



Création d'entreprise et protection juridique de l'entrepreneur : proposition d'une grille de choix statutaires

Pascal Philippart

Maître de conférences
GREMCO - CLAREE
IAE de Lille - U.S.T.L.

pascal.philippart@univ-lille1.fr

Résumé :

La petite entreprise en création impose à l'entrepreneur de prendre en compte les aspects juridiques que son projet induit. Ceux-ci sont complexes et souvent perçus comme contraignants. Néanmoins, plusieurs dimensions contribuent à protéger le créateur contre certains risques. À ce titre, elles ne peuvent donc être ignorées.

Nous avons ainsi identifié cinq dimensions, sociétaire, sociale, fiscale, financière et matrimoniale qui permettent d'effectuer des choix statutaires.

Ces dimensions concernent aussi bien l'entrepreneur que son entreprise. Les choix réalisés à leur sujet doivent comprendre leurs interactions, les limites juridiques et les coûts financiers qu'elles impliquent.

Pour faciliter l'approche statutaire du créateur, nous proposons une grille de choix qui articule chacune de ces dimensions, précise leurs interactions majeures et souligne leurs principales limites et perspectives financières, tout en signalant les modalités essentielles de leur inscription temporelle.

Le droit et l'entreprise forment un couple inséparable (Onno, 2000). Les problématiques de gestion traitées sous l'angle juridique et/ou les problématiques juridiques abordées sous l'angle gestionnaire sont riches de nombreux questionnements.

La création d'entreprise n'échappe pas à ce constat. Mais si elle renvoie à des dimensions juridiques, c'est surtout sur le terrain des ouvrages pédagogiques d'aide à la création que celles-ci sont abordées. À les lire, la technicité du droit saute d'abord aux yeux du profane. A les regarder d'un peu plus près, on s'aperçoit que les aspects juridiques qu'ils développent ne sont pas toujours les mêmes. Ainsi, par exemple, Coster (1990) ne traite que du droit des sociétés, la CANAM (2004) ajoute à celui-ci des aspects fiscaux et de sécurité sociale, tandis que les éditions Francis Lefebvre (1997) et l'APCE (2004) ratissent large (structure juridique, implantation, financement, formalités, obligations sociales, fiscales, comptables et divers éléments de droit du travail, de propriété industrielle, ...).

Le droit apparaît ainsi comme un océan pénible, dont les contours précis sont ignorés : il semble partout et son infinitude qui pourrait susciter l'intérêt engage plutôt à ne pas s'y aventurer. Il donne souvent l'impression de se surajouter aux enjeux classiques de la création sans y être invité par les gestionnaires. Pourtant, si l'on considère un modèle d'entrepreneuriat comme celui de Verstraete (1999, 2003), on comprend aisément que les trois niveaux qui le composent, le cognitif, le structural et le praxéologique, interagissent aussi d'un point de vue juridique : en effet, en résumant très brièvement, le droit est une composante structurale (ou environnementale) de l'entrepreneur que celui-ci doit connaître pour agir au mieux de son projet.

Créer une entreprise implique de prendre des risques : les statistiques attestent une mortalité élevée, notamment de la jeune entreprise. Sa défaillance peut avoir des conséquences financières désastreuses pour l'entrepreneur et lui faire perdre plus que son activité professionnelle, que les ressources qu'il en tirait pour sa famille. Au delà de ce risque économique souvent souligné, d'autres enjeux sont à considérer. Ils se manifestent notamment dans les relations avec certaines parties prenantes du projet : le conjoint, les financeurs, les institutions publiques. Ces enjeux, s'ils ne sont pas identifiés, si leur traitement n'est pas anticipé, peuvent poser problème à terme. Ils rendront plus difficile le développement de l'entreprise, ils auront des répercussions sur les contreparties escomptées par l'entrepreneur.

Si la création d'une entreprise passe forcément entre les fourches caudines du droit, et les plans d'affaires abordent toujours à un moment ou à un autre ce passage contraint, le droit ne fournit-il pas des outils qui permettent de circonscrire et de réduire ces risques ?

L'adoption de certaines formes sociétaires est souvent présentée comme un moyen de réduire la responsabilité financière. Mais d'autres outils peuvent aussi être utilisés pour limiter celle-ci ; d'autres risques, moins évidents a priori, comme celui du conjoint, ceux liés à la vie (maladie, retraite), la problématique des charges, notamment fiscales, doivent être traités lorsque le créateur aborde les dimensions juridiques de son projet.

Après avoir souligné que le droit est un paramètre de la création d'entreprise et qu'il offre à ce titre une protection statutaire pluridimensionnelle contre les risques d'entreprendre (1), nous proposerons une approche globale de cette protection en condensant sa complexité à des fins pragmatiques dans une grille de choix (2).

1. Droit et création : des relations complexes

Le droit est un paramètre incontournable de la création d'entreprise (1.1). À ce titre, il fournit des moyens de protection contre les risques induits (1.2).

1.1. Le droit, paramètre de la création d'entreprise

Le droit est non seulement un élément incontournable de l'environnement des firmes, mais il est une dimension intégrale de leur gestion. Les nombreux aspects juridiques auxquels une firme est confrontée sont à inclure dans toute démarche managériale, car la performance des entreprises passent aussi par leur capacité à traiter les dimensions juridiques relatives à leur gestion (Percerou, 1990).

Qui plus est, le droit ne doit pas être considéré simplement comme un instrument de contrainte sociale, garantissant à la collectivité la conformité des comportements managériaux au regard de certaines normes communément partagées, il est encore une formidable boîte à outils de gestion. Les règles juridiques ne définissent pas seulement le cadre du jeu et ses modalités, elles offrent des supports très riches pour l'action. Cependant, aussi bien comme vecteur de normalisation sociale que comme boîte à outils, le droit a tendance à multiplier ses expressions et à les adapter (avec plus ou moins de bonheur) aux contingences. Ainsi, le système juridique qui en résulte est complexe et évolutif. Mais le gestionnaire, dont on nous dit depuis longtemps qu'il est confronté à des environnements changeants, voire turbulents, est à même de traiter ces aspects à partir du moment où il prend conscience de l'impossibilité d'ignorer le droit. Cette complexité et cette volatilité des normes juridiques sont à comprendre (dans les deux sens du terme) dans tout acte de gestion. Or, cette compréhension est d'abord dépendante de la perception des acteurs économiques. Si ceux-ci dédaignent cet aspect de la gestion ou s'ils le connaissent mal, le rapport au droit sera marqué par la contrainte, les règles ne seront envisagées que comme des entraves. Par contre, si le droit est admis comme paramètre de gestion, le manager pourra déployer une approche intelligente et rechercher les opportunités juridiques utiles à son projet.

La création d'entreprise n'échappe pas à cette remarque. Le créateur s'inscrit, qu'il le veuille ou non, dans un cadre juridique. Certes, son engagement est accaparé par un certain nombre d'enjeux parmi lesquels le droit pourrait n'être vu que comme un problème de plus à régler et sans doute le moins enthousiasmant. Pourtant, cette partie de l'environnement du créateur devrait susciter sa curiosité, car le contexte législatif traduit depuis plusieurs années en France un intérêt plus que certain pour la création d'entreprise. Les politiques y voient là un moyen (trop ? cf. Duval, 2003) évident de réduire le chômage. Aussi, la très grande majorité des dispositifs ont pour dessein de la favoriser.

Cette volonté affichée de facilitation vise à aplanir les deux principaux obstacles que rencontre le créateur : l'accès aux ressources financières (d'autres ressources sont d'un accès difficile, e.g. la maîtrise juridique) et la lourdeur administrative. Certaines mesures apportent donc des concours financiers directs (subventions, prix, etc.) ou indirects (dégrèvements fiscaux, exonérations de charges sociales, etc.). D'autres contribuent à l'allègement des contraintes juridiques, non sans ambiguïté : la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 autorise dorénavant la création d'une société à responsabilité limitée (SARL) sans imposer de capital minimum. Cette soi-disant bonne nouvelle (« la société à un euro ») se heurte à une réalité juridique (notamment le problème de la cessation de paiement¹ au terme

¹ Qui se définit comme l'incapacité de pouvoir faire face au passif exigible avec son actif disponible.

d'une première année qui serait légèrement déficitaire, ce qui peut se comprendre) et surtout à une réalité économique : l'absence de fonds personnels présage d'une grande frilosité des banquiers et d'une mortalité précoce.

D'autres réformes jalonnent l'histoire récente des vieux rapports entre droit et création d'entreprise : la loi de 1985 permettant de créer une SARL unipersonnelle, la loi de 1994 protégeant le patrimoine "privé" de l'entrepreneur individuel des créanciers de son activité et instaurant des centres de formalités des entreprises (CFE), la loi de 1999 sur l'innovation et la recherche réformant la société par actions simplifiée (qui peut être aussi créée par un associé unique), la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) de 2001 facilitant la constitution des SARL, ... sans citer des dispositions fiscales que toute loi de finances prévisionnelle ou presque comporte². L'énoncé des différents dispositifs juridiques venus faciliter (et donc inciter à) la création d'entreprise ne saurait être exhaustif tant ce sujet est un champ prolifique d'actions politiques.

S'il est difficile de ne pas succomber sous le poids de toutes ces sollicitations, le système juridique que doit appréhender le créateur nécessite d'être ordonnancé afin de mieux le circonscrire. On peut distinguer parmi l'étendue quasi insondable du droit deux types de dispositifs juridiques que nous croiserons avec deux phases du processus entrepreneurial. Le premier type de dispositifs a trait aux règles qui sont en principe communes à tous les projets. En effet, chaque création est confrontée à la question de son existence juridique et de ses effets (le choix entre entreprise individuelle ou sociétaire, par exemple). L'autre type ressortit aux caractéristiques du projet (l'achat d'une licence, l'appartenance à une franchise, etc.). Les deux phases de l'entreprise (au sens processuel) sont d'une part l'émergence, car la firme émerge quand l'organisation est légalement créée (Gartner et alii, 1992) et, d'autre part, son développement, puisque celui-ci nécessitera de répondre à de nombreuses questions juridiques (Julien et Marchesnay, 1996).

Cet ordonnancement permet de placer dans une matrice l'ensemble des dimensions juridiques afférentes à un projet³. Pour la création d'une entreprise franchisée, cette matrice peut avoir le contenu suivant (tableau 1) :

	Dimensions juridiques communes	Dimensions juridiques spécifiques
Émergence	Choix de la forme juridique Engagements juridico-financiers, etc...	Modalités d'intégration de la franchise Cahier des charges à respecter pour s'installer, etc...
Développement	Bail commercial Contrats de travail, Régime d'imposition, TVA, assurances, etc...	CGV imposées Utilisation des droits intellectuels, etc...

Tableau 1 : Matrice des dimensions juridiques de la création : exemple d'une entreprise franchisée.

La création d'une entreprise est une démarche risquée. Une jeune entreprise sur deux n'atteint pas son sixième anniversaire (Knoll et alii, 2003). Cela implique pour le créateur des menaces financières et une grande précarité. D'autres enjeux sont aussi à maîtriser, notamment dans les relations qu'entretient le créateur avec certaines parties prenantes. Ainsi, son conjoint, dans

² La loi de finances prévisionnelle pour 2004, par exemple, crée un statut fiscal pour les jeunes entreprises innovantes assorti d'allégements d'impôt sur les bénéfices, de taxe professionnelle et de taxe foncière...

³ Nous reviendrons dans le dernier paragraphe sur l'intérêt pratique de cette matrice.

certaines circonstances, peut constituer un frein à son action entrepreneuriale parce que la loi entend le protéger. Les investisseurs auxquels il fait appel peuvent exiger des garanties qui, si elles sont appelées, impliquent des engagements financiers très lourds. L'URSSAF, le fisc interviennent à des degrés divers pour prélever sur la valeur créée et réduire d'autant les ressources monétaires et de l'entreprise et de l'entrepreneur.

Les entrepreneurs ont souvent l'image d'acteurs ayant une forte propension à prendre des risques, même si dans la réalité ceux-ci sont calculés (Sammur, 1998). Or, le droit, au delà des contraintes qu'il impose, ne donne t'il pas des outils qui permettent de réduire les conséquences négatives de ces risques en faisant preuve d'un certain calcul... ?

Cette interrogation trouve réponse dans l'analyse descriptive de la législation à laquelle tout créateur est confrontée dans la phase d'émergence de son projet (première case de la matrice).

1.2. La protection contre les risques ou l'approche statutaire : analyse descriptive

Aborder le droit comme un instrument de protection contre certains risques passe par un choix raisonné en termes de statuts, celui de l'entrepreneur et celui de l'entreprise.

La notion de statut renvoie à un ensemble de dispositifs protecteurs défini indépendamment de la volonté individuelle, i.e. issu essentiellement de la loi (Supiot, 1994).

L'analyse descriptive de la législation fait ressortir qu'entrepreneur et entreprise bénéficient d'un statut au sens de Supiot, dont différents éléments offrent une protection contre certains risques dans la mesure où ils sont actionnés.

- Le statut de l'entrepreneur décline à titre principal une dimension sociale. En effet, celle-ci confère au créateur (ainsi qu'à tout autre travailleur) une protection contre les risques de la vie : la maladie et la vieillesse, surtout. Le créateur est en principe considéré comme un travailleur non salarié et bénéficie donc du régime afférent. Si pendant longtemps, celui-ci présentait une moindre couverture sociale, depuis ces dernières années, les régimes des travailleurs salariés (TS) et non salariés (TNS) offrent les mêmes niveaux de prestation (Boudineau, 2000 ; CANAM, 2004).

Le statut de l'entrepreneur comporte aussi une dimension matrimoniale si le créateur est marié (ou s'il l'envisage...). Les rapports pécuniaires entre époux sont définis par leur régime matrimonial⁴. En l'espèce, la problématique est double : il s'agit de protéger l'entrepreneur de l'immixtion de son conjoint dans son entreprise et de garantir le conjoint contre les risques financiers de l'entrepreneur. Le choix d'un régime séparatiste paraît utile : différent du régime légal des acquêts, il ne comporte pas de masse commune dans laquelle les créanciers de l'activité pourraient saisir les biens acquis ensemble par les époux.

Si ces éléments juridiques ne sont pas en eux-mêmes spécifiques à la création d'entreprise, ils présentent néanmoins des déclinaisons entrepreneuriales qui justifient de les traiter dans l'organisation juridique du projet d'entreprendre.

Enfin, une autre dimension est importante, celle relative à la garantie financière donnée par l'entrepreneur. Souvent, en contrepartie de leur intervention pour aider au lancement du projet ou à sa trésorerie, les banques exigent un engagement financier sous forme de cautionnement. Le créateur (ou son conjoint) doit comprendre la portée d'une telle garantie, sa nature juridique (simple ou solidaire), sa durée (déterminée – sans faculté de révocation - ou indéterminée – révocable -) et son étendue (plafonnée ou non). Le législateur a, en outre, mis à la charge du banquier une obligation annuelle d'information de la caution sur l'étendue et

⁴ Il ne peut être dans notre propos ici de présenter dans le détail cette dimension.

les caractéristiques de son engagement, obligation renforcée depuis la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003⁵.

Cette perspective financière peut consister aussi en l'appel à des capitaux extérieurs ; elle renvoie alors à la dimension sociétaire.

- Le statut de l'entreprise s'énonce d'abord relativement à cette dimension sociétaire. L'alternative simple entre entreprise ayant une personnalité morale ou n'en ayant pas, ou autrement dit entre société ou non, structure de façon fondamentale toute interrogation sur les aspects juridiques. En étant très simple (voire simpliste...), l'arbitrage se fait en considération du nombre d'entrepreneurs : une pluralité impose le montage d'une société et son choix pourra s'effectuer en regard des modes d'organisation que chaque type propose. Il s'opère aussi selon l'impératif de limitation de la responsabilité financière, en optant pour l'une des formes de sociétés à responsabilité limitée : la SARL, la SAS ou la SA. Ainsi, l'absence de société pénaliserait le créateur en déconfiture, puisque les créanciers de son activité pourraient se "servir" sur la totalité de son patrimoine, tandis qu'avec le montage d'une société, il ne perdrait que le montant de son apport... On sait depuis longtemps que cet avantage est à relativiser. Les deux situations se sont en quelque sorte rapprochées. D'une part, les lois de 1994 et 2003⁶ permettent à l'entrepreneur individuel de protéger partiellement son patrimoine "privé" des créanciers de son activité déficitaire. D'autre part, la limitation de responsabilité offerte par une société ne résiste pas à la faute de gestion du dirigeant ou aux effets du cautionnement : ceux-ci exposent tout ou partie des biens personnels.

Une seconde dimension concerne le statut de l'entreprise. Il s'agit de la dimension fiscale. La nature civile ou commerciale de l'activité impose un régime fiscal particulier. De même, son importance a des répercussions sur le régime d'imposition (micro-entreprise, réel simplifié ou réel normal). Quant au type d'imposition (l'impôt sur le revenu – IR - ou l'impôt sur les sociétés – IS -), il implique surtout la possibilité ou non d'optimisation fiscale des revenus de l'entrepreneur, notamment par la comparaison entre le taux moyen d'IR et le taux d'IS⁷. Aussi, la dimension fiscale doit être prise en compte non parce qu'elle s'impose à l'entreprise, mais parce qu'elle offre des opportunités en termes d'allègement fiscal et de gestion comptable. Ces opportunités constituent des moyens de protection contre le risque fiscal en réduisant les charges financières induites et certaines contraintes comptables...

L'ensemble de ces dimensions peut être représenté par la figure suivante (figure 1) :

⁵ Les mécanismes de protection de la caution sont à peu de chose près ceux relatifs au crédit à la consommation (loi du 10 janvier 1978)...

⁶ La loi du 10 juin 1994 impose aux créanciers de l'activité de faire d'abord saisir les biens de l'activité et celle pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003 permet l'insaisissabilité de la résidence principale.

⁷ Avec un taux moyen d'IR inférieur au taux d'IS, il est préférable d'être imposé à l'IR...

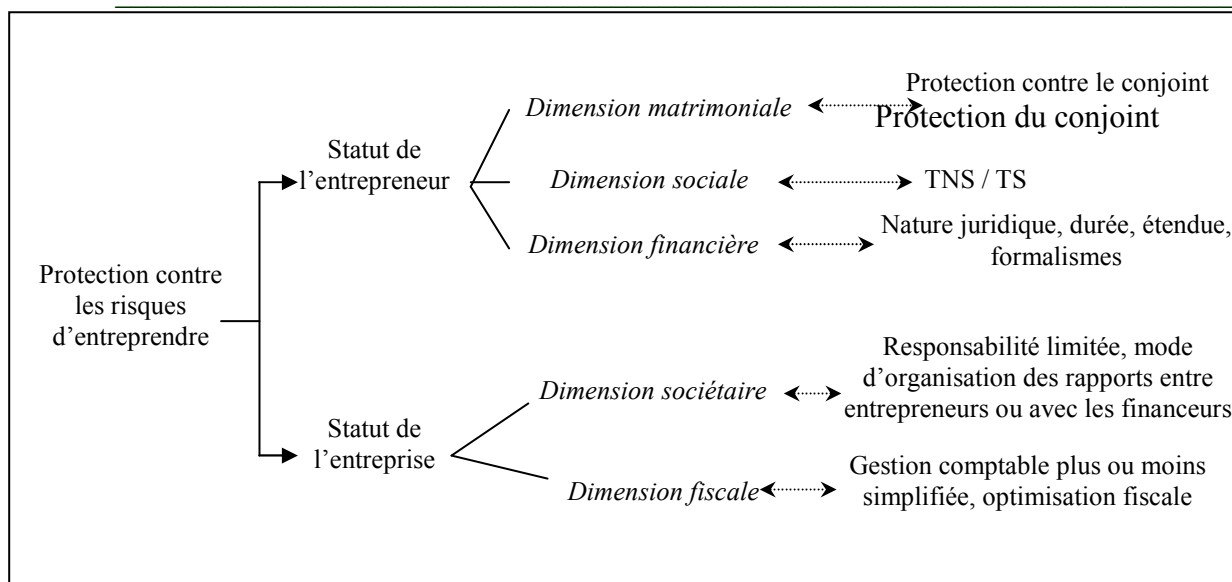


Figure 1 : Protection contre les risques d'entreprendre et dimensions juridiques statutaires.

La pluralité des dimensions juridiques à prendre en compte dans la démarche de création, pour se couvrir contre certains risques, nécessite une approche globale ; il n'est pas raisonnable de dissocier ces dimensions, tant les interactions entre chacune d'elles sont fortes.

2. Une approche globale de la protection statutaire : de la complexité à la proposition d'une grille de choix

Une approche globale implique de comprendre que tout choix est le résultat d'arbitrages entre différentes solutions qui concernent aussi bien l'entrepreneur que l'entreprise, dont les effets interfèrent sans jamais être optimaux. Ainsi, nous proposerons une grille de choix intégrant la diversité de ces paramètres afin de faciliter, en l'espèce, la démarche du créateur.

2.1. Les arbitrages statutaires : entre dialectique, interférences et limites

Toutes ces dimensions concernent l'entrepreneur et l'entreprise et non l'entrepreneur ou l'entreprise : le statut de l'entrepreneur et celui de l'entreprise sont inscrits dans une interdépendance évidente. Si l'on regarde la création comme une dialectique entre le créateur et l'organisation qu'il impulse (Verstraete, 2000), force est de constater qu'une approche juridique de la création obéit à cette conception.

En effet, les choix juridiques relatifs au statut de l'entrepreneur renvoient à ceux effectués pour le statut de l'entreprise et réciproquement. Si certaines des dimensions intéressent davantage l'un que l'autre, elles présentent toutes des implications statutaires doubles.

Ainsi, la dimension matrimoniale concerne fortement l'individu entrepreneur avec la protection des biens privés et peu son entreprise. Pourtant, elle doit être appelée dans le cas de constitution d'une SARL avec des biens communs aux époux. Dans l'hypothèse de tensions au sein du couple, deux mécanismes juridiques peuvent répercuter celles-ci sur la gestion de l'entreprise : d'une part, le droit de revendication de la qualité d'associé au profit du conjoint de l'entrepreneur pour la moitié de la valeur de l'apport, et d'autre part, l'obligation de

l'accord des deux époux pour céder les parts sociales qui sont des biens communs. Cette double contrainte ne peut être ignorée au regard du taux de divorce...

La dimension sociale, bien que directement en prise avec la situation de l'entrepreneur, interfère aussi avec celle de l'entreprise, surtout quant à son coût financier, ceci sur deux points. D'abord, le régime des TS offre une protection beaucoup plus onéreuse que celui des TNS. Les simulations proposées par la CANAM (2004) l'attestent⁸. Ensuite, le régime des TNS offre un différé de paiement des cotisations sociales qui allège les charges financières sur les premières années, différé renforcé avec la loi du 1^{er} août 2003.

La dimension financière concerne aussi bien l'entrepreneur que l'entreprise : pour le premier, elle consiste en éléments de protection contre les banques ; pour la seconde, elle pose la question du contrôle de l'entreprise à partir du moment où des capitaux externes sont appelés pour son financement.

La dimension fiscale est plutôt centrée sur l'entreprise avec notamment une imposition au BIC ou au BNC selon la nature de l'activité et la possibilité ou non de choisir un régime d'imposition plus ou moins simplifié. Néanmoins, elle touche aussi l'entrepreneur avec, par exemple, la déductibilité sur ses revenus personnels de pertes en capital ou de résultats déficitaires de l'entreprise, ce qui diminue d'autant son imposition.

De même, la dimension sociétaire renvoie à l'organisation juridique de l'entreprise en SARL, SAS ou SA selon des critères d'apports personnels et surtout d'agencement plus ou moins contraignant des rapports entre associés : la SARL convenant mieux aux projets de petite taille (absence de capital minimum, mode de gestion simple, possibilité de fermer la société), la SAS à ceux qui sont programmés pour un développement substantiel (grande liberté rédactionnelle, souplesse de fonctionnement, contrôle du capital) et la SA aux entreprises qui feront appel aux investisseurs extérieurs (car elles protègent bien leurs droits). Cette dimension n'en intéresse pas moins l'entrepreneur au travers notamment de la limitation de sa responsabilité financière, peu ou prou efficace...

La figure suivante illustre cette dialectique entre les deux statuts et leurs dimensions respectives selon qu'elles concernent plutôt l'entrepreneur ou plutôt l'entreprise (figure 2) :

⁸ Pour un Résultat Brut d'Exploitation de 100 000 €, la rémunération nette avant l'IR représente 74% du RBE pour un TNS, contre 60% pour un TS (CANAM, 2004).

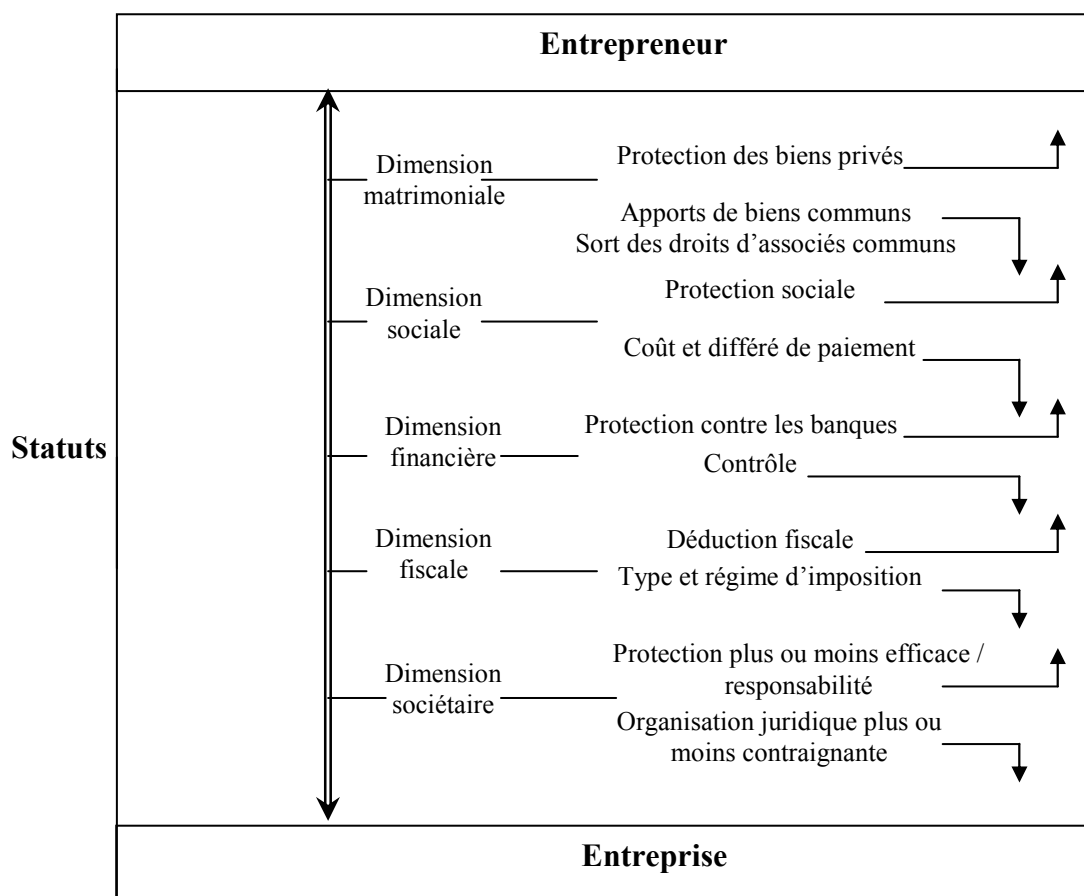


Figure 2 : Dialectique entre statut de l'entrepreneur et statut de l'entreprise.

Mais la réalité juridique est plus compliquée encore. Les dimensions juridiques interfèrent entre elles. Et la dialectique entrepreneur – entreprise impose alors de procéder à des arbitrages statutaires.

En effet, par exemple, la constitution d'une SA ou SAS impose le statut de TS au dirigeant. Si par le passé, la possibilité de bénéficier de ce régime était une motivation forte pour créer une telle société, ce n'est plus le cas actuellement. Par contre, dans l'occurrence d'apports de biens communs, elle permet d'échapper au droit de revendication et à l'obligation d'obtenir le consentement du conjoint puisque les droits d'associés sont des actions et non des parts sociales. Quant à la dimension financière, elle renvoie ici à la présence obligatoire du commissaire aux comptes (CAC), dont la mission essentielle consiste à veiller à la qualité des informations transmises par les dirigeants aux actionnaires, ce qui n'a pas d'intérêt si le dirigeant est le principal associé. La dimension fiscale n'offre pas d'alternative : l'IS s'applique, même pour la SAS unipersonnelle (SASU).

Par conséquent, si le créateur souhaite profiter du régime de protection des TNS, il devra choisir une autre forme de société, la SARL (et veiller à y majoritaire). S'il désire être imposé à l'IR (car économiquement plus avantageux), hors la société unipersonnelle, il cherchera à constituer une SARL de famille⁹. Mais dans cette hypothèse, l'apport de biens communs est source de contrainte comme on vient de le rappeler...

Si ces interférences concernent surtout la dimension sociétaire comparativement aux autres, elles existent aussi entre les autres dimensions : par exemple, la séparation des biens entre

⁹ Avec son conjoint, ses parents, ses grands-parents ou ses enfants, ses frères et sœurs.

époux (dimension matrimoniale) est inopérante en cas d'engagement solidaire vis-à-vis d'un créancier de l'entreprise (dimension financière).

Outre ces interactions entre les différentes dimensions juridiques afférentes à la création, il faut intégrer les limites des choix juridiques effectués afin de bien saisir la portée de la protection ou de l'avantage recherché. Deux types de limites existent : les faiblesses du dispositif de protection et son coût. Nous en donnerons quelques illustrations significatives.

- Si l'on considère la dimension matrimoniale, le régime séparatiste paraît idéal pour un couple qui possède (ou possédera par héritage) des biens propres de valeur. Mais il peut aussi servir à transférer les biens privés acquis avec les revenus de l'activité sur le conjoint non impliqué dans l'entreprise et à n'offrir aux créanciers de l'entrepreneur qu'un patrimoine réduit. Plusieurs faiblesses restreignent cependant l'efficacité d'un tel subterfuge. Il faut d'abord avoir confiance dans son conjoint. Ensuite, en cas de divorce ou de décès, l'entrepreneur risque de se retrouver sans rien ou presque, puisque officiellement il a peu de biens. Enfin, les juges autorisent les créanciers de l'activité à saisir les biens du conjoint si celui-ci ne peut justifier de revenus (ou d'un héritage) expliquant l'origine de son patrimoine. Si l'on regarde la dimension sociale, le régime des TNS, bien que moins lourd financièrement et offrant le même niveau de prise en charge, n'est pas intéressant pour le créateur qui a été cadre dans ses emplois antérieurs. Celui-ci perdra une grande partie des droits à la retraite spécifique à ce statut dans la mesure où il n'y aura pas cotisé jusqu'au terme de sa vie professionnelle (Boudineau, 2000).

La dimension fiscale comprend, elle aussi, des limites. L'IR, s'il permet la déduction des pertes d'exploitation des revenus de l'entrepreneur, réintègre pour son calcul les prélèvements de celui-ci (ce qui signifie qu'un résultat est négatif avant de tels prélèvements !), alors que l'IS est calculé après la déduction de toutes les charges y compris la rémunération du dirigeant, mais n'empêcherait pas le versement d'un impôt forfaitaire annuel, nonobstant tout résultat...

Quant à la dimension financière, elle protège, par exemple, l'habitation principale de l'entrepreneur individuel en la rendant insaisissable. Mais dans la pratique, ce bien immobilier est souvent la seule valeur dont dispose le créateur : quel banquier voudra accorder son crédit à un emprunteur n'offrant rien en garantie ?

Enfin, la dimension sociétaire renvoie à des contraintes en termes de gestion de l'entreprise (tenue des assemblées, formalismes des décisions, conventions réglementées ou interdites, ...), sans oublier le risque toujours probable de la faute de gestion et surtout l'imparfaite limitation de responsabilité, notamment avec la nouvelle « SARL à un euro », dont on imagine aisément l'accueil qu'elle recevra auprès des financeurs.

- Le coût est, par ailleurs, un élément non négligeable en matière de choix juridique(s). En effet, ce point, déjà abordé avec le régime de protection sociale (TS versus TNS), présente de nombreuses déclinaisons.

Ainsi, la constitution et le fonctionnement d'une société sont plus onéreux que ceux d'une entreprise individuelle. Plus spécialement, la création d'une SAS, en raison de la liberté statutaire laissée aux associés, impose le recours à des juristes compétents pour imaginer dans le silence de la loi les modes d'organisation les mieux adaptés au projet. La présence obligatoire d'un commissaire aux comptes est un autre exemple de coût supplémentaire.

Si l'adoption d'un régime matrimonial différent du régime légal engendre peu de dépenses, un changement de régime implique par contre des frais assez lourds relativement à la procédure (acte notarié, représentation par un avocat pour l'homologation au tribunal) et aux droits de

mutation et mesures de publicité induits par toute modification de propriété (Lemaire-Pecriaux, 2000).

Les aspects fiscaux offrent évidemment pléthore d'exemples : de la plus ou moins grande optimisation fiscale selon le type d'imposition à l'impossibilité de récupérer la T.V.A. dans le régime de la micro-entreprise, en passant par les exonérations conditionnelles et circonstanciées...

Quant à la dimension financière, elle comprend en elle-même, par les risques qu'elle fait peser sur le patrimoine de l'entrepreneur (ou de son conjoint), des enjeux pécuniaires incontournables...

On le reconnaîtra aisément, rien n'est simple. Aucune réponse formatée, générale ne peut être donnée, sans entrer dans les arcanes de la réglementation, de ses principes et exceptions, des avantages et limites de telle ou telle alternative. Néanmoins, pour qu'un créateur puisse inclure dans sa démarche les dimensions juridiques conséquentes, nous proposons dans le paragraphe suivant une grille de choix à vocation pragmatique. Il ne s'agit pas de réunir en un seul tenant des pans détaillés de réglementations juridiques, mais de donner au créateur et aux personnes qui l'accompagnent un outil synoptique pour effectuer, selon une approche pluridimensionnelle, des choix statutaires.

2.2. Proposition d'une grille de choix statutaires

Le traitement des choix statutaires pose principalement deux questions : quand et comment ?

- La question du "quand" a déjà été partiellement abordée lorsque nous avons délimité l'objet de notre présent travail : c'est en phase d'émergence de l'entreprise que ces dimensions sont à envisager. Cependant, doivent-elles être incluses pour autant dans le plan d'affaires ? Celui-ci contribue fortement à structurer la démarche du créateur, mais par définition il se centre sur le projet (l'entreprise), alors que l'approche statutaire se polarise sur l'entrepreneur ; même l'organisation juridique (la dimension sociétaire) qui s'y trouve naturellement citée renvoie à l'entrepreneur. En outre, le plan d'affaires, s'il comprend certaines perspectives juridiques (cf. Knoll et alii, 2003 ; Marion et Sénicourt, 2003), ne peut traiter de l'ensemble des dimensions que nous avons énumérées, simplement parce qu'elles n'ont pas d'utilité pour le projet en tant que tel, a fortiori si on le considère comme un outil de communication à destination des futures parties prenantes. Ainsi, le traitement de cette problématique doit s'effectuer en phase d'émergence du projet et en parallèle avec le plan d'affaires.

- La réponse à la question du "comment" peut être donnée au "regard" de la métaphore visuelle qu'utilise Sammut (2003) pour caractériser les difficultés de l'accompagnement des créateurs : la double myopie et un certain strabisme. Les myopies temporelle et spatiale ont pour symptôme, respectivement, une vision à court terme et le recours à des schémas stéréotypés inadaptés aux spécificités du projet en question. Quant au strabisme, il concerne l'articulation, malaisée mais nécessaire, d'une démarche à la fois générale et particulière. Ces remarques valent pour toute approche juridique.

- Les choix opérés ne doivent pas ignorer une évidence, celle d'une entreprise qui évolue. La myopie temporelle ici signifierait considérer uniquement l'instant de la création alors que les choix juridiques vont accompagner l'entrepreneur et l'entreprise pendant un temps relativement long. Il est vrai que l'absence de considération du facteur temps est commode ; une projection demande une certaine dose d'anticipation. Si toute lecture de l'avenir est aléatoire, il convient cependant dans les choix juridiques de comprendre la dose de rigidité et/ou de souplesse qu'ils impliquent pour la circonscrire ou adopter d'autres solutions. Ainsi,

chacune des dimensions que nous avons identifiées enferme des perspectives temporelles. Pour la dimension sociétaire, ce sont des logiques de cession, de transmission et de transformation plus ou moins aisées. Pour la dimension sociale, ce sont surtout les considérations de retraite à moyen terme qui importent. La perspective temporelle de la dimension matrimoniale renvoie au changement de régime (impossible dans les deux premières années, en fonction des besoins du couple¹⁰), changement qui obéit à un calendrier difficilement compatible avec celui de la création d'une entreprise... Pour la dimension fiscale, il s'agit de la révocabilité possible ou impossible des options fiscales ou de l'évolution du taux moyen d'IR qui pourrait devenir supérieur au taux d'IS et rendre le choix de l'IR inintéressant, ou de la probable taxation sur la plus-value en cas de cession... La perspective temporelle de la dimension financière porte surtout sur la résiliation permise ou interdite de la garantie donnée.

Sans oublier que le rapport au temps ne doit pas être seulement envisagé pour la création de l'entreprise, mais aussi pour le droit ! Celui-ci évolue au gré des enjeux politiques et des positions jurisprudentielles. Il est certes impossible d'intégrer la mutation du droit dans des choix ex ante, mais savoir que le cadre juridique dans lequel on a inscrit ces choix est par nature susceptible de changer oblige à rester ouvert sur son environnement.

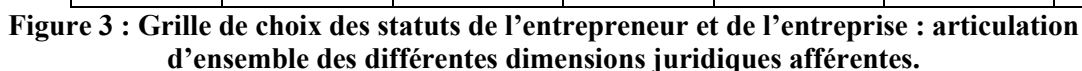
- La myopie spatiale induirait d'appliquer des solutions stéréotypées à un projet par nature singulier. Créer une SARL parce qu'il est facile de s'en procurer des statuts, vouloir le régime de protection du TS parce qu'il est plus enviable soi-disant, ignorer d'autres dimensions juridiques, comme par exemple le régime matrimonial ou fiscal, etc... Cette attitude peut être la traduction d'un traitement superficiel des aspects juridiques, considérés comme tout à fait secondaires. La connaissance en gestion du créateur est parfois très rudimentaire, sa conscience même de la nécessité de poser certaines réflexions managériales fait défaut. Le plan d'affaires est déjà perçu par certains comme une contrainte, alors que dire des problématiques statutaires ! ? Il est souvent préconisé de développer une formation des porteurs de projet. Il s'agit là d'un gage éventuel de réussite (Julien, 2000) que nos voisins belges ont traduit de façon particulière au travers de la loi Pinxten (du 10 février 1998) qui impose au créateur un niveau minimal en gestion pour pouvoir se lancer (Coulibaly, 2003). Sans aller jusqu'à cette extrémité, nous suggérons que toute sensibilisation à la gestion, toute formation intègre une réflexion sur les aspects juridiques du projet. La grille de choix que nous proposons doit, selon nous, contribuer à cet objectif pour ce qui est des problématiques statutaires. Il ne s'agit pas bien sûr de transformer les porteurs de projet en juristes, mais simplement de leur donner les moyens de comprendre les questions qu'ils doivent se poser et surtout poser à leurs conseillers juridiques. En effet, l'approche des dimensions juridiques ne peut faire l'économie de l'intervention d'experts. Le droit est tellement complexe que la sagesse commande leur assistance. L'accès au droit passe impérativement par cette médiation. La seule connaissance que l'on peut demander (et enseigner) au créateur est de comprendre qu'il doit inclure dans sa démarche certains aspects juridiques en utilisant les services de spécialistes. À ce titre, la matrice (cf. tableau 1) que nous avons présentée plus haut permet d'identifier les grands besoins juridiques du projet et donc les conseils à se procurer.

- Enfin, le strabisme engendré par une démarche à la fois d'ensemble et empreinte de particularité exprime l'articulation laborieuse des dispositifs généraux (leurs connaissances, leurs mécanismes) et des dispositions spécifiques au projet (leurs adaptations). Concilier ces deux niveaux de réflexion exige de combiner deux niveaux d'acteurs : le créateur qui détient

¹⁰ Comme l'adoption d'un régime de communauté universelle pour protéger le conjoint survivant face aux enfants.

Cette grille donne un aperçu pluridimensionnel, tout en réduisant la complexité juridique à ses manifestations les plus évidentes. Mais il ne faut pas oublier qu'une partie seulement des dimensions juridiques y est approchée (cf. supra tableau 1) et que leurs interactions, pour des raisons de construction, y sont présentées de façon très partielle.

Nous la présentons en deux versions : la première simplifiée facilite la compréhension globale du créateur (figure 3), la seconde, complétée, guide avec plus de précisions dans le dédale juridique et lui permet d'échanger avec son conseiller, en sachant que son contenu dépend de l'évolution du droit... (figure 4).



Création d'une société ?							
	NON	OUI					Perspectives temporelles
		Nombre d'associés					
		1		plusieurs			
		Forme sociétaire		Forme sociétaire			
		SARLU	SASU	SARL	SAS	SA	
			Grande liberté de fonctionnement	Structure juridique pour petite et moyenne entreprise	- structure juridique pour moyenne et grande firme - grande liberté de fonctionnement mais attention à la rédaction des statuts	- structure juridique pour entreprise à fort potentiel de développement - fonctionnement très contraignant	
Dimension sociale	TNS	TNS	TS	TNS si majoritaire	TS	TS	Attention aux droits à la retraite en regard de la situation antérieure
Dimension matrimoniale		Si apport de biens communs : revendication et cession conjointe		Si apport de biens communs : revendication et cession conjointe			- 2 ans avant tout changement - changer de régime prend plus de temps que créer une entreprise - attention à l'évolution de la situation matrimoniale du couple avec l'âge
	Attention au choix du régime, aux coûts d'un changement et à la fictivité de la séparation des biens, ainsi qu'à la solidarité						
Dimension fiscale	IR (transparence fiscale)	IR (option IS intéressante si taux IS < taux moyen d'IR)	IS	IS (si SARL de famille option IR intéressante si taux IS > taux moyen d'IR)	IS	IS	- option révocable (IR), irrévocable (IS) - attention à l'évolution du taux moyen d'IR / taux d'IS, à la taxation de la plus-value
Dimension financière	Protection de la résidence familiale, mais	Pas de capital minimum : attention à la virtualité de la responsabilité limitée	- capital minimum - commissaire aux comptes obligatoire	Pas de capital minimum : attention à la virtualité de la responsabilité limitée	- capital minimum - commissaire aux comptes obligatoire	- capital minimum - commissaire aux comptes obligatoire	- révocabilité non automatique de la garantie - irrévocabilité si à durée déterminée

	réticence des banques	Attention à la faute de gestion => responsabilité financière non limitée					
	Garanties : attention à leurs nature, durée, étendue et aux informations données						
Perspectives temporelles	- droits de mutation - transmis- sion difficile - possibilité de créer une société	- droits de mutation - transmission facile - possibilité de changer la forme	- droits de mutation faibles - transmission facile - possibilité de changer la forme	- droits de mutation - transmission facile - possibilité de changer la forme	- droits de mutation faibles - transmission facile - possibilité de changer la forme	- droits de mutation faibles - transmission facile - possibilité de changer la forme	Évolutions du droit...

Figure 4 : Statuts de l'entrepreneur et de l'entreprise : grille de choix.

Conclusion

Appréhender la création sous l'angle du droit et traiter de la réduction des risques d'entreprendre avec certains outils ou techniques juridiques relèvent d'un entrepreneuriat de l'absurde, au sens camusien, dans la mesure où ce sont les échecs éventuels de l'entrepreneur ou les difficultés de la vie (divorce, maladie, retraite, décès) qui sont abordés, alors que l'acte d'entreprendre oblige à croire en son projet, à croire en l'avenir. Néanmoins, le droit impose d'envisager dans l'euphorie de la création que l'échec est possible, parce qu'on peut le traiter de façon préventive grâce aux outils qu'il fournit.

Au delà du traitement des risques auquel notre propos s'est réduit ici, le droit doit être intégré intelligemment dans toute démarche de création, en dépassant la vision simpliste d'un ensemble réglementaire contraignant.

Bibliographie

APCE (2004), *Créer ou reprendre une entreprise – Méthodologie et guide pratique*, Éditions d'organisation.

Boudineau C. (2000), « Salarié ou non-salarié : quel statut social choisir pour un travailleur indépendant ? », *Petites Affiches*, 14 septembre, 4-10.

CANAM (2004), *Objectif entreprise*, 9^{ème} édition, www.canam.fr

Coster M. (1990), *L'itinéraire juridique du créateur d'entreprise*, CLET.

Coulibaly A.D. (2003), « Les difficultés de cohabitation entre contraintes légales et entrepreneuriat : l'expérience de la Belgique avec sa "loi Pinxten" », Actes du colloque *L'entrepreneur en action : contextes et pratiques*, Agadir, 23 et 24 octobre.

Duval G. (2003), « Le mirage des créations d'entreprises », *Les Échos*, 31 décembre.

FRANCIS LEFEBVRE (1997), *La pratique de la création d'entreprise*, Éditions Francis Lefebvre.

Gartner W.B., Bird B.J., Starr J.A. (1992), « Acting As If : Differentiating Entrepreneurial From Organizational Behavior », *Entrepreneurship Theory and Practice*, 16 (3), 13-31.

Julien P-A. (2000), *L'entrepreneuriat au Québec*, Éditions Transcontinental.

Julien P-A., Marchesnay M. (1996), *L'entrepreneuriat*, Economica.

Knoll L., Schmitt C., Bayad M. (2003), « Du plan d'affaires à la formation au plan d'affaires : le plan d'affaires vu comme un outil d'intermédiation et de structuration dans la conception des organisations », Actes du colloque *L'entrepreneur en action : contextes et pratiques*, Agadir, 23 et 24 octobre.

Lemaire-Pecriaux C. (2000), « Le changement de régime matrimonial et les tiers », *Gazette du Palais*, 19-21 novembre, 12-15.

Marion S., Senicourt P. (2003), « Plan d'affaires : réponses aux nécessités et réduction des hasards », in *Réflexions sur les outils et les méthodes à l'usage du créateur d'entreprise*, www.editions-adreg.net, 37-68.

Onno J. (2000), « L'entreprise et le droit », *Petites Affiches*, n° 63, 29 mars, 13-14.

Percerou R. (1990), « Améliorer la performance juridique de l'entreprise », *Revue Française de Gestion*, novembre-décembre, 8-35.

Sammur S. (1998), *Jeune entreprise – La phase cruciale du démarrage*, L'Harmattan.

Sammur S. (2003), « L'accompagnement de la petite entreprise en création : entre autonomie, improvisation et créativité », in *Réflexions sur les outils et les méthodes à l'usage du créateur d'entreprise*, www.editions-adreg.net, 13-36.

Supiot A. (1994), *Critique du droit du travail*, PUF.

Verstraete T. (1999), *Entrepreneuriat – Connaître l'entrepreneur, comprendre ses actes*, L'Harmattan.

Verstraete T. (2000), « L'entrepreneuriat : un phénomène aux multiples formes d'expression », in *Histoire d'entreprendre*, T. Verstraete (dir.), Éditions EMS, 11-20.

Verstraete T. (2003), *Proposition d'un cadre théorique pour la recherche en entrepreneuriat : $PhE = f [(CxSxP) \subset (ExO)]$* , www.editions-adreg.net