

LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE : UNE STRUCTURE POUR TOUS ?

Laëtitia TOMASINI

Professeur agrégée Economie-Gestion
Lycée J.-B. Corot (Savigny-sur-orge)

Mots-clés : affectio societatis – capital social – cession d’actions – clause d’agrément – clause d’exclusion – clause d’inaliénabilité – décision collective – dirigeants sociaux – droit de vote – intuitus personae – liberté contractuelle – pacte d’actionnaires extrastatutaire - pacte social – pouvoir – président – sanction - société anonyme – statuts – structures sociétaires – titres sociaux – unanimité.

1. La société par actions simplifiée, dernière née des sociétés françaises est d’une part la consécration législative des revendications des milieux d’affaires¹ et d’autre part la manifestation d’une tendance de fond du droit des sociétés, le retour à la liberté contractuelle et partant, à la société contrat².

Créée par la loi n°94-1 du 3 janvier 1994³, la SAS avait un champ d’application limité. Conçue comme une structure destinée à la coopération entre entreprises et adaptée à la création de filiales communes, elle a fait l’objet de nombreux garde-fous. Tout d’abord, elle était réservée aux seules personnes morales disposant d’un capital de plus de 1,5 millions de francs. Ensuite, elle devait elle-même disposer d’un capital d’au moins 250 000 francs libéré en totalité dès la souscription⁴. Enfin, elle ne pouvait pas faire appel public à l’épargne. Cet encadrement strict a trouvé son origine dans la crainte suscitée par la liberté octroyée dans l’organisation et le fonctionnement de la SAS. En effet, *l’essentiel repose sur la volonté des parties de sorte que la liberté contractuelle se combine avec l’efficacité de la personnalité morale*⁵. Ainsi, la société par actions simplifiée permet-elle de dissocier le capital du pouvoir⁶, d’organiser librement l’exercice

¹ DU PONTAVICE E., *Le droit des sociétés commerciales en question*, RJC 1989, p. 241 ; BISSARA P., *L’inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, RS 1990, p. 553.

Rapport du CNPF d’octobre 1990, sous la direction de B. Fields. Voir : FIELS B., *Observations* in Bull. Joly 1990, §296, p. 939.

² LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d’une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89 ; GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69 ; LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345 ; HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l’élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4 ; HANNOUN C., *La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique*, MéL. A Sayag, Litec 1997, p. 283.

³ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341 ; RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69 ; LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

⁴ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341, spéc. n°4.

⁵ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207, spéc. n°7.

⁶ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345, spéc. n°10 ; HANNOUN C., *La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique*, MéL. A Sayag, Litec 1997, p. 283.

du pouvoir⁷ et d'introduire toute clause que les associés jugent utile⁸ avec l'efficacité liée à sa place au sein du pacte statutaire⁹.

En dépit de son champ d'application restreint, les perspectives de la SAS sont vite apparues aux praticiens qui l'ont intégrée dans des montages auxquels ses caractéristiques ne semblaient pas la prédisposer¹⁰. Plus largement, les intérêts de la nouvelle structure l'ont emporté sur les craintes, et les réformes successives ont confirmé les promesses de la SAS.

Dès 1999, à la faveur de la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche¹¹, la SAS fait l'objet d'un vaste élargissement¹², entraînant un profond bouleversement du droit des sociétés¹³. Désormais sont abandonnées les contraintes liées à la personne des associés, et toute personne physique ou morale, même seule, peut constituer une société par actions simplifiée¹⁴.

La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie¹⁵ a été l'occasion d'un ultime aménagement de la SAS¹⁶ destiné à la rendre plus attractive encore¹⁷. Ainsi, le montant

⁷ JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223 ; LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

⁸ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

⁹ Les métaphores ne manquent pas pour décrire la SAS : « *si (...) les associés ont une attitude prudente et responsable, la SAS ne sera plus un îlot de liberté dans un océan de réglementation mais le continent naissant des libertés retrouvées* » : GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; « *la SAS est, en quelque sorte, à la SA ce que, dans un autre domaine, le sur-mesure est au prêt-à-porter* » : BERTREL J.-P., *La SAS : bilan et perspectives*, Dr. patrimoine sept. 1999, n°74, p. 40 ; « *Si la SAS, qui ne peut pas faire appel public à l'épargne, n'est pas la Formule 1 des sociétés, elle n'est pas non plus comparable à une voiture sans permis. On peut la classer plutôt parmi les bolides de rallye ; faite pour aller en terrain ouvert, elle peut provoquer des accidents si des mains inexpertes la conduisent* » : LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129.

¹⁰ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345. Voir aussi : LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

¹¹ Sur la méthode législative contestable employée : VALETTE D., *Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999)*, RS 2000, p. 215 ; BARANGER G., *Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette. L'ouverture de la SAS unipersonnelle*, Bull. Joly 1999, §197, p. 831.

¹² LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129 ; CASTAGNE S., *La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous !*, JCP éd. N 2000, p. 1084 ; GUYON Y., *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, RS 1999, p. 505.

¹³ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241 ; PAILLUSSEAU J., THEIMER A., OUTIN-ADAM A., BIENVENU S., *La société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques*, JCP éd. N 2000, p. 1801 ; JCP éd. E 2002, p. 458 ; PAILLUSSEAU J., OUTIN-ADAM A., GUTMANN D., THEIMER A., BARTHELEMY J., WEBER B., *La société par actions simplifiée, Aspects fiscaux et sociaux*, Actes pratiques juil./août 2000, p. 5.

La loi NRE du 15 mai 2001 et son cortège de contraintes pour les sociétés anonymes n'a fait que renforcer l'attractivité de la société par actions simplifiée : PERRIN P.-L., *Les apports de la loi NRE au régime de la SAS*, Joly 2001, p. 745, §168 ; LE NABASQUE H., *La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques*, RS 2001, p. 589.

¹⁴ LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129.

¹⁵ *Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Droit des sociétés*, JCP éd. E, n°39, 25 sept. 2008, 2185 ; SAINTOURENS B., *Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, RS 2008, p. 477 ; MORTIER R., *La modernisation du droit des sociétés*, JCP éd. E 2008, n°2233 ; TORCK S., HOVASSE H., *Loi de modernisation de l'économie : analyse des mesures en faveur des petites et moyennes entreprises (aspects juridiques)*, Dr. Sociétés nov. 2008, p. 6.

¹⁶ MARTIN-SERF A., *L'instrumentalisation en droit des sociétés*, RJC 2002, p. 108 : « *paradoxe d'une société dite dérégulée dont le législateur ne cesse de s'occuper* ».

¹⁷ HOVASSE H., *Bientôt « La société par actions très simplifiée »*, Dr. Sociétés, juin 2008, p. 6.

minimum du capital social est-il supprimé, sa détermination étant laissée à la discrétion des statuts¹⁸ et les apports en industrie autorisés¹⁹.

2. Comme cela a été très vite pressenti²⁰, la SAS occupe aujourd'hui une place de choix dans l'arsenal des structures sociétaires françaises²¹. Par bien des aspects elle supplante la société anonyme, trop rigide²², la société à responsabilité limitée²³ et même la société civile holding²⁴.

Les chiffres disponibles confirment cette tendance. Au 1^{er} janvier 2007, la forme de la SAS avait été adoptée par 110 276 entreprises, soit 3.4% du total des sociétés, à peine moins que les sociétés anonymes²⁵. La part des SAS dans les structures nouvellement créées ne cesse d'augmenter ces dernières années, l'année 2009 marquant une nette accélération pour atteindre 14% des sociétés créées en 2010²⁶.

3. Pour autant, la société par actions simplifiée est-elle réellement une structure pour tous ? Est-elle appelée à supplanter toutes les autres formes de sociétés fermées connues du droit français ?

Si la SAS offre en effet un vaste espace de liberté (I) elle ne comporte en contrepartie qu'un dispositif minimal de protection des tiers, de la société et de ses membres. Cette liberté mérite en conséquence d'être apprivoisée (II).

¹⁸ Le rapprochement avec la SARL est évident. Sur les réactions suscitées par la même réforme concernant le capital social de la SARL : MASSART T., *Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro*, Bull. Joly 2002, §289, p. 1361 ; JOBERT L., *La SARL à un euro : un coup d'épée dans l'eau*, Dr. Sociétés 2003, p. 3 ; NURIT-PONTIER L., *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, D. 2003, p. 1612 ; SERRA G., *Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 : Chronique d'une mort annoncée ?*, Bull. Joly 2004, §185, p. 915.

¹⁹ VASSENAIX-PAXTON A. S., VILLACAMPA C., *SAS : l'apport en industrie enfin possible*, Actes pratiques sept-oct. 2008, p. 3.

²⁰ HANNOUN C., *La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique*, Mél. A Sayag, Litec 1997, p. 283 ; DOUVRELEUR O., *Enquête sur les utilisations de la SAS*, Petites affiches 9 avril 1997, n°43, p. 7 ; DAIGRE J.-J., *Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ?*, JCP éd. E 1999, p. 977 ; GUYON Y., *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, RS 1999, p. 505 ; BERTREL J.-P., *La SAS : bilan et perspectives*, Dr. patrimoine sept. 1999, n°74, p. 40 ; LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129.

²¹ LE CANNU P., *La SAS dans la concurrence des formes de société*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly Sociétés, mars 2008, §54, p. 236.

²² LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89 ; BERTREL J.-P., *La SAS : bilan et perspectives*, Dr. patrimoine sept. 1999, n°74, p. 40.

²³ TORCK S., HOVASSE H., *Loi de modernisation de l'économie : analyse des mesures en faveur des petites et moyennes entreprises (aspects juridiques)*, Dr. Sociétés nov. 2008, p. 6.

²⁴ CONTIN R., DESLANDES M., *Transmission du pouvoir sur l'entreprise familiale et holding en forme de société par actions simplifiée*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 165 ; LE BARS B., *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly Sociétés, mars 2008, §58, p. 254 ; REINHARD Y., *La holding familiale*, Rép. Def. 2001, art. 37313.

²⁵ COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, Litec 21^e éd. n°890.

²⁶ HAGEGE C., MASSON C., *En 2010, hausse des créations d'auto-entreprises, mais aussi des sociétés*, INSEE, janvier 2011, n°133.

I – LA SAS : UN VASTE ESPACE DE LIBERTE

4. « *Un îlot de liberté dans un océan de réglementation* »²⁷ ; « *une nouvelle forme spéciale de société (...) dont l'objectif est précisément d'échapper au droit des sociétés pour favoriser la liberté contractuelle* »²⁸ ; « *la liberté statutaire redevient compatible avec la limitation de responsabilité, ce qui est (...) un retour aux origines de la société par actions* »²⁹ ; « *la liberté avance, l'ordre public recule* »³⁰ ; « *la SAS est placée sous le double sceau de la simplification et de la contractualisation* »³¹.

Les formules n'ont pas manqué pour décrire la liberté offerte par la nouvelle forme de société française, tant elle entraine en contradiction avec une réglementation jusque là hypertrophique du monde sociétaire³². En effet, la SAS offre aux associés toute liberté dans l'organisation du capital (A) comme dans l'organisation du pouvoir (B).

A – LA LIBERTE DANS L'ORGANISATION DU CAPITAL

5. Toutes les contraintes légales tenant au capital social ayant été abandonnées, tant la détermination de son montant³³ que sa composition³⁴ reviennent aux fondateurs de la structure. Archétype de la société fermée, la SAS permet donc, grâce à des clauses statutaires choisies, d'introduire dans la société un *intuitus personae*³⁵ fort, dosé en fonction des caractéristiques propres

²⁷ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

²⁸ HANNOUN C., *La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique*, Mélanges A. Sayag, Litec 1997, p. 283.

²⁹ GUYON Y., *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, RS 1999, p. 505.

³⁰ HOVASSE H., *Bientôt « La société par actions très simplifiée »*, Dr. Sociétés, juin 2008, p. 6.

³¹ REINHARD Y., *La holding familiale*, Rép. Def. 2001, art. 37313.

³² OPPETIT B., *Les tendances actuelles du droit français des sociétés*, in *Journées de la société de législation comparée*, CNRS 1989 ; CHAMPAUD C., *Le contrat de société existe-t-il encore?*, in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux coordonnés par Loïc Cadiet, coll. Travaux et recherches, série Faculté des sciences juridiques de Rennes, Economica, 1987, p. 125.

³³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

³⁴ Sur l'abandon de l'exigence d'un actionariat composé de personnes morales dotées d'un capital de plus de 1,5 million de francs, voir la loi n°99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche. Sur la possibilité d'effectuer des apports en industrie, voir la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : VASSENAIX-PAXTON A. S., VILLACAMPA C., *SAS : l'apport en industrie enfin possible*, Actes pratiques sept-oct. 2008, p. 3.

³⁵ L'*intuitus personae* peut se définir comme la considération de la personne de l'associé, de ses qualités personnelles. Voir à propos des SA : CAMERLYNCK G., *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, th. Paris 1929 ; LAMETHE D., *L'« intuitus personae » des sociétés anonymes*, Gaz. Pal. 1979, doct. p. 262 ; CACHIA M., *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions*, Études Kayser, t.1, Presses Universitaires Aix-Marseille 1979, p.213 ; MORIN A., *Intuitus personae et sociétés cotées*, RTDCom. 2000, p. 299 ; HELOT S., *La place de l'intuitus personae dans la société de capitaux*, D. 1991, chron. p. 143. Voir aussi : BOURCART G., *De l'intuitus personae dans les sociétés*, JS 1927, p. 513 ; PASCUAL I., *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998, p. 273.

à la société et aux objectifs des associés³⁶. Ainsi, l'*intuitus personae* qui colorera le plus souvent la société permettra-t-il de justifier tant le contrôle des entrées³⁷ que celui des sorties³⁸ de la société.

La liberté laissée aux rédacteurs des statuts de la société par actions simplifiée s'exprime donc dans la liberté de dessiner les contours de l'actionnariat de la structure (1) et se prolonge dans celle de le protéger (2).

1 – LA LIBERTE DE DESSINER LES CONTOURS DE L'ACTIONNARIAT

6. Initialement conçue³⁹ pour les joint-venture⁴⁰, très souvent utilisée dans les groupes de sociétés⁴¹, notamment pour la constitution de filiales détenues à 100%, bien adaptée pour répondre aux attentes d'une holding⁴², s'imposant dans nombre de PME-PMI⁴³, en particulier à caractère familial⁴⁴, la société par actions simplifiée incarne les liens que les associés choisissent de créer entre eux.

Il s'agira donc le plus souvent pour les rédacteurs des statuts de s'assurer d'une part de la stabilité de l'actionnariat (a) et d'autre part de prévoir l'évolution de sa géométrie (b).

a – Le contrôle de la stabilité de l'actionnariat : la clause d'inaliénabilité

7. La stabilité, caractère de ce qui tend à rester dans le même état⁴⁵, est un objectif de nombre de sociétés qui cherchent à l'atteindre⁴⁶ au moyen de conventions extra-statutaires ou de montages complexes. Elles se heurtent alors aux règles du marché lorsqu'elles sont cotées, au principe de libre négociabilité sinon⁴⁷.

³⁶ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241.

³⁷ Voir supra n°

³⁸ Voir supra n°

³⁹ CANNARD R., *Pourquoi et comment utiliser la SAS*, Dr. Patr. avril 1994, p. 24.

⁴⁰ Voir la loi n°94-1 du 3 janvier 1994.

⁴¹ REUMONT J.-L., *La SAS, premières expériences et premières difficultés*, Petites affiches 20/11/1996, n°140, p. 14 ; LE BARS B., *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, in *SAS : question d'actualité*, Bull. Joly 2008, §58, p. 254.

⁴² REINHARD Y., *La holding familiale*, Rép. Def. 2001, art. 37313.

⁴³ PAILLUSSEAU J., THEIMER A., OÜTIN-ADAM A., BIENVENU S., *La société par actions simplifiée : une nouvelle structure pour les PME et les personnes physiques*, JCP éd. N 2000, p. 1801 ; JCP éd. E 2002, p. 458.

⁴⁴ BERTREL J.-P., *La SAS : bilan et perspectives*, Dr. patrimoine sept. 1999, n°74, p. 40 ; VALETTE D., *Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999)*, RS 2000, p. 215 ; CONTIN R., DESLANDES M., *Transmission du pouvoir sur l'entreprise familiale et holding en forme de société par actions simplifiée*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 165 ; DE LASSUS S., *La société par actions simplifiée, outil de transmission ad hoc en matière d'entreprise familiale*, La revue fiscale notariale, n°4, avril 2007, étude 9 ; LE BARS B., *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly Sociétés, mars 2008, §58, p. 254.

⁴⁵ « Stabilité », in Petit Robert.

⁴⁶ DU PONTAVICE E., *Rapport introductif*, in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque de Deauville, RJC, n° spécial nov. 1990, p. 9.

⁴⁷ ARTZ J.-F., *Cession de droits sociaux*, Répertoire Sociétés, Dalloz 1996.

Si l'action est par nature librement cessible et négociable, ces caractères ne participent pas de son essence⁴⁸ et les atteintes, qui y sont portées, depuis longtemps admises⁴⁹. Faisant de l'exception la règle, la société par actions simplifiée s'entend comme une société par essence fermée⁵⁰, dotée d'un fort *intuitus personae*⁵¹ et de la possibilité de l'exprimer par des clauses entravant la circulation des titres, en particulier le droit de les céder. D'ailleurs, les membres de la société sont-ils des associés et non des actionnaires. Ainsi, l'introduction de clauses d'inaliénabilité est-elle largement possible.

8. La clause d'inaliénabilité se définit comme « *la technique juridique qui, grevant un bien ou un droit, interdit à son propriétaire ou à son titulaire d'en disposer (à titre gratuit ou onéreux), afin d'assurer la protection d'intérêts particuliers ou généraux* »⁵².

Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés⁵³ heurtent le principe d'ordre public de la libre cessibilité des droits sociaux⁵⁴. Proscrites du cadre statutaire, elles trouvent cependant un champ d'application légal⁵⁵ ou conventionnel⁵⁶, dans le respect des exigences du droit civil de limitation dans le temps et d'intérêt légitime⁵⁷.

9. La société par actions simplifiée est alors la seule société dont les statuts peuvent valablement frapper d'inaliénabilité les titres détenus par ses associés pour une durée maximale de dix ans⁵⁸. La limitation dans le temps s'impose précisément. En revanche, l'exigence d'intérêt légitime et sérieux est écartée.

⁴⁸ ESCARRA J., *Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions*, Annales de droit commercial, XXV, 1911, p. 333 ; CORDONNIER P., *Remarques sur la licéité des clauses statutaires restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires*, Journal des sociétés 1955, p. 193.

⁴⁹ MOURY J., *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, RTDCom. 1989, p. 187.

⁵⁰ Cf. art. L227-2 C. com.

⁵¹ PASCUAL I., *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998, p. 273.

⁵² CORVEST H., *L'inaliénabilité conventionnelle*, Rép. Def. 1979, art. 32126, p. 1377.

⁵³ BARBIERI J.-F., *L'inaliénabilité affectant les droits sociaux*, Bull. Joly 2008, p. 450, §96.

⁵⁴ ARTZ J.-F., *Cession de droits sociaux*, Répertoire Sociétés, Dalloz 1996 ; ESCARRA J., *Les restrictions conventionnelles de la transmissibilité des actions*, Annales de droit commercial, XXV, 1911, p. 333 ; CORDONNIER P., *Remarques sur la licéité des clauses statutaires restreignant la libre cessibilité des actions entre actionnaires*, Journal des sociétés 1955, p. 193 ; MOURY J., *Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions*, RTDCom. 1989, p. 187.

⁵⁵ Voir par exemple l'article L631-10 C. com. qui déclare inaliénables les titres détenus par les dirigeants de droit ou de fait des sociétés mises en redressement judiciaire.

Voir aussi l'art. L 225-194 C. com. abrogé par la loi n°2001-152 du 19 février 2001 visant les actions souscrites ou achetées par le personnel dans le cadre de l'actionnariat des salariés. Voir encore : l'article 13 de l'ordonnance du 21 octobre 1986, abrogé depuis le 1^{er} mars 2008 et qui concernait l'inaliénabilité des actions attribuées aux salariés au titre de leur participation aux résultats de l'entreprise.

⁵⁶ Civ. 1^{re} 31 octobre 2007, Bull. Joly 2008, p. 121, §30, note A. Couret; D. 2008, p. 963, note A.L.Thomat-Raynaud; RS 2008, p. 321, note S. Schiller.

⁵⁷ Art. 900-1 C. civ.

⁵⁸ Art. L227-13 C. com.

Les associés sont seuls maîtres du contrôle de l'actionnariat de la société, sans que l'intérêt social ne puisse justifier la remise en cause de la clause⁵⁹. En effet, la modification de la disposition statutaire ne peut intervenir qu'à l'unanimité des associés. On présume qu'elle a été déterminante de leur volonté et la référence à l'intérêt social ne permet pas de la censurer⁶⁰.

10. Ainsi, la clause d'inaliénabilité statutaire permet-elle la constitution de noyaux durs d'associés particulièrement stables⁶¹. Cette disposition, sans précédent en droit des sociétés⁶², s'accordait particulièrement des caractéristiques originelles de la structure, dont les associés ne pouvaient être que des personnes morales⁶³. Or, l'élargissement aux personnes physiques⁶⁴ doit conduire les rédacteurs du pacte social à une plus grande précision dans la rédaction de la clause d'inaliénabilité. Si le choix des associés doit toujours être effectué avec d'infinies précautions⁶⁵, il convient en outre de préciser le sort de l'inaliénabilité en cas de décès d'un associé ou bien en cas d'inaptitude physique ou juridique⁶⁶. En cas de décès tout d'abord, il peut être prévu que l'inaliénabilité soit maintenue et s'impose aux héritiers, lesquels par ailleurs seront certainement soumis à une clause d'agrément⁶⁷. En cas d'inaptitude ensuite, une dérogation à l'inaliénabilité peut être prévue. Il est également possible, dans cette situation, de s'en remettre au jeu d'une clause d'exclusion⁶⁸. Cette dernière s'impose alors et sa rédaction doit s'accorder avec celle de la clause d'inaliénabilité. Ainsi, la possibilité d'exclure un associé titulaire de titres inaliénables doit-elle être prévue⁶⁹. Enfin, la plus grande précaution s'impose quant à la délimitation du champ d'application

⁵⁹ PORACCHIA D., *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 223, spéc. p. 239.

⁶⁰ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

⁶¹ La notion de « noyaux durs » est apparue en France à l'occasion des privatisations de 1983 et 1986. Il s'agissait de conventions conclues avec les investisseurs dans les entreprises nationales privatisées qui prévoyaient une inaliénabilité temporaire d'une fraction importante des titres.

Voir l'exemple cité par MERLE P., *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz 12^e éd. 2008, spéc. n°317.

⁶² LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

⁶³ Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 : GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341 ; RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69 ; LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

⁶⁴ LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129 : « avec les personnes physiques, surgit le cortège des difficultés juridiques sans nombre qui sont liées à leur humanité (incapacité, mariage, concubinage, décès...) ».

⁶⁵ JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223. Voir aussi : HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

⁶⁶ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241.

⁶⁷ En effet, la clause d'agrément introduite dans les statuts de la SAS ne connaît pas les mêmes limitations de son champ d'application que la clause contenue dans les statuts d'une SA et peut donc jouer à l'égard des membres d'une même famille (conjoint, ascendants et descendants).

Renvoi supra n°11 et s.

⁶⁸ Renvoi supra n°16 et s.

⁶⁹ Sur la situation de l'associé de SAS, voir : GODON L., *La condition juridique de l'associé de SAS*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly Sociétés, mars 2008, §55, p. 239.

de la clause. En effet, rien ne s'oppose à ce que l'inaliénabilité ne frappe que les actions détenues par certains actionnaires seulement⁷⁰.

Pour autant l'introduction d'une clause d'inaliénabilité ne saurait suffire pour s'assurer de la stabilité des équilibres en place, tout d'abord parce qu'elle est légalement limitée dans le temps, ensuite parce qu'elle s'accorde mal des aléas de la vie humaine, enfin parce que stabilité ne signifie pas nécessairement immuabilité. Le contrôle de la stabilité de l'actionnariat doit donc se compléter d'un contrôle de sa géométrie.

b – Le contrôle de la géométrie de l'actionnariat : la clause d'agrément

11. L'agrément est une technique juridique qui vise à contrôler l'entrée, au sein de la société, de nouveaux associés, en cours de vie sociale⁷¹. Dans les sociétés fermées, SNC ou SCS, dominées par l'*intuitus personae*, l'agrément est la règle⁷². Cependant, la considération de la personne des actionnaires n'étant pas totalement absente des sociétés de capitaux⁷³, l'agrément y a trouvé également une place⁷⁴. Il était donc naturel que dans la SAS, société de capitaux fermée et le plus souvent teintée d'un fort *intuitus personae*, le mécanisme de l'agrément soit consacré.

L'article L227-14 du Code de commerce dispose en effet que « *les statuts peuvent soumettre toute cession d'action à l'agrément préalable de la société* ». La brièveté de la formule ne doit pas masquer son originalité⁷⁵. Ainsi, la liberté offerte aux rédacteurs des statuts de la SAS concerne-t-elle aussi bien le domaine de l'agrément que sa procédure, autorisant une protection efficace de la composition de l'actionnariat.

12. En premier lieu, en visant « *toute cession d'action* », le texte de l'article L227-14 du Code de commerce fait l'économie des restrictions imposées par l'article L228-23 du même Code à l'agrément dans les SA. La clause d'agrément dans la SAS peut donc jouer d'une part entre associés⁷⁶, permettant de se prémunir non seulement contre l'entrée de tiers indésirables dans la

⁷⁰ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241.

⁷¹ GERARD S., *La décision d'agrément n'est pas discrétionnaire*, RJC.

⁷² MAUBRU B., *Les restrictions au libre choix du bénéficiaire du transfert de droits sociaux*, Dr. patri. n°53, oct. 1997, p. 50.

⁷³ BOURCART G., *De l'intuitus personae dans les sociétés*, JS 1927, p.513 ; CACHIA M., *Le déclin de l'anonymat dans les sociétés par actions*, Études Kayser, t.1, Presses universitaires Aix-Marseille 1979, p.213 ; PASCUAL I., *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCom. 1998, p.273 ; MORIN A., *Intuitus personae et sociétés cotées*, RTDCom. 2000, p. 299.

⁷⁴ ROBLOT R., *L'agrément des nouveaux actionnaires*, Mél. Bastian, t. I, Librairies techniques 1974, p. 283 ; BARDOUL J., *Les clauses d'agrément et les cessions entre actionnaires*, D. 1973, chron. p. 137.

⁷⁵ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

⁷⁶ LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89 ; HALLOUIN J.-C., *Sur le refus d'agrément...*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 313.

société, mais également de subversions internes⁷⁷, assurant ainsi l'équilibre⁷⁸ comme la stabilité du pouvoir⁷⁹. D'autre part sont levées les restrictions relatives aux cessions entre proches parents et aux transferts de titres en cas de succession ou de liquidation de biens entre époux. Comme le note un auteur « *le souci de cohésion l'emporte donc sur celui de ne pas entraver les règlements ou arrangements familiaux* »⁸⁰.

En second lieu, le terme « *cession* » utilisé par le texte doit être entendu dans son acception la plus large et permet de viser toute mutation de titres à titre particulier, à titre onéreux ou gratuit, amiable ou forcé⁸¹, ainsi que tout transfert⁸², notamment en cas de fusion ou de scission⁸³. Il est cependant préférable, pour éviter tout litige ultérieur, que les rédacteurs de la clause d'agrément soient le plus précis possible quant au domaine d'application de cette dernière⁸⁴.

13. Concernant la procédure d'agrément, toute liberté est de même laissée aux fondateurs du pacte social, les dispositions de l'article L228-24 du Code de commerce ne s'appliquant qu'à titre supplétif⁸⁵.

C'est d'abord l'organe social compétent pour statuer sur la demande d'agrément qui doit être prévu⁸⁶. C'est ensuite la procédure concernant le refus d'agrément qui doit être organisée. Un doute subsiste quant à la possibilité de supprimer ou non l'obligation de rachat imposée par l'article L228-24 du Code de commerce pour les SA. Si le principe de négociabilité des actions a conduit certains auteurs à considérer qu'une obligation de rachat pesait sur la société en cas de refus d'agrément⁸⁷, il semble pourtant que la liberté statutaire de mise dans la SAS comme la possibilité d'y prévoir des clauses d'inaliénabilité conduisent à soutenir la position inverse. Ainsi, l'associé qui se verrait refuser l'agrément nécessaire à la réalisation de la cession de ses titres pourrait-il rester prisonnier de ces derniers⁸⁸ ; même si d'aucuns estiment alors que la structure risque de se révéler

⁷⁷ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

⁷⁸ CANNARD R., *Pourquoi et comment utiliser la SAS ?*, Dr. patrimoine avril 1994, p. 24.

⁷⁹ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

⁸⁰ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée (SAS)*, JCP éd. N 1999, p. 1567.

⁸¹ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

⁸² GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

⁸³ JEANTIN M., *Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales*, Droit des sociétés, mai 1988, p.2.

⁸⁴ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

⁸⁵ Sur les difficultés de la conciliation avec l'article L228-24 C. com., voir : GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223.

⁸⁶ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

⁸⁷ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69 ; GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207. Rappr. : CARTERON M., *Clause d'agrément et intérêt social*, RS 1968, p. 265.

⁸⁸ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

pour lui décevante⁸⁹. Elle n'est en rien différente de la SNC, archétype des sociétés de personnes, fondée sur l'*intuitus personae*, dont la SAS peut tendre à se rapprocher⁹⁰.

En tout état de cause, la doctrine s'accorde à considérer que les statuts peuvent librement s'affranchir des dispositions de l'article L228-24 du Code de commerce concernant la procédure à mettre en œuvre suite au refus de l'agrément sollicité⁹¹. Par exemple, le prix de rachat pourra-t-il être déterminé par les statuts, disposition qui peut se révéler redoutable en cas d'écart important avec la valeur vénale des titres⁹². De même, le droit de repentir⁹³ peut-il être supprimé⁹⁴ et la clause d'agrément se voir complétée par une clause de préemption⁹⁵.

14. Si la clause d'agrément n'est pas méconnue du droit des sociétés, y compris par actions, la dimension que lui donne la SAS en fait un outil particulièrement bien adapté pour contrôler la géométrie du capital social, pour assurer sa stabilité et maintenir les équilibres en place, indépendamment des vicissitudes liées à la nature humaine des associés personnes physiques. Elle permet de se prémunir de toute intrusion externe comme de toute modification de l'équilibre en interne.

Pour autant, aliénabilité et agrément ne sont pas toujours suffisants pour garantir l'état de l'actionnariat dans le temps, notamment s'agissant d'associés personnes morales. D'autres dispositions doivent être mises en place afin de protéger la société.

2 – LA LIBERTE DE PROTEGER L'ACTIONNARIAT

15. Protéger l'actionnariat, garantir l'équilibre contractuel initial⁹⁶, préserver l'*intuitus personae*, assurer la pérennité de la société⁹⁷..., ces exigences impliquent nécessairement la capacité de prévenir et de sanctionner toute atteinte au pacte social. La mesure préventive la plus efficace à laquelle il est possible de songer est celle qui consiste à se débarrasser du problème en

⁸⁹ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée (SAS)*, JCP éd. N 1999, p. 1567.

⁹⁰ MORIN A., *Intuitus personae et sociétés cotées*, RTDCom. 2000, p. 299.

⁹¹ LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89 ; JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223 ; HALLOUIN J.-C., *Sur le refus d'agrément...*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 313.

⁹² GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

⁹³ BAILLOD R., *Le droit de repentir*, RTDCiv. 1984, p. 227.

⁹⁴ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341 ; JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223 ; HALLOUIN J.-C., *Sur le refus d'agrément...*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 313.

⁹⁵ La liberté statutaire étant la règle dans la SAS, toute autre clause que celles prévues par la loi peut être introduite dans les statuts, en particulier une clause de préemption.

⁹⁶ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

⁹⁷ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

excluant l'associé⁹⁸ qui ne se conformerait plus au cadre statutaire (a). Par ailleurs, la loi offre aux associés de la SAS un régime efficace de sanction des dispositions statutaires relatives à la répartition du capital social (b).

a – L'exclusion des indésirables

16. L'article L227-16 du Code de commerce dispose que « *dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé puisse être tenu de céder ses titres* ».

Sous une appellation édulcorée, ce n'est rien d'autre que la reconnaissance de la validité d'une clause statutaire d'exclusion⁹⁹. L'innovation est de taille, la clause d'exclusion n'ayant jusque là pas trouvé droit de cité en droit des sociétés¹⁰⁰.

Dans la société par actions simplifiée le législateur offre aux associés le droit de faire primer le respect du pacte social sur d'une part le caractère absolu du droit de propriété de l'article 545 du Code civil et d'autre part sur le droit propre appartenant à tout associé de demeurer dans la société, droit qui est certainement d'ordre public¹⁰¹.

L'article L227-17 du Code de commerce poursuit en prévoyant le cas particulier d'un changement de contrôle intervenant dans le capital d'un associé personne morale¹⁰². Or, on sait, depuis l'affaire *Barilla*, que sauf fraude démontrée, la clause d'agrément insérée dans les statuts d'une société est impuissante à se prémunir des prises de contrôle de ses associés personnes morales¹⁰³. Le texte met d'ailleurs à la charge de ces dernières une obligation d'information de la SAS des changements intervenant dans leur capital¹⁰⁴.

Ce texte spécial a le mérite de préciser la finalité des dispositions relatives à l'exclusion : maintenir la cohésion de l'actionnariat¹⁰⁵.

⁹⁸ DE BERMOND DE VAULX J.-M., *L'exclusion d'un associé*, Droit des sociétés, octobre 1996, n°14.

⁹⁹ MARTIN D., *L'exclusion d'un actionnaire*, in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, Colloque de Deauville, Revue de jurisprudence commerciale, n° spécial nov. 1990, p. 94.

¹⁰⁰ Pour une reconnaissance jurisprudentielle de la validité de la clause statutaire d'exclusion : Civ. 6 mars 1935, JS 1936, p. 614, note Cordonnier, DH 1935, p. 265 ; Com. 13 décembre 1994, affaire Midi-Libre, RJDA 1995, n°292 ; Bull. Joly 1995, §39, note Le Cannu.

¹⁰¹ DARIOSECQ S., METAIS N., *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, Bull. Joly 1998, §286, p. 908.

¹⁰² KRIMMER I., *La clause de rachat*, JCP éd.E 1993, I, 223.

¹⁰³ Com. 27 juin 1989 *Barilla*, Bull. Joly 1989, p. 815, note Le Cannu ; D. 1990, p. 314, note Bonnard ; RTDCom. 1990, p. 50, n°3 ; Rev. dr. banc. 1989, p. 530, n°4.

[Grenoble 30 juin 1988 *Barilla*, Bull. Joly 1988, p. 678, §223, note Le Peltier ; Rev. dr. banc. 1988, p. 200, n°1, obs. Jeantin, Viandier ; JCP 1989, II, 21238, note Oppetit]

¹⁰⁴ Art. L227-17 C. com. : « les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le capital est modifié au sens de l'article L233-3 doit, dès cette modification, en informer la SAS. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaire de cet associé et de l'exclure ».

¹⁰⁵ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

17. Dans le cas général comme dans le cas particulier, la loi prévoit non seulement l'exclusion, mais s'intéresse également à la période transitoire qui court de l'origine des troubles à la réalisation de la cession forcée, en autorisant la société à suspendre les droits non pécuniaires de l'associé concerné. Ne participant plus aux décisions, celui-ci ne risque plus de nuire.

18. Pour le reste, la loi est laconique et laisse aux statuts le soin de déterminer les conditions dans lesquelles va intervenir cette exclusion. Pour autant, le domaine étant sensible et la situation source d'un contentieux presque certain¹⁰⁶, des précisions s'imposent tant concernant les motifs de l'exclusion que concernant la procédure à mettre en œuvre.

19. La faculté d'exclure un associé de SAS n'est soumise pratiquement à aucune restriction¹⁰⁷. En dehors du cas prévu par la loi, les statuts en déterminent les causes. Est-ce à dire que l'exclusion *ad nutum* soit admise¹⁰⁸ ? Il est permis d'en douter¹⁰⁹ eu égard à la gravité de la sanction. A tout le moins, les statuts doivent-ils viser des motifs graves que les tribunaux auront la possibilité d'examiner¹¹⁰. Ils peuvent également lister avec précision les événements et situations donnant lieu à exclusion¹¹¹.

La procédure est également laissée à la discrétion des statuts. Ces derniers doivent donc déterminer l'organe compétent pour statuer sur le sort de l'associé visé¹¹², organiser le respect des droits de la défense¹¹³, préciser le jeu d'une clause d'agrément au cas où l'exclu choisirait son cessionnaire¹¹⁴, le délai de mise en œuvre, les modalités de fixation du prix des titres¹¹⁵.

20. La clause d'exclusion et la clause d'inaliénabilité sont deux moyens inverses d'aboutir au même but : l'intégrité du pacte social¹¹⁶. Elles peuvent être complétées de nombreuses autres clauses (agrément, préemption) qui visent toutes à dessiner l'actionnariat le plus adapté à la volonté des associés fondateurs. Encore faut-il que leur sanction soit assurée efficacement.

¹⁰⁶ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4 ; STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241.

¹⁰⁷ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹⁰⁸ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

¹⁰⁹ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

¹¹⁰ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

¹¹¹ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345 ; CANNARD R., *Pourquoi et comment utiliser la SAS ?*, Dr. patrimoine avril 1994, p. 24.

¹¹² GODON L. ; *La condition juridique de l'associé de SAS*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly Sociétés mars 2008, §55, p. 239.

¹¹³ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

¹¹⁴ GODON L. ; préc.

¹¹⁵ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée (SAS)*, JCP éd. N 1999, p. 1567.

¹¹⁶ LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

b – La sanction des dispositions statutaires

21. L'article L227-15 du Code de commerce dispose que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* ».

La loi sanctionne donc de manière sévère, claire et nette les infractions aux clauses restrictives de la libre cessibilité des titres sociaux. C'est une sanction particulièrement efficace en comparaison de l'inopposabilité, de mise concernant les pactes d'actionnaires extra-statutaires¹¹⁷.

22. La loi ne distinguant pas au sein des clauses statutaires, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la clause figure parmi celles prévues par les textes¹¹⁸ ou non. Ainsi, toute clause, dès lors qu'elle sera insérée dans les statuts de la société par actions simplifiée et concernera la cessibilité des actions¹¹⁹ bénéficiera de la sanction prévue par l'article L 227-15 du Code de commerce, soit la nullité en cas de violation¹²⁰.

23. Vaste dans l'organisation de la répartition du capital et efficacement protégée par la loi, la liberté des fondateurs de la SAS trouve également à s'exprimer dans l'organisation du pouvoir, faisant de la nouvelle structure un outil très performant de la dissociation du capital et du pouvoir.

B – LA LIBERTE DANS L'ORGANISATION DU POUVOIR

24. En déclarant inapplicables aux sociétés par actions simplifiées les dispositions régissant les assemblées d'actionnaires et la gestion dans la société anonyme, l'article L227-1 du Code de commerce accorde aux rédacteurs des statuts de la SAS toute liberté¹²¹ pour déterminer l'essentiel de son organisation¹²². Ainsi, ne sont-ils tenus ni par le principe de hiérarchie des organes sociaux, ni par le formalisme des procédures d'information et de décision¹²³. La généralisation de la structure par la loi du 12 juillet 1999 n'a pas remis en cause cette originalité¹²⁴.

¹¹⁷ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4 .

¹¹⁸ Clauses d'inaliénabilité (article L227-13C. com.) ; d'agrément (article L227-14 C. com.) ; d'exclusion (article L227-16).

¹¹⁹ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341 ; LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

¹²⁰ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241 : qui précise que la nullité peut cependant être couverte par une décision unanime des associés.

¹²¹ CHAPUT Y., *La liberté et les statuts*, RS 1989, p. 361.

¹²² GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹²³ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

¹²⁴ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée (SAS)*, JCP éd. N 1999, p. 1567.

Le contrôle et la protection des intérêts des associés, notamment minoritaires, comme ceux des tiers sont réduits à leur plus simple expression¹²⁵ et la liberté dans l'organisation du pouvoir s'exprime aussi bien concernant son attribution (1) que son exercice (2).

1 – LA LIBERTE DANS L'ORGANISATION DE L'ATTRIBUTION DU POUVOIR

25. L'article L225-122 alinéa 1^{er} du Code de commerce qui impose le principe de proportionnalité du droit de vote de chaque actionnaire à la quotité détenue dans le capital social étant expressément écarté par l'article L227-1, les fondateurs de la SAS ont donc toute liberté pour organiser l'attribution du pouvoir dans la société indépendamment de toute référence au capital détenu par chacun des associés. La SAS devient donc un outil très performant de dissociation de l'avoir et du pouvoir (a). En outre, le nombre limité de dispositions légales s'intéressant aux décisions prises par la collectivité des associés laisse là encore toute liberté aux statuts pour organiser l'exercice du droit de vote des associés (b).

a – La dissociation du capital et du pouvoir

26. L'avantage essentiel de la SAS est sans conteste la dissociation possible du capital et du pouvoir, qui signifie que les détenteurs du capital ne sont pas forcément ceux qui dirigent la société¹²⁶. Cette dissociation est permise par l'abandon du principe de proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital¹²⁷.

27. Pour inégalitaire et dangereuse qu'elle soit, cette liberté de dissocier l'avoir et le pouvoir dans la SAS n'en répond pas moins aux besoins de la pratique. Le cas de la reprise d'une entreprise par ses salariés ou LBO a été parfois évoqué¹²⁸. Plus fréquente est la question de la transmission des entreprises patrimoniales¹²⁹ ou familiales¹³⁰. En effet, cette transmission impose de dissocier le capital, dont la répartition doit satisfaire au principe d'égalité entre les héritiers, et le pouvoir dont l'unité doit être préservée et transmis à celui seul capable de l'exercer et de le pérenniser. En outre,

¹²⁵ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

¹²⁶ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

¹²⁷ Art. L227-1 C. com. écartant expressément l'art. L225-122 al. 1^{er}. Voir aussi : HANNOUN C., *La société par actions simplifiée : essai de prospective juridique*, Mél. A. Sayag, Litec 1997, p. 283.

¹²⁸ TANDEAU DE MARSAC V., *La SAS, outil de transmission d'entreprise ?*, Bull. Joly 1999, §2, p. 28 ; BERTREL J.-P., *La SAS, bilan et perspectives*, Dr. patr. sept. 1999, n°74, p. 40.

¹²⁹ CHAMPAUD C., *La transmission des entreprises patrimoniales (analyse de droit économique du cas français)*, Revue internationale de droit économique 1998, t. 12, n°1, p. 35.

¹³⁰ GELINIER O., GAULTIER A., *L'avenir des entreprises personnelles et familiales*, éd. Hommes et techniques 1974, p. 19.

la situation se complique si le chef de famille souhaite, pour des raisons fiscales le plus souvent, anticiper sa succession en partageant son capital entre ses enfants de son vivant tout en conservant la maîtrise de la gestion avant de la confier au repreneur désigné pour lui succéder.

28. La dissociation du capital et du pouvoir dans la SAS se réalise d'une part grâce à une utilisation astucieuse des actions sans droit de vote¹³¹ et des actions à droit de vote plural¹³² dont l'efficacité est renforcée par la liberté qui est de mise dans l'expression de la volonté collective des associés¹³³ ; et d'autre part grâce à une totale liberté laissée dans l'organisation de l'exercice du pouvoir¹³⁴. La SAS supplante alors les mécanismes traditionnellement utilisés pour dissocier pouvoir et capital, tels que le démembrement de la propriété des titres sociaux¹³⁵, ou se combine avec eux pour gagner en efficacité, c'est le cas par exemple de la constitution d'une holding sous forme de SAS¹³⁶.

b – L'exercice du droit de vote

29. L'article L227-9 du Code de commerce dispose que « *les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». L'alinéa 2 précise : « *Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés* ».

Révolutionnaire¹³⁷, ce texte désintègre les assemblées générales d'actionnaires pour consacrer la notion de décision collective.

¹³¹ DE LASSUS S., *La société par actions simplifiée, outil de transmission ad hoc en matière d'entreprise familiale*, La revue fiscale notariale, n°4, avril 2007, étude 9. *Contra* : HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4 : réfute la possibilité de créer des actions sans droit de vote sur le fondement de l'article 1844 al. 1 C. civ. et visant Civ. 7/04/1932, DP 1932, I, 153. Dans le même sens : RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994.69.

¹³² La doctrine est unanime sur ce point. Voir en particulier : STORCK M., *Les associés de la SAS*, Petites affiches 15/09/2000.

¹³³ Renvoi *supra* n°29 et s.

¹³⁴ Renvoi *supra* n°34 et s.

¹³⁵ HOVASSE H., *De la liberté statutaire dans la SAS : comment démembrement ses actions sans constituer un usufruit ?*, Dr. Sociétés déc. 2006, p. 1. Voir aussi les actes du Colloque au Sénat, in Dr. patri. Janv. 1995, en particulier : MONASSIER B., *Démembrement de propriété*, p. 3.

¹³⁶ CONTIN R., DESLANDES M., *Transmission du pouvoir sur l'entreprise familiale et holding en forme de société par actions simplifiée*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 165. Voir aussi : LE BARS B., *L'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly 2008, §58, p. 254.

¹³⁷ LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

30. En réalité, la loi identifie trois groupes de décisions qui peuvent d'ailleurs être d'étendue variable¹³⁸ : les décisions qui nécessitent un vote unanime des associés¹³⁹ ; les décisions que la loi réserve aux associés¹⁴⁰ et celles qui peuvent leur être facultativement attribuées par les statuts.

La liberté dans la définition des décisions collectives est donc bien affirmée, sous réserve des limitations légales. La loi constitue des points d'appui¹⁴¹, un minimum en deçà duquel il est difficile d'aller¹⁴², sur lesquels viendra s'ancrer une construction contractuelle.

Deux voies opposées sont alors envisageables. En premier lieu, les statuts peuvent priver les associés de toutes les décisions autres que celles que la loi leur attribue expressément, pour les confier à toutes personnes choisies par les statuts, y compris des tiers¹⁴³. Là, toutes les constructions, les plus sophistiquées soit-elles, sont possibles, à défaut d'être souhaitables. En second lieu, les statuts peuvent au contraire prévoir un large renforcement des prérogatives des associés¹⁴⁴, toute liberté leur étant laissée par ailleurs, tant dans la forme que dans l'organisation au fond de la prise de décision.

31. Quant à la forme des décisions collectives, les statuts doivent organiser d'une part l'information préalable des associés et d'autre part les modalités du vote.

Si la loi garde le silence quant à l'information préalable au vote dont doivent bénéficier les associés, il revient aux statuts de la prévoir. En effet, alors que l'on a pu redouter lors de la création de la structure nouvelle une certaine opacité, l'*affectio societatis* fort appelé à régner comme les exigences de l'article 1844 al. 1^{er} du Code civil plaident en faveur d'une plus grande transparence.

De même, si l'article 1844 al. 1^{er} impose qu'il y ait vote concernant les décisions considérées comme collectives par la loi ou les statuts¹⁴⁵, il appartient à ces derniers de prévoir, hors de toute contrainte tenant à la tenue d'assemblées générales¹⁴⁶, les modalités de cette consultation. Ainsi peut-elle consister en un vote en assemblée traditionnel, y compris par les moyens modernes de télécommunication tels qu'ils sont envisagés dans les sociétés anonymes ; mais aussi en une

¹³⁸ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

¹³⁹ Article L227-19 C. com. : « Les clauses statutaires visées aux articles L227-13, L227-14, L227-16 et L227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ».

¹⁴⁰ Article L227-9 al. 2 C. com.

¹⁴¹ HONORAT J., préc.

¹⁴² LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

¹⁴³ LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

¹⁴⁴ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, 69.

¹⁴⁵ Com. 23/10/2007, Bull. Joly 2008, §23, p. 101, note Schmidt qui affirme le droit pour tout associé de participer et de voter lors de toute décision collective des associés, sans que les statuts puissent priver l'un d'eux. Comme le souligne GODON L., *La condition juridique de l'associé de SAS*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly 2008, §55, p. 239 : cet arrêt affirme un lien indestructible entre le droit de vote et la catégorie des décisions collectives propre à la SAS.

¹⁴⁶ JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223.

consultation écrite des associés ou encore en des actes signés par les associés¹⁴⁷. Pourquoi ne pas même « skyper » une décision collective¹⁴⁸ ? Par ailleurs, les statuts doivent prévoir modes et délais de convocation.

32. Quant au fond, les statuts sont également compétents pour fixer les règles de quorum et de majorité. De même peuvent-ils déterminer si le vote se fera par tête ou par référence aux titres détenus, étant déjà précisé que dans cette dernière hypothèse, les droits de vote ne sont pas nécessairement proportionnels au capital¹⁴⁹. En outre, la licéité des conventions de vote ne fait plus de doute dans la SAS¹⁵⁰.

33. Par conséquent, si, sous l'emprise de l'article 1844 alinéa 1^{er} du Code civil, le droit individuel de l'associé est consacré dans la SAS, il peut être en grande partie vidé de sa portée par les clauses statutaires ; ces dernières organisant tout aussi librement non plus l'attribution du pouvoir aux associés, mais l'exercice du pouvoir par les dirigeants.

2 – LA LIBERTE DANS L'ORGANISATION DE L'EXERCICE DU POUVOIR

34. L'article L227-5 du Code de commerce dispose que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». Il y a là une véritable déréglementation¹⁵¹ de l'organisation de la direction sociale. Reste que deux obligations apparaissent néanmoins à la charge des rédacteurs du pacte social : tout d'abord l'obligation de désigner un président, seul organe obligatoire de la structure (a), celle ensuite de statuer¹⁵² sur la direction (b).

a – Une obligation légale : la présence d'un président

35. L'article L227-6 du Code de commerce énonce que « *la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts* ». Il s'agit donc là de la seule figure légale obligatoire dans la direction sociale, dont le statut est laissé à la discrétion des fondateurs de la SAS, mais dont les fonctions sont encadrées par la loi dans le souci de protéger les tiers.

¹⁴⁷ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹⁴⁸ LE CANNU P., *La SAS dans la concurrence des formes de société*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. July 2008, §54, p. 236.

¹⁴⁹ *Renvoi infra* n°26 et.

¹⁵⁰ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹⁵¹ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

¹⁵² LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

36. La loi évoque un président, dont l'unicité ne fait pas de doute¹⁵³. La présidence de la SAS ne saurait être collégiale. Cependant, ce président peut être une personne physique ou bien morale, ce qui revient à attribuer à une structure autonome la gestion de la SAS, éventuellement découplée de la détention du capital. En outre, les statuts peuvent prévoir une présidence « tournante » et/ou héréditaire¹⁵⁴.

Par ailleurs, la désignation du président, figure essentielle de la direction sociale, est librement prévue par les statuts¹⁵⁵. En effet, cette désignation ne relève pas de la catégorie des décisions collectives telle que définie par l'article L227-9 du Code de commerce. Si la désignation du président peut donc être du ressort des associés, elle peut également revenir à l'un seulement d'entre eux, mais aussi à un comité, voire à un tiers ; ou bien être fixée par les statuts qui auront également prévu, s'agissant d'un président personne physique, une suppléance.

Quant à la stabilité du président dans ses fonctions, tous les degrés sont possibles, de la révocation *ad nutum* à l'irrévocabilité. Les rédacteurs du pacte social devront alors s'assurer qu'une révocation judiciaire ne puisse remettre en cause cette irrévocabilité en l'excluant explicitement dans les statuts. De même, devront-ils prévoir la nullité de toute révocation irrégulière¹⁵⁶.

Enfin, les statuts déterminent la durée du mandat, qui peut être de la durée de la société si une présidence irrévocable est souhaitée, en particulier lorsqu'elle est assurée par une personne morale, la rémunération du président ainsi que ses obligations.

37. Concernant les attributions du président de la SAS, la loi distingue classiquement l'ordre interne et l'ordre externe.

Dans l'ordre interne, les attributions du président sont largement sous l'influence du pacte social, la loi précisant que « *les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers* »¹⁵⁷.

Dans l'ordre externe, la loi attribue au président un pouvoir général de représentation de la société auquel les statuts ne peuvent porter atteinte, sans pour autant que ce pouvoir soit attentatoire à l'organisation prévue par les fondateurs dans l'ordre interne. Le texte de l'article L227-6 alinéa 2 du Code de commerce reprend une disposition bien connue des sociétés à risques limités visant la protection des tiers.

¹⁵³ LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

¹⁵⁴ HONORAT J., *La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés*, Petites affiches 16 août 1996, n°99, p. 4 ; 19 août 1996, n°100, p. 4.

¹⁵⁵ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, 69.

¹⁵⁶ CONTIN R., DESLANDES M., *Transmission du pouvoir sur l'entreprise familiale et holding en forme de société par actions simplifiée*, in *Aspects organisationnels du droit des affaires*, Mél. Paillusseau, Dalloz 2003, p. 165.

¹⁵⁷ Art. L227-6 al. 4 C. com.

Ce qui fut un temps un monopole de représentation de la société par le président¹⁵⁸, s'est atténué lors de la réforme du droit de la SAS par la loi Sécurité financière du 1^{er} août 2003 accordant la possibilité de partager le pouvoir de représentation¹⁵⁹ entre le président d'une part et une ou plusieurs autres personnes portant le titre de directeur général ou directeur général délégué¹⁶⁰.

Quant à l'encadrement légal des pouvoirs du président, s'agissant des conventions interdites ou réglementées, de sa responsabilité civile ou pénale, il ne se distingue en rien de celui qui est imposé à l'ensemble des dirigeants de la structure.

b – Une liberté totale : l'existence et les pouvoirs des dirigeants sociaux

38. Si le pacte social a l'obligation de prévoir « *les conditions dans lesquelles la société est dirigée* »¹⁶¹, si l'article L227-8 du Code de commerce vise, aux côtés du président, les dirigeants de la SAS s'agissant de leur responsabilité, leur présence reste néanmoins facultative, tous les pouvoirs revenant dans cette hypothèse au seul président.

La systématisation des modèles de direction sociale de la SAS est vaine¹⁶², tant les possibilités sont infinies¹⁶³, la plasticité de la structure étant l'un de ses principaux avantages¹⁶⁴. Plus la construction sera complexe, plus les statuts devront être précis¹⁶⁵.

La loi consacre ainsi la notion de dirigeant statutaire, à la fois dirigeant de droit en ce qu'il doit son existence à la loi et à l'acte juridique que constituent les statuts, et dirigeant de fait en ce que les statuts peuvent être incomplets ou imprécis ; et les dispense des contraintes pesant habituellement sur les organes sociaux. Ainsi, ne connaissent-ils pas la limitation du nombre de mandats et peuvent-ils cumuler leurs fonctions sociales avec un contrat de travail dès lors qu'ils peuvent faire état d'un lien de subordination.

¹⁵⁸ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

¹⁵⁹ Modification législative intervenant en réaction contre : Com. 2/07/2002, D. 2002, p. 2922, note Hallouin ; JCP éd. E 2002, 1844, note Dondero ; affirmant strictement le monopole de la représentation de la société du président.

¹⁶⁰ Les titres sont imposés par la loi pour éviter toute appellation déceptive ou trompeuse à l'égard des tiers. La question se pose alors de la présence d'un directeur général de SAS qui n'aurait pas reçu des statuts ou du président une délégation de représentation.

¹⁶¹ Art. L227-5 C. com.

¹⁶² GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, JCP éd. E 1994, I, 341.

¹⁶³ La structure peut s'inspirer très fortement de ce qui existe dans la société anonyme, quitte à combiner les deux formules de directoire et conseil d'administration ; la structure peut adopter une gérance, introduire des comités spécialisés ou tout autre organe né de l'imagination des fondateurs. Néanmoins ils doivent à ce qu'il y ait concordance entre l'appellation donnée à leurs dirigeants et l'utilisation habituelle de cette même appellation dans d'autres structures plus classiques, pour éviter un effet déceptif de nature à induire le tiers en erreur sur la nature et la qualité des mécanismes de contrôle et de gestion dans la société.

¹⁶⁴ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹⁶⁵ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, 69.

39. L'essentiel du statut des dirigeants de la SAS relève donc du domaine contractuel. La loi n'en impose pas moins quelques limites.

D'une part, les articles L227-10, L227-11 et L227-12 du Code de commerce reprennent et adaptent à la SAS la réglementation, bien connue dans la société anonyme, des conventions réglementées. S'agissant des conventions interdites, l'article L227-12 reprend simplement l'article L225-43 et étend son application au président et aux dirigeants de la SAS. S'agissant des conventions réglementées, si le champ d'application de la disposition ne varie guère par rapport à ce qui se pratique dans la SA, en revanche la procédure est assouplie en ce qu'il ne s'agit pas d'une autorisation préalable mais simplement d'un rapport du commissaire aux comptes sur ces conventions, présenté aux associés pour approbation. D'ailleurs, la sanction du non respect de la procédure n'est pas la nullité de la convention mais la mise à la charge du président et des dirigeants concernés des conséquences dommageables pour la société.

D'autre part, l'article L227-8 du Code de commerce étend au président et aux dirigeants de la SAS les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes. Si le texte a le mérite de la simplicité par renvoi à une construction connue, il nie cependant l'originalité de la SAS quant à sa direction, toute la difficulté étant d'identifier, au-delà des appellations données par le pacte social, les dirigeants soumis à cette responsabilité¹⁶⁶.

40. La liberté contractuelle, exprimée dans le pacte social aussi bien quant à l'organisation du capital que celle du pouvoir, est donc bien la caractéristique principale de la SAS et offre des perspectives infinies. Néanmoins cette liberté, qui se combine avec l'efficacité de la personnalité morale, est désormais admise dans le cadre d'une structure à responsabilité limitée. Il s'agit là de la violation préjudiciable aux tiers en particulier de ce qu'un auteur¹⁶⁷ a identifié comme une connexion radicale du droit des sociétés entre l'activité et la garantie. Est-ce à dire pour autant que la liberté dans la SAS va s'exprimer en toute sécurité pour les associés notamment ? Si effectivement les associés bénéficient d'une responsabilité limitée, la structure est loin d'être sans risque pour eux. Ainsi, la liberté offerte doit-elle être apprivoisée.

¹⁶⁶ AUBRY H., *La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée*, RS 2005, p. 793.

¹⁶⁷ SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ 2002, préf. F. Terré, spéc. n°449 et s.

II – LA SAS : UNE LIBERTE A APPRIVOISER

41. Devenue « *la société fermée de droit commun* »¹⁶⁸, la société par actions simplifiée arrive presque toujours en tête dans la concurrence avec les autres formes sociales¹⁶⁹. Pour autant, si ses attraits sont indéniables, il ne faudrait pas qu'ils masquent ses dangers.

En effet, comme le souligne un auteur¹⁷⁰, « *l'adjectif simplifiée ne signifie pas que la nouvelle société est elle-même simple. Bien au contraire, en laissant une large initiative à la volonté des actionnaires, elle oblige ceux-ci à un effort d'imagination plus grand que les structures contraignantes* ». « *Un apprentissage de la liberté sera nécessaire afin de tirer partie de toutes les possibilités offertes par la loi* ».

Il convient donc de mettre l'accent sur les dangers de la structure (A) avant d'indiquer quelques unes des précautions à prendre (B).

A – LES DANGERS DE LA STRUCTURE

42. Lors de sa création, le législateur a entouré la SAS de nombreux garde-fous¹⁷¹, et prévu un dispositif minimal de protection des tiers et de la société¹⁷². Des réformes successives¹⁷³ seule l'interdiction de faire appel public à l'épargne demeure. Est-ce à dire que la société par actions simplifiée soit devenue sans danger ? Rien n'est moins sûr.

La situation des tiers, en ce qu'elle ne se distingue guère de ce qui se passe dans d'autres formes sociales, ne sera pas analysée. En effet, l'abandon d'un capital minimum et l'autorisation des apports en industrie¹⁷⁴ peuvent se prévaloir du soutien de la doctrine¹⁷⁵ et de la réussite des mêmes mesures dans la SARL¹⁷⁶. Les tiers conservent en outre un interlocuteur privilégié en la personne du président de la SAS¹⁷⁷ et sont à même de mettre en œuvre la responsabilité des dirigeants¹⁷⁸ comme celle des principaux associés¹⁷⁹.

¹⁶⁸ ROUZEAU L., *Evolution statistique de la société par actions simplifiée*, Bull. Joly 2002, p. 1263.

¹⁶⁹ LE CANNU P., *La SAS dans la concurrence des formes de sociétés*, in *SAS : questions d'actualité*, Bull. Joly 2008, §54, p. 236.

¹⁷⁰ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

¹⁷¹ *Renvoi infra* n°1.

¹⁷² LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

¹⁷³ *Renvoi infra* n°1.

¹⁷⁴ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹⁷⁵ MASSART T., *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus*, Bull. Joly 2008, §136, p. 632.

¹⁷⁶ MASSART T., *Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de un euro*, Bull. Joly 2002, §289, p. 1361 ; SERRA G., *Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Chronique d'une mort annoncée*, Bull. Joly 2004, §185, p. 915.

¹⁷⁷ *Renvoi infra* n°35 et s.

¹⁷⁸ *Renvoi infra* n°39.

En revanche, la situation des associés paraît plus préoccupante¹⁸⁰, toutes les exigences tenant à leur personne ayant été abandonnées. Or, il apparaît que la cohésion des associés, caractéristique principale de la structure, puisse se révéler particulièrement contraignante (1), contrainte à laquelle s'ajoute un manque de prévisibilité (2).

1 – UNE COHESION CONTRAIGNANTE

43. La SAS répond au besoin d'introduire, dans une société à risques limités, un fort *intuitus personae* entre les associés¹⁸¹. Même s'il a été voulu par ces derniers, l'*intuitus personae* peut se révéler lourd de contraintes (a), accentuées par l'ambivalence née de l'usage de la règle de l'unanimité dans la structure (b).

a – Les contraintes d'un fort *intuitus personae*

44. L'*intuitus personae*, ou considération de la personne des associés, conjugué à la liberté statutaire qui la caractérise, autorise, dans la SAS, nombre de clauses destinées à l'adapter aux objectifs des associés, portant par là même atteinte à leurs droits.

45. En premier lieu, les qualités jugées essentielles de l'associé par les fondateurs de la société peuvent faire l'objet d'une étroite surveillance¹⁸². S'il s'avérait qu'elles venaient à disparaître¹⁸³, l'élimination de l'associé concerné pourrait alors intervenir¹⁸⁴. C'est un affaiblissement notable du droit traditionnellement considéré comme essentiel de rester associé¹⁸⁵.

En deuxième lieu, l'*intuitus personae* de la SAS permet de justifier les atteintes portées aux prérogatives tant politiques que financières des associés. D'une part, la dissociation du capital et du pouvoir, comme les aménagements dont peut faire l'objet l'exercice du droit de vote¹⁸⁶, peuvent priver l'associé d'une grande partie de ses prérogatives politiques, d'autant que la loi ne lui offre

¹⁷⁹ La responsabilité des principaux associés de la SAS pourrait être mise en cause pour insuffisance d'actif née d'une capitalisation insuffisante si la société était défailante. Voir en ce sens : SAINTOURENS B., *Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, RS 2008, p. 477.

¹⁸⁰ LE CANNU P., *La société par actions simplifiée pour tous*, Rép. Def. 2000, art. 37098, p. 129. *Contra* : GUYON Y., *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, RS 1999, p. 105.

¹⁸¹ PASCUAL I., *La prise en considération de la personne physique dans le droit des sociétés*, RTDCOM. 1998, p. 273.

¹⁸² JEANTIN M., *Les associés de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 223.

¹⁸³ LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

¹⁸⁴ Renvoi *infra* n°16 et s.

¹⁸⁵ DARIOSECQ S., METAIS N., *Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés*, Bull. Joly 1998, §286, p. 908.

¹⁸⁶ Renvoi *infra* n°29 et s.

aucune garantie concernant son information ou sa participation à la vie sociale¹⁸⁷. Ne lui reste que le recours au droit commun des sociétés¹⁸⁸. D'autre part, et toujours sous la seule réserve du respect des principes de droit commun, le pacte peut aménager sa participation aux bénéfices comme aux pertes.

En troisième lieu, l'associé peut se voir opposer, outre l'inaliénabilité, à tout le moins une négociabilité très limitée de ses titres, le rendant ainsi prisonnier de la structure.

b – L'ambivalence de l'unanimité

46. L'article L227-19 du Code de commerce dispose que « *les clauses statutaires visées aux articles L227-13, L227-14, L227-16 et L227-17 ne peuvent être modifiées qu'à l'unanimité des associés* ». Il s'agit des clauses qui, touchant à la composition du capital social et son évolution, permettent d'assurer sa stabilité, de garantir l'équilibre initial et d'assurer la pérennité de la société.

Si ces clauses peuvent se révéler contraignantes pour l'associé, au point de l'exclure ou au contraire de le garder contre sa volonté, elles trouvent leur justification dans l'unanimité exigée pour les introduire ou les modifier¹⁸⁹. Ainsi, peut-on considérer que l'associé a, par avance, nécessairement accepté les contraintes qu'il subit.

A l'inverse, c'est cette même règle de l'unanimité, supposée garantie de son consentement, qui peut se révéler lourde de conséquences. En effet, toute clause relative aux titres sociaux ne pouvant être modifiée qu'à l'unanimité des associés, la SAS peut se révéler non seulement décevante pour l'un ou certains des associés, mais également sans retour¹⁹⁰. Gare alors aux maladresses rédactionnelles qui ne pourraient plus être corrigées !

47. Quant à la situation des associés de la SAS, le plus souvent le seul recours au droit commun des sociétés permettra d'éviter les solutions les plus contraignantes et les plus extrêmes¹⁹¹. Cependant, le manque de prévisibilité des solutions est à souligner.

2 – UN MANQUE DE PREVISIBILITE

48. La SAS, structure libérée des contraintes connues des autres sociétés de capitaux, est d'une extrême malléabilité. Paradoxalement cette grande liberté est également son talon d'Achille

¹⁸⁷ TANDEAU DE MARSAC V., *La SAS, outil de transmission d'entreprise ?*, Bull. Joly 1999, §2, p. 28.

¹⁸⁸ Renvoi supra n°49.

¹⁸⁹ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

¹⁹⁰ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée*, JCP éd. N 1999, p. 1567.

¹⁹¹ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

car il s'agit d'un cadre pratiquement vide¹⁹². Il convient donc de relever les contours de ce cadre, l'ordre public sociétaire (a) avant de montrer les risques de la liberté statutaire (b).

a – L'ordre public sociétaire

49. La liberté des rédacteurs de statuts de SAS, si elle est sans conteste très importante, doit s'exprimer néanmoins dans certaines limites.

Tout d'abord, la SAS étant un contrat de société, ses statuts doivent respecter les principes posés aux articles 1832 à 1844-17 du Code civil¹⁹³. Ainsi, les associés doivent-ils être animés d'un *affectio societatis*¹⁹⁴ et participer aux résultats. Les clauses statutaires organisant la répartition des bénéfices et des pertes doivent donc respecter la prohibition des clauses léonines de l'article 1844-1 du Code civil¹⁹⁵. Dans le cas contraire la clause sera réputée non écrite et si l'*affectio societatis* fait doute, le statut de l'associé considéré risque d'être requalifié. La société doit également être constituée dans l'intérêt commun des associés¹⁹⁶. L'exigence est d'autant plus forte que dans la SAS on peut noter une dichotomie entre l'intérêt social et l'intérêt commun, ce dernier devant toujours l'emporter¹⁹⁷. Par ailleurs, et pour ne retenir que les principales dispositions, l'article 1844 du Code civil limite sensiblement les clauses relatives à la participation des associés aux décisions collectives¹⁹⁸.

Ensuite, la SAS en tant que société commerciale, par actions et dotée de la personnalité morale, est également soumise aux dispositions de la loi du 24 juillet 1966 figurant aux articles L210-1 et suivants du Code de commerce.

Enfin, l'article L227-1 alinéa 3 du Code de commerce dispose que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des articles L224-2, L225-17 à L225-126, L225-*

¹⁹² MASSART T., *La modernisation de la SAS ou comment apporter moins pour gagner plus*, Bull. Joly 2008, §136, p. 632.

¹⁹³ GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207 ; LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345 ; RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

¹⁹⁴ CHAMPAUD, DANET, *L'affectio societatis n'est pas une vieille lune juridique*, RTDCom. 1993, p. 516 ; DE BERMOND DE VAULX J.-M., *A propos d'une conception exaltée de l'affectio societatis*, Droit des sociétés 1993, n°4 ; DE BERMOND DE VAULX J.-M., *Le spectre de l'affectio societatis*, JCP éd. E 1994, I, 346 ; GUYON Y., *L'affectio societatis*, J.-Cl. Sociétés fasc. 20-10, refondu par N. Reboul ; HAMEL J., *L'« affectio societatis »*, RTDCiv. 1925, p. 761 ; REBOUL N., *Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis*, RS 2000, p. 425 ; SERLOOTEN P., *L'affectio societatis, une notion à revisiter*, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Méf. Guyon, Dalloz 2003, p. 1007.

¹⁹⁵ Biblio. Thématique in RS 1997, p. 264.

¹⁹⁶ GERMAIN M., *L'intérêt commun des actionnaires*, in *Où se situera le pouvoir dans les sociétés cotées*, JCP éd. E, Cahiers de droit de l'entreprise n°4, 1996, p. 13 ; HASSLER T., *L'intérêt commun*, RTDCom. 1984, p. 581 ; PIROVANO A., *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, chron. p. 189 ; SCHMIDT D., *De l'intérêt commun des associés*, JCP éd. E 1994, I, 404.

¹⁹⁷ PORACCHIA D., *Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 223.

¹⁹⁸ Renvoi *infra* n°29 ; *supra* n°50.

243 et du I de l'article L233-8 sont applicables à la société par actions simplifiée. Pour l'application de ces règles, les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désigneront à cet effet ». Or, les règles relatives aux sociétés anonymes, quand elles sont applicables, ne gardent-elles pas un caractère impératif¹⁹⁹ ? La technique du renvoi n'est pas sans soulever de difficultés. Comment en effet apprécier la compatibilité des dispositions ?

b – Les risques de la liberté statutaire

50. Il est à noter que la Cour de cassation n'a eu que peu à connaître d'affaires relatives à l'interprétation des statuts de SAS. Néanmoins, des risques liés à la liberté octroyée dans leur rédaction peuvent être identifiés, à travers deux affaires rendues sur la question sensible et contentieuse des clauses d'exclusion.

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 23 octobre 2007²⁰⁰, a-t-elle énoncé, au visa des articles 1844-1 du Code civil et L227-16 du Code de commerce que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter* » et que si « *les statuts d'une société par actions simplifiée peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions, ce texte n'autorise pas les statuts, lorsqu'ils subordonnent cette mesure à une décision collective des associés, à priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition* ». L'arrêt fait un lien indestructible entre le droit de vote et la catégorie des décisions collectives propre à la SAS²⁰¹. Il aurait donc fallu statutairement sortir la décision relative à l'exclusion de la catégorie des décisions collectives.

Par ailleurs, dans un arrêt rendu le 5 mai 2009²⁰², la Cour de cassation a autorisé l'exclusion des associés dirigeants d'une SAS par les autres associés, faisant prévaloir le quorum exigé par les statuts des ¾ des actions, indépendamment des droits de vote attachés à ces dernières. Là encore, le manque de précision des statuts tout comme le manque de prévisibilité des solutions judiciaires a été fatal à l'équilibre ou au déséquilibre initialement voulu par les fondateurs de la SAS.

¹⁹⁹ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

²⁰⁰ Bull. civ. IV n°225. D ; 2008, p. 47, note Paclot; D. 2007, AJ 2726, obs. Lienhard; D. 2009, pan. 323, obs. Hallouin; JCP 2007, II, 10197, note Bureau; JCP 2008, I, 138, n°21, obs. Serinet; JCP éd. E 2007, p. 2433, note Viandier; Rép. Def. 2008, p. 674, obs. Giribila; RTDCom. 2007, p. 791, obs. Le Cannu et Dondero ; RS 2007, p. 814, note Le Cannu. Voir aussi : PAILLUSSEAU J., *La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote*, D. 2008, p. 1563.

²⁰¹ GODON L., *La condition juridique de l'associé de SAS*, in *SAS, questions d'actualité*, Bull. Joly 2008, §55, p. 239.

²⁰² Pourvoi n°08-17831.

51. On ne peut manquer d'insister donc sur les dangers de la SAS pour les personnes non averties²⁰³, sur les conséquences du vide juridique et du manque de prévisibilité des solutions. Pour autant, la structure conserve tous ses attraits, sous réserve de quelques précautions.

B – LES PRECAUTIONS A PRENDRE

52. « La SAS est, en quelque sorte, à la SA ce que, dans un autre domaine, le sur-mesure est au prêt-à-porter »²⁰⁴. « Assimilable à « une formule un » du droit, la SAS ne doit pas être mise entre les mains d'utilisateurs inexpérimentés »²⁰⁵. La doctrine, à travers ces métaphores, s'accorde à considérer la société par actions simplifiée comme une structure certes très performante, mais aussi très complexe²⁰⁶, le contrat reprenant le pas sur l'institution²⁰⁷.

En présence d'une telle liberté statutaire, il devient absolument essentiel pour les fondateurs de la société de déterminer avec précision le projet qui nécessite la création d'une SAS²⁰⁸ et de faire preuve de la plus grande prudence dans leur construction²⁰⁹ sociétaire. Ils doivent donc concentrer toute leur attention sur la rédaction des statuts (1) sans pour autant négliger l'utilité des pactes annexes (2).

1 – LA REDACTION DES STATUTS

53. « Les statuts de la société redeviendront la véritable charte des actionnaires et mériteront à nouveau l'appellation traditionnelle, aujourd'hui détournée, de pacte social »²¹⁰. C'est dire si la responsabilité des rédacteurs est grande. Ainsi devront-ils se plier aux exigences du sur-mesure (a) et prendre garde tout particulièrement à l'agencement des clauses entre elles (b).

²⁰³ SCHILLER S., *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, Les connexions radicales*, LGDJ 2002, préf. F. Terré, spéc. n°449 et s.

²⁰⁴ BERTREL J.-P., *La SAS : bilan et perspectives*, Dr. patr. sept. 1999, n°74, p. 40.

²⁰⁵ GUYON Y., *L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art. 3)*, RS 1999, p. 105.

²⁰⁶ VALETTE D., *Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999)*, RS 2000, p. 215.

²⁰⁷ HOVASSE H., *Bientôt « la société par actions très simplifiée »*, Dr. Sociétés juin 2008, p. 6. Sur le débat relatif à la nature juridique de la société : pour la conception contractuelle de la société : MESTRE J., *La société est bien encore un contrat*, Mél. Mouly, Litec 1998, t.II, p. 131 ; BERTREL J.-P., *Liberté contractuelle et sociétés*, RTDCom. 1996, p. 595 ; PRIEUR J., *Droit des contrats et droit des sociétés*, Mél. Sayag, Litec 1997, p. 371 ; LIBCHABER R., *La société, contrat spécial*, Mél. Jeantin, Dalloz 1999, p. 281. Sur la conception institutionnelle de la société : CHAMPAUD C., *Le contrat de société existe-t-il encore ?* in *Le droit contemporain des contrats*, Economica 1987, p. 125 ; PAILLUSSEAU J., *Le Big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, RJC 1987, p. 377.

²⁰⁸ LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

²⁰⁹ LE FEVRE A., *Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée*, RJC 1992, p. 89.

²¹⁰ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

a – Les exigences du sur-mesure

54. Après quelques années d'existence et quelques aménagements destinés à étendre son champ d'application, la SAS connaît un réel succès et des modèles de statuts ont fleuri, en particulier sur Internet²¹¹. Le sur-mesure aurait-il déjà fait long feu ? Certainement pas. Les formules proposées ne constituent jamais qu'une trame, un modèle destiné à servir de guide aux rédacteurs de l'acte. A charge pour eux de l'adapter aux besoins spécifiques de leur structure et de traduire fidèlement la volonté des associés. Par ailleurs, ces formules toutes faites ne font guère preuve d'originalité et n'exploitent pas la liberté octroyée par le législateur.

Mais les fondateurs de la SAS, étourdis par cette liberté peuvent aussi choisir de se référer très largement au modèle bien connu de la société anonyme et même renvoyer à titre supplétif aux dispositions qui lui sont applicables. Certes, il s'agit là d'une solution de facilité²¹². Mais elle n'est pas à négliger, la société par actions simplifiée recelant « *d'autres charmes moins nobles que peuvent apprécier les dirigeants sociaux* » : les mandats exercés au sein d'une SAS ne sont pas décomptés parmi les mandats soumis aux règles de cumul applicables dans les SA ; la rémunération des dirigeants n'est pas soumise à publicité ; la combinaison mandat social/contrat de travail n'est assujettie à aucune restriction légale ; les règles de limite d'âge prévues pour les SA ne sont pas applicables...²¹³

55. Pour tous ceux qui voudront profiter de toute la liberté offerte dans la SAS, la mission sera complexe²¹⁴. En effet, la constitution de la société devra s'accompagner d'un ensemble cohérent et complet de règles²¹⁵ et ses fondateurs devront faire preuve de la plus grande vigilance quant aux clauses choisies et aux organes mis en place. Tout d'abord, les clauses jugées essentielles, c'est-à-dire touchant à la composition du capital social et à la circulation des titres sociaux, ne pourront plus être modifiées en cours de vie sociale, sinon à l'unanimité des associés. Ensuite, l'organisation interne de la société, en particulier si elle fait appel à des organes *ad-hoc*, ne bénéficie plus du « *filet de sécurité* »²¹⁶ constitué par un système légal supplétif et toute maladresse de rédaction sera source de contentieux ou de responsabilité des dirigeants voire des associés.

²¹¹ Sans aucun souci d'exhaustivité : http://lentreprise.lexpress.fr/statut-creation-entreprise/sas-societe-par-actions-simplifiee-statuts-d-une-societe-par-actions-simplifiee_7738.html?p=7;

<http://entrepreneur.leschos.fr/entreprise/modele/creation/KC224M5-statuts-de-sas-343.php>.

²¹² RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

²¹³ COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, Litec 21^e éd. 2008, spéc. p. 402, n°891.

²¹⁴ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69.

²¹⁵ RANDOUX D., *Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée*, JCP éd. N 1999, p. 1567, spéc. n°9 ; DE LASSUS S., *La société par actions simplifiée, outil de transmission ad-hoc en matière d'entreprise familiale*, La revue fiscale notariale, n°4, avril 2007, étude n°9.

²¹⁶ RANDOUX D., *La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises, la SAS*, JCP éd. N 1994, p. 69, spéc. n°14.

C'est pourquoi la doctrine dans son ensemble, comme les praticiens, s'accordent à recommander très vivement le recours à des professionnels qualifiés en droit des sociétés ou à un notaire²¹⁷. Comme l'a formulé un auteur : « *la sécurité légale laisse place à la qualité du service du professionnel du droit* »²¹⁸. D'ailleurs, ce recours peut constituer une garantie pour les associés, le professionnel étant susceptible d'engager sa responsabilité civile professionnelle²¹⁹.

b – L'agencement des clauses entre elles

56. La plus grande difficulté lors de la conception des statuts de la SAS sera certainement celle qui consiste à agencer et combiner les clauses les unes par rapport aux autres. On peut rappeler²²⁰ par exemple que la clause d'inaliénabilité des titres sociaux doit s'accorder non seulement avec une clause d'agrément, notamment en cas de transmission héréditaire des titres, mais également avec une clause d'exclusion. Un auteur mettant en garde contre les dangers de ces combinaisons, recommande de pratiquer la cybernétique juridique²²¹.

Dans le domaine de la direction sociale également, la tâche rédactionnelle est ardue : le principe de hiérarchie des organes sociaux comme les appellations familières étant abandonnées, les statuts devront déterminer les fonctions, les pouvoirs et les responsabilités de chaque organe, ainsi que les qualifications les plus pertinentes²²².

De ces exigences rédactionnelles naît le constat que constituer une société par actions simplifiée peut et doit prendre du temps. Pourquoi alors ne pas prendre le temps de rédiger également des pactes annexes qui peuvent révéler toute leur utilité en cours de vie sociale.

2 – LES PACTES ANNEXES

57. En vertu du principe de la liberté contractuelle²²³, les parties au contrat n'ont le plus souvent d'autres limites que celles de leur propre imagination quant aux engagements qu'ils conviennent.

S'agissant de la constitution d'une société par actions simplifiée, si la liberté s'exprime déjà dans les statuts, ceux-ci restent compétents plus pour les principes que pour les détails. Si les

²¹⁷ CASTAGNE S., *La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous !*, JCP éd. N 2000, p. 1084.

²¹⁸ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

²¹⁹ VALETTE D., *Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999)*, RS 2000, p. 215.

²²⁰ Renvoi *infra* n°10.

²²¹ LE CANNU P., *Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée*, Rép. Def. 1994, art. 35933, p. 1345.

²²² AUBRY H., *La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée*, RS 2005, p. 793.

²²³ Article 1134 C. civ.

associés préfèrent un instrument plus souple et plus discret, ils peuvent choisir de mettre en place des instruments annexes, en veillant à respecter le thème de la loi et la hiérarchie des normes sociales²²⁴.

Les statuts de la SAS seront donc traditionnellement complétés d'un préambule (a) tandis les pactes d'actionnaires extrastatutaires conservent leurs attraits (b).

a – La nécessité d'un préambule

58. Le préambule se situe en tête des statuts avec lesquels il forme un tout indissociable. S'il est légalement facultatif, il est en pratique indispensable²²⁵. Le préambule précise le but du projet, la volonté des fondateurs et les objectifs qu'ils assignent à leur structure. Eclairant sur les intentions des associés, il doit être cohérent avec l'ensemble des autres dispositions statutaires. Son utilité est certaine en cas de difficulté d'interprétation du pacte social ou de contentieux en ce qu'il sert de référence au juge.

b – L'utilité des pactes extrastatutaires²²⁶

60. La société par actions simplifiée est née des revendications des milieux d'affaires²²⁷ et du constat de la multiplication des pactes extrastatutaires entre actionnaires destinés à infléchir la rigidité de la société anonyme²²⁸, véritable « *débauche contractuelle* »²²⁹. La primauté donnée au pacte social dans la SAS est supposée conduire à une plus grande transparence et éviter la floraison des pactes d'actionnaires²³⁰. Est-ce à dire que la nouvelle structure condamne ces pactes extrastatutaires ? Ont-ils perdu toute utilité ?

²²⁴ LE CANNU P., *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 239.

²²⁵ CASTAGNE S., *La société par actions simplifiée : enfin une société pour tous !*, JCP éd. N 2000, p. 1084.

²²⁶ GUYON Y., *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4ème éd. 1999 ; PRAT S., *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, Litec 1992, préface Alain Viandier ; VELARDOCCIO-FLORES D., *Les accords extra-statutaires entre associés*, PU Aix 1993, préface Jacques Mestre. FERRIER D. ET ALL, *Les pactes extra-statutaires*, Colloque, JCP éd.E Cahiers de droit de l'entreprise, n°1, 1992 ; FUNK-BRENTANO F., GARAUD J.-Y., *Pactes d'actionnaires et sociétés non cotées*, MTF Haute finance, mars 1993, p.72 ; MARTIN D., FAUGELORAS L., *Les pactes d'actionnaires*, JCP éd.E 1989, II, 15526 ; MARTIN D., MARTIN LAPRADE B., *Comment contrôler efficacement ses investissements à travers les pactes d'actionnaires*, Petites affiches 22 mai 1992, n°62, p.16 ; PARLEANI G., *Les pactes d'actionnaires*, RS 1991, p.1 ; STORCK J.-P., *La validité des conventions extra-statutaires*, D. 1989, chron.XLII, p.267.

²²⁷ DU PONTAVICE E., *Le droit des sociétés commerciales en question*, RJC 1989, p. 241 ; BISSARA P., *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions*, RS 1990, p. 553. Rapport du CNPF d'octobre 1990, sous la direction de B. Fields. Voir : FIELDS B., *Observations* in Bull. Joly 1990, §296, p. 939.

²²⁸ GUYON Y., *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 4ème éd. 1999.

²²⁹ SCHILLER S., *L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés*, RS 2001, p. 47.

²³⁰ MERLE P., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz 9^e éd. 2003, n°595-1.

61. Rien dans la loi n'interdit la conclusion d'accords extrastatutaires, même si la liberté accordée pour la rédaction des statuts limite nécessairement leur utilisation²³¹. Pour autant, ils conservent une utilité certaine²³². Tout d'abord, ils ont l'avantage de la discrétion²³³. En effet, la publicité donnée aux statuts sociaux ne permet pas de préserver la confidentialité de certaines clauses dont la validité serait au surplus douteuse si elles figuraient dans les statuts. Ensuite, certains accords peuvent avoir un champ d'application limité, soit temporaires, conclus pour une durée limitée, tels des conventions de vote, soit conclus entre certains associés seulement ou entre des associés et des tiers. Enfin, les pactes extrastatutaires ont l'avantage de la souplesse, leur modification étant plus aisée qu'une modification des statuts requérant le plus souvent l'unanimité des associés. Ces avantages étant posés, toute tentative de typologie de ces accords est vaine²³⁴, *le jeu de l'imagination et des convenances n'ayant guère de limite théorique*²³⁵.

Reste que dans la société par actions simplifiée comme dans les autres structures sociales, les pactes d'actionnaires souffrent toujours du problème de leur sanction, comme de leur inopposabilité aux parties non signataires et donc à la société elle-même²³⁶.

62. La société par actions simplifiée mérite certainement le succès qu'elle connaît tant auprès de la doctrine qu'en pratique. Elle est certainement amenée à supplanter toutes les autres formes de sociétés fermées tant la liberté octroyée aux fondateurs est grande²³⁷. Dégagés de toute contrainte légale ils peuvent concevoir la structure la plus simple comme la plus complexe avec toute l'efficacité liée à sa qualification de société commerciale, sa personnalité morale et la limitation de responsabilité qui la caractérise.

La seule limite de la structure n'est autre que le corollaire de cette liberté : les exigences qualitatives de la rédaction du pacte social. Véritable contrat de société faisant la loi des parties, il ne bénéficie qu'à titre très accessoire du secours supplétif de la loi. Ainsi, toute l'attention doit être portée à la création d'un ensemble cohérent et complet de règles. A cet égard, peut-on reprendre une formule célèbre : « *Confions cela aux juristes : le droit n'est-il pas la plus grande école de l'imagination* »²³⁸.

²³¹ GERMAIN M., *La société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

²³² GUYON Y., *Présentation générale de la société par actions simplifiée*, RS 1994, p. 207.

²³³ MIGNON-COLOMBET A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris II, sous la direction de Y. Guyon, 2004, spéc. n°11, p. 20.

²³⁴ Pour un essai : LARRIEU P., *L'interprétation des pactes extra-statutaires*, RS 2007, p. 697.

²³⁵ STOUFFLET J., *Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée*, RS 2000, p. 241.

²³⁶ MIGNON-COLOMBET A., *L'exécution forcée en droit des sociétés*, th. Paris II, sous la direction de Y. Guyon, 2004.

²³⁷ LE CANNU P., *La SAS dans la concurrence des formes de société*, in *SAS questions d'actualité*, Bull. Joly 2008, §54, p. 236.

²³⁸ GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Hector, in Acte II sc. 5.