dépôt et de la divulgation. Prenez deux concurrents sur un même secteur, un en Allemagne et un en France. L'Allemand ne dépose pas et n'est pas puni. Le Français doit déposer, et s'il ne dépose pas, il est puni. Cette différence de traitement crée une distorsion de concurrence.

‖ **Michel PINAULT :**

Sur cette question qui est évidemment importante puisque c'est parfois une critique et justement une excuse pour ne pas accomplir les obligations prévues par la loi. De deux choses l'une : je me place dans le contexte français. Là, je suis plutôt de l'avis de Maître BRILLATZ. Entendons-nous, il s'agit des comptes sociaux, trouver des secrets d'affaires ou des moyens de concurrencer de façon déloyale au travers de ces comptes sociaux, cela doit être assez exceptionnel. Si cette publication des comptes est considérée par le législateur comme étant d'intérêt général, je ne vois pas le motif qui permettrait de dire « non, pour moi c'est difficile de déposer les comptes ». Prenons un autre exemple : une société cotée est assujettie à des obligations strictes de publicité qui vont bien au-delà de ce qui figure dans le registre du commerce. Verrait-on un dirigeant d'une très grande entreprise, par exemple dans le secteur du médicament, dire « je ne publie pas mes comptes et j'ai une excuse parce que car j'ai un concurrent allemand qui ne les publie pas » ? Je trouve qu'aller dans la voie de donner au juge la capacité d'une sorte d'excuse concurrentielle, c'est quand même assez dangereux. Comme on l'a dit au tout début de notre discussion, l'information c'est la base de la sécurité juridique et d'une saine concurrence. Autre chose est la question de l'égalité de traitement et de l'égalité de concurrence entre les différents pays et les différents ordres juridiques. Je pense que c'est pour ça que l'harmonisation au niveau européen du contenu des obligations des opérateurs économiques en termes de publicité et d'information légales est une besogne tout à fait importante, certainement plus importante que l'unification du droit des sociétés.



122^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce

Des Tribunaux de Commerce (23, 24 et 25 septembre 2014)

➔ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.



Satas

infogreffe



RESERVE

10. DISCOURS DE CLÔTURE PAR DIDIER OUDENOT

DISCOURS DE CLÔTURE PAR DIDIER OUDENOT



PRÉSIDENT DU CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS
DES TRIBUNAUX DE COMMERCE



Monsieur le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau,
Mesdames, Messieurs les Hautes Personnalités,
Mesdames, Messieurs,
Chères Consœurs, Chers Confrères,

Madame le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, nous a fait part de ses regrets de ne pouvoir assister personnellement à notre congrès, et de son souhait d'y voir le Ministère de la Justice représenté par vous-même, Monsieur le Directeur des Affaires Civiles et du Sceau.

Je tiens à vous exprimer mes remerciements et ceux de mes consœurs et confrères, pour l'honneur et le plaisir que vous nous faites en participant à notre 122^{ème} congrès.

Monsieur le Directeur, dans les jours qui ont suivi votre nomination, vous m'avez convié, avec les membres du bureau du Conseil national, à vous rencontrer, nous permettant ainsi de faire un tour d'horizon des dossiers d'actualité de notre profession.

Dès cette première rencontre, nous avons été sensibles à vos qualités d'écoute, à votre volonté de concertation et de recherche de solutions aux sujets de préoccupation de notre profession.

Nous souhaitons voir se poursuivre cette collaboration franche et fidèle, d'autant plus efficace, qu'elle est animée par une volonté commune de servir.

Je me félicite de la qualité et de la permanence du dialogue entre le Conseil national, le cabinet de Madame le Ministre, la Direction des Affaires Civiles et du Sceau, avec vous-même Monsieur le Directeur, mais aussi avec Madame Christine GUEGUEN, Monsieur Christophe TISSOT, et leurs collaborateurs.

Ces relations étroites avec notre ministère, avec votre direction, sont pour notre profession essentielles, à un moment où des dossiers importants sont à l'ordre du jour.

Je sais avec quel intérêt vous suivez le fonctionnement de notre profession et les efforts que vous déployez pour que

le service public de la justice soit assuré avec diligence, compétence et efficacité, pour être à la hauteur des exigences de notre temps.

Sachez, Monsieur le Directeur, que vous pouvez compter sur la mobilisation et la réactivité de notre Conseil national.



Le Congrès annuel est un moment privilégié pour notre profession.

Il contribue à la nécessaire unité de la profession, à la formation de ses membres, et permet de réfléchir ensemble à la meilleure façon d'aborder les mutations et adaptations auxquelles nous devons faire face.

Les Juges et les Greffiers des Tribunaux de commerce, ont été, tout au long de la grave crise que nous venons de traverser, au plus près des chefs d'entreprises.

Si quelques clignotants montrent aujourd'hui des signes encourageants de reprise, il paraît important que nous puissions collectivement tirer les enseignements d'une période qui a été difficile pour nos entreprises.

Quels seront à terme les effets de la crise sur le droit économique ?

Au-delà de notre mission quotidienne au service de la justice en général, et de l'entreprise en particulier, nous devons en permanence rechercher les moyens propres à favoriser l'acte d'entreprendre.

Deux tendances pourraient se dégager :

D'une part, la simplification, comme condition indispensable pour développer l'esprit d'entreprendre et, d'autre part, le nécessaire renforcement de la sécurité juridique attendu par les chefs d'entreprises et les acteurs économiques.

Ces thèmes ont été aujourd'hui au cœur de nos travaux, et je tiens à remercier l'ensemble des participants pour la qualité de leurs interventions.

Nous l'avons vu, lors de nos débats, le Droit au service des entreprises est au cœur de nos préoccupations, et, dans ce cadre, les Greffiers ont un positionnement spécifique :

Ils sont aux côtés de l'entreprise dès sa création, avec la tenue du registre du commerce et des sociétés. Ils assurent également, avec l'information légale qu'ils délivrent, la nécessaire transparence de la vie économique.

C'est en quelque sorte, le rôle de « régulateur de l'économie » des Greffiers des Tribunaux de commerce que je voudrais évoquer ici au travers de quelques exemples.



Sur le thème de la simplification :

Notre profession, depuis maintenant deux ans, s'est considérablement investie dans le cadre de la mise en place du guichet électronique de création d'entreprise.

Ce guichet, opérationnel depuis le 1^{er} janvier 2010, regroupe l'ensemble des CFE. Il assure une double mission d'information et de guichet d'accomplissement des formalités.

Je ne peux évoquer ce sujet, sans saluer et remercier mon prédécesseur Michel JALENQUES.

Celui-ci a assuré, à la satisfaction de tous, la présidence de l'association « Guichet Entreprises », ne ménageant ni son temps ni ses efforts pour la réussite de ce dossier complexe qui associe des partenaires de culture différente.

Si notre profession n'a pas attendu le guichet unique pour permettre l'immatriculation en ligne des entreprises, elle s'est fortement mobilisée pour permettre à ce guichet de fonctionner en temps et en heure.

Un récent audit est venu rappeler la qualité des apports de notre profession, et nous encourage dans la poursuite de notre engagement.

Parler de « guichet unique », c'est aussi rappeler le rôle majeur de notre groupement Infogreffe, qui nous a permis de relever les défis de l'ère numérique.

Frédéric LAISNÉ, notre confrère, Président d'Infogreffe, Dominique MAROLLEAU, Directeur, et leurs équipes se sont investis sans compter dans ce projet,

Grâce au dynamisme de tous, celui-ci est aujourd'hui opérationnel.

Le grand prix des lecteurs d'« Acteurs Publics », dans le cadre des victoires 2010 de la modernisation de l'Etat, a récemment récompensé les efforts de l'ensemble des partenaires.

L'Etat a souhaité que le Guichet unique, créé dans un premier temps sous la forme d'une association, prenne prochainement la forme d'un Groupement d'Intérêt Public.

Notre profession, outre l'appui technologique qu'elle apporte au travers de notre Conseil national et d'Infogreffe, est sollicitée pour le financement du GIP pour les trois prochaines années.

Notre Conseil national, comme j'ai eu le plaisir de l'annoncer ce matin à Monsieur le Ministre, a formalisé hier son accord de participation à cette nouvelle structure.

Il importe avant tout que cette simplification proposée aux créateurs d'entreprise soit efficace, et que les moyens apportés par les partenaires soient raisonnables et adaptés aux objectifs.

La mise en place de cette nouvelle structure ne doit pas faire table rase de ce qui existe déjà. Il est nécessaire de préserver les contributions fournies par chacun des partenaires pour la réalisation du projet.

Notre Profession est la première à penser que l'investissement est la condition nécessaire à l'innovation technologique et à la qualité du service rendu : le fichier national du gage sans dépossession, l'acte authentique électronique et l'injonction de payer électronique en sont des exemples parfaits.

Si les Greffiers sont honorés d'être sollicités pour la réalisation de projets souvent complexes, ils se doivent de préserver leur capacité d'investissement humain et financier afin de pouvoir préparer au mieux les défis de demain. Je pense notamment à l'interconnexion des registres en Europe et à la dématérialisation de nos échanges en matière de procédure collective, et plus généralement en matière de contentieux judiciaire.

Sur le thème de la simplification, je voudrais également évoquer un court instant deux nouveaux statuts récemment mis en place par le législateur :

L'auto-entrepreneur et l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée

- **Le statut d'auto-entrepreneur connaît aujourd'hui un vrai succès auprès de celles et ceux qui souhaitent débiter une activité économique.**

Si dans le cas présent, la simplification a cette vertu de développer l'esprit d'entreprendre, il faut prêter attention aux effets secondaires de ces simplifications.

Les exposés d'aujourd'hui ont été, sur ce sujet, très intéressants.

S'agissant des auto-entrepreneurs artisans, le législateur a rendu obligatoire leur immatriculation au répertoire des métiers, rejoignant ainsi une proposition faite par le Conseil national lors de la discussion au Parlement de la loi de modernisation de l'économie.

Dans le même esprit et pour garantir l'égalité de traitement, nous sommes prêts à apporter notre savoir-faire pour permettre aux auto-entrepreneurs commerçants et aux tiers, de bénéficier d'une sécurité juridique, sans pour autant alourdir un statut dont la simplicité et la souplesse doivent être préservées.

- **Le statut de l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL)**, récemment adopté, va prochainement permettre à l'exploitant individuel de séparer son patrimoine personnel de son patrimoine professionnel.

Le Conseil national sera très attentif au décret d'application de l'EIRL qui devrait être publié d'ici la fin de l'année.

Sur ce sujet, il nous paraît important qu'au plan électronique, le guichet unique ne soit pas le passage exclusif pour la création d'une EIRL, afin de laisser aux déclarants la possibilité de s'adresser directement au CFE ou à l'autorité compétente.

De même, la transformation d'une entreprise individuelle en EIRL par la déclaration au registre du patrimoine affecté, doit pouvoir être réalisée par une saisine directe de l'autorité compétente en charge du registre.

Il importe également, qu'en application des nouvelles dispositions souhaitées par le législateur, l'ensemble des comptes annuels des entrepreneurs individuels à responsabilité limitée soit transmis aux greffes afin d'être annexé au nouveau registre de publicité légale.

En effet, cette centralisation s'avère indispensable pour assurer la nécessaire transparence de la situation économique de ces nouvelles entreprises.

Enfin, les conséquences de ce régime devront être bien appréhendées en ce qui concerne leurs effets dans le cadre des procédures collectives.

Notre profession se prépare, d'ores et déjà, à la mise en place de ce nouveau statut. Nous aurons, dès demain, sur le sujet, une formation dispensée par Monsieur le Professeur LUCAS.



Acteurs majeurs de la simplification, les Greffiers le sont également dans le domaine de la sécurité juridique et de la transparence de la vie économique.

La crise financière internationale est venue nous rappeler combien nos économies sont aujourd'hui interdépendantes et interconnectées. Dans ce contexte de mondialisation, les entreprises, les pouvoirs publics, et de manière générale les acteurs économiques, ont un réel besoin de sécurité juridique et financière.

A son niveau, notre profession est l'un des acteurs qui contribue efficacement à cet objectif, notamment par la qualité des contrôles réalisés par les Greffiers lors des formalités déclaratives.

Notre confrère et professeur, Jean-Marc BAHANS, rappelait tout à l'heure combien la publicité légale est un outil indispensable au service du développement des entreprises.

C'est le contrôle juridique exercé par le Greffier, officier public et ministériel, qui donne la force juridique à l'information sur les entreprises.

C'est justement, en raison de notre mission d'information légale, que le Conseil national a été sollicité pour participer aux travaux du Conseil d'Orientation de l'Édition Publique et de l'Information Administrative (COEPIA).

Je remercie, à nouveau, Monsieur Michel PINAULT, Conseiller d'État et Président du COEPIA, pour sa présence aujourd'hui parmi nous.

Créé par le Premier Ministre, le Conseil d'Orientation regroupe les principaux acteurs publics et privés de ce secteur. Cinq de nos confrères participent activement aux travaux du COEPIA, notamment sur la qualité de l'information administrative et sur la valorisation des données publiques.

Si les thèmes abordés par le Conseil d'Orientation dépassent le seul sujet de l'information légale des entreprises, notre Profession reste attentive au projet de plate forme publicité légale.

Avec le registre du commerce et des sociétés, le registre spécial des agents commerciaux, le registre des sûretés, le fichier national des gages sans dépossession, nous disposons d'un savoir-faire reconnu dans la tenue des registres et la dématérialisation.

A la demande des pouvoirs publics, des accès sécurisés et gratuits ont été généralisés pour les parquets et la police judiciaire, leur permettant ainsi de pouvoir bénéficier de données sûres, actualisées et dématérialisées.

Le contrôle des informations sur les entreprises, ainsi que la diffusion et la mise à disposition de celles-ci, sont au cœur de notre métier.

Ainsi, la mise en place d'un fichier des interdits de gérer tenu par les Greffiers, et d'un registre des procédures d'insolvabilité, à l'instar de certains registres existants déjà en Europe, pourraient contribuer à renforcer l'information disponible sur les entreprises.



Les Greffiers acteurs de la simplification des procédures, régulateurs de l'économie, sont avec les juges consulaires, membres à part entière du tribunal.

En qualité d'officier public et ministériel nommé par le Garde des Sceaux, ils exercent des missions judiciaires au

profit des justiciables et assistent les juges consulaires.

Le service public de la justice nécessite que des moyens adaptés soient mis en place pour la modernisation et l'efficacité des tribunaux. Ce thème général est d'ailleurs le fil rouge de la convention triennale, qui unit le Conseil national et la Caisse des Dépôts, dont je salue ici les représentants.

Je voudrais également citer la charte qualité de la justice commerciale, signée en décembre dernier avec la Conférence Générale des Juges Consulaires et le Conseil National des Administrateurs et des Mandataires Judiciaires, pour une justice efficace et exemplaire. Un groupe de travail suit la mise en œuvre de cette charte.

Le Conseil national, avec Infogreffe, vient, par ailleurs, de mettre en ligne un nouveau site internet, greffes.com. Il s'agit de donner une image harmonisée et homogène des greffes, en mettant à disposition des justiciables des informations utiles, pratiques, et de proposer un accès direct vers chaque greffe.

Les greffiers des tribunaux de commerce sont au carrefour du droit et de la technologie, et pour conclure sur ce sujet, je voudrais ici rappeler les travaux récemment engagés.

Plusieurs exemples peuvent être cités :

- le portail des juges, leur permettant d'avoir accès de manière sécurisée aux affaires qu'ils traitent,
- les expérimentations de dématérialisation actuellement en cours avec les avocats, et bientôt avec les administrateurs et mandataires judiciaires,
- sans oublier l'archivage électronique.

Ces travaux de dématérialisation nécessitent des investissements informatiques extrêmement importants, qui bénéficient en premier lieu aux entreprises, aux justiciables, et aux partenaires du greffe.



Un nouveau projet marque la reconnaissance de la pertinence de notre modèle économique et de la qualité du service public dont nous avons reçu délégation.

Il s'agit du projet de loi du gouvernement, relatif à la modernisation des professions juridiques et judiciaires réglementées, qui prévoit la possibilité de créer des Offices de greffiers dans les départements d'Outre Mer, sur le même modèle que ceux qui existent en métropole.

Le rattachement des 22 chambres commerciales de TGI dans le cadre de la dernière carte judiciaire a été une étape décisive.

Il conviendrait, sur ce sujet, que soient maintenant arrêtés les montants des indemnisations que doivent verser nos confrères à l'Etat.

Notre profession a proposé une méthode d'évaluation équitable qui, je l'espère, inspirera les travaux de la commission d'évaluation qui devrait se réunir prochainement.

Nous nous félicitons que soient reconnues la qualité et l'efficacité de la mission que nous assurons auprès des tribunaux et des justiciables.

Pour l'avenir, je me réjouis que Madame le Ministre ait confirmé récemment, devant les sénateurs, qu'aucun projet n'ayant pour objet de réserver à certains tribunaux de commerce la procédure de redressement dans lequel un administrateur est désigné, n'était actuellement à l'étude.

Si l'uniformisation de la justice commerciale voulue par le gouvernement nous apparaît indispensable, la spécialisation des juridictions en éloignerait le justiciable et verrait naître des tribunaux à deux vitesses.



L'avenir de notre profession passe par une éthique et une déontologie irréprochables. Nous en sommes bien conscients.

C'est dans ce cadre, que la profession élabore, actuellement, un corpus des règles professionnelles et un référentiel de contrôle à l'attention des procureurs, en complément des inspections de nos offices et du pouvoir disciplinaire confié au Conseil national sur ses membres. Le Vice-Président Frédéric BARBIN, et notre confrère, Président honoraire, Christian BRAVARD, Président de la Commission « Déontologie, règles professionnelles et inspections » travaillent sur ces sujets avec vos services. Nous espérons aboutir prochainement.



Avant de conclure, je voudrais, Monsieur le Directeur, aborder devant vous un sujet qui préoccupe actuellement notre profession.

Il s'agit des locaux des greffes.

Sans entrer dans le détail, nous sommes en discussion avec votre ministère pour définir la qualification juridique de notre occupation au sein des juridictions, au regard des exigences de gestion immobilière de l'Etat.

Nous souhaitons réaffirmer aujourd'hui la volonté de notre profession d'assurer pleinement ses missions aux côtés des juges. C'est ici la stricte application de la loi qui prévoit que le tribunal est composé de juges et d'un greffier.

C'est aussi sur le plan pratique, une condition essentielle du bon fonctionnement du tribunal et de son greffe, lesquels sont indissociables.

Que cela soit clair, il n'est pas question pour les Greffiers de se situer en dehors, ni au dessus, des règles juridiques prévues par le droit de la propriété des personnes publiques.

Cependant, la qualification juridique de l'occupation du domaine public doit correspondre effectivement à notre situation spécifique au sein du tribunal.

Le Conseil national a toujours affirmé sa volonté d'aboutir à une solution négociée permettant à chacun de trouver

un juste équilibre.

J'en terminerai sur ce sujet en rappelant qu'aussi bien les juges que les justiciables reconnaissent, aujourd'hui, l'efficacité des Greffes des Tribunaux de commerce.

Il paraît essentiel que soient maintenues les conditions de cette efficacité.

L'indispensable proximité géographique du greffe avec les juges du tribunal est, selon nous, l'une de ces conditions.

Nous savons votre volonté de parvenir à une solution sur un fondement juridique conforme au droit positif.

Je forme le vœu que nous aboutissions rapidement à un juste accord prenant en compte notre spécificité, et nous permettant de continuer à assurer, au sein des juridictions, le service public de la justice dans de bonnes conditions.

* * *

Voilà, Monsieur le Directeur, en quelques mots les principaux sujets d'actualité qui concernent notre Profession.

Je voudrais conclure mon propos sur l'avenir.

Nous avons évoqué, tout au long de cette journée, la simplification du droit économique et la sécurité juridique indispensables au développement des entreprises.

La récente crise va obliger tous les acteurs, qu'ils soient publics ou privés, à revoir leur mode de fonctionnement, et à trouver de nouvelles façons de faire ou de faire faire. L'Etat, lui-même, a engagé ce travail pour ses propres actions dans le cadre de la Révision générale des politiques publiques, plus connue sous le nom de RGPP.

Un bilan d'étape de ces réformes, ainsi qu'une série de mesures en vue de la modernisation des politiques publiques, ont récemment été présentés en Conseil des Ministres.

Les Greffiers des Tribunaux de commerce, professionnels libéraux, officiers publics et ministériels, sont l'exemple moderne d'une délégation de service public qui pourrait inspirer l'Etat.

Un partenariat de recherche signé récemment avec l'Université Paris-Dauphine, ainsi que des travaux engagés par la Commission « Prospective et Communication » présidée par notre confrère Pascal DANIEL, vont permettre à notre Conseil national d'être force de propositions dans les mois à venir.

De même, notre participation à la fondation du droit continental, permettra à notre profession de défendre la pertinence du modèle économique français en Europe et dans les pays de droit latin.

Laissez-moi, Monsieur le Directeur, vous dire combien notre profession est désireuse de pouvoir continuer à s'adapter aux besoins des entreprises et des justiciables.

En plus des sollicitations dont nous faisons l'objet, il est important que nous puissions continuer à investir pour une justice moderne et rénovée.

Permettez-moi, une nouvelle fois, de vous remercier très sincèrement pour votre présence aujourd'hui parmi nous. Elle marque la reconnaissance d'une profession attachée à être perçue pour son efficacité et sa performance au service des entreprises.

Merci.



122^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce
Tous les Jours de l'après-midi 17, 18, 19 et 20 octobre 2012

→ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.



salas

infogreffe



11. DISCOURS DE LAURENT VALLÉE

DISCOURS DE LAURENT VALLÉE



DIRECTEUR DES AFFAIRES CIVILES ET DU SCEAU



Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Un congrès national est toujours un moment important dans la vie d'une profession. Il lui donne l'occasion de se rassembler, d'affirmer son unité, sa singularité, tout en évoquant les grandes questions auxquelles elle se trouve confrontée. C'est le temps du bilan et de la réflexion.

C'est aussi un moment important pour son ministère de tutelle, puisqu'il permet à ses représentants de venir au contact des professionnels de terrain – de vous tous qui, chaque jour, dans vos greffes, travaillez au service des acteurs économiques et de la justice commerciale.

C'est pourquoi je tenais à vous dire le plaisir que j'ai à être parmi vous aujourd'hui, mais aussi l'intérêt que représente à mes yeux cette rencontre. Vous l'avez dit, Monsieur le Président, nous avons déjà eu l'occasion d'échanger à plusieurs reprises – et vous savez toute l'importance que j'attache à ce dialogue. Mais il m'est aussi agréable de pouvoir échanger avec vous tous, même si le cadre de ce congrès est sans doute plus formel.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, je dois vous transmettre les regrets du ministre d'Etat, M^{me} ALLIOT-MARIE, qui a accordé son haut patronage à votre congrès, mais ne peut malheureusement être avec vous aujourd'hui.

Ces regrets sont d'autant plus forts que le thème qui nous rassemble lui est cher.

I - « Le droit au service du développement des entreprises : entre simplification et sécurité juridique », je crois que l'on ne peut mieux résumer les grands enjeux auxquels nous tous, juristes, professionnels du droit, sommes aujourd'hui confrontés.

Le droit et l'entreprise, tout d'abord : ces deux termes sont trop souvent mis en opposition, par les tenants d'une conception simpliste selon laquelle toute règle est une contrainte, et constituerait un frein au développement de l'économie.

La crise et les dérèglements qui l'ont provoquée ont apporté un démenti cinglant à cette approche et démontré la nécessité d'un retour au juridique.

L'économie, comme la société, ne peut se passer du droit, qui procure aux entreprises un cadre clair, lisible et structuré, dans lequel inscrire leurs actions.

Sans lui, les entrepreneurs verraient leurs initiatives fragilisées. Le droit participe donc, indéniablement, au développement de nos entreprises.

Vous comprendrez que le ministère de la justice et libertés est particulièrement sensible à cette question et milite en faveur du maintien, voire de la réaffirmation d'un cadre cohérent.

Mais, le droit n'est pas tout. Il ne peut faire abstraction des réalités de terrain. Et pour qu'il soit véritablement au service de l'économie, il importe de trouver un équilibre entre l'idéal de sécurité juridique et la nécessité de règles suffisamment souples pour ne pas entraver les initiatives.

C'est sur cette équation délicate que nous avons travaillé au cours des derniers mois.

Votre profession est bien placée pour comprendre cette problématique et apprécier les efforts engagés par le Gouvernement sur ce terrain.

II - Le Greffier du Tribunal de commerce est en effet un acteur-clef de la sécurité juridique au service de l'entreprise.

Cette sécurité passe d'abord par une information complète, actualisée, disponible, fiable et contrôlée.

Car, pour bien conduire son activité, l'entrepreneur a besoin de connaître l'identité et la situation de ses partenaires, faute de quoi il s'expose à des engagements aveugles dont on mesure aisément la portée lorsqu'on sait la dépendance dans laquelle certaines entreprises peuvent se trouver face à un fournisseur ou un client.

La publicité légale, qui repose sur une architecture dont vous êtes les piliers, revêt donc une importance toute particulière.

Votre rôle est ici incontournable, non seulement parce qu'il vous appartient de tenir le registre du commerce et des sociétés, mais aussi parce qu'il vous revient, en votre qualité d'officier public et ministériel, de contrôler et de certifier l'information.

Le décret du 25 septembre 2009 relatif aux informations figurant au registre du commerce et des sociétés ne dit pas autre chose, qui institue un mécanisme de certification des informations enregistrées sur support électronique pour la tenue du RCS.

Levant toute équivoque sur le caractère authentique des informations enregistrées sous format numérique par les Greffiers, ce texte pose en outre la règle de principe selon laquelle les certificats, extraits et copies afférents au RCS font foi jusqu'à preuve contraire ; il confère valeur authentique aux extraits et certificats portant la date de leur délivrance et revêtus de la signature et du sceau du greffier.

Un arrêté du 20 avril dernier est venu préciser les conditions de mise en œuvre de la certification des informations enregistrées sur support électronique pour la tenue du RCS. Il précise que cette certification doit intervenir au

moins une fois par jour, par l'apposition sur le registre de la signature électronique sécurisée du greffier. Vous disposez ainsi désormais d'un outil moderne, confortant votre rôle dans le système français l'information légale sur les entreprises.

Ce rôle est, je l'ai dit, incontournable. Ce n'est donc pas un hasard si de nouvelles missions vous ont récemment été confiées.

Dès 2008, le législateur a reconnu votre place, aux côtés des notaires, dans le contrôle de légalité des fusions transfrontalières et des opérations de constitution par voie de fusion des sociétés coopératives européennes. La loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a étendu ce contrôle aux constitutions de sociétés européennes par voie de fusion.

Nous avons tiré toutes les conséquences de cette extension, dans un décret en date du 14 décembre 2009, qui précise les modalités de votre contrôle.

Plus récemment, c'est dans le domaine de l'entreprise individuelle que votre intervention a été sollicitée. Je veux bien entendu parler du régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, dans le cadre duquel vous sont confiées, outre le recueil des déclarations d'affectation et des documents comptables des personnes inscrites au RCS :

- la tenue du registre spécial destiné à recevoir les déclarations d'affectation de patrimoine des entrepreneurs individuels qui ne sont inscrits ni à ce registre ni au répertoire des métiers, ainsi que
- la centralisation des comptes annuels et des documents comptables simplifiés de tous les entrepreneurs individuels.

Les Greffiers des Tribunaux de commerce sont ainsi appelés, dans la droite ligne de leur mission historique, à actualiser et à rendre visible l'état du patrimoine affecté.

Le décret précisant les modalités de mise en œuvre de ces exigences est en cours d'élaboration. Vous serez bien entendu consultés sur ce projet.

Comme vous pouvez le constater, beaucoup a été fait, au cours des derniers mois, afin de renforcer les exigences attachées à la publicité légale.

En ce domaine, de nouvelles pistes se dessinent. [C'est ainsi qu'en partenariat avec la Délégation nationale à la lutte contre les fraudes, mes services réfléchissent à la constitution d'un fichier des interdits de gérer.]

Des réflexions sont également conduites, au niveau européen, en vue de permettre une interconnexion des registres, qui devrait favoriser une meilleure transparence et des contrôles plus efficaces.

Pour importantes qu'elles soient, les réformes conduites cette année n'épuisent donc pas tout le sujet de la sécurité. Je gage que les prochains mois nous permettront de nourrir davantage nos réflexions sur ces questions.

III - Mais le rôle du Greffier du Tribunal de commerce est également fondamental dans le domaine de la simplification du droit et des procédures.

Cette simplification constitue, vous le savez, l'une des priorités du Gouvernement.

Le statut de l'auto-entrepreneur, qui a connu un réel succès, est emblématique de cette volonté d'encourager

l'initiative en facilitant les démarches liées à la création et à la vie de l'entreprise.

Vous avez aussi très justement évoqué la mise en place du guichet unique, qui fonctionne dans sa forme dématérialisée depuis le 1^{er} janvier 2010.

C'est, là encore, une vraie réussite, à laquelle vous n'êtes pas étrangers puisque les greffiers se sont pleinement engagés, aux côtés des autres centres de formalité des entreprises, dans la mise en place effective de cette architecture nouvelle. Il faut ici rendre hommage à l'action de votre prédécesseur, Michel JALENQUES, qui s'est personnellement beaucoup investi dans ce projet, à travers notamment la présidence de l'association « guichet entreprise ».

La dématérialisation des formalités facilitera indéniablement la vie des entrepreneurs, de l'immatriculation au dépôt électronique des comptes annuels.

Elle traduit l'engagement conjoint du gouvernement et des acteurs de la justice commerciale afin de satisfaire les exigences européennes, et répondre concrètement aux besoins de nos concitoyens.

Le projet tendant à la mise en place d'une plate-forme électronique de publicité légale s'inscrit également dans cette perspective.

Cette réforme est, vous le savez, discutée au niveau européen, sur la base d'une proposition de directive de la Commission. Dans cette négociation, la France s'est attachée à faire valoir et respecter les spécificités de son système. Elle a veillé et veillera à ce que les intérêts de tous les acteurs de la publicité légale soient préservés.

Mais, sans attendre l'issue de ces discussions, le gouvernement a engagé une réflexion en vue d'élaborer, au plan national, un projet cohérent de plate-forme électronique centralisée de publicité légale. La Direction des affaires civiles et du sceau et la Direction de l'information légale et administrative ont réuni leurs forces pour mener à bien ce chantier.

Notre souhait est de permettre la mise en place d'une architecture efficace et fiable, associant tous les acteurs de la publicité légale, afin de montrer à nos partenaires européens la pertinence du modèle défendu par la France et mettre à la disposition des entreprises un outil facilitant leur vie au quotidien.

Les greffiers ont assurément un rôle à jouer dans la future plate-forme, puisqu'il leur appartient de tenir le registre du commerce et des sociétés et de certifier, en leur qualité d'officier public et ministériel, les informations qui y figurent. Votre maîtrise des questions informatiques et de dématérialisation de l'information est également un atout.

Mais d'autres acteurs doivent également trouver leur place dans ce dispositif, comme les journaux d'annonces légales. Nous souhaitons pouvoir compter sur le soutien de tous pour mener à bien ce projet.

Gageons que les prochains mois nous permettront d'avancer dans les discussions.

IV - Au-delà des questions attachées au droit économique, que vous avez souhaiter placer au cœur de votre congrès, qu'il me soit permis de dire quelques mots des autres aspects de votre action.

D'abord, pour rendre hommage au travail important accompli en faveur du service public de la justice. Vous êtes, chaque jour, aux côtés des juges consulaires pour les assister dans l'exercice de la justice commerciale. C'est une

mission noble, dont je n'ignore pas qu'elle est accomplie avec dévouement et efficacité.

Ce dévouement et cette efficacité expliquent la confiance que les pouvoirs publics ont placée dans votre action.

Ce n'est donc pas un hasard si le législateur envisage d'étendre votre champ d'intervention dans les départements d'outre-mer.

Notre attention a en effet été appelée par diverses autorités sur la situation difficile des greffes des tribunaux mixtes de commerce de la Réunion. Pour répondre à cette situation, le projet de loi de modernisation des professions judiciaires et juridiques réglementées, adopté en première lecture le 30 juin à l'Assemblée nationale, prévoit, une modification des textes, pour ouvrir la possibilité de doter l'ensemble des tribunaux mixtes de commerce d'un greffe privé.

Il faut y voir une reconnaissance de votre travail.

Je terminerai en évoquant la proposition de loi du sénateur BÉTEILLE, adoptée en première lecture par le Sénat, puis par l'Assemblée nationale, le 30 juin dernier, qui intéresse vos conditions d'exercice professionnel.

Ce texte modifie notamment la loi du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, afin de vous permettre de créer des sociétés de participations financières de professions libérales.

Ces sociétés constituent un outil de coopération professionnelle rendu pleinement nécessaire par la réforme de la carte judiciaire. Grâce à l'effet de levier induit par la prise de participation dans les sociétés cibles, il sera possible de procéder aux investissements nécessaires à l'adaptation de votre profession aux évolutions technologiques de notre société.

Soyez cependant assurés que votre position sur la création d'une interprofessionnalité capitalistique entre professions du droit a été entendue.

Le législateur de 2001 avait tenu à exclure explicitement les Greffiers des Tribunaux de commerce du bénéfice des dispositions afin de préserver la nécessaire indépendance de votre profession. L'ouverture rendue possible par la proposition de loi Béteille ne compromet en rien cette indépendance, qui reste garantie par une déontologie stricte et des règles de composition du capital qui maintiennent votre prééminence.

La proposition de loi prévoit également, sur un modèle qui a connu un plein succès dans le notariat, que les greffiers de tribunaux de commerce pourront exercer leur profession en qualité de salarié.

Ce nouveau mode d'exercice à part entière de votre profession en renforcera l'attrait pour les jeunes diplômés. Il instituera pour les personnels un moyen de promotion interne et constituera une étape bénéfique avant l'association.

Enfin, le Sénat, répondant à la volonté manifestée par votre profession d'atteindre une toujours plus grande qualité a érigé la formation continue des Greffiers des Tribunaux de commerce en obligation déontologique.

Ce texte viendra conforter l'engagement du Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce qui assure déjà avec efficacité la formation permanente des greffiers et de leur personnel.

* * *

Ce bref tour d'horizon, qui nous a permis de rappeler différents aspects de vos missions, à travers l'évocation de

réformes récentes ou à venir, montrent combien votre profession joue un rôle important pour le droit et pour l'entreprise.

Il démontre également qu'en ce domaine, loin d'être antinomiques, simplification et sécurité juridique se complètent, au plus grand bénéfice des acteurs économiques.

Dans un monde incertain, marqué par une crise protéiforme, nous savons pouvoir compter sur votre profession dont l'un des traits saillant est une grande faculté d'adaptation aux exigences de notre modernité, sans tentation de céder à la facilité.

Votre engagement à nos côtés, en faveur du service public de la justice et d'une plus grande sécurité de la vie des affaires, est connu et reconnu. Soyez en remerciés.

120^{ème} Congrès
des Greffiers des Tribunaux de Commerce
Paris | Centre de Congrès Ixart | 12, 14 et 16 novembre 2016

→ LE DROIT AU SERVICE
DU DÉVELOPPEMENT
DES ENTREPRISES :
ENTRE SIMPLIFICATION
ET SÉCURITÉ JURIDIQUE.

salas
INFORMATION & COMMUNICATION

infogreffe



12. L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

DISCOURS DE FRANÇOIS-XAVIER LUCAS



PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS I - PANTHÉON SORBONNE, AU SEIN DU DÉPARTEMENT DE DROIT DES AFFAIRES ET PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ D'OXFORD.



***Spécialisation :** droit des Affaires, droit Commercial, droit des Procédures collectives. Directeur scientifique de la revue L'Essentiel Droit des Entreprises en Difficulté et du Bulletin Joly Sociétés...*

***Publications :** Le transfert des valeurs mobilières (Fiducie) - La réforme des procédures collectives (2006) - Chroniques régulières notamment sur les contrats au Bulletin Joly et à la Revue de Droit des Sociétés.*

L'ENTREPRENEUR INDIVIDUEL À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Présentation de la loi du 15 mai 2010

La loi du 15 juin 2010 a introduit dans notre droit l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en rajoutant dans le Code du commerce les articles L. 526-6 et suivants. Aux termes de l'article L. 526-6 du Code du commerce, « Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ».

Il est difficile de s'enthousiasmer pour cette l'EIRL qui constitue une mauvaise réponse apportée à une bonne question, mauvaise réponse au sens où la question de la limitation du risque de l'entrepreneur individuel a déjà été posée au législateur qui y a déjà répondu et bien répondu par le vote de la loi du 11 juillet 1985 qui a introduit en droit français l'EURL, c'est-à-dire un patrimoine d'affectation qui à l'époque ne disait pas son nom. Le constituant de l'EURL réalisait déjà ce rêve de tous les entrepreneurs de dissocier deux patrimoines, l'un, professionnel, sur lequel il devait répondre de ses dettes professionnelles, l'autre, privé, sur lequel il répondait de ses autres engagements. Il faut se souvenir qu'en 1985 cette idée de retenir la société comme support d'un patrimoine d'affectation n'était pas allée de soi. La proposition qui semblait tenir la corde était celle qui visait à s'inspirer de la doctrine allemande du Zweckvermögen, selon laquelle un ensemble de biens peut être affecté à un certain but, de façon à faire en sorte

qu'un actif et un passif soient dissociés pour les besoins de cette affectation. Le rapport CHAMPAUD en 1978 puis une étude du CREDA menée par le professeur Alain SAYAG défendaient cette idée d'introduire en droit français une technique d'affectation patrimoniale, proposition que l'on croit aujourd'hui devoir ressusciter avec l'EURL.

Il est intéressant de rappeler que, à l'époque, cette proposition doctrinale avait subi de telles critiques qu'elle n'a pas résisté au débat parlementaire, la conclusion des rapporteurs étant que « le patrimoine d'affectation doit être abandonné car il est extrêmement compliqué ». A l'époque, à l'issue d'un vrai débat de fond, la décision a été prise de ne pas consacrer la technique de l'affectation patrimoniale, la technique de la société mieux connue et éprouvée lui étant préférée, même s'il fallut pour cela consacrer cette idée qui était loin d'aller de soi qu'une société pouvait être l'affaire d'un associé unique. On voit ainsi que l'idée du patrimoine d'affectation a été abandonnée, non pas pour des raisons théoriques d'idéologues croyant devoir sacrifier aux mânes d'AUBRY et RAU, mais en raison de son extrême complication. Ce sont des raisons pratiques liées aux inconvénients d'un dispositif finalement jugé impraticable qui en 1985 ont conduit à préférer la technique de l'EURL.

Pourtant à l'époque il aurait sans doute été plus facile de faire le choix du patrimoine d'affectation car l'hésitation était vraiment permise entre cette solution et celle de la société unipersonnelle. A présent que le choix a été fait d'opter pour cette dernière technique, l'on ne comprend pas quelle mouche peut piquer nos parlementaires de tourner casaque et de se passionner pour ce patrimoine d'affectation pour lequel ils n'avaient pas eu de mots assez durs en 1985... Y revenir presque trente ans après ajoute à la complexité car ce qui était « extrêmement compliqué » en 1985 n'a pu que le devenir encore plus alors que précisément la pratique s'est habituée à ces sociétés unipersonnelles, dont le succès est d'ailleurs apparu si net au législateur qu'il a surenchéri en 1999 en introduisant une nouvelle forme de société unipersonnelle : la SASU (vilain acronyme de la société par actions simplifiée unipersonnelle). Ce qui montre bien que le législateur, loin de démentir son choix de ces sociétés unipersonnelles, a cru devoir le confirmer par la suite.

La résurrection de ce vieux serpent de mer qu'est le patrimoine d'affectation professionnel apparaît donc bien surprenante. Elle l'est d'autant plus que, depuis 1985, la question s'est posée au niveau européen de savoir ce qu'il convenait de préférer entre le patrimoine d'affectation et la société unipersonnelle en vue de protéger les entrepreneurs. Or, la préférence a été très nettement affirmée en faveur de la société unipersonnelle, la douzième directive 89/667/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé se bornant à tolérer qu'un État membre puisse préférer à la société unipersonnelle la possibilité, prévue par sa législation, pour les entrepreneurs individuels « de constituer des entreprises à responsabilité limitée à un patrimoine affecté à une activité déterminée » (article 7), la directive posant toutefois la condition « que, à l'égard de ces entreprises, soient prévues des garanties équivalentes à celles imposées par la présente directive ainsi que par les autres dispositions communautaire applicables aux sociétés (unipersonnelles) ». Cette disposition est du plus haut intérêt car elle signifie que, dans l'esprit des auteurs de cette directive visant à « prévoir la création d'un instrument juridique permettant la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur individuel à travers toute la Communauté », LA solution à retenir devait être

la société unipersonnelle, le patrimoine d'affectation n'étant que toléré pour tenir compte de ce qu'il pouvait avoir été introduit dans certaines législations. Autrement dit, le droit européen a choisi son camp et c'est celui de l'EURL et pas celui du patrimoine d'affectation. Le moins que l'on puisse dire est qu'un tel constat n'est pas propre à réchauffer les enthousiasmes face à cette proposition d'EIRL qui, au fur et à mesure que l'on approfondit l'examen, se révèle de moins en moins convaincante. Le pire est que si l'EIRL aura aux yeux de ses destinataires les inconvénients inhérents au formalisme qu'implique toute constitution de société, elle n'en aura pas les avantages, l'EIRL présentant cette faiblesse congénitale au regard de l'EURL d'être si intimement liée à la personne de son fondateur qu'elle n'a pas vocation à lui survivre, là où, au contraire une société est le moyen d'assurer la pérennité de l'entreprise en la rendant indifférente aux vicissitudes qui affectent ses associés. De la même façon, une société offre le moyen d'accueillir de nouveaux partenaires pour répondre à des besoins de financement. Il suffit en effet à l'associé unique d'augmenter le capital social de son EURL (qui devient alors SARL) pour y accueillir un nouvel associé qui va lui procurer une nouvelle source de financement. Rien de tel n'est possible dans une EIRL dont le créateur se trouve irrémédiablement condamné à la solitude, aucun associé ne pouvant y être accueilli, sauf par le biais d'une transformation en société (sans doute avec le regret rétrospectif de ne pas y avoir pensé plus tôt...).

Bref, on le voit, il n'est pas possible de trouver un seul argument en faveur de l'EIRL et l'on ne comprend pas ce qui peut bien conduire à suggérer l'introduction dans notre droit de cet objet juridique non identifié, porteur de tant d'incertitudes que la jurisprudence va y trouver du grain à moudre pendant des décennies, alors qu'il ne présente aucun avantage mais que des faiblesses en comparaison de cette EURL que les praticiens connaissent bien et dont le régime juridique est bien balisé depuis un quart de siècle qu'on la pratique.

Enfin, le dernier motif de douter qu'il faille empiler cette création étrange qu'est l'EIRL sur un édifice déjà très complet qu'offre le droit français tient à ce que le législateur s'est déjà préoccupé voici quelques années d'offrir une protection aux entrepreneurs rétifs à l'idée de mise en société.

A ces irréductibles qui préféreraient demeurer exploitants en nom, la loi du 1^{er} août 2002 pour l'initiative économique, dite loi Dutreil, a offert une autre technique vidant de tout intérêt le débat sur l'introduction du patrimoine d'affectation, à supposer qu'il en ait encore eu un... Ce dispositif, reformé à plusieurs reprises, permet à l'entrepreneur de rendre insaisissables des biens immobiliers à condition qu'ils ne soient pas affectés à l'exploitation. Cette technique apparaît séduisante car, au prix d'un formalisme peu contraignant (déclaration devant notaire accompagnée de mesures de publicité), l'entrepreneur se trouve en mesure de mettre à l'abri des poursuites de ses créanciers ses actifs immobiliers qui constituent le plus souvent l'essentiel de sa fortune. Là encore, l'on s'étonne de voir le législateur se désintéresser aussi rapidement de cette dernière création alors qu'il l'a peaufinée à plusieurs reprises à l'occasion de différentes réformes qui laissaient augurer un bel avenir à ce dispositif d'insaisissabilité puisque, alors qu'il avait été initialement conçu pour ne protéger que la seule résidence principale de l'entrepreneur, il est désormais prévu que n'importe lequel de ses immeubles peut être rendu insaisissable.

On peut avoir le sentiment qu'en conjuguant la possibilité qu'offre l'EURL et les possibilités qu'offre l'insaisissabilité, notre droit a parfaitement répondu au légitime souci des entrepreneurs individuels de mettre à l'abri tout ou partie

de leurs actifs extraprofessionnels. Et ce quand même, s'agissant de la déclaration d'insaisissabilité, il existerait une sacrée faille dans le dispositif, malfaçon imputable au législateur qui a tout simplement omis de préciser que cette insaisissabilité est opposable au liquidateur en cas de liquidation judiciaire, de sorte qu'aujourd'hui les juges du fond qui ont eu à se prononcer sur cette question ont décidé que, en cas de liquidation judiciaire, pour peu que le liquidateur puisse prétendre représenter au moins un créancier à qui l'insaisissabilité n'est pas opposable. Il pourra procéder à la réalisation de l'immeuble déclaré insaisissable.

Ces remarques liminaires et critiques étant formulées, il est possible de s'intéresser au régime de cette EIRL en exposant quelles sont les conditions de l'affectation patrimoniale sur laquelle elle repose (I) puis quels en sont les effets (II).

1^{ère} PARTIE

LES CONDITIONS DE L'AFFECTATION PATRIMONIALE

A - Les conditions de fond

1/ Lors de la constitution du patrimoine affecté

a) Les conditions tenant à la personne

- Tous les entrepreneurs individuels

Les termes de la loi sont les plus vastes. Ne sont pas concernés seulement les commerçants mais tous les professionnels exerçant une activité entrepreneuriale, ce qui revient à dire que l'EIRL a en définitive le même domaine que les procédures collectives (C. com., art. L. 620-2).

Une fois de plus, l'on vérifie que le critère pertinent n'est plus celui de la commercialité mais celui du caractère économique des activités exercées.

- Rien que les entrepreneurs individuels

Il faut comprendre que les personnes physiques sont seules concernées, une personne morale n'exerçant pas d'activité individuelle et que les personnes qui n'exercent pas leur activité à titre individuel ne sont pas non plus éligibles, tels les associés par exemple.

b) Les conditions tenant au patrimoine affecté

Dans tous les cas, un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté. Au-delà, il y a lieu de distinguer entre les biens nécessaires qui doivent être affectés et les biens utilisés qui peuvent l'être.

- Les biens obligatoirement affectés.

Le patrimoine de l'EIRL est obligatoirement composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle.

- Les biens affectés sur option

Le patrimoine affecté peut également comprendre les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter.

Une dérogation a toutefois été apportée par la loi du 27 juillet 2010 qui a dispensé l'entrepreneur individuel exerçant une activité agricole au sens de l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime d'affecter les terres utilisées pour l'exercice de son exploitation dans son patrimoine personnel, étant précisé que cette faculté s'applique à la totalité des terres dont l'exploitant est propriétaire.

Deux remarques :

- on devine les difficultés que ne manquera pas de faire naître la distinction entre les biens « nécessaires » et les biens « utilisés », étant observé que les biens nécessaires sont évidemment utilisés...
- on croit pouvoir déduire de la lecture des textes que les biens qui ne seront pas utilisés par l'entrepreneur ne pourront pas être affectés et figurer dans son patrimoine professionnel.

2/ Lors de l'exercice de l'activité

Constitué au moment de la déclaration d'affectation, le patrimoine n'est pas figé dans sa composition, laquelle a vocation à évoluer au fil des ans.

L'une des faiblesses de la loi du 15 juin 2010 tient à ce qu'elle n'est guère précise relativement aux modalités d'évolution de la masse patrimoniale affectée. On peut en effet hésiter quant à l'étendue de la liberté dont dispose l'entrepreneur de modifier la composition de son patrimoine affecté. La loi ne comporte en particulier aucune précision relativement à la possibilité de désaffecter tel ou tel bien. Il semble qu'une telle désaffectation soit possible et même qu'elle s'impose lorsque le bien n'est plus utilisé dans le cadre de l'activité professionnelle.

a) L'actualisation annuelle de la composition du patrimoine affecté

Aux termes de l'article L. 526-14 du Code de commerce, le dépôt des comptes annuels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée valent actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté.

Il faut comprendre que chaque année l'entrepreneur peut faire varier la composition de son patrimoine d'affectation. Une telle liberté est problématique pour les créanciers, même si elle n'est pas totale dès lors que l'utilisation de certains biens dans le cadre professionnel impose de les maintenir dans le patrimoine affecté.

Des stratégies opportunistes resteront toutefois ouvertes aux entrepreneurs qui pourront, par le biais de cette actualisation annuelle, faire varier le gage de leurs créanciers, ce qui n'est pas satisfaisant.

b) La variation de la composition du patrimoine affecté du fait des prélèvements opérés par l'entrepreneur

Selon l'article L. 526-18 du Code du commerce, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée détermine les revenus qu'il verse dans son patrimoine non affecté. La règle a de quoi inquiéter car l'on croit comprendre que la liberté de prélèvement de l'entrepreneur est des plus étendues puisqu'il n'existe aucune restriction apportée à cette possibilité de prélever des « revenus », la notion de bénéfice distribuable au sens du droit des sociétés n'ayant pas été transposée à l'EIRL.

c) Le maintien de l'affectation en cas de mutation du patrimoine affecté

La masse patrimoniale affectée est traitée comme un patrimoine d'affectation mais aussi comme une universalité constituant un bien pouvant faire l'objet de différentes opérations juridiques (cession, apport, donation). Quid d'une location ou d'un démembrement ?

L'article L. 526-17 du Code du commerce précise en effet que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut céder à titre onéreux, transmettre à titre gratuit entre vifs ou apporter en société l'intégralité de son patrimoine affecté et en transférer la propriété (dans les conditions qu'il prévoit) sans procéder à sa liquidation.

Une telle cession à titre onéreux ou la transmission à titre gratuit entre vifs du patrimoine affecté à une personne physique entraîne sa reprise avec maintien de l'affectation dans le patrimoine du cessionnaire ou du donataire. Elle donne lieu au dépôt par le cédant ou le donateur d'une déclaration de transfert au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 et fait l'objet d'une publicité. La reprise n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de ces formalités. La cession du patrimoine affecté à une personne morale ou son apport en société entraîne transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire ou de la société, sans maintien de l'affectation. Elle donne lieu à publication d'un avis. Le transfert de propriété n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement de cette formalité¹.

On notera que les articles L. 141-1 à L. 141-22 relatifs à la vente du fonds de commerce ne sont pas applicables à la cession ou à l'apport en société d'un fonds de commerce intervenant par suite de la cession ou de l'apport en société d'un patrimoine affecté.

Le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers « professionnels » de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard.

Les créanciers « professionnels » de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée dont la créance est antérieure à la date de la publicité de la déclaration de transfert, ainsi que les créanciers auxquels la déclaration n'est pas opposable et dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation initiale lorsque le patrimoine affecté fait l'objet d'une donation entre vifs, peuvent former opposition à la transmission du patrimoine affecté dans un délai fixé par voie réglementaire. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le

¹ > Cette déclaration ou cet avis sont accompagnés d'un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés composant le patrimoine affecté.

remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si le cessionnaire ou le donataire en offre et si elles sont jugées suffisantes.

A défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la transmission du patrimoine affecté est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la transmission du patrimoine affecté.

B - Les conditions de forme

1/ Le dépôt d'une déclaration

Aux termes de l'article L. 526-7, « La constitution du patrimoine affecté résulte du dépôt d'une déclaration »

a) Le lieu de la déclaration

Ce dépôt est effectué :

- Soit au registre de publicité légale auquel l'entrepreneur individuel est tenu de s'immatriculer ;
- Soit au registre de publicité légale choisi par l'entrepreneur individuel en cas de double immatriculation ; dans ce cas, mention en est portée à l'autre registre ;
- Soit, pour les personnes physiques qui ne sont pas tenues de s'immatriculer à un registre de publicité légale, à un registre tenu au greffe du tribunal statuant en matière commerciale du lieu de leur établissement principal ;
- Soit, pour les exploitants agricoles, auprès de la chambre d'agriculture compétente.

b) Les modalités de la déclaration

Nécessité de vérifier que la déclaration comporte :

- Un état descriptif des biens, droits, obligations ou sûretés affectés à l'activité professionnelle, en nature, qualité, quantité et valeur ;
- La mention de l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté. La modification de l'objet donne lieu à mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 527-7 ;
- Le cas échéant, les documents attestant de l'accomplissement des formalités visées aux articles L. 526-9 à L. 526-11 (acte notarié publié au bureau des hypothèques + évaluation de certains biens + accord et information du conjoint commun en biens ou du coindivisaire).

2°) Le respect de certaines formalités

a) L'acte notarié pour les immeubles

Aux termes de l'article L. 526-9, « l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est reçue par acte notarié et publiée au bureau des hypothèques ou, dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la

Moselle, au livre foncier de la situation du bien. L'entrepreneur individuel qui n'affecte qu'une partie d'un ou de plusieurs biens immobiliers désigne celle-ci dans un état descriptif de division ».

Il est également prévu que lorsque l'affectation d'un bien immobilier ou d'une partie d'un tel bien est postérieure à la constitution du patrimoine affecté, elle donne lieu au dépôt d'une déclaration complémentaire au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration.

Ces règles sont importantes car elles conditionnent l'opposabilité de l'affectation de l'immeuble.

b) L'intervention d'un « commissaire » aux apports

Même si le terme « commissaire aux apports » n'est pas employé, c'est bien de cela qu'il s'agit. Aux termes de l'article L. 526-10, tout élément d'actif du patrimoine affecté, autre que des liquidités, d'une valeur déclarée supérieure à un montant fixé par décret fait l'objet d'une évaluation au vu d'un rapport annexé à la déclaration et établi sous sa responsabilité par un commissaire aux comptes, un expert-comptable, une association de gestion et de comptabilité ou un notaire désigné par l'entrepreneur individuel. L'évaluation peut aussi être confiée à un notaire mais seulement pour un bien immobilier.

c) Formalités propres aux biens communs ou indivis

Lorsque tout ou partie des biens affectés sont des biens communs ou indivis, l'entrepreneur individuel doit justifier de l'accord exprès de son conjoint ou de ses coïndivisaires et de leur information préalable sur les droits des créanciers sur le patrimoine affecté (C. com., art. L. 526-11).

Il est par ailleurs précisé qu'un même bien commun ou indivis ou une même partie d'un bien immobilier commun ou indivis ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

Comme l'exigence de publication d'un acte notarié en matière immobilière, la règle est ici sanctionnée par l'inopposabilité de l'affectation.

2^{ème} PARTIE

LES EFFETS DE L'AFFECTATION PATRIMONIALE

A - L'opposabilité de principe à tous les créanciers

1/ La nécessité d'isoler la masse patrimoniale affectée

a) La dénomination « entrepreneuriale »

Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une dénomination incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à

responsabilité limitée ” ou des initiales : " EIRL ”.

Aux termes de l'article L. 526-20 du Code du commerce, le ministère public ainsi que tout intéressé peuvent demander au président du tribunal statuant en référé d'enjoindre sous astreinte à un entrepreneur individuel à responsabilité limitée de porter sur tous ses actes et documents sa dénomination, précédée ou suivie immédiatement et lisiblement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée ” ou des initiales : " EIRL ”.

b) La tenue d'une comptabilité

Aux termes de l'article L. 526-13, l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome, laquelle relève en principe des articles L. 123-12 à L. 123-23 et L. 123-25 à L. 123-27 du Code du commerce ou, par dérogation à l'article L. 123-28 et au premier alinéa du présent article, des obligations comptables simplifiées étant toutefois prévues pour les personnes bénéficiant des régimes définis aux articles 50-0, 64 et 102 ter du code général des impôts (régime des micro-entreprises, régime du forfait, régime déclaratif spécial en matière de BNC).

L'article L. 526-14 apporte la précision selon laquelle les comptes annuels de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doivent par la suite être déposés chaque année au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration d'affectation pour y être annexés. En cas de non respect de cette obligation, le président du tribunal, statuant en référé, peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public, enjoindre sous astreinte à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée de procéder au dépôt de ses comptes annuels ou, le cas échéant, du ou des documents résultant des obligations comptables simplifiées prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-13.

c) L'exigence d'un compte bancaire spécial

Enfin, on notera que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est tenu de faire ouvrir dans un établissement de crédit un ou plusieurs comptes bancaires exclusivement dédiés à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté.

2/ La nécessité de distinguer en fonction de la date de naissance des créances

a) L'opposabilité de plein droit aux créanciers « postérieurs »

Aux termes de l'article L. 526-12 du Code du commerce, « La déclaration d'affectation mentionnée à l'article L. 526-7 est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt ».

b) L'opposabilité sous condition aux créanciers « antérieurs »

S'agissant des créanciers dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation, les choses sont un peu plus compliquées, l'opposabilité à leur égard étant subordonnée à la double condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les

créanciers dans des conditions fixées par voie réglementaire.

On rappellera que c'est à ce propos que le Conseil Constitutionnel, tout en affirmant la conformité de la loi sur l'EIRL à la Constitution, avait formulé une réserve d'interprétation en imposant que cette information soit adressée personnellement à chacun des créanciers considérés.

L'intérêt de cette information des créanciers concernés est qu'elle leur permet de former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable, opposition qui doit être formée dans un délai qui sera fixé par voie réglementaire. Il reviendra alors à une décision de justice de rejeter l'opposition ou d'ordonner soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes. Une telle opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté mais elle a pour résultat que, à défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la déclaration est inopposable aux créanciers dont l'opposition a été admise.

B – La portée de l'affectation patrimoniale

1/ La limitation du gage des créanciers

L'effet le plus spectaculaire de l'affectation est d'opérer une partition patrimoniale, l'entrepreneur ne répondant plus, comme le prévoient les articles 2284 et 2285 du code civil, de l'ensemble de ses dettes sur l'ensemble de ses biens. Au contraire, deux masses patrimoniales vont devoir être distinguées, l'une – le patrimoine affecté – sur laquelle l'entrepreneur ne répondra que de ses dettes professionnelles nées de l'activité à laquelle les biens considérés auront été affectés, l'autre – le patrimoine non affecté – sur laquelle il répondra de ses autres engagements.

On distingue alors :

- Les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté
- Les autres créanciers auxquels la déclaration est opposable.

Les premiers ont pour seul gage général le patrimoine affecté tandis que les seconds ont pour seul gage général le patrimoine non affecté.

2/ La portée de cette limitation du gage

Cette partition patrimoniale qui s'opère n'est toutefois pas d'une efficacité parfaite et c'est d'ailleurs là que résident les motifs les plus sérieux de douter de l'intérêt de cette technique d'organisation patrimoniale.

a) Les atteintes à l'efficacité de l'affectation résultant de la loi du 15 juin 2010

La loi du 15 juin 2010 a prévu plusieurs exceptions à l'efficacité de la partition patrimoniale.

- L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée est responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude ou en cas de manquement grave aux règles gouvernant l'affectation ou relatives à l'obligation de tenir une comptabilité.

Il y a là une menace particulièrement inquiétante compte tenu du caractère brumeux desdites règles gouvernant l'affectation. Il est en effet à redouter que l'entrepreneur qui n'aurait pas constitué son patrimoine affecté conformément aux prévisions légales soit purement et simplement privé du droit d'opposer l'affectation à ses créanciers.

- Par ailleurs, une autre atteinte à l'efficacité de l'affectation joue au bénéfice des seuls créanciers dont la créance a une origine extraprofessionnelle, qui sont, en cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, autorisés à exercer leur droit de gage général « sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos ».

- Également il y a lieu de signaler la règle posée par l'article L. 526-15 du Code de commerce selon lequel, en cas de renonciation à l'affectation ou de décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée², la déclaration d'affectation cesse de produire ses effets. Il est toutefois précisé que, en cas de cessation, concomitante à la renonciation, de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ou en cas de décès, les créanciers auxquels la déclaration d'affectation était auparavant opposable conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès.

Par ailleurs, il est dérogé à cette règle et l'affectation ne cesse pas « dès lors que l'un des héritiers ou ayants droit de l'entrepreneur individuel décédé, sous réserve du respect des dispositions successorales, manifeste son intention de poursuivre l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine était affecté³ » (C. com., art. L. 526-16).

- On relèvera aussi que la séparation des patrimoines ne profite pas à l'entrepreneur lorsque celui-ci n'a pas respecté l'obligation de faire évaluer les biens d'une valeur supérieure à un certain montant fixé par décret (C. com., art. L. 526-10).

Lorsque cette évaluation aura été réalisée mais que la valeur retenue dans la déclaration sera supérieure à celle proposée par le professionnel ayant procédé à la dite évaluation, l'entrepreneur individuel sera responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur proposée par l'évaluateur et la valeur finalement déclarée.

Lorsque cette évaluation n'aura pas été opérée et que l'entrepreneur aura délibérément fait le choix d'éluider cette obligation prévue par la loi, il sera responsable, pendant une durée de cinq ans, à l'égard des tiers sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence entre la valeur réelle du bien au moment de

2 > En cas de renonciation, l'entrepreneur individuel en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration prévue à l'article L. 526-7. En cas de décès, un héritier, un ayant droit ou toute personne mandatée à cet effet en fait porter la mention au même registre.

3 > La personne ayant manifesté son intention de poursuivre l'activité professionnelle en fait porter la mention au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7 dans un délai de trois mois à compter de la date du décès. La reprise du patrimoine affecté, le cas échéant après partage et vente de certains des biens affectés pour les besoins de la succession, est subordonnée au dépôt d'une déclaration de reprise au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration visée à l'article L. 526-7.

l'affectation et la valeur déclarée.

- Enfin, une hypothèse particulière de responsabilité de l'entrepreneur sur l'ensemble de ses biens est prévue en cas de manquement à ses obligations fiscales et sociales.

Un article L. 273 B a été inséré dans le livre des procédures fiscales⁴ pour prévoir que, lorsque dans l'exercice de son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée aura, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dont il est redevable au titre de cette activité, le recouvrement de ces sommes peut être recherché sur le patrimoine non affecté à cette activité dès lors que le tribunal compétent aura constaté la réalité de ces agissements. Parallèlement, il est également prévu que, lorsqu'une personne physique ayant constitué un patrimoine affecté dans les conditions prévues aux articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code du commerce a, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités étrangères à son activité professionnelle dont elle est redevable ou dont son foyer fiscal est redevable, leur recouvrement peut être recherché sur le patrimoine affecté dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements.

Une disposition semblable est introduite dans le Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 133-4-7) pour prévoir que lorsque dans l'exercice de son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée aura, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses prescriptions de la législation de la sécurité sociale, rendu impossible le recouvrement des cotisations et contributions sociales et des pénalités et majorations afférentes dont il est redevable au titre de cette activité, le recouvrement de ces sommes pourra être recherché sur la totalité de ses biens et droits dès lors que le tribunal compétent aura constaté la réalité de ces agissements.

b) Les atteintes à l'efficacité de l'affectation résultant du droit des entreprises en difficulté

Une ordonnance va être prise en vue d'adapter le livre VI du Code du commerce à l'EIRL, qui ne manquera pas de prévoir un certain nombre d'atteintes à l'efficacité de la séparation des patrimoines, dont on peut déjà identifier les plus prévisibles.

La séparation des patrimoines cèdera d'abord en cas de confusion des patrimoines justifiant une extension au patrimoine non affecté de la procédure collective ouverte à l'encontre du patrimoine affecté.

Elle cèdera également lorsque, constituée après la cessation des paiements de l'entrepreneur, elle sera annulée au titre des nullités de droit de la période suspecte.

Enfin, elle sera également ruinée lorsque l'entrepreneur aura commis des fautes dans l'exercice de l'activité à laquelle est affecté son patrimoine appréhendé par une procédure collective. L'entrepreneur sera alors exposé à une action en responsabilité civile visant à mettre à sa charge tout ou partie de l'insuffisance d'actif révélée par la liquidation judiciaire de son patrimoine affecté.

4 > Pour la mise en œuvre de ces dispositions, il est prévu que le comptable de la direction générale des finances publiques assigne l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée devant le président du tribunal de grande instance.



13. LE CONGRÈS EN IMAGES















LES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE
AU SERVICE DES ENTREPRISES ET DE LA JUSTICE COMMERCIALE

la PROFESSION en chiffres :

135 GREFFES

2000 SALARIÉS

70 000 MISES À JOUR
quotidiennes dans les greffes

5 MILLIONS D'ACTES MAJEURS
pour les entreprises françaises par an.

Le Conseil national remercie les partenaires du 122ème congrès : Infogreffe
Ainsi que la Caisse des Dépôts et Consignations, la Chambre nationale des
commissaires-priseurs judiciaires, Amitel, Extelia, Satas, Agora,
la Cavom, la Société de Clarens, le Cabinet Fromenthal, Mach 33,
les Editions Législatives, Elegia, Doc Direct, Swiss Life.

CNG

CONSEIL NATIONAL DES GREFFIERS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

29, rue Danielle Casanova - 75001 Paris • Tél : 01 42 97 47 00 • Fax : 01 42 97 47 55

Mail : contact@cngtc.fr • Site internet : www.cngtc.fr