



**HAL**  
open science

## L'autonomisation de la SAS

Houda Alhoussari

► **To cite this version:**

Houda Alhoussari. L'autonomisation de la SAS. Droit. Université de Rennes I, 2019. Français. NNT : . tel-02867640

**HAL Id: tel-02867640**

**<https://theses.hal.science/tel-02867640>**

Submitted on 14 Jun 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1  
COMUE UNIVERSITE BRETAGNE LOIRE

ECOLE DOCTORALE N° 599

Droit et Science politique

Spécialité : *(droit privé)*

Par  
Houda ALHOUSSARI

## **L'autonomisation de la SAS**

Réflexion sur la fonction du modèle en droit des sociétés

Thèse présentée et soutenue à Rennes, le 15 novembre 2019  
Unité de recherche : IODE

### **Rapporteurs avant soutenance :**

**France DRUMMOND**

Professeur à l'Université Paris II

**Jean-Christophe PAGNUCCO**

Professeur à l'Université de Caen

### **Composition du Jury :**

**Bruno DONDERO**

Professeur à l'Université de Paris I

**Estelle SCHOLASTIQUE**

Professeur à l'Université de Paris Sud

**Nicolas THOMASSIN**

Professeur à l'Université de Rennes I

**Catherine BARREAU**

Professeur à l'Université de Rennes I,  
Directrice de thèse

*L'Université Rennes 1 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*



*À la mémoire de mes parents*

*À Majed*

*Pour Ghays, Shérine et Rose*



## **Remerciements**

*Je tiens à remercier très sincèrement Madame la Professeure Catherine Barreau pour la confiance qu'elle m'a témoignée, les conseils précieux qu'elle m'a prodigués, sa disponibilité permanente et le soutien qu'elle m'a apporté tout au long de ces années. Qu'elle veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse gratitude.*

*Je tiens à exprimer ma profonde gratitude aux professeurs, Madame France DRUMMOND, Monsieur Jean-Christophe PAGNUCCO, Monsieur Bruno DONDERO, Madame Estelle SCHOLASTIQUE, Monsieur Nicolas THOMASSIN, pour l'intérêt qu'ils portent à ce travail en siégeant dans ce jury.*

*Je tiens à remercier également les praticiens (Juristes et chefs d'entreprise) qui ont bien voulu me faire part de leur expérience. Je remercie de même très chaleureusement les Professeurs Monsieur Richard Desgorces et Monsieur Guy Horsmans, pour le temps qu'ils m'ont consacré lors d'un entretien.*

*L'aboutissement de cette thèse doit également beaucoup à l'environnement de travail exceptionnel offert par l'équipe du CEDRE et de l'IODE. Je remercie ses membres pour le chaleureux soutien qu'ils m'ont apporté pendant ces années.*

*J'exprime ici ma profonde gratitude à Anne, Marie-Cécile, Rahaf, Yann, Chaza et Pasquale pour leur soutien remarquable et leur amitié.*

*Mes remerciements s'adressent également à mes amis qui m'ont accompagnée durant ce travail, les collègues de la salle de travail, particulièrement Anaïs, Louis-Marie, Pauline, Sylvain, Dédé, Fleur et aussi Isis, dont le soutien indéfectible et les nombreux encouragements ont été pour moi une inestimable source d'énergie.*

*Je tiens à adresser mes remerciements aux bibliothécaires*

*Ce travail n'aurait pu aboutir sans le soutien sans faille, si précieux de mon mari Majed et de mes enfants Ghays, Shérine et Rose, leur patience, leur amour et leur dévouement. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma profonde reconnaissance*



## Principales abréviations

**Actes prat. et ing.** : Actes pratiques et ingénierie sociétaire. (Lexis Nexis)

**Adde** : Ajouter

**AJDA** : L'actualité juridique de droit administratif

**ANSA** : Association Nationale des Sociétés par Actions

**Art** : Article

**B.D.E** : Bulletin de droit économique (Université Laval)

**BODACC** : Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales

**BV** : *Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid*

**BJS** : Bulletin Joly sociétés

**C. com** : Code de commerce

**Cod. monét. fin** : Code monétaire et financier.

**Cass. civ.** : Arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile)

**Cass. com.** : Arrêt de la Cour de cassation (Chambre commerciale)

**Cass. soc.** : Arrêt de la Cour de cassation (Chambre sociale)

**CCI** : Chambre du Commerce et de l'Industrie

**CCRCS** : Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés.

**CJUE** : Cour de justice de l'Union européenne

**CNPE** : Conseil national du patronat français

**CNRTL** : Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales

**Cons. const** : Conseil constitutionnel

**Cons. État** : Conseil d'État

**CPI** : Code de la propriété intellectuelle

**CSA** : Code des sociétés et des associations (Belgique)

**D. actualité** : Dalloz actualité

**D.** : recueil Dalloz

**Dir.** : Direction

**Doc. fr.** : La documentation Française

**Doc., parl.** : Document parlementaire

**Doctr** : Doctrine.

**Dr. social** : Droit social (Revue, Dalloz)

**Dr. sociétés** : Droit des sociétés (Revue, Lexis Nexis)

**Dr. travail** : Revue de droit du travail (Dalloz)

**EURL** : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

**Fasc** : Fascicule

**Gaz. du Pal.** : Gazette du Palais

**GIE** : Groupement d'intérêt économique  
**Ibid** : Ibidem  
**In** : Dans  
**Infra** : Ci- dessous  
**INSEE**: Institut national de la statistique et des études économiques  
**JO Sénat** : Journal officiel (Sénat)  
**JOAN** : Journal officiel (Assemblée nationale)  
**JOUE** : Journal officiel de l'Union européenne  
**JORF** : Journal officiel de la République française  
**Jour. Sociétés** : Journal des sociétés  
**Juris. Soc. Lamy** : Jurisprudence sociale Lamy  
**L.** : Loi  
**LPA.** : Les petites affiches (Lextenso)  
**LSJ.**: La semaine juridique (Lexis Nexis)  
**MB** : Moniteur belge  
**MTF** : Marchés et techniques financières (Revue)  
**OCDE** : L' Organisation de coopération et de développement économiques  
**Ord.** : Ordonnance  
**Org** : organisation  
**PACS** : Le pacte civil de solidarité  
**PME** : petites et moyennes entreprises  
**PUF** : Presses universitaires de France  
**Rapp. AN** : Rapport à l'assemblée nationale  
**Rapp. Sénat** : Rapport du Sénat  
**Rapp.** : Rapport.  
**Règl** : Règlement  
**Rép. Droit des sociétés** : Répertoire de droit des sociétés (Dalloz)  
**Rép. min.**: Réponse ministérielle  
**Rev. sociétés**: Revue des sociétés (Dalloz)  
**RCS** : Registre du commerce et des sociétés  
**RG AMF** : Règlement général de l'Autorité des marchés financiers  
**RJ com.** : Revue de jurisprudence commerciale. (Ancien journal des agrées).  
**RJDA** : Revue de jurisprudence de droit des affaires  
**RJO** : Revue juridique de l'Ouset  
**RLDA** : Revue Lamy droit des affaires  
**RRJ** : Revue de la recherche juridique  
**SA** : société anonyme

**SARL** : Société À Responsabilité Limitée.

**SAS** : Société par actions simplifiée

**SASU** : Société par actions simplifiée unipersonnelle

**SC** : Société Civile

**SELAS** : société d'exercice libéral par actions simplifiée

**SMN** : Système multilatéral de négociation

**SNC** : Société en nom collectif

**SPE** : Société privée européenne

**SPRL** : Société à responsabilité limitée (Ancien droit belge des sociétés)

**SRL** : Société à responsabilité limitée (Droit belge)

**SUIR** : société unipersonnelle d'investissement à risque

*Supra* : Ci-dessus

**UE** : Union européenne



## SOMMAIRE

### **Partie I. Le rattachement à la SA : obstacle à l'affirmation de la SAS comme modèle**

Titre I. Les modalités du rattachement

*Chapitre I. L'origine du rattachement*

*Chapitre II. Les méthodes du rattachement*

Titre II. Les insuffisances du rattachement

*Chapitre I. Le manque de clarté du rattachement*

*Chapitre II. L'inefficacité du rattachement*

### **Seconde partie. Le détachement de la SAS : condition de l'affirmation de la SAS comme modèle**

Titre I. La singularité de la SAS

*Chapitre I. La spécificité de la SAS par rapport aux autres formes sociétaires*

*Chapitre II. L'identification des éléments significatifs de la SAS*

Titre II. L'affirmation du modèle

*Chapitre I. La construction de la SAS comme référence*

*Chapitre II. La diffusion du modèle*



## INTRODUCTION

1. « *L'autonomie a toujours pour le moins une justification empirique, qu'est la division du travail. De justification scientifique, elle n'en a que dans la mesure où chaque rameau détaché peut faire état de phénomènes juridiques foncièrement différents de ceux que l'on rencontre ailleurs, postulant de ce fait des méthodes renouvelées, ce qui est loin de se vérifier constamment* »<sup>1</sup>.

L'autonomie consiste à se donner à soi-même envers l'autre une loi la mieux adaptée à sa logique et à son objectif. L'autonomisation conduit à une transformation d'une entité juridique complexe jusqu'à un modèle juridique simple.

Ainsi entendu, le modèle semble particulièrement bien se prêter au droit des sociétés de façon générale, dans la mesure où ce dernier a pour objectif de réguler la vie des entreprises afin qu'elles soient économiquement efficaces et que leur fonctionnement soit adapté aux besoins des entrepreneurs. Ce doit viser ainsi à offrir aux entreprises les atouts nécessaires à leur succès. De façon plus particulière encore, la notion de « modèle » semble adaptée à la société par actions simplifiée (SAS) dès lors que, dès son origine, cette forme sociétaire a été créée pour apporter de nouveaux avantages, des atouts aux entrepreneurs, en particulier en termes de flexibilité et d'adaptabilité. L'utilisation du concept « modèle » apparaît ainsi à première vue séduisante pour appréhender le régime juridique de la SAS. Il est néanmoins extrêmement délicat à manier. Il est en conséquence nécessaire de définir de façon précise la notion juridique de « modèle » (§1), avant d'aborder sa pertinence avérée ou souhaitable au régime juridique de la SAS (§2).

### **§1. L'identification de la notion de « modèle » en droit**

2. Dans le langage courant, le terme de « modèle » est polysémique. Le sens de ce mot diffère selon le contexte dans lequel il est utilisé. La notion de modèle reçoit, selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, de nombreuses définitions. Ainsi dit-on du modèle qu'il « *sert ou doit servir d'objet d'imitation pour faire reproduire quelque chose* »<sup>2</sup>. On voit aussi en lui une « *catégorie, classe définie par un ensemble de caractères* »<sup>3</sup>. En droit également, les juristes donnent au terme « modèle » des significations diverses. À titre d'illustration, le doyen

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994, p. 40.

<sup>2</sup> Dictionnaire *Le Petit Robert*, 2012, p. 1613. V° « Modèle ».

<sup>3</sup> *Ibid.*

Carbonnier l'utilise à de nombreuses reprises dans ses ouvrages, lui donnant tantôt le sens d'imitation lorsqu'il l'utilise dans la perspective du droit comparé<sup>4</sup>, tantôt le sens de parangon eu égard à la technique législative utilisée lors de l'édiction des normes civiles portant sur le droit de la famille<sup>5</sup>, tantôt encore le sens plus général de « façonnement »<sup>6</sup>. Il n'est donc pas étonnant de constater que, dans les différentes branches du droit, le « modèle » soit utilisé de façon très variée (A). Cette observation impose alors de dégager les critères de définition de cette notion que nous retiendrons dans le cadre afin de déterminer le rapport qui relie la notion de modèle à l'autonomisation (B).

### A. La présence effective de « modèle » en droit

Rares sont les branches du droit qui ont défini le « modèle » en tant que tel, l'idée de modèle est néanmoins très présente dans les différentes branches du droit (1). Le modèle ne doit pas se confondre avec des notions voisines (2)

#### 1. L'utilisation variée de la notion de « modèle » dans les différentes branches du droit

3. L'utilisation variée de la notion de « modèle » dépend de la vision de l'utilisateur et de la destination pour laquelle on l'utilise. Le droit de la famille, le droit des contrats spéciaux, le droit de la propriété intellectuelle et l'histoire du droit, en constituent des exemples éloquentes.

Ainsi, **en droit de la famille**, la notion de modèle est apparue sous la plume du doyen Carbonnier pour qualifier la structure familiale. Avant 1960, le « modèle familial » dominant alors proposé était celui du mariage. À partir de 1970, le doyen Carbonnier a considéré que le mariage n'était qu'un mode de vie, ce qui conduisit à admettre d'autres modes de vie comme le concubinage et le PACS, tout en maintenant le régime légal du mariage en tant que modèle de référence pour les autres modes de vie en couple<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il indiquait qu'« il aurait même souhaité que notre loi civile, sur le modèle romain, mît la succession testamentaire en plus grand honneur [...] » (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 1992, p. 286)

<sup>5</sup> À ce propos il disait que « chaque groupe se reconstitue ainsi, par affinités, sur le modèle familial qu'il porte en lui ». (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 244)

<sup>6</sup> Lorsqu'il disait : « le droit modèle l'homme ; il le déforme à l'occasion » (J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 342)

<sup>7</sup> Sur la notion de modèle en droit de la famille, voir la thèse : A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le Modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, Thèse, Univ. Panthéon-Assas, 1994.

**En droit des contrats spéciaux**, l'évolution de l'économie moderne et l'essor des technologies nouvelles ont contribué à créer de nombreuses relations entre individus nécessitant de conclure des contrats d'un nouveau genre. Or, la qualification juridique de ces contrats nouveaux n'a été possible qu'en présence d'une référence préexistante au sein du Code civil. Ainsi, en droit des contrats spéciaux, deux contrats ont servi de modèles ou, selon les mots du Professeur Richard Desgorges, de « *contrats de base* »<sup>8</sup>, pour qualifier tous les autres contrats : le contrat de vente pour tout acte de transfert de propriété<sup>9</sup> et le contrat d'entreprise pour tout acte portant sur le service<sup>10</sup>.

**En droit de la propriété intellectuelle**, le terme de « modèle » revêt généralement un sens technique. Il se définit, à côté des dessins, comme « *l'apparence d'un produit, ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux* »<sup>11</sup>. Au-delà, dans cette même branche du droit, le Professeur Catala a présenté le droit d'auteur et le droit du brevet comme des « modèles » servant à rendre effective toute propriété incorporelle<sup>12</sup>.

Enfin, c'est sans doute en **histoire du droit** que la notion de modèle juridique a été la plus élaborée, en tant que concept abstrait. Selon le Professeur Sylvain Soleil, la notion de modèle regroupe deux composantes : la référence et l'imitation. Avant d'imiter tel ou tel modèle, le législateur ou la doctrine identifient plusieurs modèles de référence. Ils déterminent les avantages et les inconvénients de chacun pour bien choisir le modèle qui convient à des fins d'imitation<sup>13</sup>. En droit français, le Code Napoléon, qui a circulé dans le monde, correspond bien à cette définition de modèle juridique. À cet égard, le droit civil français a connu un rayonnement sans pareil au monde. Il a été importé sur presque les continents, en Europe (Allemagne, Belgique, Italie...), en Afrique, en Amérique du Nord, au Moyen Orient (ex. Syrie et Turquie) et également en Extrême-Orient (ex. Japon). Pour certains pays, l'importation a été le fait de la colonisation donc imposée ; pour d'autres il s'est agi d'une

---

<sup>8</sup> Ces mots ont été utilisés lors d'un entretien avec le Professeur Richard Desgorges, le 5 avril 2017.

<sup>9</sup> Ce contrat est régi par les articles 1582 et suivants du Code civil.

<sup>10</sup> Dans une société de services, « le contrat d'entreprise apparaît comme « la bonne à tout faire » du droit des contrats tant son expansion est fulgurante, à la fois en qualité et en diversité » dit Daniel Mainguy. (D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018, § 519, p. 523).

<sup>11</sup> Art. L.511-1 CPI.

<sup>12</sup> P. CATALA, « Rapport de synthèse des troisièmes journées René Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, ouv. col., PUF, 1991, § 24, p. 184.

<sup>13</sup> S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde – une ambition, une expansion (XVI<sup>e</sup>- XIX<sup>e</sup> siècle)*, op. cit., p. 9. Du même auteur, « Les modèles juridiques et leur circulation », Formation de l'ED DSP, Univ. Rennes I (non publié), nov. 2017.

imitation volontaire. C'est dans ce dernier cas, lorsque l'imitation n'est pas imposée et se justifie par le prestige de la référence, que l'on est en présence d'un modèle juridique. L'imitation volontaire du Code civil français par d'autres systèmes juridiques, afin d'améliorer leurs droits positifs, entre autres en Belgique, permet de considérer que ce Code est bien un modèle législatif.

La présence effective du modèle en droit illustre le rôle du modèle, à savoir faciliter la compréhension des nouvelles règles juridiques ou des nouveaux régimes juridiques. Cela distingue la notion de modèle des autres notions voisines.

## 2. La distinction par rapport aux notions voisines

Le « modèle » doit être distingué de cinq notions voisines : l'exemple, l'archétype, le type, la catégorie juridique, et le canon.

4. Tout d'abord, bien qu'il n'en existe pas de définition légale, le doyen Cornu considère que **l'exemple** est une « *application concrète typique, échantillonnée et spécifique par la loi, afin de faire imaginer, par similitude, d'autres applications (non énoncées au texte) de la même règle ; figure modèle* »<sup>14</sup>. L'« exemple » constitue une technique législative bien connue. Il apparaît au sein des textes législatifs lorsque le législateur utilise une formule telle que « *les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer* »<sup>15</sup>. Le législateur utilise cette technique pour éclairer le sens de la règle générale, afin d'étendre son application aux cas non visés. Contrairement au « modèle », la notion d'exemple n'implique pas le sens de référence dans la mesure où elle recouvre simplement un sens illustratif permettant de comprendre le champ d'application d'une règle juridique et de déduire<sup>16</sup> l'ensemble des autres hypothèses susceptibles d'être concernées par ladite règle.

Ensuite, le modèle doit être distingué de **l'archétype**. Ce dernier est un type primitif ou idéal sur « *lequel est faite une œuvre matérielle ou intellectuelle* »<sup>17</sup>. À titre d'exemple, l'équerre

---

<sup>14</sup> G. CONRNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Exemple ».

<sup>15</sup> Comme par exemple, l'article 565 du Code civil. Un autre exemple peut être donné à ce propos, l'article 700 du Code civil : « *si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujéti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit* ».

<sup>16</sup> Le raisonnement qui permet d'aboutir à ce résultat est l'analogie par déduction, et non par induction. Le doyen Cornu a défini l'exemplarité comme « *pouvoir d'évocation de l'exemple, force analogique qu'il développe, afin d'appliquer la règle à des hypothèses semblables non énoncées* ». (G. CONRNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Exemplarité »).

<sup>17</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le Modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, op. cit., p. 285.

constitue un archétype ; elle sert de fondation sans laquelle toute la construction serait inclinée<sup>18</sup>. Contrairement au « modèle », la notion d'archétype repose sur l'idée d'idéal. Conçu par rapport à ce pilier, l'archétype est ainsi un « *modèle institutionnel idéal* »<sup>19</sup>. Cela suppose que ce modèle idéal soit déterminé et défini de manière détaillée et parfaite, ce qui semble irréalisable. L'idée de l'idéalité est écartée dans la mesure où le modèle se distingue par rapport aux autres institutions mais ne doit pas forcément être idéal.

Par ailleurs, le « modèle » se différencie du « **type** » et de la « **catégorie juridique** ». Cette dernière reçoit deux définitions selon le champ dans lequel la définition a été donnée. Dans le champ de la classification, la catégorie juridique consiste en un « *groupe distinctif d'éléments présentant des caractères semblables* »<sup>20</sup>. En revanche, elle se définit dans la pensée juridique comme « *une ordonnance rationnelle et systématique, se définissant relativement les unes aux autres, par une série de caractères génériques et spécifiques* »<sup>21</sup>. La création de catégories juridiques contribue à la définition d'un régime juridique<sup>22</sup> en le distinguant des autres régimes, et non pas à servir de modèle.

Le concept « type », quant à lui, se définit dans le langage courant, soit comme un « *modèle idéal, défini par un ensemble de traits, de caractères essentiels* », ce qui s'approche de l'archétype, soit comme une « *chose qui réunit en elle toutes les caractéristiques d'une catégorie* » - le synonyme du mot « type » est alors « caractère » ou « figure », soit enfin comme un « *modèle d'une série d'objets identiques, qui la définit* »<sup>23</sup>. Bien que ces définitions utilisent le mot « modèle », ce terme est utilisé au sens large et ne correspond pas à l'idée d'une référence autonome susceptible d'être imitée. Le « type » n'est pas forcément un « modèle ». Or, le « modèle » peut être un « type ». Cela signifie que le type n'a qu'une figure. Le type a pour objectif de montrer les différentes figures de nature différente<sup>24</sup>. Ainsi, contrairement au « modèle juridique », ni la notion de « catégorie juridique », ni la notion de « type », ne se définissent par les critères cumulatifs de référence et d'imitation. De même,

---

<sup>18</sup> A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, Chron., p. 203.

<sup>19</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le Modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, op. cit., p. 88.

<sup>20</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., Voir « Catégorie ».

<sup>21</sup> *Ibid*

<sup>22</sup> G. FRANCOIS et N. CARYOL, *Méthode des études de droit*, Dalloz, 2017, p. 24.

<sup>23</sup> Dictionnaire Larousse en ligne. <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/type/80365#synonyme>.

<sup>24</sup> Cette fonction pédagogique du concept « type » se trouve clairement en droit des contrats spéciaux qui distinguent différents types des contrats. Voir à ce propos D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018.

l'exemple et la catégorie juridique n'ont pas la même fonction que le modèle juridique. Les formes sociétaires donnent un exemple illustratif des notions de types et de catégories juridiques. Le droit des sociétés commerciales se compose de plusieurs types et sous-types de sociétés<sup>25</sup>, à savoir la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée, la société anonyme, la société européenne et la société par actions simplifiée (SAS).

5. Enfin, le « modèle » ne coïncide pas parfaitement avec la **notion de canon**. Le canon se définit dans son étymologie comme un « *terme de technique législative désignant non une règle mais un type de règle érigé en modèle dont le législateur, par harmonisation, établit des applications cohérentes en diverses matières [...]* »<sup>26</sup>. Le canon constitue une technique législative de construction des règles de droit. Le législateur l'utilise exclusivement dans les « *institutions reflétant toutes une même situation de droit* »<sup>27</sup> afin d'assurer une certaine homogénéité des règles juridiques applicables aux situations de nature identique<sup>28</sup>, tandis que le modèle part du principe de l'« *exploitation technique de l'institution proposée en tant que telle* »<sup>29</sup>. Cette exploitation a pour objectif de servir une autre institution ayant une place au-dessous de l'institution modèle. Par opposition au canon, l'institution emprunteuse va recevoir une partie des règles de l'institution modèle.

Dans la mesure où il n'existe pas de définition juridique établie de la notion de modèle, il apparaît nécessaire d'identifier les critères que nous retiendrons pour qualifier le « modèle » auquel nous référons tout au long de notre étude.

---

<sup>25</sup> Art. L. 210-1 C. com.

<sup>26</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°. « Canon ».

<sup>27</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le Modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, op. cit., p. 88.

<sup>28</sup> « *Dans le système juridique, il [le canon] est, tout à la fois, facteur de cohérence et source d'économie. Il clarifie, il unifie, il simplifie. Il épure, il fait voir le même sous le divers, et ce n'est pas seulement un gain technique. L'éventail des présomptions de pouvoir des modes de gestion les fait reconnaître comme des réponses à certaines des aspirations fondamentales de nos sociétés : ce sont des bornes pour marquer le domaine de l'autonomie et celui de l'action commune, la part de l'indépendance et celle de l'interdépendance* ». (G. CORNU, « *Propos sur l'économie législative* », in *Mélanges de suggestions de lois en hommage à P. Harmel*, Liège, 1992, p. 5).

<sup>29</sup> *Ibid.*

## B. Les critères de la notion de « modèle »

6. L'absence d'accord de la doctrine sur une unique définition juridique de la notion de « modèle » est incontestable. Par exemple, la nature de la norme juridique susceptible de constituer un modèle fait débat. Ainsi, le doyen Cornu définit le modèle, en science de la législation, comme « *une œuvre législative dont la valeur exemplaire en fait une source d'inspiration en législation comparée* »<sup>30</sup>. Il limite la « norme-modèle » à la seule loi. À l'inverse, d'autres auteurs estiment qu'« *un système juridique peut constituer un modèle pris dans son ensemble ou dans tel de ses éléments : une loi, une règle jurisprudentielle, une théorie doctrinale peuvent être un modèle, de même que les motifs indiqués dans la décision, la raison non visible de celle-ci, etc.* »<sup>31</sup>.

7. Bien que la doctrine utilise des formules variées pour caractériser le modèle juridique, les différents travaux doctrinaux nous amènent à considérer que la notion de modèle suppose la réunion de deux critères cumulatifs : d'une part, l'existence d'une référence ; d'autre part, l'imitation de cette référence, c'est-à-dire l'existence d'un « rapport d'échange »<sup>32</sup> entre la référence et l'objet qui l'imité. Le Professeur Sylvain Soleil met en lumière le premier critère lorsqu'il définit le modèle comme « *un système juridique type que l'on réduit à quelques traits majeurs et que l'on différencie des autres modèles, pour qu'il serve de référence et qu'il soit utile à l'étude et la comparaison* »<sup>33</sup>. En effet, le modèle se présente ici comme un type de référence qui « *offre des grilles de compréhension* »<sup>34</sup> simplifiant la complexité de la réalité juridique. Ce même auteur met également en avant le second critère, l'imitation, lorsqu'il indique que le modèle juridique correspond à « *un système juridique qui sert de modèle, qui est imité, qui suscite des greffes, des emprunts, des réceptions, des transferts, des transpositions, des acculturations* »<sup>35</sup>. Le Professeur Thierry Revet va dans le même sens, en définissant la notion de modèle comme « *un objet que ses traits, ses qualités, ses vertus et*

---

<sup>30</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., Voir « Modèle ».

<sup>31</sup> Actes des travaux (introduction), in *La circulation du modèle juridique français*- Journée franco-italienne, ouv. coll., Litec, 1994, p.1.

<sup>32</sup> Cette expression est inspirée de la thèse du Professeur Aline Terrasson De Fougères. (A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle dans le droit de la famille : Notion et fonction*, op. cit).

<sup>33</sup> S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde - Une ambition, une expansion (XVI<sup>e</sup> - XIX<sup>e</sup> siècle)*, op. cit., p. 7 et 8.

<sup>34</sup> S. SOLEIL, « Les modèles juridiques et leur circulation », op. cit.

<sup>35</sup> S. SOLEIL, *Le modèle juridique français dans le monde – une ambition, une expansion (XVI<sup>e</sup> - XIX<sup>e</sup> siècle)*, op. cit., p. 8.

*autres atouts érigent en source puissante d'inspiration : le modèle est tel parce qu'il est imitable et imité, sinon reproduit »<sup>36</sup>.*

8. En définitive, pour construire un modèle juridique, il faut au moins deux institutions<sup>37</sup> : une référence à part entière (donneuse) et une autre emprunteuse (receveuse). La première, qui est placée au-dessus<sup>38</sup> de la seconde, constitue une référence pour cette dernière. La position hiérarchique issue d'une prééminence juridique ou économique ne suffit cependant pas pour caractériser la référence. Au surplus, il faut, d'une part, que l'institution référence contienne des marqueurs distinctifs par rapport aux autres institutions, permettant de la faire apparaître prestigieuse et efficiente auprès des autres institutions dont l'emprunteuse<sup>39</sup>, et d'autre part, que son régime soit autonome. L'autonomisation signifie que le régime légal de l'institution susceptible de devenir une référence ne se rattache plus à un autre régime légal. C'est cette autonomisation qui permet aux autres institutions de l'imiter. Cette imitation concrétise le rapport d'échange entre les institutions.

Utilisé de façon variée dans les diverses branches du droit, caractérisé par diverses formules en doctrine, le « modèle juridique » se compose de deux critères cumulatifs : l'existence d'une référence à part entière et la possibilité de son imitation. Ainsi peut-on distinguer conceptuellement et fonctionnellement la notion de modèle de plusieurs concepts voisins. Ces deux critères cumulatifs justifient l'utilisation de l'idée de modèle pour appréhender et faire évoluer le régime de la SAS.

---

<sup>36</sup> T. REVET, « Le Code civil comme modèle (synthèse) », in *Code civil et modèle : des modèles du Code au code comme modèle*, ouv. coll., LGDJ, 2005, p. 595.

<sup>37</sup> Le terme « institution » qu'on utilise dans cette thèse se définit comme « un ensemble de règles concernant un même objet » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2018, V<sup>o</sup>. « Institution »).

<sup>38</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le Modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, op.cit., p. 34.

<sup>39</sup> Les deux adjectifs « prestigieuse » et « efficiente » sont empruntés aux deux théories américaines : la théorie du prestige juridique et la théorie « *comparative law and economics* ». En effet, les deux théories ont été créées à propos de la concurrence des modèles pour expliquer les raisons de sa mobilité. La première théorie repose sur le fondement du prestige par lequel l'importation correspond à la qualité d'une norme issue d'un système juridique d'un État déterminé. (H. MUIR -WATT, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », in *Arch. fh. Dr.* 2001, p. 29 et s. <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/167.pdf>. [Date de la consultation: 22/03/2017]). Cette qualité pourra pousser le législateur à s'approprier le fruit du travail des autres. La seconde théorie « *comparative law and economics* » (ce qui se traduit par « le droit comparé et l'économie ») explique que les systèmes juridiques importent les normes prouvées efficaces et adaptées à leurs besoins. (P. MATTEI, « A Competitive Model Of Legal Rules », in Wintrole, Galeotti, Sammon, *The Competitive State*, 1990).

## **§2. La pertinence de l'idée de « modèle » associée au régime juridique de la SAS**

9. L'analyse du régime juridique de la SAS révèle que l'idée de « modèle » est – ou devrait être – sous-jacente à deux égards. D'une part, l'élaboration du régime juridique de la SAS par le législateur, ancrée dans la technique de la référence législative, indique que la SA a été conçue comme modèle pour la SAS (A). Ce rattachement étant source de multiples difficultés, la SAS devrait, selon nous, se détacher de cette « identification par référence » voire devenir elle-même un modèle (B).

### **A. La SA initialement conçue comme modèle pour la SAS**

10. De même qu'en droit, la notion de « modèle » n'a jamais été définie, elle ne l'est pas de manière spécifique en droit français des sociétés. Le législateur n'utilise pas cette notion, la jurisprudence non plus. Cependant, les traits du « modèle » sont bien présents en droit des sociétés. Cela se manifeste tout particulièrement dans le rapport qui peut relier une forme sociétaire à une autre qui jouit d'une certaine primauté dans le temps par rapport aux autres formes<sup>40</sup>. Plus précisément, il arrive que le législateur élabore le régime juridique d'une société en renvoyant au régime juridique d'une autre société préexistante, considérée comme référence. Le législateur établit alors un « rattachement » entre les deux sociétés et utilise la technique de la législation par référence qui « *consiste à se référer explicitement à d'autres dispositions et à les réorienter dans un autres domaine* »<sup>41</sup>. Cette technique, ancienne en droit des sociétés (1), a notamment conduit à ériger la SA comme modèle pour l'élaboration du régime juridique de plusieurs sociétés, en particulier la SAS (2).

#### **1. La législation par référence, technique ancienne en droit des sociétés**

11. L'histoire du rattachement entre les formes de sociétés remonte au Code Justinien qui connaissait déjà le mécanisme des renvois entre textes législatifs<sup>42</sup>. Pour ce qui concerne la France, le législateur a commencé à utiliser la technique de la législation par référence au sein

---

<sup>40</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle dans le droit de la famille : notion et fonction*, op. cit., p. 33 et s.

<sup>41</sup> D. RÉMY, *Légistique- L'art de faire les lois*, Romillat, 1994, § 281, p. 292.

<sup>42</sup> Les textes du Code Justinien (529) composant le premier titre du livre I font référence à la législation du Conseil œcuménique de Nicée de 325. (Codex iustinianus, 1, 1, 2 éd. Cité par N. MOLFESSION, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ*, n° 12, 1997-4, p. 1194)

de Code de commerce<sup>43</sup>, pour élaborer le régime légal d'une société<sup>44</sup>, à partir de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales. Dans cette loi, le législateur a rattaché le régime légal de la SA à la forme sociétaire qui régnait à cette époque, à savoir la société en commandite par actions. Ce rattachement concernait les conditions de publicité. La lecture attentive des textes de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales appelle plus particulièrement trois observations. Tout d'abord, le législateur a utilisé à plusieurs reprises le mécanisme du renvoi<sup>45</sup> : la formule « *sont applicables* » a rendu les dispositions empruntées au régime juridique de la société en commandite par actions transposables et applicables à la SA. Ensuite, le renvoi effectué aux dispositions des sociétés en commandite par actions n'exigeait pas que ces dispositions fussent compatibles avec le statut de la SA<sup>46</sup>. Enfin, la société en commandite par actions était considérée, à cette époque, comme une référence à laquelle le législateur effectuait le renvoi. Cela se justifiait par le fait que la structure de la société en commandite simple ou par actions était utilisée tant par les grandes entreprises que par les petites, dans le secteur commercial comme industriel. Cette forme sociétaire démontrait, dans la pratique, sa large possibilité d'adaptation aux besoins de la vie des affaires<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Certes, il n'y avait pas de renvoi interne, entre les règles du même Code de commerce, cependant il y avait un renvoi externe aux dispositions du Code Napoléon (Code civil). (J. DE LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, Dufour, 1829, avant propos, p. IV. <https://archive.org/stream/espritducode01locr#page/70/mode/2up>. [Date de la consultation : 15/08/2017]. *Adde.* V. LASSERRE- KIESOW, « L'esprit du code de commerce », in *Le code de commerce 1807- 2007*, ouv. col., Dalloz, 2007, p. 25 et s).

<sup>44</sup> L'examen des textes de l'Ancien Régime montre que celui-ci a reconnu seulement deux formes sociétaires, à savoir la société en commandite simple et la société en nom collectif. Le législateur, à cette époque, n'a pas utilisé la technique de la législation par référence pour édifier leurs régimes juridiques. Il maintenait, ainsi, l'autonomie de chaque forme sociétaire proposée. (Pour voir les textes de l'Ancien Régime, consulter <http://www.eponymes.com/app/webroot/files/files/Ordonnance-1673.pdf> [Date de la consultation: 15/01/2018]). *Adde.* R. SALEILLES, *De la personnalité juridique, La mémoire du Droit*, 1910, p. 297 et s. De même, l'introduction de la SA dans le Code de commerce de 1807 à côté de la société en nom collectif, la société en commandite, ne révélait pas l'existence du rattachement entre les formes proposées.

<sup>45</sup> À titre d'exemple, l'article 24 de la loi du 24 juillet 1867 disposait que « *les dispositions des art. 1, 2, 3 et 4 de la présente loi [relative aux sociétés commerciales] sont applicables aux sociétés anonymes. [...]* ».

<sup>46</sup> Ce que l'on déduit du terme de l'article 45 de la même loi du 24 juillet 1867 qui prévoyait que « *Les dispositions des art. 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui sont actuellement existantes et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaire ou au moins d'inventaire frauduleux, auront opéré la distribution de dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée, dans ce cas, par le numéro 3 de l'art.15, contre les gérants des sociétés en commandite. Sont également applicables, en matière de sociétés anonyme, les dispositions des trois derniers paragraphes de l'art.10* ».

<sup>47</sup> J. HILAIRE, « Le règne et la spéculation. Les sociétés en commandite depuis le code de commerce », in *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Librairies Techniques, 1983, § 19, p.20.

12. Toutefois, à la suite de plusieurs scandales financiers justifiés par la faiblesse de la réglementation commerciale régissant la société en commandite<sup>48</sup>, cette forme sociétaire a commencé à décliner. Cela conduisit à l'adoption d'une série de lois réformant son régime légal<sup>49</sup>. Ces réformes avaient pour objectif, tout d'abord, de développer une réglementation rigoureuse de l'émission des actions et de la constitution de la société, ensuite, d'imposer aux sociétés pendant un délai de six mois après la constitution de la société, d'établir un conseil de surveillance et enfin, de prévoir des sanctions civiles et pénales lourdes afin de veiller à la bonne application des dispositions légales. Cependant, ces réformes n'ont pas réussi à pallier les défauts des sociétés en commandite car la gestion et les nouvelles dispositions de sanctions, civiles et pénales, n'ont pas été suffisamment déterminées<sup>50</sup>. Cela a favorisé une augmentation significative du nombre de sociétés en nom collectif. Or, les besoins du marché justifiant le recours à une société par actions, le législateur a libéré la SA de toute autorisation gouvernementale, tout en renforçant la sécurité juridique<sup>51</sup> et en maintenant le rattachement législatif au régime de la société en commandite par actions. Le maintien du rattachement entre les deux formes sociétaires a été justifié par l'appartenance des deux sociétés à la même catégorie juridique, celle de la société par actions.

13. La période de croissance économique en France, qui s'est étendue de la loi de 1867 sous le Second Empire à la Première Guerre mondiale au XX<sup>e</sup> siècle, a contribué à la prédominance économique de la SA jusqu'en 1933<sup>52</sup>. À partir de cette date et suite aux

---

<sup>48</sup> Cette faiblesse « a permis l'élaboration d'escroqueries dans lesquelles certains commandités ont joué de la valeur des sociétés pour s'enrichir, soit en minorant la valeur nominale d'actions, soit en majorant la valeur des apports », indique Jean Hilaire (J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Presses universitaires de France, 1986, p. 167 et s. M. VASSEUR, *Les sociétés en commandite par actions, commentaire de la loi du 17 juillet 1856*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1856, p. 2 et s).

<sup>49</sup> La réforme initiée par la loi des 17-23 juillet 1856 sur la commandite par actions.

<sup>50</sup> Une autre réforme a touché la société en commandite. Elle fut introduite par les lois de 1863, l'idée directrice de ces lois est d'introduire, à l'instar du modèle anglais des *joint-stock companies limited*, au sein du Code de commerce, un système d'anonymat libre, hors de la société anonyme. Cette loi n'a pas réussi à pallier les défauts des sociétés en commandite. À la suite de cette proposition, les articles 27 et 28 ont été modifiés en consacrant une jurisprudence. La loi du 23 mai 1863 avait créé des sociétés à responsabilité limitée en vue de répondre aux besoins de la pratique.

<sup>51</sup> La loi de 1867 propose trois mécanismes : une organisation légale de la société, un contrôle des associés à l'égard de la société et, enfin, la garantie de la valeur de la société. (F.-X. RUELLAN, *La politique du législateur en droit des sociétés : un instrument de développement économique*, Thèse, Université de Rennes 1, 2011, § 113, p. 56).

<sup>52</sup> La SA s'est « imposée comme la forme sociale prédominante, d'un point de vue économique ». (X. DIEUX, *Droit, moral et marché*, Bruylant, 2013, p. 275).

scandales financiers déclenchés par diverses affaires (Oustrice-Péret, Aéropostale<sup>53</sup> et Stavisky<sup>54</sup>), le régime légal de la SA a semblé insuffisant pour répondre aux besoins du marché, dans la mesure où ce régime ne contenait pas de mesures permettant de protéger les intérêts des tiers<sup>55</sup>. À la suite de la reconnaissance par la Cour de cassation, dans le célèbre arrêt *Motte*, du fait que la SA était une organisation hiérarchisée<sup>56</sup>, la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales<sup>57</sup> a « *introduit un certain nombre d'innovations importantes, qui méritent généralement l'approbation* »<sup>58</sup>. Cette loi a accordé une attention particulière à la SA. Soucieuse d'éviter les dérives, cette loi a précisé de manière détaillée les règles impératives à respecter par les investisseurs souhaitant construire leur projet en constituant une SA. C'est à partir de ce tournant que la SA a commencé à constituer un modèle pour l'élaboration du régime juridique d'autres sociétés, notamment la SAS.

## 2. L'édification de la SA comme modèle

14. En termes de technique législative, la loi du 24 juillet 1966 montre que le législateur a utilisé, comme lors de la loi de 1867, la technique de la législation par référence<sup>59</sup>, tout en inversant le rapport d'échange. Tandis que la loi de 1867 sur les sociétés commerciales avait vu dans la société en commandite par actions une référence à laquelle le régime légal de la SA

---

<sup>53</sup> À ce propos, voir N. NEIERTZ, « Argent, politique et aviation. L'affaire de l'Aéropostale (1931-1932) », *Rev. d'histoire*, 1989, V. 24, n° 1, p. 29- 40.

<sup>54</sup> Voir Paul Jankowski, *Cette vilaine affaire Stavisky : histoire d'un scandale politique*, traduit par Patrick Hersant, Paris, Fayard, 2000.

<sup>55</sup> Le Professeur Dolbeau estimait à cet égard, que « *l'on a pu assister pendant 15 ans (de 1919 à 1935) à cette série de scandales financiers dont la poursuite a décelé les agissements d'administrateurs incorrects ayant commis au détriment de la collectivité dont ils avaient charge, des abus de confiance, des escroqueries, des délits d'émission, de négociation, de majorité factice, de distribution de dividendes fictifs destinés à placer du papier sans valeur...* ». (A. DOLBEAU, « L'évolution du droit des sociétés depuis la guerre », *Rev. sociétés*, 1938, p. 349).

<sup>56</sup> Cass. civ. 4 juin 1946, *aff. Motte* (Société de teinturerie et d'impression), *JCP* 1947, II, n° 3518, note D. Bastian.

<sup>57</sup> Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *JO*, 26 juillet 1966, p. 6402. Cette loi, qui a remplacé la loi de 1867, a été complétée par le décret d'application du 23 mars 1967.

<sup>58</sup> R. ROBLOT, *Les sociétés commerciales, commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, LGDJ, 1968, p. 532.

<sup>59</sup> Nous avons constaté que certaines règles de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ont été empruntées par le législateur lors de l'édiction des dispositions générales des sociétés. Ces emprunts paraissaient en deux façons. Emprunt par reproduction des textes, c'est le cas des règles régissant les engagements des fondateurs signés au nom d'une société en formation (ex. art. 1843 C. civ emprunté à l'article 5 al. 2 de la loi de 1966.) et la liquidation de la société (art. 1844-8 C. civ. emprunté à l'article 391 de la loi de 1966) ; et emprunt par répétition, c'est le cas des textes concernant la fusion et la scission (art. 1844-4 C.civ répète les articles 371 et 372 de la loi de 1966) ainsi qu'en matière de nullité de la société (art. 1844-10 répète l'article 360 de la loi de 1966). Les emprunts faites aux règles de la loi du 24 juillet 1966 montrent que ces règles ont servi de modèle pour le législateur qui tend à les appliquer à toute les sociétés.

avait été rattaché, la loi de 1966 a inversé le sens de ce rattachement en faisant référence, à plusieurs reprises<sup>60</sup>, aux dispositions de la SA et de la société en commandite simple. Par ailleurs, contrairement à la loi de 1867, le législateur a exigé en 1966 que les dispositions relatives à la SA soient compatibles avec les dispositions particulières concernant la société en commandite par actions<sup>61</sup>. Dans le même d'ordre d'idée, l'ordonnance du 23 septembre 1967, qui a défini le groupement d'intérêt économique (GIE) comme un groupement ayant pour objet le développement de l'activité économique de ses membres<sup>62</sup>, l'a rattaché pour ce qui est des pouvoirs, des fonctions, des obligations et des responsabilités des commissaires aux comptes, au régime de la SA<sup>63</sup>. Le législateur a également exigé, à cet égard, que les dispositions relatives aux commissaires aux comptes de la SA soient compatibles avec les règles propres au GIE.

Plus récemment, dans les années 1990, la SA a servi de référence pour l'édification du régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS), une société toutefois voulue distincte de la SA<sup>64</sup>. Le législateur a en effet rattaché la SAS au régime légal de la SA de deux façons : d'une part, il a fait référence au sein de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce aux règles concernant la SA qui ne sont pas exclues de l'application à la SAS<sup>65</sup> et qui semblent compatibles avec les règles composant le régime propre de la SAS<sup>66</sup> ; et d'autre part, il a assimilé les deux sociétés en empruntant certaines règles régissant la SA pour les appliquer directement et sans condition à la SAS<sup>67</sup>. Toutefois, le législateur a maintenu

---

<sup>60</sup> Le législateur a multiplié ce renvoi en matière de constitution, de désignation et de durée du mandat des administrateurs, et en ce qui concerne les obligations du conseil d'administration de la société en commandite par actions (Art. 252 ; 253. al. 3 et art. 255 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales).

<sup>61</sup> L'article 251, § 2 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales prévoyait que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les sociétés en commandite simple et les sociétés anonymes, à l'exception des articles 89 à 150, sont applicables aux sociétés en commandite par actions* ».

<sup>62</sup> Y. GUYON, « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501.

<sup>63</sup> Les articles régissant le GIE sont insérés dans le code de commerce de 1966 ainsi que le code de 2000. L'article L. 251-12, deuxième alinéa du code de commerce actuel dispose que « *les dispositions du présent code concernant les incompatibilités, les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la récusation, la révocation, la rémunération du commissaire aux comptes des sociétés anonymes [...] sont applicables aux commissaires des groupements d'intérêt économique, sous réserve des règles propres à ceux-ci* ».

<sup>64</sup> Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, n° 112, avr.- juin 1994, p. 210.

<sup>65</sup> Qui sont les articles : L. 224-2, du second alinéa de l'article L. 225-14, des articles L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243, du I de l'article L. 233-8 et du troisième alinéa de l'article L. 236-6 du Code de commerce. Voir *infra* n° 69 et s

<sup>66</sup> Ce sont les articles de L. 227-1 à L. 227-20 qui figurent au chapitre VII de Livre II du Code de commerce.

<sup>67</sup> Voir *infra* n° 89 et s.

certaines distinctions entre ces deux formes sociétaires, en particulier en matière de direction et d'organisation de l'actionnariat, en donnant aux associés de la SAS le soin de déterminer librement les stipulations statutaires qui les régissent. Cette liberté statutaire offerte aux associés a largement différencié la SAS de la SA. Pour autant, le rattachement sur certains points entre les deux régimes juridiques démontre qu'en dehors du champ laissé à la liberté statutaire, la SA a servi de modèle pour la SAS.

15. L'édification de la SA comme modèle pour d'autres formes sociétaires amène à cerner les éléments constitutifs de la référence législative à laquelle la SAS a été rattachée. À cet égard, il nous apparaît que la SA a été choisie comme référence dans la mesure où elle satisfaisait deux facteurs clés : le premier, le facteur matériel, la prédominance éco-juridique et le second, le facteur psychologique<sup>68</sup>.

#### **a) Le facteur matériel : la prédominance économique et juridique de la SA**

16. Sur le plan organique, le législateur a doté la SA d'un régime juridique solide et approprié. En ce sens, le législateur a révisé, dans la loi de 1966, le mode de constitution ainsi que le mode de fonctionnement de cette société. Il a proposé une distinction détaillée entre deux formules de direction : l'une avec conseil d'administration et directeur général, l'autre avec conseil de surveillance et directoire<sup>69</sup>. La description minutieuse des règles de la direction de la société a été source de sécurité juridique pour les destinataires de ces règles. L'objectif principal de la loi de 1966 était donc d'assurer une protection efficace des actionnaires et des tiers en dépit de l'influence éventuellement exercée sur « *la liberté d'initiative* »<sup>70</sup> des actionnaires, et ce en favorisant la « *publicisation de l'entreprise* »<sup>71</sup>. De plus, selon la loi de 1966, tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent devenir actionnaires de la SA, ce qui leur permet de siéger au conseil d'administration ou au conseil de surveillance par le biais de leurs représentants. Par ailleurs, le statut fiscal et social

---

<sup>68</sup> On pourrait également évoquer à ce stade, un troisième facteur plus trivial, dit « facteur temporel » : le législateur n'ayant pas disposé de suffisamment de temps pour édifier les nouveaux textes législatifs, aurait opté pour la technique de la législation par référence. Si c'est le cas, on ne peut que le regretter. Faute d'informations fiables, nous avons écarté ce possible facteur de l'étude.

<sup>69</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, 2017, § 529, p. 293.

<sup>70</sup> Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

<sup>71</sup> A. COURET, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1984, p.10.

des dirigeants, proche de celui des salariés, est attrayant. La SA était, à cette époque, la seule société pouvant faire un appel externe au financement. La SA était ainsi particulière en ce qu'elle permettait de trouver le financement par l'emprunt auprès des investisseurs, des entreprises ou de simples épargnants et/ou par le placement de titres. Ce bagage juridique avait rassuré les investisseurs, et les avait incités à choisir cette forme sociétair. C'est la raison pour laquelle, au début des années 70, les grands groupes de sociétés ont choisi la forme de la SA en vue de limiter la responsabilité aux apports en permettant de donner une autonomie de gestion à une filiale, ce qui est primordial pour une filiale commune. L'accroissement remarquable du nombre de sociétés constituées sous forme de SA a montré que cette forme sociétair constituait alors un instrument du prodigieux essor économique<sup>72</sup>. En 1970, celles-ci étaient au nombre de 70 719, contre 72 sociétés en commandite par actions. Au-delà du législateur français, le droit de l'Union européenne a également porté une attention particulière à la SA. Ainsi, presque toutes les directives relatives au droit des sociétés ainsi que les directives relatives aux marchés financiers ont vocation à s'appliquer aux sociétés anonymes. À titre d'exemple, on mentionnera la première directive européenne sur la constitution des sociétés, la validité des engagements sociaux et la nullité<sup>73</sup> ; la deuxième directive sur la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital<sup>74</sup> et la troisième<sup>75</sup> et la sixième<sup>76</sup> directives sur les fusions et scissions internes des sociétés anonymes.

Au regard de ces éléments, la structure de la SA apparaît comme particulière et l'autonomisation de son régime juridique par rapport aux régimes juridiques des autres sociétés a contribué à faire de la SA une référence.

En plus de la prédominance éco-juridique de la SA, le choix de cette forme sociétair comme référence s'est justifié, en second lieu, par un facteur psychologique.

---

<sup>72</sup> En 1970, celles-ci étaient au nombre de 70719, pour 72 SCA.

<sup>73</sup> Dir. n° 68/151 du Conseil, 9 mars 1968 tenant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JOCE, L.65/8, 14 mars 1968 (devenue la directive n° 2009/101 du 16 septembre 2009, JOUE, n° L 258, 1<sup>er</sup> oct. 2009, p. 11).

<sup>74</sup> Dir. n° 77/91 du Conseil, 13 déc. 1976, JOCE, n° L 26, 31 janv. 1977 (refondue par la directive n° 2012/30/UE du 25 octobre 2012, JOUE, n° L.315, 14 nov. 2012, p. 74).

<sup>75</sup> Dir. n° 78/855 du Conseil, 9 oct. 1978, JOCE, n° L 295, 20 oct. 1978 (devenue la directive n° 2011/35/UE, 5 avril 2011).

<sup>76</sup> Dir. n° 82/891 du Conseil, 17 déc. 1982, JOCE, n° L 378, 31 déc. 1982 (modifiée par la directive n° 2014/59/UE du Parlement européen et le Conseil du 15 mai 2014, JOUE, n° L 173, 12 juin 2014, p. 190).

## b) Le facteur psychologique favorisant un rattachement

17. Le facteur psychologique correspond avant tout au souhait de « rester dans une zone de confort ». En effet, d'un point de vue psychologique, le destinataire du droit, lorsqu'il souhaite concrétiser un projet, cherche à trouver un ensemble d'éléments, d'habitudes et de règlements qui lui sont familiers. Il est peu tenté d'en sortir par peur de l'échec. C'est ce que l'on appelle la « zone de confort », au sein de laquelle l'individu aspire à satisfaire plusieurs besoins, dont le besoin de sécurité. Cela signifie concrètement que tout doit se passer comme prévu sans aucun changement par rapport aux habitudes. C'est la raison pour laquelle l'investisseur préférera implanter son projet économique dans un environnement qu'il connaît déjà, afin de ne pas être confronté à des risques imprévus. Si cet environnement implique un élément nouveau, l'investisseur tendra alors à le rattacher mentalement aux éléments préexistants, afin de se sentir en sécurité. Ce sentiment joue un rôle primordial dans le processus mental de prise de décision concernant son investissement. Partant de cette réalité, le législateur tend, grâce à la technique de la législation par référence, à rattacher une nouvelle législation à une ancienne sur le fondement du modèle. « Avec le modèle, le législateur part d'une institution préexistante pour étendre une solution de droit en dehors du cadre qui lui était initialement destiné »<sup>77</sup>. Cette extension se manifeste par une sorte de glissement d'une institution dont on connaît les contours à l'institution emprunteuse. Un tel rattachement a alors pour effet d'encourager le destinataire du droit à tenter de recourir à la nouvelle institution, une forme sociétaire, dans la mesure où elle emprunte une partie non négligeable de ses dispositions à un régime légal préexistant et connu. Même si la nouvelle législation est différente de l'ancienne, le rattachement peut, sauf exception, assurer une sorte de sécurité au destinataire du droit. Dans cette perspective, le rattachement législatif d'une forme sociétaire nouvelle à une autre, prédominante, se justifie. La SA a, à cet égard, affirmé « la connotation monarchique »<sup>78</sup> des normes auxquelles le législateur fait référence. Par conséquent, la détermination législative d'un modèle de référence aura une répercussion sur la rationalité du choix du destinataire du droit.

18. Toujours d'un point de vue psychologique, la psychologie cognitive confirme les avantages de la technique de la législation par référence. En effet, lorsque l'environnement

---

<sup>77</sup> A. TERRASSON DE FOUGERES, *Le modèle dans le droit de la famille : Notion et fonction*, op. cit., p. 223.

<sup>78</sup> J.-L. REUMONT, « La SAS, premières expériences et premières difficultés », *LPA.*, 20/11/1996, n° 140, p. 14.

dans lequel l'être humain vit se modifie, celui-ci cherche à s'adapter à ce nouvel environnement. Il « *tente d'en tirer ce qui constitue à ses propres yeux la meilleure partie* »<sup>79</sup>. Le choix de la meilleure partie dépend de deux éléments : les informations dont dispose la personne qui exerce le choix et la procédure qu'elle adopte pour traiter ces informations. Le décideur possède rarement des informations complètes et pertinentes sur une réalité, notamment lorsque celle-ci est complexe. Aussi traiter les informations susdites est-il particulièrement malaisé. Dans une matière comme le droit qui se caractérise par la complexité, la présentation d'un régime juridique nécessite de recourir à des schémas simplificateurs afin de déterminer son contenu. L'opération de renvoi à une norme préexistante peut, dans ce cadre, apporter certains éclairages sur le régime juridique d'une forme sociétaire nouvelle, qui n'a pas encore une existence véritable<sup>80</sup>. De tels schémas permettent de percevoir le droit selon les facultés mentales ordinaires du destinataire du droit, puis de le mémoriser afin finalement de l'utiliser pour résoudre un problème<sup>81</sup>. En définitive, le choix législatif d'une norme comme référence assure une simplification qui facilite la compréhension du droit et le choix d'une forme sociétaire.

19. Finalement, la prédominance d'un point de vue juridique et économique, et le fait qu'elle soit une forme « connue », donc rassurante pour les investisseurs, expliquent que la SA ait été choisie par le législateur comme modèle, tant pour la société en commandite<sup>82</sup> que pour la SAS. Concernant la société en commandite, le rattachement du régime de la société en commandite par actions à celui de la SA effectué par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ne s'est pas fait à l'occasion d'une création d'une nouvelle forme sociétaire, mais suite à l'affinement d'une forme préexistante<sup>83</sup>. Tandis que, en ce qui concerne la SAS,

---

<sup>79</sup> E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2008, p. 27.

<sup>80</sup> Comme l'énonce Monsieur Bouloc, « pour ceux qui sont extérieurs à une société et qui envisagent d'en faire un partenaire, ce qui importe c'est que la société ait une existence véritable et exempte de contestation » B. BOULOC, « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 437. Cf. A. COURET, « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », *Rev. sociétés*, 2000, p. 89.

<sup>81</sup> A. REY, *Psychologie cognitive expérimentale*, PUF, 2012, p. 10 et s.

<sup>82</sup> Pour mémoire, en vertu de la loi du 24 juillet 1966, la société en commandite par actions a été rattachée à deux sociétés : la société en commandite simple et la SA. Dans ce constat, le rattachement n'était donc pas issu de la création d'une nouvelle forme sociétaire, mais de l'affinement d'une forme préexistante. Ce cas ne sera pas traité dans notre étude dans la mesure où le rattachement est réalisé entre deux sociétés déjà préexistantes.

<sup>83</sup> On élimine ce cas de notre étude dans la mesure où le rattachement est fait entre deux sociétés déjà préexistantes.

le rattachement du régime de cette dernière à celui de la SA a été concrétisé à l'occasion de la fabrication d'une nouvelle forme sociétaire voulue distincte de la SA<sup>84</sup>.

Le rattachement a ainsi créé un rapport d'échange permettant à ces deux sociétés d'emprunter une partie des règles régissant la SA. Facteur de cohérence dans un contexte de pluralité des institutions, ce rattachement ne va toutefois pas sans poser un certain nombre de difficultés. Cela se vérifie tout particulièrement pour la SAS, ce qui justifie, selon nous, d'envisager la transformation du régime juridique de la SAS et la construction de la SAS en tant que modèle.

## B. L'affirmation souhaitable de la SAS comme modèle

20. La SAS, a-t-on pu écrire, « *est un immense succès et un atout considérable pour les entreprises françaises dans la compétition économique internationale* »<sup>85</sup>. Le recensement diffusé par l'Insee depuis 2008 témoigne de ce succès. En plus de l'importante liberté statutaire que la SAS offre aux associés, l'assouplissement successif de son régime juridique constitue évidemment un atout. Les attraits de la SAS par rapport aux autres outils juridiques proposés tendent à s'imposer dans les réflexions et essais en vue de réformer le droit des sociétés (1). Toutefois, de tels attraits ne remettent pas en cause la dépendance de cette société par rapport au régime de la SA et les difficultés qui résultent de cette dépendance. C'est pourquoi, l'autonomisation de son régime propre s'impose dans la réflexion de réformer le droit des sociétés (2).

### 1. Les traits caractéristiques de la SAS

21. La SAS « *constitue une forme sociale originale et particulièrement prisée au point qu'elle concurrence aujourd'hui, malgré son jeune âge, toute les autres structures juridiques d'entreprise* »<sup>86</sup>. Son originalité et sa particularité tiennent tout particulièrement à sa flexibilité inégalée en droit des sociétés commerciales. En effet, la liberté statutaire confiée aux associés de la SAS, afin de constituer une structure juridique « sur mesure »

---

<sup>84</sup> Y. GUYON, « Présentation générales de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, n° 112, avr.- juin, 1994, p. 210.

<sup>85</sup> P.-H. CONAC, « La société par actions simplifiée : une révolution démocratique », in *La société par actions simplifiée - Bilan et perspectives*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 1.

<sup>86</sup> I. URBAIN-PARLEANI et P.-H. CONAC, « Préface », in *La société par actions simplifiée - Bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. VII.

correspondant le mieux à leurs atteintes, constitue le principe clé de la SAS. Celle-ci importe évidemment à une société commerciale par actions et à responsabilité limitée<sup>87</sup>.

La SAS se caractérise par son adaptabilité à tous types d'entreprises, grandes ou petites, ainsi qu'à la diversité des activités économiques. Ses atouts sont évidents dans les groupes de sociétés où la SAS constitue une structure d'accueil adéquate à la filiale commune, la filiale entièrement contrôlée et la holding.

22. Toutefois, malgré des atouts reconnus et une utilité évidente, la SAS ne s'épanouit pas vraiment. Sa structure juridique actuelle ne lui permet pas de réaliser pleinement ses potentialités, cela contredit par conséquent une évolution souhaitable du droit des sociétés.

## 2. Le besoin d'un modèle en droit des sociétés

23. Le maintien du rattachement de la SAS à la SA pose actuellement un certain nombre de difficultés pour la vie des entreprises. Ainsi que cela sera ultérieurement détaillé, il constitue notamment un obstacle à la clarté, à l'efficacité, et à l'adaptation des règles par rapport aux besoins évolutifs des entreprises. C'est d'autant plus regrettable que la SAS a été initialement conçue pour qu'on la distingue des autres formes sociétaires. Dans les faits, c'est acquis : la SAS est perçue comme une société particulièrement attrayante pour les entrepreneurs. Toutefois, les atouts intrinsèques à la SAS sont encore actuellement « freinés » par le rattachement de son régime à celui de la SA. Autrement dit, l'état actuel du droit ne permet pas à la SAS de bénéficier du complet succès qu'elle mériterait.

24. Cet état de choses invite alors à réfléchir à la cohérence d'un rattachement législatif et à la possibilité de dépasser les difficultés actuelles en repensant le régime juridique de la SAS et, plus particulièrement, en assurant son autonomisation par rapport au régime de la SA. Un tel dépassement permettrait, d'une part, de renforcer les avantages de la SAS en rendant son régime juridique plus clair, plus flexible et mieux adapté aux besoins évolutifs du monde des affaires. Il permettrait, d'autre part, d'inciter à l'imitation de ce régime par les systèmes juridiques étrangers. En d'autres termes, les atouts propres à la SAS et les difficultés actuellement rencontrées invitent à penser la transformation du régime de cette société afin de faire de cette dernière un modèle juridique. C'est cette réflexion sur la modélisation de la

---

<sup>87</sup> Sur cette considération, la liberté statutaire remarquable offrant à la société civile ne semble pas égalée à celle de la SAS au regard de la nature civile de cette société et la responsabilité illimitée de ces associés.

SAS, c'est-à-dire son passage à l'état de modèle<sup>88</sup>, que nous nous proposons de mener tout au long de cette étude.

25. La réflexion qui a pour objet de construire la SAS modèle par l'intermédiaire de l'autonomisation de son régime juridique revêt un triple intérêt. Elle permet tout d'abord d'apporter des solutions pratiques aux insuffisances du régime actuel en affinant le régime juridique de la SAS, et donc d'améliorer la qualité du droit des sociétés. Elle permet ensuite d'envisager une simplification du droit des sociétés et un renforcement de la compétitivité de ce droit dans un environnement caractérisé par la pluralité et la diversité des systèmes juridiques. Elle permet enfin de penser la circulation du modèle de la SAS vers l'étranger. Une telle circulation est susceptible de constituer un véritable cercle vertueux. L'importation du modèle par un système juridique étranger contribue à l'enrichissement du droit en cause, et pour ce qui est de l'exportation du modèle, elle offre au créateur de ce modèle l'opportunité d'évaluer la qualité de celui-ci en s'aidant d'instruments qui se trouvent dans le droit étranger. Grâce à cette évaluation, on pourra améliorer ou affiner le droit français.

26. En définitive, selon nous, ***la SAS peut, et doit, devenir un modèle juridique en droit des sociétés.***

Afin d'atteindre cet objectif, la clé consiste à transformer le régime juridique de la SAS afin d'assurer son autonomisation par rapport au régime de la SA. En effet, c'est bien le rattachement législatif qui fait actuellement obstacle à l'existence d'un régime clair et efficace de la SAS, c'est-à-dire à l'affirmation de la SAS en tant que modèle (**PARTIE 1**). Le détachement législatif apparaît ainsi comme condition qui permettra à la SAS de s'affirmer comme modèle (**PARTIE 2**).

---

<sup>88</sup> Le dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) définit le terme « modéliser » comme « établir un modèle ».

## PREMIERE PARTIE

### LE RATTACHEMENT À LA SA : OBSTACLE A L’AFFIRMATION DE LA SAS COMME MODELE

27. Lorsque le législateur se donne pour objectif d’élaborer des normes, il a la possibilité d’utiliser plusieurs techniques. Parmi celles-ci figure la technique de la législation par référence. Cette dernière se vérifie « *chaque fois qu’une norme se réfère à une autre norme, généralement préexistante, de force obligatoire égale ou supérieure, voire même inférieure, afin de rendre applicable la règle à laquelle il est fait référence à la matière pour laquelle on édicte cette référence* »<sup>89</sup>. En d’autres termes, la législation par référence consiste « *en un renvoi à des règles existantes pour les appliquer en toute ou partie à une autre situation ou, au contraire, pour y déroger* »<sup>90</sup>.

Le législateur a régulièrement recours à cette méthode en droit des sociétés, en particulier depuis la loi du 24 juillet 1966 régissant les sociétés commerciales. Cela s’est notamment observé lors de l’élaboration du régime juridique de la SAS au milieu des années 1990. En effet, au lieu de rédiger de nouvelles normes dans leur intégralité, le législateur a fait le choix, pour certaines règles, de renvoyer au régime de la SA et, par conséquent, d’appliquer ce dernier à la nouvelle SAS. À travers cette opération, le législateur a ainsi créé un *lien* entre le régime de la nouvelle SAS et celui de la SA préexistante, cette dernière ayant été considérée comme modèle de référence. Ce faisant, le régime de la SAS a été *rattaché*<sup>91</sup> au régime de la SA.

Le privilège alors donné par le législateur à la technique de la législation par référence peut sans doute s’expliquer par les intérêts pratiques que cette dernière revêt. Elle permet de

---

<sup>89</sup> Ch. LAMBOTTE, « Technique législative et codification », *Story Scientia*, 1988, p. 58.

<sup>90</sup> J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », *RRJ*, n° 12, 1997-4, p. 1210.

<sup>91</sup> Rattacher s’entend dans le langage courant comme l’action de « *relier quelque chose ou quelqu’un à quelque chose, unir deux choses jusqu’alors indépendantes* », ou encore « *établir un rapport de dépendance entre quelque chose ou quelqu’un et quelque chose* » (Dictionnaire Larousse en ligne). Le doyen Cornu a défini le terme de « rattachement » comme celui qui « *désigne à la fois la constatation du ou des liens qui existent entre une situation et un ou plusieurs États (du fait de divers critères) et (au résultat de cette analyse) la soumission de la situation au système juridique de l’État avec lequel elle présente des liens prépondérants* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Rattachement »).

réaliser un ordonnancement méthodique des règles de droit des sociétés en évitant la répétition de celles-ci. Cela conduit alors à analyser l'ensemble du droit en tant que structure cohérente composée d'éléments liés les uns aux autres<sup>92</sup>. La législation par référence apparaît ainsi comme un mode de simplification du droit, assurant l'unification des régimes<sup>93</sup>, et réduisant la diversité des règles.

28. Malgré ces avantages, la technique de la législation par référence présente toutefois certains inconvénients qui se vérifient parfaitement dans l'hypothèse de la SAS. Elle est, dans une certaine mesure, source de complexité, de manque de clarté, ou encore de difficultés en termes d'actualisation<sup>94</sup>. En conséquence, le rattachement à la SA qui résulte de la méthode de la législation par référence ne permet pas à la SAS de révéler tous ses atouts. Il fait obstacle à ce que, pour l'heure, la SAS puisse être un modèle pour d'autres formes sociétaires.

Afin de saisir cet enjeu, il est nécessaire d'analyser les modalités du rattachement de la SAS à la SA (**Titre I**) avant de pouvoir cerner les insuffisances qui le caractérisent (**Titre II**).

---

<sup>92</sup> N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ*, n° 12, 1997-4, p. 1194

<sup>93</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, § 79, p. 307.

<sup>94</sup> En particulier dans l'hypothèse où la SAS devrait évoluer mais que le rattachement à la SA empêche une telle évolution. Rapport du Conseil d'État (Belgique) et Bureau de la coordination, « Légistique formelle-Recommandation et formules », nov. 2001, p. 24.

## TITRE 1. LES MODALITES DU RATTACHEMENT

29. « *La nature de l'activité légistique explique la propension du pouvoir normatif à avoir recours à des textes éprouvés plutôt qu'à tenter d'improviser un texte nouveau* »<sup>95</sup>. Cette tendance, qui se manifeste par l'utilisation de la technique de la législation par référence, se vérifie en ce qui concerne le régime juridique de la SAS. Comme précédemment mentionné, le législateur a en effet composé une partie de ce dernier par rattachement au régime juridique de la SA.

Dans la mesure où le rattachement en tant que tel n'a jamais été un objet d'étude en droit des sociétés, l'analyse des caractéristiques du rattachement de la SAS à la SA suppose une étude en deux étapes. En premier lieu, il apparaît utile de se pencher sur les raisons du rattachement de la SAS à la SA, afin de comprendre les raisons qui ont fait de la SA un modèle de référence aux yeux du législateur. En second lieu, il est nécessaire d'explorer les modalités concrètes de ce rattachement.

En d'autres termes, saisir le rattachement de la SAS à la SA implique tant de revenir sur l'origine de ce rattachement (**Chapitre I**) que d'en préciser les méthodes (**Chapitre II**).

---

<sup>95</sup> D. Rémy, *Légistique- L'art de faire les lois, op. cit.*, § 281, p. 293.



## Chapitre I. L'origine du rattachement

30. Initialement, la SAS a été imaginée comme une version simplifiée de la SA. En effet, le projet portant sur la SAS a vu le jour afin de répondre aux besoins des entreprises pour lesquelles la rigidité du régime de la SA n'était pas, ou plus, adaptée. Néanmoins, ce projet de « SA simplifiée » n'a pas prospéré (**Section I**). Pour autant, il a constitué le premier pas vers la SAS. En effet, les débats parlementaires sur ce projet ont permis l'éclosion de la SAS en tant que structure distincte de la SA, mais rattachée législativement à cette dernière (**Section II**).

### **Section I. Le projet avorté de « SA simplifiée »**

31. Dès les années 1970, le contexte européen marqué par l'ouverture du marché intérieur et la liberté d'établissement a révélé les insuffisances du droit français des sociétés, en particulier, du régime de la SA. Le régime français est en effet apparu particulièrement inadapté pour répondre aux besoins des filiales communes (§1). Cela a justifié que les juristes en particulier les praticiens tentent de trouver des palliatifs. Néanmoins les solutions proposées pour simplifier le régime juridique des sociétés anonymes n'ont pas fructifié (§2).

#### **§1. L'inadaptation du régime de la SA aux besoins des filiales communes**

32. Alors que les filiales communes recherchent une structure juridique flexible pour mener leur « *collaboration opérationnelle* »<sup>96</sup>, les formes sociétaires existant en France dans les années 1960/1970 ne permettaient pas de répondre à ce besoin (A). L'inadaptation du droit français est rapidement devenue problématique dans la mesure où, en raison de l'ouverture du marché intérieur, le droit français a été mis en concurrence avec les droits des sociétés des autres États membres, quant à eux bien plus adaptés (B).

##### **A. L'insuffisance des formes sociétaires françaises**

33. **L'uniformité source de rigidité.**- « *En 1966, quand le droit des sociétés a été élaboré et discuté au Parlement français, une tendance culturelle, forte, de la société politique, conduisait au centralisme, au dirigisme et à l'assistance* »<sup>97</sup>. Cette tendance conduisait à une certaine uniformité qui a été illustrée par le grand nombre de dispositions d'ordre public qui ont encadré minutieusement le fonctionnement des sociétés. La SA, en tant qu'instrument de drainage de l'épargne, était aussi concernée par cette réglementation. Cette uniformité n'a laissé à l'initiative des partenaires que très peu de latitude. Or, l'uniformité et le caractère dirigiste de la SA sont, certes, source de sécurité juridique. Néanmoins, l'inconvénient est que cette forme juridique appelle une structure rigide, difficilement adaptable aux exigences de la vie économique<sup>98</sup>, surtout aux besoins évolutifs des grandes entreprises.

---

<sup>96</sup> D. VIDAL, *La société par actions simplifiée, Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994*, Montchrestien, 1994, p. 6.

<sup>97</sup> J. PAILLUSSEAU, « La modernisation du droit commercial : une préconception du droit des sociétés commerciales », *D.*, 1996, chr., p. 287.

<sup>98</sup> F.-X. RUELLAN, *La politique du législateur en droit des sociétés : un instrument de développement économique*, *op. cit.*, § 150, p. 70.

34. **L'inadaptation résultat de la rigidité.**- L'inadaptation de la SA est avérée sur plusieurs plans. On peut déplorer, tout d'abord, la faiblesse de la liberté contractuelle organisationnelle. Les entreprises cherchent à obtenir une plus grande marge de manœuvre en vue d'organiser leur vie sociale. Aussi préfèrent-elles « *les formules contractuelles aux normes prédéfinies* »<sup>99</sup>, à l'instar du groupe d'intérêt économique, de la BV néerlandaise, ou de la *joint-venture* anglaise, et contrairement à la structure de la SA qui ne répond pas à leurs attentes. Ainsi par exemple, le principe de hiérarchie qui gouverne la SA empêche les filiales communes de créer un comité de direction doté de pouvoirs concurrents à ceux du conseil. En effet, « *de même qu'il n'est pas permis à une assemblée générale, fût-elle extraordinaire, d'empiéter sur le rôle dévolu au conseil, celui-ci ne peut se dépouiller de ses attributions propres* »<sup>100</sup>. Constitue aussi un frein, l'exigence selon laquelle le président soit, sous peine de nullité, une personne physique<sup>101</sup>. Parmi les autres exigences contraignantes figurent celle d'un nombre minimal d'actionnaires afin de constituer une SA<sup>102</sup>, celle d'un nombre imposé d'administrateurs (entre 3 et 12), ou encore celle d'un quorum à respecter pour que le conseil d'administration soit valable. Or, dans une filiale commune, le nombre d'actionnaires ne peut pas excéder le nombre de 12 en raison du fort *intuitu personae* qui la caractérise. En raison de cette contrainte, les actionnaires sont obligés d'avoir des actionnaires minoritaires afin de remplir l'exigence d'un nombre minimal d'actionnaire. L'admission de tiers minoritaires a engendré plusieurs difficultés en pratique dans la mesure où la loi ne propose pas de solutions efficaces. Au surplus, l'insuffisance des règles qui régissent le dépassement du champ d'activité précisé dans les statuts des filiales communes ainsi que celles qui régissent les conflits d'intérêt et l'approbation des conventions conclues<sup>103</sup>, a rendu le régime de la SA inapte à résoudre les problèmes soulevés en cas de désaccord des actionnaires sur certains sujets, comme la désignation d'un dirigeant ou l'exigence d'une majorité précise pour approuver certaines conventions (ce qui n'est pas toujours réalisable, notamment en présence d'une filiale commune égalitaire 50/50)<sup>104</sup>. De manière similaire, en ce qui concerne le droit

---

<sup>99</sup> Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

<sup>100</sup> CA. Aix-en-Provence, 28 septembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 773, note Mestre.

<sup>101</sup> L'article 10 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales *JORF*. 26 juill. 1966, p. 6402.

<sup>102</sup> L'article 73 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>103</sup> À propos de l'art. 101, voir Y. BALENSI, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica 1975 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, 6<sup>e</sup> éd., Economica, 1990, n° 419 et s. ; Ph. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, Dalloz, 21<sup>e</sup> éd., 2018, p. 463 et s.

<sup>104</sup> Voir Ph. BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553

de vote, le principe posé par l'article 1844 du Code civil relatif à la proportionnalité des droits de vote, même s'il semble compatible avec les filiales communes, en raison de l'attachement du droit de vote à l'action ainsi qu'à la quotité de capital détenu, a des répercussions sur l'équilibre au sein des filiales communes. Toutes ces insuffisances ont dirigé les investisseurs vers les formes sociales proposées par les droits des sociétés des autres États membres de l'Union européenne.

### B. La mise en concurrence avec des formes sociétaires étrangères

35. **La BV néerlandaise.**- La grande ouverture des frontières et la liberté d'établissement permettant aux entreprises de circuler au sein du Marché commun (devenu Marché intérieur)<sup>105</sup> ont mis le droit français des sociétés en compétition avec les autres droits nationaux des sociétés. Parmi ces droits figure le droit hollandais des sociétés qui dispose de la *besloten vennootschap* (BV). Depuis son introduction en 1971 (entrée en vigueur en 1972) dans le but de contourner l'application des directives européennes sur le droit des sociétés<sup>106</sup>, la BV a entraîné un grand changement pour ce qui est du droit des sociétés aux Pays-Bas. Cette société a été introduite dans le paysage sociétaire néerlandais pour rendre séduisant le droit local des sociétés et capter de nouvelles entreprises et de nouveaux investisseurs.

36. **La structure juridique de la BV néerlandaise.**- Le législateur, en élaborant la structure juridique de la BV, a repris une grande partie du régime légal de la SA à responsabilité limitée (Naamloze Vennootschap (NV)), notamment les contraintes relatives à l'exigence d'un capital minimum, les restrictions sur les rachats d'actions, et l'interdiction de financer l'acquisition en propre d'actions<sup>107</sup>. Les divers emprunts au régime de la NV ont pourvu la BV d'un cadre juridique spécifique. Malgré le rattachement du régime juridique de la BV à celui de la NV, la première a pu favoriser maints succès<sup>108</sup> dans la mesure où la BV a

---

<sup>105</sup> Le changement d'appellation apparaît dans l'article 3, alinéa 3, du Traité de l'Union européenne qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

<sup>106</sup> E.-J. NAVEZ et Y. DE CORDT, « Rapport général - Une tentative de synthèse des tendances actuelles du mouvement de simplification », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, ouv. col., Bruylant, 2015, p. 32.

<sup>107</sup> C. VAN DER ELST et E. P.M. VERMEULEN, « Rapport néerlandais- The Dutch Private Company : Successfully Relaunched », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, op. cit., p. 165.

<sup>108</sup> En 2005, il y avait 445030 BV contre 4726 NV et en 2013, le nombre de BV constituées aux Pays-Bas est passé à 722056 contre 4228 NV. Cela révèle que la BV est la forme sociétaire la plus attractive. Les données sont citées à partir des contributions suivantes : C. VAN DER ELST et E. P.M. VERMEULEN, « Rapport néerlandais- The Dutch Private Company : Successfully Relaunched », in *La simplification du droit des sociétés*

attiré l'attention des investisseurs européens - dont des français - qui ont préféré, au lieu d'investir en France, s'implanter aux Pays-Bas. Cette attraction a poussé le législateur français à réfléchir sur l'inadaptation des formes sociétaires françaises, et à proposer des solutions. Ces dernières sont toutefois apparues insuffisantes.

## **§2. L'insuffisance des solutions proposées**

37. Tenant compte des difficultés liées à l'inadaptation du droit français des sociétés, les praticiens du droit des sociétés ont essayé de contrer la rigidité du système français. Toutefois, les solutions alors proposées, qu'il s'agisse de solutions pragmatiques (A) ou d'une refonte du régime de la SA en vue de sa simplification (B), n'ont pas été suffisantes.

### **A. Des solutions pragmatiques partielles**

38. Tant le recours aux pactes d'actionnaires pour compléter les statuts (1) que le recours à un tiers pour résoudre les conflits (2) ont constitué des remèdes partiels pour faire face à la rigidité du régime juridique de la SA.

#### **1. Le recours aux pactes d'actionnaires pour compléter les statuts**

39. Dans un rapport préparé par le directeur juridique de l'entreprise Unilever-France en vue du colloque qui a eu lieu en 1975 sur le sujet de la filiale commune, Francis Hoppenot a trouvé en pratique une solution qui visait à pallier la rigidité du régime de la SA : le protocole. En vertu de celui-ci, un ou plusieurs partenaires peuvent « *mettre sur pied et faire fonctionner une organisation répondant aux objectifs économiques qu'ils se sont fixés* »<sup>109</sup>. Ces protocoles rédigés souvent par les actionnaires à côté des statuts (ce qui justifie leur appellation: pactes extra-statutaires) confèrent, en quelque sorte, aux sociétés par actions, dont la SA, un certain *intuitu personae* en leur « *permettant de contrôler les mutations de titres, offrir un contrôle privilégié à un investisseur en capital-risque ou assurer une participation égalitaire et stable dans une filiale commune* »<sup>110</sup>. En ce sens, ils étaient destinés à contrer l'impossibilité de régler efficacement, par les seuls statuts, les relations entre les actionnaires

---

*privées dans les États membres de l'Union européenne, op. cit.* p. 166 et I. CORBISIER, « La SAS au regard du droit du Benelux », in *La SAS- Bilan et perspective*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 199.

<sup>109</sup> F. HOPPENOT, « Rapport », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, ouv. col., 1975, p. 9.

<sup>110</sup> J.- M. MOULIN, « Sociétés anonymes- pactes d'actionnaires », Fasc. 1486, *J.-Cl. Com.*, 20 mars 2015 [Mise à jour : 17 oct. 2016].

eux-mêmes et leur rapport avec la filiale commune, en précisant les modalités de leur coopération, les objets de concentration obligatoire, les répartitions des sièges ainsi que les raisons de leurs séparations. Toutefois, les pactes n'ont pas pu satisfaire les besoins des entreprises au regard de leur incapacité à assurer la sécurité juridique des parties, et ce à deux égards. En premier lieu, les parties n'ont pas hésité à invoquer la nullité ou la caducité des pactes extra-statutaires en invoquant la dérogation de certaines stipulations à une obligation d'ordre public. En second lieu, l'absence de sanctions en cas de non-respect des stipulations extra-statutaires a rendu ces pactes inefficaces et insuffisants. Dans le même esprit, le recours à un tiers pour résoudre les conflits n'est pas apparu comme une solution suffisante.

## 2. Le recours à un tiers pour résoudre les conflits.

40. Les procédures imaginées par les praticiens se fondent sur l'idée de confier à un tiers - autre que les personnes en cause - la mission de résoudre les conflits entre les sociétés participantes, surtout en cas de désaccords fondamentaux qui pourraient porter atteinte à l'existence du groupement. Le conciliateur peut être un membre de la société filiale ou une personne externe dite arbitre.

Dans l'hypothèse où le conciliateur est un membre de la filiale commune, le pouvoir de la conciliation peut être confié, dans une SA administrée par un conseil d'administration, à un actionnaire ou à un administrateur. La désignation d'un actionnaire ou d'un administrateur en tant qu'arbitre ne semblait toujours pas opportune.

En effet, dans le cas où le conciliateur est un actionnaire, le fait que l'actionnaire arbitre puisse voter à propos d'une décision qui l'intéresse pourrait rompre à tout moment l'équilibre égalitaire qui a été instauré<sup>111</sup>. C'est la raison pour laquelle l'actionnaire en cause doit renoncer à son droit de vote. Or, la renonciation au droit de vote n'est pas admise en droit français. Par ailleurs, dans le cas où le conciliateur serait un administrateur ou le président du conseil d'administration, cela voudrait dire que pendant la période où il conviendrait de trancher le conflit entre les sociétés participantes à la filiale commune, la gestion de la filiale commune serait confiée à un de ses dirigeants. Cela ne semblait pas efficace.

Toujours dans la première hypothèse mais cette fois concernant la société administrée par un directoire et un conseil de surveillance, le conciliateur peut être, sans aucune difficulté juridique, un membre du directoire. Cette technique paraît utile pour les sociétés participant à

---

<sup>111</sup> F. GORE, « Rapport », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes des sociétés*, ouv. col., Librairie technique, 1975, p. 26.

la filiale commune, surtout en présence du conseil de surveillance qui assume la mission de contrôle sur le directoire, ce qui permet à chaque société de refuser la proposition de solution du conflit entre les sociétés.

Dans cette hypothèse, le recours à un arbitre externe contient la faculté de compromettre. Le protocole conclu entre les participants dans la filiale commune peut prévoir une clause compromissoire. En vertu de cette clause, les parties s'engagent à se soumettre à la sentence d'un tribunal arbitral. Les signataires du protocole peuvent également déterminer le domaine de cet arbitrage. La décision prise par l'arbitre doit être applicable immédiatement dans la filiale commune.

41. La pratique arbitrale a toutefois soulevé plusieurs difficultés. Elles ont, par exemple, concerné la compétence de l'arbitre en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire figurant dans le protocole signé. À ce propos, la Cour de cassation a affirmé que l'action en nullité d'une convention dont l'annulation entraînerait celle de la clause de compromission y contenue, doit être soumise aux juridictions de droit commun. L'arbitre ne peut pas se faire juge de la validité de cette clause<sup>112</sup>.

42. En outre, l'utilisation des pactes extra-statutaires ainsi que le recours à un moyen extrajudiciaire pour résoudre les conflits dans les entreprises composant un groupe de sociétés n'ont pas apporté de solution efficace face à la rigidité caractérisée par l'uniformité de la SA. Cette rigidité ainsi que l'absence d'une structure adéquate autre que la SA<sup>113</sup>, ont obligé les investisseurs à changer le siège social de leurs sociétés afin de chercher un droit plus favorable que le droit français.

Les éléments disponibles concernant la fiscalité des entreprises constituent une source d'informations dont tient compte l'entreprise pour choisir son siège social. La plus ou moins grande flexibilité du droit des sociétés constitue également une source d'informations à

---

<sup>112</sup> Cass. com., 19 mai 1969, *JCP.*, 1969, II, 16032, note P. Level.

<sup>113</sup> Le droit français des sociétés avait proposé d'autres formes juridiques, la SNC et le GIE. La société en nom collectif présente une certaine souplesse mais elle introduit en parallèle certains freins (voir ce qui a trait à la responsabilité illimitée des associés). Le GIE peut certes être considéré comme un instrument de progrès au service de la collectivité au regard du libéralisme de son régime, mais ce groupement n'est pas le fait d'une société car il n'a pas pour objet de partager les bénéfices. En outre, la responsabilité indéfinie et solidaire des membres au passif du groupement a fait obstacle à l'efficacité des GIE. Au regard des inconvénients découlant de la responsabilité des associés et autres, les investisseurs ne les ont pas adoptés pour leurs filiales communes. À ce propos, voir FLEURIET, « Les filiales communes : le choix d'une forme juridique », *JCP*, 1979, éd. G, I, 2945, et Y. GUYON, « Les obstacles juridiques au développement des groupements d'intérêt économique », *Rev. sociétés*, 1978, p. 32.

considérer. Partant de cette réalité, les juristes ont réfléchi à l'élaboration d'un instrument qui pourrait réaliser les rapprochements internationaux d'entreprises. Un tel instrument devrait être en accord avec la culture juridique des différents pays européens. Ce projet, dont l'objet était de simplifier le régime juridique de la SA, n'a toutefois pas abouti.

### B. Le projet inabouti d'une SA simplifiée

43. Satisfaire le besoin d'un droit des sociétés flexible et en mesure de répondre aux besoins durables des entreprises exige de faire preuve d'imagination de la part des juristes, auxquels le droit en tant que science d'organisation, a confié le métier d'organiseurs « *d'ingénierie juridique* »<sup>114</sup>. C'est dans cet esprit que des juristes ont réfléchi à la simplification du régime de la SA<sup>115</sup>. Ils ont certes considéré que la SA pourrait représenter un instrument de rapprochement en faveur des entreprises, mais la rigidité qui la caractérise ne permet pas d'atteindre l'objectif souhaité. C'est pourquoi il est apparu nécessaire de simplifier la SA. Le projet qui a été présenté s'articulait sur trois idées directrices visant à contrer la rigidité du régime de la SA (1), tout en maintenant un certain rattachement aux règles de la SA (2).

#### 1. Les idées directrices du projet

44. S'inspirant de la BV néerlandaise avec l'ambition d'offrir aux entreprises, tant françaises qu'étrangères, un instrument compétitif, flexible et adapté à leurs exigences de coopération, la réflexion du Centre national du patronat français (CNPF) s'est focalisée sur trois idées : **la souplesse** (de là le souci de personnaliser les relations entre associés), **la transparence** (en précisant les modalités des fonctionnements de la société), **l'efficacité et la sécurité juridique** (il convient d'affirmer la validité des clauses d'agrément et clauses de retrait, et de sanctionner par la nullité la cession des actions faite en violation des dispositions statutaires). La sécurité juridique est exigée quand on vise la pérennité des investissements engagés<sup>116</sup>. Pour que ces trois idées puissent se concrétiser, le projet de loi sur la SA

---

<sup>114</sup> J. PAILLUSSEAU, « Le droit est aussi une science d'organisation et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques », *RTD Com.*, 1989, p. 1.

<sup>115</sup> Ce sont B. Field, G. Baudeau, D. Borde, A. Burin, J. Cotte, N. Dupuis- Hepner, Y. Guyon, Ph. Janin, P. Level, A. Poncelet, B. Portnoi, J.- B. Thomas, M. Toporkoff et A. Viandier. Les travaux ont commencé en 1989 et se sont achevés en 1990. Le rapport du groupe de travail a été publié sous l'intitulé « La société par actions simplifiée - Structure des rapprochements d'entreprises », (Rapport du groupe de travail présidé par Bernard Field, « La société par actions simplifiée - Structure des rapprochements d'entreprises », *CNPF*, oct. 1990, p. 3 et s).

<sup>116</sup> *Ibid*

simplifiée<sup>117</sup> a confié aux actionnaires de la SA simplifiée une liberté contractuelle pour ce qui est d'aménager la direction de la société, les rapports entre actionnaires et les modalités requises pour prendre les décisions collectives. De même, et afin d'assurer la stabilité et la pérennité de la société, le projet de loi a doté les actionnaires de plusieurs mécanismes : la clause d'inaliénabilité, la clause d'agrément et la clause d'exclusion<sup>118</sup> dont les modalités de mise en œuvre doivent être prévues de façon claire et précise par les statuts. À côté des règles permissives qui donnent aux associés la liberté d'organiser statutairement le fonctionnement de la société, se trouvent des règles qui font référence aux règles régissant la SA.

## 2. Le rattachement aux règles de la SA

45. Le projet prévoyait qu'en cas de silence statutaire, les règles du droit commun de la SA et prévues par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, y compris les dispositions pénales, étaient applicables de manière supplétive<sup>119</sup> à la SA simplifiée, à l'exception des dispositions visant la violation des règles concernant les assemblées générales et la publication de leur forme et de leur capital social<sup>120</sup> (nécessairement supérieur à 1 500 000 F). Cette application du droit commun de la SA à la SA simplifiée constituait la première manifestation du rattachement.

46. L'exposé des motifs du projet de loi proposé par le CNPF (devenu Medef) sur une SA simplifiée avait précisé que le droit commun des SA, constitutif de règles supplétives, serait applicable aux SA simplifiées en cas de silence statutaire. Ces dispositions supplétives concernaient les dispositions générales (section I), la constitution de la SA (section II), les modifications du capital social (section V), le contrôle (section VI), la transformation (section VII), la dissolution (section VIII), et la responsabilité civile (section IX)<sup>121</sup>. De surcroît, ce projet prévoyait que les dispositions du Code civil relatives aux procédures du recours aux experts afin de déterminer le prix de cession des actions seraient applicables de façon subsidiaire, à travers l'application des procédures d'expertise prévues à l'article 1843-4 du Code civil<sup>122</sup>. Dans cette optique, il est possible de penser que le rattachement entre la SA et

---

<sup>117</sup> *Ibid*

<sup>118</sup> Voir *infra* n° 466s et 491s.

<sup>119</sup> L'exposé des motifs concernant le projet de la SAS, *op. cit.*, p. 11.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>121</sup> Les textes législatifs concernent la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *JORF*. 26 juill. 1966, p. 6402.

<sup>122</sup> L'exposé des motifs concernant le projet de la société anonyme simplifiée, *op. cit.*, p. 21.

la SA simplifiée se justifiait par l'idée selon laquelle la dernière société était dérivée de la première pour répondre à un objectif précis, sans volonté de créer une autre forme sociétaire autonome. Ce qui nous amène à nous interroger sur les objectifs visés par le projet de loi sur la SA simplifiée. L'exposé des motifs montre que l'objectif principal est de trouver un instrument contractuel simple, susceptible de répondre aux besoins du rapprochement interentreprises<sup>123</sup> (françaises et européennes). Ni le GIE, ni la SNC, ne pouvaient constituer cet instrument. C'est la raison pour laquelle le groupe de travail « *a choisi d'insérer son projet dans le cadre de la législation sur les SA, dont la SA simplifiée n'est qu'une modalité particulière adaptée aux impératifs de la coopération des entreprises et de la constitution de filiales communes* »<sup>124</sup>.

Malgré la nécessité de contrer la rigidité du régime de la SA, le projet de « SA simplifiée » n'a pas prospéré en raison du souhait d'éviter l'application des directives à la nouvelle structure<sup>125</sup>.

47. Pour autant, la réflexion engagée par les juristes n'a pas été inutile. Elle a, de façon assez évidente, inspiré le législateur lors de la création de la SAS au milieu des années 1990. En effet, bien qu'étant une forme sociétaire distincte de la SA, la SAS voit son régime juridique largement rattaché à celui de la SA. Cette formule a été une réussite<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Résumé du rapport concernant le rapprochement contractuel d'entreprises à l'épreuve du droit des sociétés, p. 3.

<sup>124</sup> L'exposé des motifs concernant le projet de la SA simplifiée, *op. cit.*, p. 11.

<sup>125</sup> Y. REINHARD, « Société par actions simplifiée (L. n° 94-1, 3 janv. 1994) », *RTD Com.*, 1994.

<sup>126</sup> G. BERLIOZ, « SAS, Société par actions simplifiée, la révolution sociétaire », *MTF*, 01/03/94, p.35-36. Cité par J. SIMON, « La SAS : Histoire d'un succès », in *La société par actions simplifiée, bilan et perspective*, Dalloz, 2016, p. 42.

## **Section II. Le succès de la SAS, type de société distinct de la SA**

48. En tant que société distincte de la SA, mais rattachée à cette dernière, la SAS s'est vue attribuer un régime juridique simplifié par rapport à celui de la SA. Ce fut un succès. Cela s'est d'ailleurs traduit dans l'évolution du champ d'application *ratione personae* de cette société. En effet, lors de l'introduction de la SAS dans le paysage sociétaire français, le législateur avait simplement pour objectif de constituer une structure d'accueil des *joint-ventures* pour diriger les filiales communes (§1). Quelques années plus tard, en raison de la réussite de la SAS, cette dernière est devenue une société universelle qui s'étend à toute personne (§2).

### **§1. La SAS initiale, « une société de sociétés »**<sup>127</sup>

49. La loi du 3 janvier 1994<sup>128</sup> a permis la création d'une forme sociétaire ayant certaines originalités<sup>129</sup> en maintenant le rattachement législatif entre la SAS et la SA. Le Professeur Dominique Vidal a ainsi estimé que « *la SAS est une ombre portée mais une ombre déformée de la SA* »<sup>130</sup>. Le rattachement en la matière n'est toutefois pas absolu. Il ne couvre pas les règles relatives à la direction, à l'administration et aux assemblées d'actionnaires<sup>131</sup>. Contrairement au régime de la SA, ces règles sont en effet librement choisies et déterminées par les associés de la SAS. De plus, contrairement au régime de la SA, la SAS « *n'a pas été conçue comme devant être d'application universelle* »<sup>132</sup>. Elle était initialement dédiée aux groupes de sociétés et réservée à certaines personnes morales. Son champ d'application était restreint (A). La pratique a toutefois révélé un élargissement des activités de la SAS (B).

---

<sup>127</sup> Cette expression a été employée par le sénateur Dailly, rapporteur du projet de la loi relative à la SAS (*JO Sénat* CR 21 oct. 1993, p. 3353).

<sup>128</sup> Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée, *JORF*, n°2 du 4 janv.1994, p. 129.

<sup>129</sup> M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », *LSJ*, n° 12, 23 mars 1994, I, 3749.

<sup>130</sup> D. VIDAL, *La société par actions simplifiée- Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>131</sup> Art. 89 à 177-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *op. cit.*

<sup>132</sup> J.-L. REUMONT, « La société par actions simplifiée, premières expériences et premières difficultés », *LPA.*, 20 nov. 1996, n° 140, p. 14.

A. Un champ d'application restreint dans les textes

50. La SAS a été conçue comme un support de *joint-venture* réservé aux filiales communes<sup>133</sup>. La *joint-venture* résulte de la volonté de deux ou plusieurs investisseurs de construire une synergie entre le plan stratégique pour une activité donnée et leurs moyens, ceci pour vivre une aventure conjointe sur l'activité en question, pendant un temps déterminé<sup>134</sup>. Ainsi, les caractéristiques de la *joint-venture* (1) expliquent la finalité initialement restreinte de la SAS (2).

1. Les caractéristiques de la « joint-venture »

51. **Une société à durée déterminée.-** Le plan stratégique qui constitue une source fondamentale de l'organisation juridique de *joint-venture*, doit être déterminé dans le temps (entre 3, 5 et 10 ans). À l'expiration de la durée déterminée, la *joint-venture* est dissoute dans les conditions prévues par les statuts. On peut imaginer à cet égard les risques qui pourraient découler en cas de changement de contrôle d'une entreprise, dans la mesure où la *joint-venture* se fonde sur la synergie entre le plan stratégique et les moyens disponibles pour réaliser une activité. L'identité des partenaires est essentielle. Pour éviter tout risque, le législateur prévoit la possibilité de restreindre statutairement l'entrée et la sortie des associés par le truchement des clauses d'agrément, d'inaliénabilité et d'exclusion. Le caractère fermé de la *joint-venture* justifie l'interdiction législative de faire un appel public à l'épargne (devenue offre au public de titres financiers)<sup>135</sup>.

52. **Une répartition des pouvoirs non proportionnelle.-** Par opposition à la façon classique d'organiser la répartition du pouvoir entre les détenteurs du capital et les détenteurs du pouvoir décisionnel, la répartition dans les entreprises concernées par une *joint-venture* connaît une exception au principe de proportionnalité. Le pouvoir peut être attribué sans aucune référence au capital détenu.

53. **Le nécessaire soin statutaire.-** La désinstitutionnalisation des *joint-ventures* nécessite de la part des rédacteurs des statuts une grande connaissance des objectifs stratégiques ainsi que

---

<sup>133</sup> B. FIELD, « Présentation générale », in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994, p. 6.

<sup>134</sup> J.-L. REUMONT, « La SAS, premières expériences et premières difficultés », *op. cit.*

<sup>135</sup> En vertu de l'ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009, la notion d'« appel public à l'épargne » a été remplacée par celle d'« offre au public de titres financiers ».

des connaissances en droit comparé, et aussi de la créativité afin de rédiger les statuts rigoureusement<sup>136</sup>.

54. **L'indépendance de la société mère.**- Il convient de souligner que de manière générale, la société mère qui exerce son contrôle sur ses filiales, s'implique en permanence dans leur vie dont « *la performance s'inscrit directement dans leur stratégie propre* »<sup>137</sup>. Au contraire, en cas de *joint-venture*, la société mère donne une certaine indépendance à sa filiale afin de réaliser son propre intérêt social, ce qui peut parfois engendrer une certaine concurrence avec la société mère.

## 2. La finalité restreinte de la SAS

55. Le législateur n'a pas voulu, au départ, que la forme de la SAS se substitue à la société anonyme. C'est la raison pour laquelle la finalité initiale de la SAS était limitée à une structure juridique d'accueil pour les *joints-ventures* constituées entre entreprises. Dans cette optique, la SAS était alors limitée aux personnes morales dont le capital était de 1500 000 F, capital qui devait être intégralement libéré à la constitution. Malgré ces contraintes, le régime de la SAS a présenté l'intérêt d'une simplification inattendue. La direction de cette société a, dès le départ, été laissée à la liberté des associés afin de déterminer les conditions dans lesquelles la société était dirigée. La rigidité des dispositions régissant les assemblées des actionnaires de la SA a été remplacée par le libre choix de la collectivité des associés. Le législateur a en effet attribué aux associés le pouvoir de déterminer statutairement les décisions qui doivent être prises par l'ensemble des associés. Il a exclu du champ de cette liberté certaines décisions essentielles pour la vie de la société en les considérant comme collectives par nature, par exemple celles concernant l'augmentation ou la réduction du capital.

56. La simplification caractérisant la SAS a été fort appréciée par les responsables de la gestion administrative des filiales qui ont transformé des SA en SAS, en créant des filiales à 100%. Ce succès explique que se soit observé, en pratique, un élargissement de la finalité de la SAS initialement voulue par le législateur

---

<sup>136</sup> J.-L. REUMONT, « La SAS, premières expériences et premières difficultés », *op. cit.*

<sup>137</sup> J.-L. REUMONT, *ibid.*

## B. Une extension du champ d'application dans la pratique

57. Ainsi que cela a été précédemment mentionné, l'introduction de la SAS dans le paysage sociétaire visait à répondre aux besoins pragmatiques des filiales communes. Néanmoins, l'imprécision relative au champ exact de la SAS au sein de la loi a permis aux praticiens d'étendre de façon pragmatique la finalité de cette société (1). Cela a toutefois soulevé certaines difficultés(2).

### 1. Les manifestations de l'extension du champ d'application

58. L'examen des textes législatifs régissant la SAS n'indique qu'indirectement la finalité de la nouvelle forme sociale de la SAS. De fait, l'absence d'un texte législatif limitant l'objet social de la SAS et par conséquent l'utilisation de cette société, a conduit les investisseurs à utiliser cette forme sociétaire comme technique de reprise et de transmission d'une entreprise<sup>138</sup>, et comme structure d'accueil de filiales à 100% en transformant systématiquement les SA en SAS et en constituant des SAS unipersonnelles de fait<sup>139</sup>. L'utilisation de la SAS en tant que filiale à 100% est une source d'économie de gestion pour les groupes. Cependant la présence d'un second associé révèle une fiction inutile.

### 2. Une extension source de difficultés

59. L'utilisation de la SAS pour des finalités autre que la filialisation dans les groupes de sociétés a soulevé plusieurs difficultés<sup>140</sup>. Tout d'abord, des contradictions sont susceptibles d'apparaître entre les règles applicables dans les filiales, dans la mesure où chaque filiale crée sa propre règle. Ensuite, au vu des contraintes législatives imposées à l'actionnariat et de l'inapplication des articles 89 à 177-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, les salariés ne peuvent ni détenir individuellement des actions de leur société, ni devenir un organe de direction. Cela constituait une entrave à la participation des salariés à la vie sociale de la société. Enfin, la difficulté d'appliquer à un groupe de sociétés, réparties

---

<sup>138</sup> J.-P. BERTREL, « La SAS : bilan et perspectives », *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 74, sept. 1999, p. 40. *Adde.* D. RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : La société par actions simplifiée », *LSP Notaire et Immobilière*, n° 8, 25 fév. 1994, 100230

<sup>139</sup> J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle SAS - Le big-bang du droit des sociétés », *D.*, 1999, p. 333.

<sup>140</sup> Les difficultés ont été soulevées par l'auteur Jean-Loïc Reumont à la suite de l'examen de la situation de deux groupes de sociétés. Voir J.-L. REUMONT, « La SAS, premières expériences et premières difficultés », *op. cit.*

dans plusieurs pays européens, la même règle fiscale issue de la directive du 23 juillet 1990<sup>141</sup> qui n'est pas, par principe, applicable à la SAS<sup>142</sup>.

60. L'élargissement pragmatique du champ d'application de la SAS et les difficultés qui en ont découlé ont impulsé une réflexion sur une réforme susceptible d'assurer plus de succès à la SAS en tant que société fermée. En vue d'effectuer une modernisation du droit des sociétés, le sénateur Marini a présenté un rapport au Premier ministre contenant des propositions afin de réformer le droit des sociétés par l'intermédiaire de la contractualisation de la SA, à l'instar de la SAS<sup>143</sup>. Or, ce projet de réforme a été évacué par l'avant-projet de réforme de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Pour autant, la réflexion à propos d'une réforme du régime de la SAS s'est poursuivie. Si l'on remonte en arrière, le législateur en introduisant la SAS dans le paysage sociétaire a provoqué un profond renouvellement de l'organisation des sociétés commerciales. Il n'a pas souhaité ouvrir tout de suite les SAS aux personnes physiques car il fallait une période d'acculturation « *permettant de juger la validité des [...] bases [de la SAS] avant de l'ouvrir à tous les utilisateurs* »<sup>144</sup>. Le succès qu'a rencontré la SAS dans le cadre du groupe des sociétés a montré la validité des bases de la SAS. Cela tendait à confirmer la possibilité d'ouvrir cette société à toute personne en la transformant en société universelle<sup>145</sup>, accessible à toute catégorie d'associés.

## **§2. La SAS adaptée, accessible à toute catégorie d'associés**

61. La transformation de la SAS en société accessible à toute catégorie d'associés résulte des réformes successives qui ont visé sa structure juridique. Cette ouverture s'est manifestée dans la banalisation de cette forme sociétaire, admettant que tous les destinataires du droit puissent être associés. Cette banalisation a amené le législateur à ouvrir la SAS à toutes sortes de personnes. Cela permet, par exemple, aux sociétés d'exercice de professions libérales de se

---

<sup>141</sup> Dir. 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *JOCE*. N° L 225 du 20/08/1990, p. 0006-0009.

<sup>142</sup> La date d'adoption de cette directive précède la date d'introduction de la SAS dans le droit français.

<sup>143</sup> Rapport Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Doc. fr., 1996. Voir *infra* n° 568 et s.

<sup>144</sup> P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée*, Joly, 3<sup>e</sup> éd., 2008, §6, p. 6.

<sup>145</sup> L. ROUZEAU, *La société par actions simplifiée - Vecteur de transformation du droit des sociétés*, Thèse, Univ. Paris V, 2002, p. 309 et s.

constituer en une société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS), ce en adoptant la forme de la SAS. La personne qui exerce une profession libérale, comme celle d'avocat, peut ainsi devenir associée dans une SELAS. Par ailleurs, l'universalité de la SAS s'étend pour accepter les personnes qui ne possèdent qu'un capital très modeste ou qui n'ont que leur moyen intellectuel comme fortune. Dans cette optique, le jeune investisseur peut devenir le fondateur d'une SAS et l'apporteur d'un apport en industrie peut devenir associé. Au vu de ces informations, la SAS paraît être une structure adaptée à toute personne tant physique que morale, unipersonnelle et pluripersonnelle, qui peut y être associée (A). Elle est également une structure apte à recevoir toutes sortes d'usagers (B).

#### A. La SAS, une société adaptée aux personnes morales comme physiques

62. L'ouverture de la SAS pour toute personne est une innovation créée par la loi du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche<sup>146</sup>. Cette loi a transformé la SAS, initialement instrument dédié aux filiales communes, en « *simple outil aux mains de n'importe quelle personne physique ou morale, dans un cadre d'une grande souplesse* »<sup>147</sup>. Conformément à cette loi, les associés peuvent être une personne physique comme morale. L'associé personne physique peut être une personne tant majeure que mineure. Afin de protéger le mineur des risques qui peuvent découler de la SAS, l'autorisation accordée à celui-ci de devenir associé est conditionnée par le respect des exigences prévues dans le droit commun<sup>148</sup>.

63. L'ouverture de la SAS à toute personne s'est accompagnée de la possibilité de constituer une SAS par une seule personne. La SAS unipersonnelle (SASU) dispose de règles particulières par rapport aux règles régissant la SAS. Cela apparaît, à titre d'exemple, en matière de représentation de la société, concernant l'interdiction de la délégation du pouvoir<sup>149</sup>, ou encore concernant la restriction statutaire des cessions d'actions. L'objectif attendu de cette réforme est de favoriser le transfert de technologies de la recherche publique vers les entreprises, en facilitant leur création par des investisseurs innovateurs<sup>150</sup>. Afin d'encourager les investisseurs, le législateur a instauré un statut fiscal privilégié pour certaines

---

<sup>146</sup> Loi n° 99-587, 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, *JORF*, n° 160, 13 juillet 1999, p. 10396.

<sup>147</sup> P. LE CANNU, « La SAS pour tous (L. n° 99-587, 12 juillet 1999, art.3) », *BJS*, 1<sup>er</sup> août 1999, n° 8-9, p. 841

<sup>148</sup> Art. 413-6 et s., C. civ.

<sup>149</sup> Voir *infra* n° 405s.

<sup>150</sup> K. LE COZLER-LE RUDULIER, « La SAS : un outil de droit commun ? », *RJO*, 2001-4, p. 497 et s.

sociétés d'investissement adoptant la forme de la SAS constituées par un associé unique, personne physique avant le 1er juillet 2008. En vertu de la loi n° 2003-311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004<sup>151</sup>, modifiée par la suite par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008<sup>152</sup>, la société unipersonnelle d'investissement à risque (SUIR) est exonérée de l'impôt sur les sociétés et des contributions additionnelles pendant dix ans. L'exonération concerne également l'impôt sur les revenus pour les dividendes versés<sup>153</sup>.

64. Certes, la loi de 1999 ainsi que la loi de finance de 2003 ont libéré la SAS de certaines contraintes imposées par la loi mais cette société restait restreinte à certaines personnes physiques dans la mesure où la SAS n'était pas encore accessible aux petites et moyennes entreprises et aux personnes qui exercent des professions libérales. La réussite de cette forme sociétaire a motivé le législateur à la libéraliser davantage des contraintes imposées en permettant tant aux personnes exerçant des professions libérale ainsi que les investisseurs ayant un capital modeste d'opter pour la SAS.

## B. La diversification des usagers de la SAS

65. L'universalité de la SAS a été confirmée en deux lieux : d'une part, à travers l'autorisation législative de constituer une société de profession libérale en adoptant la forme de la SAS (1) ; d'autre part, à travers la suppression des entraves qui empêchaient les petites et moyennes entreprises d'opter pour une SAS. Par la loi de la modernisation de l'économie de 2008<sup>154</sup>, le législateur a en effet supprimé l'exigence du capital social minimal en autorisant également les apports en industrie (2).

### 1. La SAS, une société d'exercice des professions libérales

66. La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques<sup>155</sup> a autorisé les sociétés d'exercice des professions libérales à se constituer en SAS. Au départ, la

---

<sup>151</sup> Loi n° 2003-311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, *JORF*, n°302, 31 décembre 2003, p. 22530, texte n° 1.

<sup>152</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, n°0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n°1.

<sup>153</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, 6° éd., Joly, 2013.

<sup>154</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008.

<sup>155</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2.

liste des professions autorisées a été limitée aux avocats, aux huissiers et aux notaires<sup>156</sup>. Toutefois, les réformes successives ont élargi la liste des professions, autorisant également les médecins et les experts comptables à constituer une société d'exercice libéral par actions simplifiée (SELAS) afin d'exercer en commun une ou plusieurs professions libérales<sup>157</sup>.

67. Le régime juridique de la SELAS comprend plusieurs dispositions. Cette société est régie par les dispositions du livre II du Code de commerce incluant le régime juridique de la SAS, par les règles particulières instituées par la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, et par les décrets d'application de cette loi. Le régime de la SELAS oblige les associés de cette société à respecter certaines règles qui découlent de la particularité de son objet social. À titre d'exemple, les associés doivent obtenir l'agrément des autorités compétentes afin d'immatriculer une SELAS. La moitié du capital de cette société et le droit de vote doivent être détenus par les professionnels. Ces derniers ne peuvent en revanche détenir des actions à dividende prioritaire sans droit de vote<sup>158</sup>. Par ailleurs, la gouvernance de la SELAS ainsi que la participation à la délibération prévues par l'article L. 227-10 du Code de commerce sont réservées aux associés qui exercent les professions libérales<sup>159</sup>. Par opposition à la SAS simple, la responsabilité des associés de la SELAS est illimitée pour ce qui est des actes professionnels qu'ils accomplissent et la société est responsable solidairement avec eux<sup>160</sup>.

En plus d'ouvrir la SAS à l'exercice d'une profession libérale, le législateur a diversifié les usagers de cette forme sociale en autorisant des apporteurs en industrie et des investisseurs ayant un capital modeste d'être associés dans cette société. La SAS est ainsi devenue une structure adaptée aux PME.

---

<sup>156</sup> Décret n° 93-492 du 25 mars 1993 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n°73, 27 mars 1993, p. 4930. Cf. Décret n° 93-78 du 13 janvier 1993 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n°17, 21 janvier 1993, p.1061. Les deux décrets ont été modifiés par le décret n°2004-852 du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession d'avocat du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n°197, 25 août 2004, p.15229, texte n° 17.

<sup>157</sup> Décret n°2009-1036 du 25 août 2009 relatif à l'exercice en commun des professions paramédicales sous forme de société d'exercice libéral, *JORF*, n°0198, 28 août 2009, p. 14241, texte n° 30.

<sup>158</sup> Art. 9 de la loi 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales.

<sup>159</sup> D. PORACCHIA, « La société d'exercice libéral par actions simplifiée », *Dr. et patrimoine*, 11/ 2001, p. 84.

<sup>160</sup> Art. 16 de la Loi du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales.

## 2. La SAS, une structure adaptée aux PME

68. La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a libéré la SAS des contraintes des lois précédentes. Après avoir été limitée aux grands investisseurs, la forme de la SAS peut désormais être utilisée par des investisseurs modestes. La suppression de l'exigence de capital social minimum a élargi la liste des usagers de cette société.

En outre, selon l'article L. 227-1, alinéa 4, du Code de commerce qui prévoit que « *la société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du code civil* », les personnes qui n'ont que leur savoir-faire peuvent être associés dans une SAS <sup>161</sup>. En cas d'émission d'actions issues des apports en industrie, les modalités de souscription et de répartition de ces actions doivent être déterminées par les statuts.

En définitive, en passant d'une société à finalité restreinte et limitée aux personnes morales, à une société pour tous usagers, la SAS s'est infléchie. L'infléchissement, par extension des usagers, a contribué à l'universalité de cette société, rendant cette dernière accessible à toutes personnes et à toutes sortes d'apports.

---

<sup>161</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008.

## **Conclusion du chapitre I**

69. À l'origine, la création de la société par actions simplifiée a trouvé sa justification dans les imperfections du régime juridique de la SA. En effet, la rigidité de ce dernier a rendu la SA inadaptée pour répondre aux besoins des filiales communes au sein de groupes des sociétés. Cette insuffisance a engendré chez les juristes une réflexion sur les procédures de coopération entre les entreprises, susceptibles de contrer cette difficulté. La première tentative consista alors à imaginer une forme sociétaire flexible dérivée de la SA, baptisée « SA simplifiée ». Celle-ci ne devait pas constituer une forme sociale distincte de la SA, mais simplement une variante. Toutefois, cette première tentative ne prospéra pas. Pour autant, à partir de cette première réflexion émergea le projet d'une SAS, en tant que société distincte de la SA mais législativement rattachée à cette dernière, restreinte aux personnes morales et visant à répondre aux besoins des filiales communes. Le succès de la SAS et le souhait de moderniser le droit des sociétés ont conduit, quelques années plus tard, à la banalisation de cette forme sociale et à son ouverture à toute personne physique ou morale et à tous usagers. Cette banalisation n'a toutefois pas affecté le rattachement de la SAS à la SA. Comprendre ce rattachement impose alors d'analyser les différentes méthodes sur lesquelles le législateur s'est fondé.

## Chapitre II. Les méthodes du rattachement

70. Dans la mesure où la SAS était à l'origine conçue comme une société dérivée de la SA, elle a été rattachée à cette dernière par le législateur. Le rattachement de l'une à l'autre est inscrit au sein du Code de commerce, lequel crée un lien juridique entre les règles régissant la SA « société référence » et celles régissant la SAS « société emprunteuse ». Cette combinaison normative se réalise donc en réunissant des éléments divers pour former un ensemble.

71. Plus précisément, à côté des dispositions propres à la SAS s'appliquent des règles empruntées à la SA. Pour paraphraser A. Terrasson de Fougères, le législateur a ainsi incorporé un élément étranger au régime juridique de la SAS qui ne lui appartient pas en propre<sup>162</sup>. Aucune condition n'étant fixée en droit des sociétés en ce qui concerne les modalités de l'emprunt, le rattachement de la SAS au régime légal de la SA peut emprunter différentes voies. Le législateur a suivi deux méthodes pour composer le régime de la SAS.

D'une part, l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce prévoit l'application à la SAS de certaines règles empruntées à la SA, tout en conditionnant cette application à la compatibilité du régime de la SA avec les règles de la SAS. En conséquence, les règles de la SA concernées sont seulement *susceptibles* d'être appliquées à la SAS. Leur application effective supposera le respect du critère de compatibilité susmentionné. Ce type de renvoi correspond alors à un rattachement par référence (**Section I**). D'autre part, plusieurs dispositions régissant la SAS prévoient que certaines règles propres à la SA *sont, sur certains points précis, applicables* à la SAS, sans aucune autre condition. Ce renvoi correspond à un rattachement par assimilation (**Section II**).

---

<sup>162</sup> A. Terrasson De Fougères définit l'emprunt comme consistant « à incorporer un élément étranger, à une autre institution à laquelle cet élément n'appartient pas en propre » (*Le modèle dans le droit de la famille : Notion et fonction, op. cit.*, p. 90).

### **Section 1. Le rattachement par référence**

72. Comme précédemment mentionné, le rattachement par référence se fonde sur l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Il transparait de la formulation suivante : « *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 L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont applicables à la SAS* ». Ainsi, le renvoi aux règles de la SAS se manifeste par la formule « *les règles concernant les sociétés anonymes [...] sont applicables à la SAS* ». Ce renvoi n'est toutefois pas absolu. Il suppose la réunion de deux conditions dont le respect permettra de garantir la compatibilité – entendue largement – entre les régimes de la SA et celui de la SAS (§1). Une fois ces conditions réunies, le renvoi devient effectif et peut alors révéler ses caractéristiques spécifiques (§2).

#### **§1. Les conditions du renvoi législatif fondées sur le critère de « compatibilité » lato sensu**

73. Le renvoi inscrit à l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce suppose la réunion de deux conditions cumulatives. D'une part, ne sont concernées par le renvoi que les règles de la SA dont l'application à la SAS n'est pas expressément exclue par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Cette disposition pose ainsi une condition de non-exclusion (A). D'autre part, l'expression « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre (...)* » pose un critère de compatibilité – entendu ici au sens strict – entre les règles de la SA et les dispositions propres de la SAS (B).

##### **A. Une condition de non-exclusion**

74. L'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce exclut certains articles de l'objet du renvoi. Il exclut expressément de l'application à la SAS, les articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et le I de l'article L. 233-8 du même Code. Est donc impossible le renvoi à des règles portant sur le capital social minimal (L. 224-2), la direction et l'administration des SA (L. 225-17 à L. 225-126), la transformation des SA (L. 225-243), le droit d'information des actionnaires du nombre de droits de vote attachés à chaque titre à une date précise (L. 223-8, I) et l'obligation de déposer au greffe une déclaration dans laquelle les sociétés relatent tous les actes effectués en vue d'y procéder et

par laquelle elles affirment que l'opération a été réalisée en conformité avec les lois et règlements (L. 236-6, al. 3)<sup>163</sup>.

La composition de la liste indiquant les règles dont l'application à la SAS est exclue, est justifiée par la spécificité du statut de la SAS. À cet égard, il n'est pas opportun d'appliquer les règles régissant la direction et l'administration des SA (L. 227-17 à L. 225-95 C.Com) à une société ayant, en vertu de la loi, la liberté de choisir le mode de direction qui lui convient. De même, l'application des règles portant sur les assemblées d'actionnaires (L. 225-96 à L. 225-126 du Code de commerce) semble contradictoire avec la liberté d'organiser les pouvoirs internes et les relations entre les associés. Concernant l'article L. 225-243 du Code de commerce relatif à la transformation de la SA, il faut noter qu'en réalité, dans la SAS, l'opération de transformation est régie par un article spécifique (l'article L. 227-3 du même Code). En conséquence, en vertu du principe « *lex specialis derogat legi generali* », l'article L. 225-243 du Code de commerce est *ipso facto* évincé par l'article L. 227-3 du même Code. Il est dès lors permis de s'interroger sur l'intérêt de maintenir l'article L. 225-243 du Code de commerce dans la « liste rouge » prévue par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Sa suppression nous semble opportune dans la mesure où cela ne remettra nullement en cause l'inapplicabilité de ce texte à la SAS.

Afin que le renvoi soit effectif, l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce ajoute à la condition de non exclusion une condition de compatibilité des règles de la SA avec les dispositions propres de la SAS.

### B. Une condition de compatibilité *stricto sensu*

75. Selon l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, la détermination des règles juridiques applicables à la SAS dépendent de la délimitation du critère de compatibilité *stricto sensu*. C'est l'existence de la compatibilité entre les normes de la SA et celle de la SAS qui rend l'application réalisable. Afin d'apprécier ce critère, il faut déterminer les trois composantes susmentionnées : les règles concernant la SA, le caractère « compatible » et les dispositions particulières de la SAS. Le caractère « compatible », exigé par l'article L. 227-1, alinéa 3 susmentionné, n'a été défini ni par le législateur, ni par la jurisprudence. C'est la

---

<sup>163</sup> Cet article a été ajouté à la liste des articles inapplicables à la SAS, par l'article 101, 2° de la loi Pacte. (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2)

doctrine qui a essayé d'apporter certaines définitions, mais elles sont controversées<sup>164</sup>. À ce propos, le guide de légistique fait une simple allusion à ce terme en disant que le mot « compatibilité » n'a pas le même sens que le mot « conformité ». Cette dernière nécessite une adéquation complète entre les règles en question, tandis que le rapport de la compatibilité tolère un écart avec la norme de référence, du moment que cette dernière ne s'en trouve pas remise en cause<sup>165</sup>. Le guide n'a pas apporté plus de précision sur ce point. Cela ne semble donc pas suffisant pour déterminer toutes les dimensions du critère de compatibilité.

76. Il convient de souligner enfin que la formulation de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce ne permet pas de qualifier les règles régissant la SA de règles supplétives, dans la mesure où le législateur ne donne pas expressément aux associés la possibilité d'y déroger. Les règles de la SA sont donc applicables à la SAS si elles sont compatibles avec les particularités de la SAS. *A contrario*, elles seront écartées si la condition de compatibilité n'est pas établie. Le législateur, afin d'éclairer le rapport entre la SA (modèle) et la SAS (emprunteuse) a complété l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce par la phrase suivante : « *pour l'application de ces règles, les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la SAS ou par celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet* ». En vertu de cette disposition, les pouvoirs du conseil d'administration ou du président de ce conseil sont confiés au président ou aux dirigeants de la SAS<sup>166</sup>.

77. Lorsque les conditions cumulatives de non-exclusion et de compatibilité sont réunies, le renvoi législatif aux règles de la SA prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce devient effectif. Cette conclusion n'est pas suffisante. Il convient en effet d'identifier précisément les règles de la SA qui s'appliquent à la SAS. Cette analyse révèle que le rattachement par référence renferme des caractéristiques spécifiques.

## **§2. Les caractéristiques spécifiques du renvoi législatif**

78. Alors que l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce adopte une approche globale en ce sens qu'il n'identifie pas précisément les règles de la SA qui s'appliquent à la

---

<sup>164</sup> Voir *Infra* n° 154s.

<sup>165</sup> *Le Guide de législation 2017*, 3<sup>e</sup> éd., La documentation française, p. 297. [Mise à jour : 2017]

<sup>166</sup> Voir *infra* n° 261s.

SAS, la pratique impose une analyse minutieuse des dispositions concernées. Une telle analyse révèle les spécificités du rattachement par référence, en particulier par rapport au rattachement par assimilation. Ces spécificités s'observent à deux égards. Tout d'abord, il apparaît que la catégorie du rattachement par référence ne renferme en réalité pas un, mais plusieurs styles de renvois. Le renvoi législatif est donc hétérogène (A). Ensuite, il apparaît que le renvoi ne se limite pas à l'application des dispositions relatives à la SA incluses dans le Code de commerce, mais s'étend également, au-delà de ce Code, à l'ensemble des règles qui précisent le sens et les modalités d'application de ces dispositions. Le champ d'application du renvoi législatif est donc étendu (B)

#### A. L'hétérogénéité du renvoi

79. **Le renvoi global sous réserve. L'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce.-** Le renvoi prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce prend la forme d'un renvoi simple et global entre des textes de même niveau législatif. Ainsi, le législateur ne renvoie aux règles de la SA de façon ni nominative, ni de façon énumérative. Cela constitue d'ailleurs une originalité par rapport au canon législatif selon lequel le législateur reprend le texte de référence mot pour mot afin de formuler un autre texte applicable aux nouveaux cas<sup>167</sup>. En définitive, c'est de façon globale que le législateur déclare applicables à la SAS des règles concernant les SA à condition qu'elles soient compatibles.

80. **L'objet de l'emprunt issu du renvoi global.-** La SAS emprunte à la SA des dispositions relatives à divers aspects de la vie de la société. Ces dispositions concernent, tout d'abord, la constitution de la société. Elles font partie d'une section<sup>168</sup> qui se divise en deux sous-sections : l'une concerne la constitution des SA avec offre au public, l'autre concerne la constitution des SA sans offre au public. En vertu du renvoi global aux règles de la SA, et en tenant compte des textes dont l'application à la SAS est exclue, la seconde sous-section devrait concerner la SAS. Or, dans le régime légal de la SAS, l'article L. 227-2 du Code de commerce interdit à cette société d'insérer ou de négocier ses actions sur des marchés réglementés, ou de « *procéder à une offre publique de titres financiers* »<sup>169</sup>. En effet, la sous-section du régime de la SA intitulée « *De la constitution avec offre publique* » est en

---

<sup>167</sup> D. RÉMY, *Légistique. L'art de faire les lois, op. cit.*, p. 293.

<sup>168</sup> Il s'agit de la première section du chapitre V du Code de commerce.

<sup>169</sup> Art. L. 227- 2 C. com.

contradiction avec les dispositions particulières de la SAS. Elle est ainsi inapplicable à cette dernière. Il en va de même pour l'alinéa 5 de l'article L. 227-1 du Code de commerce qui déroge explicitement à l'article L. 225-14 du même Code régissant la SA en ce qui concerne l'obligation de désigner un commissaire aux comptes. Au-delà de la constitution de la société, la SAS emprunte également à la SA les règles qui organisent les opérations sur le capital, qu'il s'agisse de l'augmentation, de l'amortissement, de la réduction du capital ainsi que de l'actionnariat des salariés<sup>170</sup>. En outre, en vertu du renvoi global et afin de remplir les conditions requises, les règles organisant le contrôle<sup>171</sup> de la société, les règles de la dissolution<sup>172</sup> et la participation ouvrière<sup>173</sup> devraient également être applicables à la SAS.

Par ailleurs, en ce qui concerne les règles régissant la transformation de la société, ces règles se transposent à la SAS sauf celle qui concerne les conditions à établir, à savoir l'ancienneté de la société d'au moins deux ans et l'approbation par les actionnaires du bilan de ses deux premiers exercices<sup>174</sup>.

**81. Le renvoi en cascade aux règles des SA.** – Le deuxième phénomène que l'on peut identifier ici, c'est le renvoi en cascade aux règles de la SA. De façon générale, le renvoi est en cascade lorsque le texte en cause renvoie à un autre texte qui, lui-même, renvoie encore à un troisième. La lecture des articles régissant les SA, auxquels le législateur fait référence, montre que la majorité des textes renvoie à leur tour à d'autres textes. Ceux-ci se situent dans le même code (renvoi interne) ou dans un autre code (renvoi externe). Par exemple, en matière d'augmentation du capital, la SAS peut emprunter au régime juridique applicable aux SA, les règles régissant l'opération d'augmentation qui sont compatibles avec le régime propre des SAS. Ainsi, les SAS sont soumises aux articles L. 225-127 à L. 225-150 du Code de commerce. Ces textes qui constituent le cadre général de l'opération d'augmentation du capital se caractérisent par un nombre important de renvois internes et externes. Nous ne parlons pas ici de la difficulté à appliquer ces textes à la SAS<sup>175</sup>, surtout en ce qui concerne le titulaire de la compétence du pouvoir de décider une augmentation du capital. Nous nous

---

<sup>170</sup> Art. L. 225- 127 à L. 225- 217 C. com.

<sup>171</sup> Art. L. 225-218 à L. 225-235 C. com.

<sup>172</sup> Art. L. 225-246 à L. 225-248 C. com.

<sup>173</sup> Art. L. 225-258 à L. 225-257 C. com.

<sup>174</sup> Art. L. 225-243 C. com.

<sup>175</sup> Voir *infra* n° 206s.

soucierons à cet égard d'exposer les types de renvois opérés par le législateur dans l'exemple de l'augmentation de capital. En ce sens, l'article L. 225-129-6 du Code de commerce fait référence à plusieurs textes : un renvoi interne aux articles L. 225-129-2 et L. 233-16 du Code de commerce, et un renvoi externe aux articles L. 3332-18 à L. 3332-24 du Code de travail en matière de conditions prévues par le Code de travail<sup>176</sup>.

En outre, l'article L. 225-135 du Code de commerce emprunte, en matière de suppression du droit préférentiel de souscription, aux modalités prévues par les articles L. 225-136 et L. 225-138-1 du Code de commerce. À son tour l'article L. 225-136 du même Code exerce un renvoi externe à la disposition II de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier qui, selon l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce n'est pas applicable à la SAS.

Nombreux sont les exemples du renvoi en cascade qui conduisent à des textes inapplicables aux SAS. Les articles L. 225-147-1, L. 225-230, L. 225-231, L. 225-232 et L. 225-233 du Code de commerce, normalement applicables à la SAS par renvoi, font référence à plusieurs articles dont l'article L. 225-120 du même Code qui est écarté expressément par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Il en va de même de l'article L. 225-235 du Code de commerce portant sur les observations qui doivent être incluses dans le rapport du contrôle élaboré par le commissaire aux comptes. Cet article fait référence à plusieurs articles qui précisent les cas de contrôle. Ce sont les articles L. 225-100, L. 225-37 et L. 225-68. Or, les trois articles précités sont inapplicables à la SAS.

Il convient de souligner que le renvoi en cascade peut devenir un renvoi circulaire lorsqu'il consiste en un double renvoi entre deux textes, chacun d'eux renvoyant alors à l'autre<sup>177</sup>. Par exemple, l'article L.225-184 du Code de commerce concerne le contenu du rapport qui informe chaque année l'assemblée générale ordinaire des opérations réalisées en vertu des dispositions L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce. Parmi ces dispositions se trouve donc l'article L. 225-184 du même Code.

---

<sup>176</sup> Il convient de noter que l'article 20 de la loi de simplification du droit des sociétés a modifié l'article L. 225-129-6 du Code de commerce en réduisant le nombre des renvois effectués par l'article L. 225-129-6 du Code de commerce. Avant cette loi, ledit article a fait référence aux articles L. 225-129-2, L. 225-102, L. 225-180 et L. 233-16 du Code de commerce ainsi qu'aux articles L. 3332-18 à L. 3332-24 et L. 3344-1 du Code du travail. Voir Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, *JORF*, n° 0167, 20 juillet 2019, texte n° 1.

<sup>177</sup> T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, p. 202 et s.

82. **Le renvoi vertical ou horizontal.**- Le renvoi est vertical lorsque le texte renvoie à un autre d'un niveau supérieur dans la hiérarchie des normes. C'est par exemple le cas de l'article L. 225-8-1 du Code de commerce<sup>178</sup>, applicable à la SAS, qui se réfère à la directive 2004/39/CE pour écarter certains cas du champ d'application de l'article L. 225-8 du Code de commerce portant sur l'évaluation des apports en nature par le commissaire aux apports<sup>179</sup>. En revanche, le renvoi est horizontal lorsque le texte se réfère à un texte de même niveau<sup>180</sup>.

83. **Le renvoi erroné.**- Le renvoi peut être également erroné. C'est le cas lorsque le législateur fait, par erreur, référence à un texte abrogé. Un renvoi simple peut ainsi se transformer, avec le temps, en un renvoi erroné. C'est le cas pour la SAS, pour laquelle s'applique un renvoi global aux règles régissant la SA. En effet, certaines règles régissant la SA ont été abrogées après la rédaction du régime de la SAS, en particulier de l'article L. 227-1, al. 3 du Code de commerce. Plusieurs exemples peuvent être cités ici : les articles L. 225-129-3, L. 225-137, L.225-187, L.225-188 à L.225-197, L. 225-209-1, L. 225-223 à L. 225-227, L. 225-229 et L. 225-150, qui sont tous abrogés.

Au regard de ces éléments, le rattachement par référence se caractérise incontestablement par son hétérogénéité. À cette première spécificité s'ajoute une seconde, cette fois-ci relative au champ d'application du renvoi législatif. Celui-ci est particulièrement étendu.

#### B. Le champ d'application étendu du renvoi

84. L'extension du champ d'application du renvoi législatif au-delà des dispositions régissant la SA incluses au sein du Code de commerce (2) se justifie par la formulation, vague, de l'article L. 227-1, alinéa 3 (1).

---

<sup>178</sup> L'article L. 227-8-1 du Code de commerce dispose que « I. L'article L. 225-8 n'est pas applicable, sur décision des fondateurs, lorsque l'apport en nature est constitué : 1° De valeurs mobilières donnant accès au capital mentionné à l'article L. 228-1 ou d'instruments du marché monétaire, au sens de l'article 4 de la directive 2004/39/ CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/ CEE et 93/6/ CEE du Conseil et la directive 2000/12/ CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/ CE du Conseil, s'ils ont été évalués au prix moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés au cours des trois mois précédant la date de la réalisation effective de l'apport ; [...] »

<sup>179</sup> L'article 4 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers, 21 avril 2004, *JOUE*, n° L 145, 30 avr. 2004, p. 0001 – 0044

<sup>180</sup> N. MOLEFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », in *Les mots de la loi*, ouv. col., Economica, 1999, p. 55 et s.

### 1. La justification du champ d'application

85. Le renvoi législatif basé sur le critère de « compatibilité » prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce a pour objet toutes « *les règles concernant la SA* ». La formule susmentionnée peut recevoir deux interprétations. En premier lieu, le mot « *concernant* » utilisé par le législateur peut être interprété de manière restreinte, en prenant seulement en compte les règles régissant la SA inscrites dans le Code de commerce. Cela peut être déduit du fait que la liste des articles inapplicables à la SAS ne contient que les textes figurant dans le Code de commerce. En second lieu, selon la doctrine majoritaire, le mot « *concernant* » peut avoir une signification étendue<sup>181</sup>. À ce propos, l'utilisation de ce mot, ainsi interprété, révélerait la volonté du législateur d'étendre le renvoi au-delà des seules règles applicables à la SA figurant dans le Code de commerce<sup>182</sup>. Dans cette perspective, si l'on admet que l'application à la SAS de certaines règles soient expressément exclue par le législateur, il faut, *a contrario*, admettre que toutes les autres règles de la SA, dont l'application à la SAS n'est pas exclue, soient bien applicables à la SAS si elles sont compatibles avec celle-ci. Or, ces règles peuvent figurer dans le Code de commerce ou ailleurs.

Ainsi, l'interprétation extensive appelle à admettre que l'objet du renvoi ne concerne pas seulement les règles régissant la SA. Il s'étend naturellement à toute règle applicable à la SA, quelle que soit sa source.

### 2. Le contenu du champ d'application

86. Le renvoi peut être étendu au-delà des règles de la SA inscrites au sein du Code de commerce. Il peut, sans aucun doute, concerner les règles prévues au sein des directives européennes, dans la mesure où elles sont compatibles avec le régime propre de la SAS. En revanche, il n'est pas certain que la jurisprudence portant sur la SA puisse être transposée à la SAS.

87. **Le renvoi au droit dérivé de l'UE visant la SA.** - L'importance économique, le caractère international de l'actionnariat, et les activités de la SA ont placé cette forme sociétaire sous l'attention particulière du législateur européen. C'est la raison pour laquelle

---

<sup>181</sup> On cite à titre d'exemple, Y. GUYON, « Les aspects communautaires et internationaux de la SAS », *Rev. sociétés*, 2000, p. 255 ; L. GODON, *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, p. 30 et s.

<sup>182</sup> J. PAILLUSSEAU, « La société par actions simplifiée – la constitution », *JCP Cahiers du droit de l'entreprise* 2/ 1994, n° 5.

presque toutes les directives européennes portant sur le droit des sociétés et les marchés financiers sont adressées aux SA. Ce n'est en revanche pas le cas pour la SAS. Cela s'explique, d'une part, par le fait que la SAS a été créée après l'adoption des directives européennes visant le droit des sociétés, et d'autre part, par l'interdiction faite à ses actions de procéder à une offre au public ou d'être admises aux négociations sur un marché réglementé<sup>183</sup>. Cela pose la question de savoir si le rattachement de la SAS à la SA entraîne l'application à la SAS des directives concernant la SA. À cet égard, l'admission d'une interprétation extensive de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce amène à admettre une transposition des directives qui visent directement la SA, si les conditions prévues par cet article sont remplies. Cela signifie que les directives visant la SA cotée ne peuvent être transposées à la SAS car les actions de cette dernière ne peuvent être admises aux marchés financiers.

88. Quant aux directives européennes visant les SA non cotées, le rattachement de la SAS à la SA donne application aux directives, de manière indirecte, à la SAS. Cela nécessite l'établissement des conditions requises par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. On constate à cet égard que la SAS française ne rentre pas dans le champ d'application de la deuxième directive du 13 décembre 1976 sur le capital social<sup>184</sup> visant les SA<sup>185</sup> dans la mesure où la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a dispensé la SAS d'une obligation de maintenir un capital minimal<sup>186</sup>. Cela la rend ainsi inapplicable car elle est incompatible avec les dispositions particulières de la SAS. En revanche, la SAS peut être soumise aux autres dispositions de la directive comme par exemple la règle limitant la possibilité pour une SA d'acquérir ses propres actions. L'application de cette règle a été étendue à toutes les sociétés de capitaux concernées par la première directive<sup>187</sup>, c'est-à-dire à la SAS<sup>188</sup>.

---

<sup>183</sup> Art. L. 227-2 C. com. Voir *Infra* n° 545.

<sup>184</sup> Dir. n° 77/91 du conseil, 13 déc. 1976, *JOCE*, n° L. 26, 31 janv. 1977, a été modifiée par la directive n° 92/101/CEE du 23 novembre 1992, cette directive a été abrogée par la directive n° 2012/30/UE du 25 octobre 2012 (*JOUE*, n° L 315, 14 nov. 2012.)

<sup>185</sup> I. CORBISIER, « La SAS au regard du droit du Benelux », in *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, p. 198. *Adde.* B. LECOURT, *Droit des sociétés de l'Union européenne*, Répertoire du droit des sociétés, Dalloz, mars 2014, §154. [Mise à jour : avril 2016].

<sup>186</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008.

<sup>187</sup> Dir. n° 68/151 du Conseil, 9 mars 1968 tenant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *JOCE*, L.65/8, 14 mars 1968. (devenue la directive n° 2009/101 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les

89. Par ailleurs, plusieurs directives sont, selon certains auteurs<sup>189</sup>, applicables à la SAS « par voie de ricochet »<sup>190</sup> ou par renvoi. Il s'agit de la troisième directive du 9 octobre 1978 sur la fusion des sociétés<sup>191</sup>, de la quatrième<sup>192</sup> et de la septième<sup>193</sup> directives, l'une et l'autre relatives aux comptes annuels et aux comptes consolidés des sociétés par actions, de la sixième directive du 17 décembre 1982 sur les scissions de sociétés anonymes<sup>194</sup>, de la huitième directive du 10 avril 1984<sup>195</sup> abrogée et remplacée par la directive n° 2006/43 du 17 mai 2006 sur l'agrément des personnes physiques ou morales chargées du contrôle légal des comptes annuels et consolidés, directive concernant les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux<sup>196</sup> et enfin de la onzième directive concernant la publicité des succursales ouvertes dans un autre État membre<sup>197</sup>. Toutefois, la tendance positive à appliquer toutes les directives susmentionnées à la SAS appelle deux observations. La première concerne la huitième directive. Cette directive n'a pas été transposée en droit français car celui-ci a été jugé plus développé que la directive grâce à la réforme menée en matière de commissariat aux comptes.

---

garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *JOUE*, n° L 258, 1<sup>er</sup> oct. 2009, p. 11)

<sup>188</sup> Dir. n° 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, sur ce qui concerne la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *JOUE*, n° L 315, 14 nov. 2012, p. 74.

<sup>189</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 29, p. 32.

<sup>190</sup> *Ibid.* p. 32.

<sup>191</sup> Dir. n° 78/855/CEE, 9 oct. 1978 du Conseil fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *JOCE*, L.295/36, 20 oct. 1978. Cette directive est abrogée et codifiée par la directive n° 2011/35/UE du 5 avril 2011 (Dir. n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avr. 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, *JOUE* n° L 110, 29 avr. 2011, p. 1).

<sup>192</sup> Dir. n° 78/660 du Conseil du 25 juill. 1978 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes des sociétés, *JOCE*, n° L 222, 14 août 1978.

<sup>193</sup> Dir. n° 83/349 du 31 juin 1983 devenue dir. n° 2013/43/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, *JOUE*, n°L182, 29 juin 2013.

<sup>194</sup> Dir. n° 82/891/CEE du 17 décembre 1982. Transposée en droit français par la loi n°88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi 66537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Cette directive a été modifiée par la directive n° 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes ; par la directive 2009/109/CE concernant les obligations en matière de rapports et du document en cas de fusion ou de scissions ; par la directive 2014/59/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissements.

<sup>195</sup> Dir. n° 2006/43/CE du Parlement et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE, et abrogeant la directive 84/253/CEE du 10 avril 1984, *JOUE*, L. 157, 9 juin 2006, p. 87.

<sup>196</sup> Dir. n° 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *JOUE* n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1.

<sup>197</sup> Dir. n° 89/666/CEE du Conseil du 21 déc. 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *JOCE* n° L 395, 30 déc. 1989, p. 36.

À ce propos, on se rappelle la loi française n° 84/148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 qui avait anticipé les exigences de la huitième directive relative aux conditions de compétence professionnelle et d'indépendance requises des commissaires aux comptes<sup>198</sup>. Une autre anticipation était envisagée par la loi française n°2003-706 en matière de sécurité financière, loi qui a largement anticipé les exigences de transparence de l'audit par la création du Haut Conseil du commissariat aux comptes. Conformément à l'objectif envisagé par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, à savoir simplifier la création d'entreprise et alléger le fonctionnement par la disparition de certaines contraintes financières, la désignation d'un commissaire aux comptes a été supprimée dans les sociétés de petite taille, qui ne font pas partie d'un groupe de sociétés et pour les SAS détenues à 100% par un fonds commun de placement à risques (FCPR)<sup>199</sup>. Cet allègement a été repris par l'article L. 227-9-1 du Code de commerce qui prévoit la possibilité, et non plus l'obligation, de désigner un commissaire aux comptes.

90. Néanmoins, sous la pression exercée par une partie de la doctrine<sup>200</sup> ainsi que par les praticiens, le législateur a prévu l'obligation de désigner un commissaire aux comptes si la SAS dépasse à la clôture d'un exercice social les seuils prévus par l'article R. 227-1 du Code de commerce : un million d'euros de total du bilan, deux millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxe, 20 salariés permanents en moyenne au cours de l'exercice.

91. Il convient de noter à cet égard qu'avant la loi Pacte de 2019, la SAS, contrôlée par une autre société ou contrôlée par une ou plusieurs sociétés, était tenue de désigner un commissaire aux comptes. Cette obligation concernait également la SAS détenue à 100% par le FCPR si elle était contrôlée par une société de gestion<sup>201</sup>. Cette obligation a été supprimée de l'article L. 227-9-1 du Code de commerce par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à

---

<sup>198</sup> A. ROBERT, « La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, analyse et comparaison avec le droit français », *Rev. sociétés*, 2007, p. 733. La dernière réforme du commissariat aux comptes a eu lieu en 2016 suite à l'Ordonnance du 17 mars 2016 qui a transposé la directive du 16 avril 2014 en droit français. (Sur cette réforme voir D. VIDAL, « La réforme 2016 du commissariat aux comptes », *LPA des Alpes-Maritimes*, 15 sept. 2016 <http://www.petitesaffiches.fr/actualites,069/droit,044/la-reforme-2016-du-commissariat,7142.html> [Date de la consultation : 18/04/2017]).

<sup>199</sup> ANSA, Comité juridique du 6 juin 2012, n° 12-041. <http://rfsocial.grouperf.com/depeches/26633.html> [Date de la consultation: 18/04/2017].

<sup>200</sup> Le professeur Jean-François BARBIERI avait critiqué cet allègement en estimant que « *ni l'objectif de modernisation, ni celui d'ouvrir plus encore la SAS aux créateurs d'entreprise ne justifiaient la perte de la sécurité financière que garantit le contrôle légal* ». (J.-F. BARBIERI, « La SAS revisitée par la LME », *BJS*, 1<sup>er</sup> juill. 2008, n° 7, p. 560).

<sup>201</sup> ANSA, Comité juridique du 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 542.

la croissance et à la transformation des entreprises<sup>202</sup>. De ces diverses considérations, il résulte que la position selon laquelle la huitième directive est applicable par renvoi à la SAS est limitée au cas où la désignation du commissaire aux apports est impérative. Cela conduit à faire échapper du champ d'application de cette directive la SAS constituée sous forme de PME.

92. La seconde observation concerne la dixième directive relative aux fusions transfrontalières des sociétés par actions et la onzième directive qui concerne la publicité des succursales ouvertes dans un autre État membre<sup>203</sup>. La lecture attentive du premier article de la dixième directive montre que cette directive s'applique à toutes les sociétés de capitaux constituées en conformité avec les droits nationaux des États membres, et ayant leur siège statutaire et leur administration principale dans l'espace européen. Par ailleurs, l'article 2 de cette même directive a défini les « sociétés de capitaux » en faisant référence à la première directive du 68/151/CEE<sup>204</sup>. En vertu du « b » du premier alinéa les sociétés de capitaux sont les sociétés ayant du capital social et une personnalité morale « *possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul des dettes de la société et soumise par sa législation nationale à des conditions de garanties telles qu'elles sont prévues par la directive 68/151/CEE, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers* ». Cette définition pourra aussi inclure la SAS en dépit des positions doctrinales qui reconnaissent le caractère hybride de la SAS. Il en va de même pour la onzième directive.

Par conséquent, la dixième et la onzième directives sont applicables directement à la SAS, non pas par renvoi.

93. En définitive, l'admission de l'application des directives par renvoi à la SAS nécessite un examen préalable de la compatibilité des dispositions de la directive aux dispositions particulières de la SAS. La « compatibilité » ne se borne pas seulement au rapport entre les textes législatifs, elle peut s'étendre aux décisions jurisprudentielles.

---

<sup>202</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2.

<sup>203</sup> Dir. n°89/666 du Conseil, 21 déc. 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre État, *JOUE*, n° 1 395, 30 déc. 1989. Cette directive oblige les SARL et les sociétés par actions constituées aux États membres de l'UE ou aux pays tiers, à publier les succursales qu'elles implantent sur le territoire de l'Union européenne. Cette publication a pour objectif de protéger les créanciers de ces succursales.

<sup>204</sup> *Ibid.*

94. **Le renvoi à la jurisprudence visant la SA.** – Dans le commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994 instaurant la SAS, le Professeur Dominique Vidal a estimé que « *l'interprétation donnée par la jurisprudence au [texte régissant la SA] à l'occasion des contentieux ouverts dans le cadre d'une SA sera présumée valable pour la SAS* »<sup>205</sup>. Cela exige que l'interprétation du texte ainsi que les règles sur lesquelles elles portent soient compatibles avec les dispositions particulières prévues par les dispositions particulières régissant la SAS. Nous souscrivons à cette position, car il ne semble pas logique de prendre en compte un arrêt concernant un texte législatif jugé incompatible avec le régime légal propre de la SAS ou une interprétation jurisprudentielle ne tenant pas compte de la particularité du statut de la société en cause.

95. Relevant de la technique de la législation par référence, le rattachement par référence supposant la réunion d'une double condition non-exclusion et compatibilité, se caractérise par une double spécificité, hétérogénéité et champ d'application étendu. La spécificité est particulièrement mise en lumière lorsque le rattachement par référence est comparé à la seconde méthode de renvoi, à savoir le rattachement par assimilation.

---

<sup>205</sup> D. VIDAL, *La société par actions simplifiée- Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994*, op. cit., § 175, p. 66.

## **Section 2. Le rattachement par assimilation**

96. Au-delà de l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, plusieurs autres dispositions de droit des sociétés relatives à la SAS opèrent un renvoi aux règles de la SA. À ce niveau également, c'est l'expression « *sont applicables* », utilisée par le législateur, qui matérialise le renvoi<sup>206</sup>. Néanmoins, contrairement au rattachement par référence précédemment étudié, l'effectivité du renvoi n'est ici pas conditionnée par un critère de compatibilité des règles de la SA avec les dispositions particulières régissant la SAS. Autrement dit, les règles de la SA entrent directement et totalement dans la composition du régime légal de la SAS. Ainsi, l'application des mêmes normes à deux sociétés distinctes la SA et la SAS, permet de conclure que ces deux sociétés sont assimilées pour ce qui concerne les normes en cause. Ce type de rattachement par assimilation s'observe à la fois au sein et en dehors du Code de commerce. Il est en effet présent aux articles L. 227-2-1 et L. 227-8 du Code de commerce (§1) et à l'article 1655 quinquièmes du Code général des impôts (§2).

### **§1. L'assimilation prévue par le Code de commerce**

97. L'emprunt du régime légal de la SA apparaît dans le Code de commerce à deux niveaux. Il se vérifie, en premier lieu, lorsque le législateur autorise la SAS à recourir au financement participatif (A). Il s'observe, en second lieu, lorsque le législateur applique à la SAS le régime de la responsabilité civile normalement applicable à la SA (B).

#### **A. L'assimilation en matière de financement participatif**

98. Avant 2009, la SAS ne pouvait faire appel public à l'épargne impliquant une cotation en Bourse ou une offre au public<sup>207</sup>. Cette interdiction était expressément inscrite au sein de l'ancien article, L. 227-2 du Code de commerce<sup>208</sup>. L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier

---

<sup>206</sup> Les mots « sont applicables » utilisés dans les textes législatifs peuvent avoir un sens spécial. Par exemple, en droit international privé, l'applicabilité de la loi étrangère concerne, à titre particulier, « *l'aptitude à gouverner une situation qu'il est primordial d'établir, en cas de pluralité de rattachement possibles, afin de déterminer à quel système ou à quelle norme la solution doit être demandée* ». (G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « applicabilité ») ; « *l'application de la loi compétente en droit international privé suit une logique adaptée à la spécificité des méthodes employées ainsi qu'à l'objet spécifique à cette matière* » ( M.-E. V. BURUIANĂ, *L'application de la loi étrangère en droit international privé*, Univ. Bordeaux, 2016, p. 15).

<sup>207</sup> Selon l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier, l'offre au public se caractérise par « l'émission ou la cession d'instruments financiers dans le public en ayant recours soit à la publicité, soit *au démarchage, soit à des établissements de crédit ou à des prestataires de services d'investissement* ».

<sup>208</sup> L'ancien article L. 227-2 du Code de commerce disposait que « la société par action simplifiée ne peut faire publiquement appel à l'épargne ».

2009<sup>209</sup> a modifié cet article en substituant l'expression « *faire publiquement appel à l'épargne* » par la formule suivante : « *une offre au public de titres financiers ou (à) l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions* »<sup>210</sup>. Ce changement de formulation permet à la SAS de recourir à la négociation sur un marché réglementé de ses titres autres que les actions, ainsi que de recourir à certains placements privés<sup>211</sup>. Dans cette perspective, la loi du 2 janvier 2014 qui a habilité le Gouvernement à simplifier et à sécuriser la vie des entreprises<sup>212</sup>, a confirmé le possible recours par la SAS aux placements privés. Par ailleurs, en vertu de l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014, la faculté de la SAS de procéder aux offres définies au I bis de l'article L.411-2 du Code monétaire et financier a été instituée au sein de droit des sociétés<sup>213</sup>. En effet, l'ordonnance précitée a inséré une nouvelle disposition au sein du régime légal de la SAS, l'article L. 227-2-1 du Code de commerce. Ainsi, la SAS peut procéder aux offres de titres financiers qui ne sont pas adressés au public. Ces offres : a) soit portent sur les titres de capital émis par la société par actions<sup>214</sup> ainsi que sur les titres de créance<sup>215</sup> qui ne sont pas admis aux négociations au marché réglementé ou un système multilatéral de négociation (SMN) ; b) soit sont proposées, sous certaines conditions<sup>216</sup>, par un intermédiaire (prestataire de service ou conseiller en investissement participatif) via un site internet ; c) soit ont un montant inférieur à « *8 000 000 euros ou à la contre-valeur de ce montant en devises* »<sup>217</sup>. Admettre que la SAS procède aux offres susmentionnées a impliqué de déroger à certaines dispositions constitutives du régime légal

---

<sup>209</sup> Ord. n° 2009- 80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, *JORF*, n° 0019, 23 janv. 2009, p. 1431. Voir J.-J. DAIGRE et B. FRANCOIS, « Commentaire de l'ordonnance du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne », *Rev. sociétés*, 2009, p. 3.

<sup>210</sup> Art. L. 227-2 C. com.

<sup>211</sup> B. FRANCOIS, « Le financement de la SAS : l'appel au marché ? », in *La société par actions simplifiée-Bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>212</sup> Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *JORF*, n° 2, 3 janv. 2014, p. 50.

<sup>213</sup> Ord. n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif, *JORF*, n° 125, 17 sept. 2014.

<sup>214</sup> Art. L. 211-1, al. 1 C. com.

<sup>215</sup> Art. L. 211-1, al. 2 C. com.

<sup>216</sup> L'autorité de marché financier (AMF) fixe dans son règlement général les caractéristiques à remplir par le site internet en cause pour qu'il soit admis : l'accès à l'intégralité du site, en particulier au détail des offres est restreint aux clients enregistrés sur le site et via leur code d'accès. L'enregistrement suppose qu'ils aient préalablement fourni les informations requises au 4° de l'article L. 541-15 du code monétaire et financier et que, sur la base de ces dernières, ne leur soient proposés que des projets entrepreneuriaux adaptés à leurs besoins et dont ils comprennent les risques liés ; le site doit également proposer plusieurs projets entrepreneuriaux adaptés aux critères d'investissement préalablement définis avec chacun des clients. Les critères sélectifs de ces projets doivent être préalablement définis et publiés sur le site. (Art. 325-48 RG AMF)

<sup>217</sup> Art. 211-2 RG AMF.

de cette société. En ce sens, l'article L. 227-2-1 du Code de commerce prévoit que « *I. – Par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier : 1° (Abrogé) ; 2° les articles L. 225-96 à L. 225-98 sont applicables ; 3° Le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable* ». Ainsi, la dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9 du Code de commerce révèle une assimilation de la SAS à la SA. Grâce à un large emprunt des règles régissant cette dernière, cette assimilation se manifeste en effet à deux égards : d'une part, en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs de la collectivité des associés (1) ; d'autre part, en ce qui concerne l'élaboration de l'ordre du jour (2).

### 1. L'exercice des pouvoirs de la collectivité des associés

99. Par dérogation à l'article L. 227-9 du Code de commerce, le législateur applique à la SAS les dispositions régissant le pouvoir de l'assemblée générale de la SA, ce lorsque la SAS fait l'une des offres prévues par I bis de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier. En principe, les associés d'une SAS déterminent librement le quorum et la majorité requise pour adopter les décisions collectives. Cependant, lorsque la SAS fait une offre (considérée non publique), le quorum et les règles de la majorité prévues par les articles L. 225-96, L. 225-97 et L. 225-98 du Code de commerce seront empruntés.

100. **L'emprunt aux règles du quorum.-** Dans une SA, le quorum requis diffère selon la nature de l'assemblée. Concernant l'assemblée ordinaire, selon l'article L. 225-98 du Code de commerce, la délibération sera valable sur la première convocation si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Ce quorum peut être augmenté par les statuts pour les sociétés dont les actions sont admises au marché réglementé. En revanche, « *sur la deuxième convocation, aucun quorum n'est requis* »<sup>218</sup>. Quant à l'assemblée extraordinaire, selon l'article L. 225-96 du même Code, le quorum requis sur la première convocation est du quart des actions ayant le droit de vote, tandis que sur la seconde convocation, le quorum est du cinquième des actions ayant le droit de vote<sup>219</sup>. Les règles de quorum précitées sont applicables à la SAS. Les statuts de celle-ci n'ont pas la

---

<sup>218</sup> Art. L. 225-98, al. 2 C. com.

<sup>219</sup> Quelle que soit la nature de l'assemblée, la convocation de l'assemblée pour la deuxième fois en raison du défaut de quorum, doit être lancée dix jours au moins avant la date prévue pour la tenue de la nouvelle assemblée. Art. R. 225-69 C. com. Voir à ce sens M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 393.

possibilité de changer ce quorum, sauf dans le cas des actions admises au marché réglementé. Ce dernier cas n'est pas possible dans la SAS.

**101. L'emprunt aux règles de la majorité.-** La SAS qui fait les offres indiquées dans I bis de l'article L. 411-2 du Code monétaire et financier emprunte à la SA ses règles de majorité. Elle ne peut plus aménager statutairement la majorité requise. Aux termes de l'article L. 225-98, alinéa 3, l'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix (la moitié plus une) dont disposent les actionnaires présents ou représentés. L'article L. 225-96 du même Code exige dans l'assemblée extraordinaire, une majorité des deux tiers des voix.

## 2. L'élaboration de l'ordre du jour

102. La SAS qui procède à l'offre emprunte, en force de la loi, le contenu de l'article L. 225-105, alinéa 3 du Code de commerce. Dans ce cas, la SAS comme la SA doit inscrire dans l'ordre de jour tous les points à aborder lors de la délibération de l'assemblée générale. Cette exigence se trouve nuancée si le point abordé concerne la révocation et le remplacement d'un ou plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance. Dans ce cas, l'inscription à l'ordre de jour n'est pas requise.

Au regard de ces éléments, il apparaît que l'emprunt des règles de la SA par la SAS recourant au financement participatif amène à distinguer deux types de SAS : une SAS traditionnelle ayant une forte liberté statutaire et une SAS qui jouit d'une liberté statutaire plus faible. Cette dernière se rattache par assimilation à la SA, plus que le premier type. Au-delà de la question du financement participatif, le rattachement par assimilation de la SAS à la SA s'observe également en matière de responsabilité civile.

## B. L'assimilation en matière de responsabilité civile

103. Autre témoin du rattachement par assimilation de la SAS à la SA, les règles relatives à la responsabilité civile sont analogues dans ces deux sociétés. Le législateur a emprunté, en la matière, la totalité du régime régissant la responsabilité à la SA afin de l'appliquer à la SAS. Cette assimilation trouve son fondement juridique à l'article L. 227-8 du Code du commerce (1) et possède un objet large dans la mesure où elle couvre tant les causes que le régime de mise en œuvre de l'action en responsabilité (2).

1. Le fondement de l'assimilation

104. L'article L. 227-8 du Code du commerce dispose que « *les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée* ». En vertu de cet article, le législateur assimile, en matière de responsabilité, le président et les dirigeants de la SAS aux membres du conseil d'administration et au directoire des sociétés anonymes, en utilisant la locution « *sont applicables à* ». Dans ce cas de figure, le législateur précise à la fois le modèle de référence (règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des SA) et l'emprunteuse (le président et les dirigeants des SAS). Cet emprunt va au-delà du simple renvoi législatif précédemment étudié<sup>220</sup>, car le législateur ne fait pas une référence globale à toutes les règles régissant la SA. En effet, il emprunte toutes les règles régissant une matière précise, celle de la responsabilité, applicables à la SA afin de construire le régime de la responsabilité qui concerne le président et les dirigeants de la SAS. Le législateur assimile, à cet égard, le président et le dirigeant de la SAS aux membres du conseil d'administration des sociétés anonymes. Par opposition au rattachement par référence, le législateur ne soumet pas cet emprunt aux conditions de non-exclusion et de compatibilité prévues par l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce.

Afin que l'assimilation produise un effet, il est nécessaire que la situation considérée entre dans le champ d'application de l'article L. 227-8 du Code de commerce (a). Cela permettra ensuite de déterminer le dirigeant responsable (b).

**a) La détermination du champ d'application de l'article L. 227-8 du Code de commerce**

105. La lecture de l'article L. 227-8 du Code de commerce montre que le champ d'application de celui-ci est limité aux personnes ayant une fonction de gestion et d'administration. Faut-il en déduire que les membres ayant une fonction de contrôle (le conseil de surveillance) ne sont pas concernés par cet article ? On peut estimer que les personnes ayant une fonction de contrôle peuvent être écartées du champ d'application de l'article L. 227-8 susmentionné<sup>221</sup> pour deux raisons. En premier lieu, il n'est fait aucune allusion, au sein de cette disposition, à un organe chargé du contrôle<sup>222</sup>. En second lieu,

---

<sup>220</sup> Voir *Supra* n° 79s.

<sup>221</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, « SAS.- Organisation des pouvoirs. Fonctionnement », Fasc. 155-20, *J-Cl. Sociétés*, 5 juill. 2015, n° 67. [Date de la mise à jour : 22/11/2017].

<sup>222</sup> Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-20.158, *aff. D. Labussierec c/ SA EPF Parteners, RTD com.* Janv.- mars 2015, p. 119, note P. Le Cannu.

l'article L. 225-257 du Code de commerce prévoit expressément que « *les membres du conseil de surveillance sont responsables des fautes personnelles commises dans l'exécution de leur mandat. Ils n'encourent aucune responsabilité, en raison des actes de la gestion et de leur résultat* ». Pour le dire autrement, les membres du conseil de surveillance ne sont responsables, à l'égard de la société et à l'égard des tiers, que de leurs fautes personnelles, comme le fait d'outrepasser des missions de surveillance en devenant un dirigeant de fait<sup>223</sup>, ou comme le fait de manquer aux devoirs de surveillance dans l'exécution de leur mandat<sup>224</sup>.

106. Dans certains cas, ils peuvent<sup>225</sup> également être civilement responsables des délits commis par les membres du directoire, dont ils auraient eu connaissance et qu'ils n'auraient pas révélés au cours de l'assemblée générale. Cependant, ils ne sont pas responsables de la même façon que les dirigeants, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société<sup>226</sup>.

107. La question se pose ensuite de la mise en œuvre de l'article L. 225-257 du Code de commerce. Faut-il en déduire que les règles de droit commun sont exclues ? Il semble que ce ne soit pas le cas. En effet, en cas de responsabilité des membres du conseil de surveillance, deux actions peuvent être envisagées : l'une se fonde sur les règles de droit commun lorsque l'on constate l'existence d'une faute et d'un dommage, et lorsqu'un lien de causalité entre la première et le second est avéré<sup>227</sup> ; l'autre repose sur les règles de droit des sociétés. La différence entre les deux actions paraît évidente quant au délai de prescription, selon que l'auteur du fait générateur de responsabilité exerce une mission de direction ou une mission de surveillance. Cela veut dire qu'il faut bien examiner les pouvoirs confiés par les statuts aux

---

<sup>223</sup> CA Paris, 8 juill. 1975, *Rev. sociétés*, 1976.114, note L. Guyenot.

<sup>224</sup> « *L'exécution du mandat des membres du conseil de surveillance implique qu'ils se prononcent sur l'opportunité de certaines opérations de gestion, lorsqu'elles leur sont présentées par le directoire à fin d'autorisation. Une autorisation donnée à la légère ou en connaissance du caractère contraire à l'intérêt social de l'opération engage la responsabilité des membres du conseil de surveillance qui l'ont votée* » cité par P. LE CANNU, « Directoire et conseil de surveillance », Répertoire de droit des sociétés, mars 2003, §127 [Date de la mise à jour : janv 2015] ; *adde* A. CHARVÉRIAT et A. COURET, *La société par actions simplifiée, Nouveaux atouts après la loi « nouvelles régulations économiques »*, Francis Lefebvre, Dossier pratique, 3<sup>ème</sup> éd. 2001, § 1072, p. 120.

<sup>225</sup> Concernant la SAS, « il est douteux, en l'absence d'un texte, qu'on doive appliquer automatiquement cette sanction civile de la connaissance d'un délit ». M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, « Sociétés par actions simplifiées- L'organisation des pouvoirs. Fonctionnement », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc.155-20, 2009, § 68.

<sup>226</sup> Les membres de conseil de surveillance n'ont pas la qualité de dirigeants de droit. (Cass. com.12 juill. 2005, n° 1238, *RJDA*, n° 2/ 2006, p. 169).

<sup>227</sup> Art. 1240 C. civ.

membres du conseil de surveillance<sup>228</sup>. Si celui-ci a une fonction de direction selon les statuts d'une SAS, l'article L. 227-8, et par renvoi l'article L. 225-251 du Code de commerce, sont alors applicables aux membres du conseil qui ont commis une faute dans l'exercice de leurs pouvoirs de direction<sup>229</sup>.

Ainsi, le champ d'application se limite au dirigeant défini par la loi ayant une fonction de direction. Cependant, la qualification d'une personne en qualité de dirigeant, en vue d'engager sa responsabilité, n'est pas toujours aisée.

## **b) L'identification du dirigeant responsable**

108. Dans la mesure où les règles régissant la SA ne contiennent pas de définition précise du dirigeant de la société, la qualité de dirigeant peut s'appliquer au président du conseil d'administration, au directeur général, au directeur général délégué et aux membres du directoire. Il en va de même pour la SAS. La loi ne détermine pas les organes de direction de la SAS. Cela est laissé à la liberté des associés. Elle ne précise pas non plus la définition du terme « dirigeant » ou le critère sur lequel on peut s'appuyer pour qualifier une personne de dirigeant ou de président. Au regard de ce silence, certains auteurs estiment que « *le président est certainement dirigeant* »<sup>230</sup>. Et le terme « dirigeant », dans la SAS, « *recouvre toutes les fonctions qui vont de la gestion effective à la surveillance de la gestion, selon les modalités les plus variées* »<sup>231</sup>.

109. Dans la mesure où la loi a donné aux statuts pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles la société est dirigée<sup>232</sup>, les associés peuvent choisir de mettre en place deux types de directions : une direction unique ou une direction collégiale.

Dans l'hypothèse où le dirigeant est unique, le président assume les missions de direction tant au niveau interne qu'externe. Cette hypothèse ne provoque aucune difficulté en

---

<sup>228</sup> Il convient de souligner à cet égard que l'assimilation des membres du conseil de surveillance aux dirigeants est refusée par le comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA). À ce propos, le comité considère que l'organe de surveillance d'une SAS ne peut pas être assimilé à un dirigeant, selon l'article L. 227-8 du Code de commerce, ayant une responsabilité identique à celle d'un administrateur d'une société anonyme, « *seule l'appartenance à une véritable structure de direction impliquant une telle responsabilité* ». (ANSA, comité juridique, 7 juillet 1995, n° 347).

<sup>229</sup> Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-20.158, *aff. D. Labussierec c/ SA EPF Parteners*, *Dr. Sociétés*, janv. 2015, §8, note M. Roussille ; *RTD com.*, janv.- mars 2015, p. 119, note P. Le Cannu.

<sup>230</sup> H. AUBRY, « La responsabilité des dirigeants dans la SAS », *Rev. sociétés*, 2005, n°4, p. 793.

<sup>231</sup> J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés : juridique, fiscale et sociale*, Groupe Revue Fiduciaire, 2009, § 2126. p. 407.

<sup>232</sup> Art. L. 227-5 C. com.

matière de responsabilité du dirigeant. L'article L. 225-251 du Code de commerce est applicable et le dirigeant unique sera responsable en cas de violation des statuts ou des lois et de toute faute de gestion. Cependant, dans l'hypothèse où le dirigeant n'est pas le président, en matière de responsabilité, le législateur distingue clairement entre le président et le dirigeant au sein de l'article L. 227-8 du Code de commerce. En somme, la distinction entre les deux peut être en fonction des pouvoirs attribués à chacun d'eux. Le président peut être chargé de la mission de représenter la société à l'égard des tiers, tandis que le dirigeant (directeur général ou directeur général délégué) prend en charge la direction et l'organisation de la vie interne de la société. Dans ce contexte, la responsabilité du président et des dirigeants est étroitement liée à l'étendue de leurs pouvoirs<sup>233</sup>.

110. Toutefois, la détermination de la responsabilité du président de la SAS semble délicate quand celui-ci investit la direction de la société. Une décision du Conseil d'État du 16 mars 2006 nous donne un exemple en la matière. Un président d'une SAS, prestataire de service d'investissement, a été sanctionné par l'AMF en raison de l'absence de contrôle efficace ayant permis à un salarié de la société de réaliser en nom de la société des opérations déloyales. Le président en cause s'est défendu en affirmant que le pouvoir de contrôle interne avait été attribué par les statuts au comité d'audit, ce qui, selon lui, avait pour effet de l'exonérer de toute responsabilité. Le conseil d'État a retenu que « *si les statuts de la société conféraient au comité d'audit une compétence de principe en matière d'organisation du contrôle interne, ils n'exonéraient pas pour autant de toute responsabilité le président de la société, auquel il revenait au moins d'alerter ce comité de tous les dysfonctionnements ou anomalies constatés ; que, par suite, l'organisation de la société n'excluait pas qu'une sanction pût être prononcée à l'encontre [du président]* »<sup>234</sup>. La question se pose de savoir si cette décision pose un principe applicable dans tous les cas.

La réponse est nuancée car l'appréciation des comportements du président qui pourraient engager sa responsabilité, doit se fonder sur « *la limite des attributions que lui confèrent les statuts de la société* ». Dans la mesure où les statuts de la SAS diffèrent d'une

---

<sup>233</sup> La proportionnalité entre la responsabilité et le pouvoir attribué est toujours requise. Cette proportionnalité constitue une « connexion radicale ». (S. SCHILLER, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, 2002, p. 190 et s).

<sup>234</sup> CE Section des contentieux, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections, 16 mars 2006, n° 276375, M.- O. BARRE, AMF. Cité par M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée, Etudes- Formules*, op. cit., § 584, p. 371.

société à une autre, l'appréciation des comportements du président diffèrera également en fonction des pouvoirs qui lui sont attribués par les statuts. « *Si le président est bien responsable dans cette espèce, cela ne signifie pas qu'il le sera à chaque fois* », écrivent le professeur Michel Germain et Pierre-Louis Périn<sup>235</sup>. Ainsi, la responsabilité civile des dirigeants de la SAS peut être déterminée par les statuts, lesquels jouent un rôle important, notamment pour la vie interne de la société.

L'analyse du fondement de l'assimilation de la SAS à la SA en matière de responsabilité civile nous amène à déterminer l'objet précis de cette assimilation.

## 2. L'objet de l'assimilation

111. L'assimilation de la SAS à la SA conduit à emprunter à la SA son régime légal régissant la responsabilité civile<sup>236</sup> : elle emprunte en effet les causes (a) et le régime de la mise en œuvre de l'action en responsabilité (b).

### **a) L'emprunt des cas d'ouverture de la responsabilité civile**

112. L'article L. 225-251 du Code de commerce, qui est applicable à la SAS, détermine les cas d'ouverture de la responsabilité civile du dirigeant de celle-ci. Ces cas d'ouverture sont les faits générateurs de la responsabilité. Trois cas d'ouverture sont prévus par cet article, la commission de l'un d'entre eux étant suffisante pour engager la responsabilité du dirigeant de la société envers cette dernière ou envers les tiers. Lorsque l'on parle du dirigeant, on parle du dirigeant de droit. La responsabilité du dirigeant de fait<sup>237</sup> n'est pas reconnue par l'article L. 225-251 du Code de commerce. C'est le droit commun de la responsabilité civile qui s'applique au dirigeant de fait<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> *Ibid.*, § 584, p. 372. *Idem.*

<sup>236</sup> Voir la section VIII du chapitre VI composant des articles L. 225-249 à L. 225-257 du Code de commerce.

<sup>237</sup> Le dirigeant de fait est « *celui qui dirige une société sans avoir été régulièrement investi par les organes de la société du pouvoir de la représenter* » (N. DEDSSUS LE MOUSTEIR, « La responsabilité du dirigeant de fait », *Rev. sociétés*, 1997, n° 2, p. 499).

<sup>238</sup> C'est l'article 1240 du Code civil disposant que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » qui s'applique au dirigeant de fait. La position constante de la jurisprudence confirme cette application. Voir à cet égard, Cass. com. 6 oct. 1981, *aff. Blanchard c/ Ricouard, D.*, 1983, p. 133, note V. Chanoine ; Cass. com., 21 mars 1995, n° 93-13.721 - CA Paris, 17 oct. 1991, *D.* 1991, inf. rap. p. 281 ; *RTD com.* 1992, p. 396, note C. Champaud et D. Danet ; *adde* Cass. com., 20 nov. 2007, n° 06-16.933.

## 1°. La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société

Les cas d'ouverture de la responsabilité du dirigeant sont la faute de gestion, la violation des dispositions législatives ou réglementaires et la violation des statuts.

113. **La faute de gestion.**- La « faute de gestion » est une notion indéterminée<sup>239</sup>. Elle ne fait l'objet d'aucune définition dans la loi. C'est pour cela que la définition de la faute de gestion est soumise à l'appréciation des juges qui doivent prendre en considération à cet égard l'intérêt social de la société<sup>240</sup>.

La doctrine a défini la faute de gestion comme « *un écart de conduite des affaires de l'entreprise que n'eût point commis un gestionnaire prudent et avisé* »<sup>241</sup>. Par analogie avec l'administrateur de la SA, le dirigeant de la SAS est responsable, même en l'absence d'intention de nuire à la société<sup>242</sup>, et sans tenir compte de la gravité de la faute commise<sup>243</sup>. À ce propos, la jurisprudence relative à la SA considère que la faute de gestion peut se cristalliser dans le détournement d'une clientèle en faveur d'une société concurrente<sup>244</sup>, dans des actes frauduleux ayant conduit à un redressement fiscal<sup>245</sup>, dans la déclaration tardive de la cessation des paiements<sup>246</sup>, ou encore dans la rémunération excessive du dirigeant<sup>247</sup>. Ces solutions jurisprudentielles semblent transposables à la SAS dans la mesure où elles s'appuient sur le même fondement, l'article L. 225-251 du Code de commerce. Or, si les juges du fond peuvent apprécier la faute de gestion commise par les dirigeants des SA, cette mission semble plus compliquée pour les dirigeants des SAS en raison de la liberté

---

<sup>239</sup> À ce propos, voir E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés- Droit français et anglais*, LGDJ, 1998, p. 44 et s.

<sup>240</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexis Nexis, 31<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 161 et s.

<sup>241</sup> C. FERYRIA, « Libre propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », *Mélanges Boyer*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 189, n° 9.

<sup>242</sup> A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, B. MERCADAL, *Mémento pratique des Sociétés commerciales*, 45<sup>e</sup> éd, *op.cit.* § 13952, p. 246.

<sup>243</sup> La jurisprudence exige, en effet, que le dirigeant se comporte dans la gestion des affaires sociales, de manière prudente, diligente et active. La similitude entre le nom de la société qu'il dirige et celui d'un concurrent a ainsi contribué à la condamnation de la société pour concurrence déloyale.

<sup>244</sup> Cass. com., 6 oct. 1992, *aff. David*, liquidateur de la société Bretagne c/M. Gouret, *Bull. Civ. IV*, n° 287, p. 201 ; *BJ*, 1992, p. 1288, note J.-J. Daigre.

<sup>245</sup> CA Montpellier, 2<sup>e</sup> ch., 23 juin 2015, n° 14/00133, *aff. SA Diagnostic Medical Systems, SARL Medilink c/ Époux X et M. Y*, M. Bachasson, *Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, n° 351, note C. Albiges.

<sup>246</sup> CA Paris, févr. 1997, n° 95/7256, *aff. Me Chevrier ès-qual. c/ Vola et autres*, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1997, n° 5, p. 480, note J.-J. Daigre.

<sup>247</sup> Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-24779, F-D, *BJ Entreprise en difficulté*, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 5, p. 340, note T. Favario.

contractuelle conférée aux associés qui permet de « *promouvoir certains intérêts particuliers susceptibles de heurter l'intérêt social* »<sup>248</sup>. Ce chevauchement pourrait compliquer la mise en œuvre de l'article L. 225-251 du Code de commerce.

**114. La violation des dispositions législatives et réglementaires applicables à la SAS.** – Dans la SAS comme dans la SA, l'administrateur et le dirigeant de celle-ci, ainsi que le dirigeant de la SAS, doivent respecter les dispositions législatives et réglementaires applicables à la société, afin d'assurer le bon fonctionnement de la société. Si la détermination des dispositions législatives et réglementaires applicables à la SA semble possible dans la mesure où elle est une société encadrée par la loi, cette détermination peut paraître compliquée dans la SAS à cause de la superposition des règles applicables à celle-ci<sup>249</sup>. Au regard de cette superposition, le dirigeant doit tout d'abord identifier les dispositions législatives et réglementaires applicables à la SAS avant de les appliquer. Ainsi, le dirigeant doit être prudent en appliquant les dispositions législatives et réglementaires et aussi les dispositions statutaires.

**115. La violation des statuts de la SAS.**– Les statuts de la SAS jouissent d'un rôle particulier par rapport aux statuts des autres sociétés par actions, y compris la SA. Alors que dans ces sociétés, les statuts sont souvent des statuts types dont le dirigeant peut connaître facilement le contenu, dans la SAS où les statuts sont faits « sur mesure », ce qui nécessite qu'ils soient précis et clairs « *pour éviter que les dirigeants ne puissent transgresser les statuts volontairement* »<sup>250</sup>. Quoi qu'il en soit, le dirigeant de la société doit respecter les statuts de la société et les appliquer d'une manière répondant à l'objet et à l'intérêt social de celle-ci.

**116. Le manquement au devoir de loyauté.**– En plus des trois cas d'ouverture de la responsabilité, la jurisprudence a ajouté celui de la violation du devoir de loyauté du dirigeant. On cite à cet égard l'arrêt rendu le 18 décembre 2012 par la Cour de cassation. En l'occurrence, le dirigeant, personne physique d'une clinique constituée en adoptant la forme d'une SAS, a acquis pour son compte personnel un immeuble dans lequel est exercée l'activité sociale de la société sans prévenir les associés qui entendaient acheter ensemble cet

---

<sup>248</sup> D. PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la SAS », *Rev. sociétés.*, 2000, n° 6, p. 223.

<sup>249</sup> Voir *Infra* n° 208s.

<sup>250</sup> A. LE GOFF, *Les risques de la SAS*, Thèse, Univ. Rennes I, 2004, p. 255.

immeuble pour y exercer leur activité professionnelle. La Cour de cassation, sur le fondement des articles L. 227- 8 et L. 225-251 du Code de commerce, a considéré que le dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers les associés<sup>251</sup>. La décision de la Cour de cassation s'inscrit dans un revirement jurisprudentiel par rapport aux décisions jurisprudentielles rendues à propos du dirigeant et du président du conseil d'administration de la société anonyme<sup>252</sup>.

Il convient de souligner que le manquement au devoir de loyauté en tant que cas d'ouverture de la responsabilité civile du dirigeant, est limité à la relation de celui-ci avec les associés et la société. Les tiers ne peuvent pas s'appuyer sur ce fondement pour engager la responsabilité d'un dirigeant.

## 2°. La responsabilité à l'égard des tiers

117. En commettant un des cas d'ouverture de la responsabilité civile, le dirigeant engage, principalement, sa responsabilité à l'égard de la société et de ses associés, et non pas à l'égard des tiers. La responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers reste une exception<sup>253</sup>.

118. **Le principe de la société-écran.**- En principe, la SAS ayant une personnalité morale, n'agit à l'égard des tiers que par l'intermédiaire de ses représentants. L'existence d'un mandat entre la société et son dirigeant peut constituer une base légale de la responsabilité de la société pour ce qui est des actes conclus par les représentants en leur nom<sup>254</sup>. Cette société peut ensuite se retourner contre les représentants en cause par la voie de l'action sociale. Pour que la responsabilité de la société soit engagée, deux conditions doivent être remplies. Le fait générateur de l'implication de la responsabilité doit être, en premier lieu, commis par un des organes de la société ayant le pouvoir de représentation de la société. En second lieu, il doit être effectué au nom et pour le compte de celle-ci. En remplissant ces conditions, la

---

<sup>251</sup> Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 (n° 12810 F-P+B), *D.*, 2013, p. 288 ; *D. actualités*, 8 janv. 2013, note A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2013, n° 48, note M. Roussille.

<sup>252</sup> On cite à cet égard, Cass. com., 12 mai 2004, n° 00-15.618, *aff. Beley c/ SA Former, BJS*, 2004, note D. Schmidt ; *Dr. des sociétés*, n° 8-9, août 2004, comm. 139. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu que le dirigeant est tenu d'une obligation de loyauté vis-à-vis de tout associé. Cette obligation lui interdit ainsi de dissimuler à des associés « cédants de parts ou de titres » une information de nature à influencer sur leur consentement. Cet arrêt confirme l'arrêt *Vilgrain* du 27 février 1996. (Cass. com., 27 février 1996, n°439 P, *aff. V.c/Mme. A, RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. Mestre ; *JCP* 1996, II, 22665, note J. Ghestin)

<sup>253</sup> « *La responsabilité sociale est de règle tandis que la responsabilité personnelle des gérants est l'exception* » *cf.* Cass. soc. 10 mai 1973, n° 71- 12690. *Cf. J.- B. ROZÈS, La responsabilité des dirigeants, connaître l'essentiel*, Afnor, 2012, p. 35.

<sup>254</sup> Par opposition aux sociétés occultes qui ne sont pas dotées d'une personnalité morale comme la société en participation, l'associé de celle-ci qui agit en son nom personnel, est seul responsable envers les tiers.

responsabilité propre du dirigeant est incarnée dans la responsabilité de la société dans sa relation avec les tiers. Ceux-ci, lorsqu'ils engagent une action contre une société, ne sont pas obligés de prouver une faute personnelle commise par la société, distincte de celle de son représentant légal<sup>255</sup>. Toutefois, les deux sont responsables lorsque les circonstances de fait n'ont pas permis aux tiers de savoir si le président avait agi en son nom personnel ou au nom du représenté<sup>256</sup>.

119. Il en va de même pour la SAS. Elle est responsable, à l'égard des tiers de bonne foi, des actes conclus par son dirigeant dépassant son objet social<sup>257</sup>. Une hypothèse peut être évoquée à cet égard lorsque le représentant agit au nom de la société mais non pour son compte, comme en cas de détournement ou d'abus de pouvoirs<sup>258</sup>. L'expression « pour le compte » vise donc « l'infraction commise dans l'exercice d'activités ayant pour objet d'assurer l'organisation, le fonctionnement ou les objectifs du groupement [de sociétés] »<sup>259</sup>. La Cour de cassation a considéré à cet égard que la mention de « au nom et pour le compte d'une SAS unipersonnelle » dans la décision de distribution de dividendes fait obstacle à la constitution d'une faute du dirigeant détachable de ses fonctions<sup>260</sup>. De surcroît, la jurisprudence constate que la responsabilité de la société n'est pas subordonnée à la preuve d'une responsabilité personnelle de l'organe dont le fait a provoqué le dommage<sup>261</sup>. En parallèle, le dirigeant de la société n'est pas responsable personnellement de l'inexécution par cette société des obligations contractées en son nom, dès lors que l'on ne relève pas une faute qui puisse être imputée distinctement à son dirigeant<sup>262</sup>.

---

<sup>255</sup> Cass. com., 3 juin 2008, *D.*, 2008, p. 1691, obs. A. LIENHARD ; *BJS*, 2008, p. 888, note J.-P. GARCON ; *Rev. sociétés*, 2009, p. 113, note B. DONDERO ; *RLDC*, sep. 2008, n° 52, p. 31, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.

<sup>256</sup> Cass. civ (ch3<sup>e</sup>), 3 mai 1977, *Bull. civ.* III ; Cass. com., 28 juin 1988, *BJS*, 1988, p. 671.

<sup>257</sup> Art. L. 227-6 C. com.

<sup>258</sup> Cass. civ (ch3<sup>e</sup>), 15 avr 1980, *Bull. Civ.* III, n° 73 ; CA Paris, 11 janv 1928, *DH* 1928, p. 279.

<sup>259</sup> G. WICKER, *Rép. Civ. Dalloz* 1998 ; cf. M. DELMAS- MARTY, « Les conditions de fond de la mise en jeu de la responsabilité pénale », *Rev. sociétés*, 1993, p. 301 ; J.-H. ROBERT, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. Pénal* 2000, n° spéc. P. 20.

<sup>260</sup> Cass. com., 12 mars 2013, F6D, n° 12- 11.514, *aff. M.c/ X. ép. F*, *BJS*, 1<sup>er</sup> juill. 2013, n° 07-08, note M. Germain et P.-L. Périn ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 346, note B. Dondero.

<sup>261</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 17 juill. 1967, *Bull. civ. II*, n° 261 ; Cass. com., 3 juin 2008, *D.* 2008, p. 1691, obs. A. LIENHARD ; cf. J.-F. BARBIERI, « Recul ou progression de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ? », *Jou des sociétés*, mars 2012, n° 96, p. 47.

<sup>262</sup> Cass. com., 21 oct 2008, *RJDA* 2009/2, n° 100, p. 96.

Il convient de rappeler qu'entre 2000 et 2003, la jurisprudence<sup>263</sup> a stabilisé « l'immunité du dirigeant ». En revanche, l'intervention de l'arrêt « Dame Seusse/ Sati » du 20 mai 2003<sup>264</sup>, a consacré le critère de « la faute détachable » afin d'engager la responsabilité du gérant d'une SARL. La consécration de ce critère se montre moins favorable à l'immunité des dirigeants que ne l'étaient les décisions antérieures. Ce critère constitue donc une exception au principe de la responsabilité de la société-écran.

**120. La responsabilité envers les tiers comme exception.-** Ainsi, les tiers<sup>265</sup> ne peuvent, par principe, engager la responsabilité du dirigeant qu'à la condition de prouver une faute détachable des fonctions de direction<sup>266</sup>. Selon l'arrêt « Dame Seusse/ Sati » « *la responsabilité personnelle d'un dirigeant [d'une SARL] à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales* »<sup>267</sup>. La réunion des trois critères précités est donc nécessaire pour engager la responsabilité personnelle du dirigeant de la société à l'égard des tiers. Cependant, il convient de mentionner à ce propos que les trois critères retenus par la jurisprudence soulèvent, en pratique, une difficulté d'interprétation<sup>268</sup>. La gravité de la faute

---

<sup>263</sup> Les arrêts d'Assemblée plénière « Costedoat » et « Cousin » des 25 fév. 2000 et 14 déc. 2001.

<sup>264</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Madame SEUSSE c/ Société Sati*, *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.-F. Barbieri.

<sup>265</sup> La qualification de tiers, *penitus extranei* a été déniée aux actionnaires des SA qui n'ont pas à établir une faute détachable des fonctions pour engager la responsabilité du dirigeant. Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547, et n° 08- 21793, *D*, 2010, p. 76, note A. Lienhard; *Rev. sociétés*, 2010, p. 23, note H. Le Nabasque.

<sup>266</sup> Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96- 10253, *BJS* juill. 1998, p. 263, note P. Le Cannu; *JCP G* 1998, II, 10177, note D. Ohi; *Rev. sociétés*, 1998, p. 767, note B. Saintourens – Cass. Com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Madame SEUSSE c/ Société Sati*, *BJS* Juill. 2003, p. 786, n° 167, note H. Nabasque; *D*. 2003, jur. 2623, note B. Dondero; *D. aff. 2003*, p. 1502, note A. Lienhard; *JCP E* 2003, p. 1203, n° 2, note J.- J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.- F. Barbieri; *RTD civ.* 2003, p. 509, note P. Jourdain; *RTD com.* 2003, p. 741, note C. Champaud et D. Danet.

<sup>267</sup> Cass. com., 20 mai 2003, *JCP E*, 1203, n° 1, note J.-F. Barbieri.

<sup>268</sup> La détermination de la notion de la faute détachable fait l'objet de nombreuses affaires jurisprudentielles qui, parfois, prêtent à confusion. La confusion apparaît sur le thème des informations inexactes fournies par les dirigeants. La cour d'appel de Paris a retenu que la communication au public d'informations erronées lors d'une émission d'obligations engage la responsabilité du dirigeant au titre de la diffusion d'informations inexactes, imprécises et trompeuses. (CA Paris, 26 juin 2008, *RJDA* 2008/12, n° 1279, p. 1231.), tandis que la cour d'appel de Limoges avait considéré que la diffusion d'informations inexactes est une faute intentionnelle d'une gravité particulière engageant le dirigeant à réparer le préjudice subi par les investisseurs. (CA Limoges, 6 oct. 2008, *JCP E* 2008, 2069). Enfin, la Cour de cassation a jugé, trois ans après, que n'était pas détachable des fonctions le fait, pour un dirigeant, d'avoir caché la « *situation économique précaire de la société* » et d'avoir souscrit une lettre d'intention au profit d'une filiale, ce qui avait trompé ses créanciers (Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-

est souvent écartée sauf si les circonstances de fait sont plurielles, complexes et que plusieurs personnes sont en cause<sup>269</sup>. Paradoxalement, une application extensive du critère de gravité faite par la Cour de cassation amène à considérer que la faute d'une particulière gravité pourrait être caractérisée, même si le dirigeant l'a commise en exerçant les fonctions qui lui sont attribuées par les statuts<sup>270</sup>. Une difficulté apparaît également lorsque l'obligation inexécutée ne figure dans les fonctions d'aucun dirigeant statutaire. Dans cette situation, « *le président de la SAS risque de voir sa responsabilité engagée* »<sup>271</sup>, même si les statuts ne prévoient pas de façon évidente d'offrir au président le pouvoir d'administration. Par contre, celui-ci l'assume indirectement, sous peine d'engager sa responsabilité.

La détermination de l'existence d'une « faute détachable » par les juges diffère donc selon le degré de précision des pouvoirs attribués aux dirigeants de la SAS par les statuts ou par la loi pour les SA.

**121. Les fautes considérées en elles-mêmes détachables.** Par un revirement jurisprudentiel, la troisième chambre civile confirme la position de la chambre commerciale<sup>272</sup> en considérant que l'infraction pénale intentionnelle constitue en elle-même une faute détachable qui engage la responsabilité personnelle du dirigeant<sup>273</sup>. La chambre criminelle, dans deux arrêts rendus le même jour 5 avril 2018, a fourni deux arrêts contradictoires. Alors que le premier rappelle qu'à défaut d'établissement d'une faute détachable des fonctions du dirigeant, « *les juges n'ayant pas à s'expliquer sur l'existence d'une telle faute pour caractériser une faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite* », le second arrêt est allé plus loin en retenant que « *le prévenu, devant répondre des infractions dont il s'est personnellement rendu coupable, quand bien même elles ont été commises dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social et ne constituent que des contraventions, engage sa*

---

10052, *BJS* 2007, n° 8, p. 84, note B. Dondero ; *adde.* J.-F. BARBIERI, « Recul ou progression de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ? », *Jour. Sociétés*, mars 2012, n° 96, p.51.

<sup>269</sup> A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, §40, p. 48.

<sup>270</sup> Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07- 20.445, *D*, 2009, p. 559, note A. Lienhard ; *adde.* Cass. com., 6 nov. 2007, *JCP E* 2007, 2520.

<sup>271</sup> H. AUBRY, « La responsabilité des dirigeants dans la SAS », *Rev. sociétés*, 2005, p. 793, § 9.

<sup>272</sup> Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66255, *LPA*, 29 déc. 2010, n° 259, p. 8, note H. MOUBSIT.

<sup>273</sup> Cass. civ (ch3<sup>e</sup>), 10 mars 2016, n° 14-15326, *aff.* M. X c / SCI Z et M. et Mme Z, *L'essentiel Dr. Contrats*, 3 mai 2016, n°05, p. 7, note M. Caffin- Moi.

responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels ces infractions ont porté préjudice »<sup>274</sup>. En d'autres termes, la commission d'une faute détachable des fonctions n'est pas la seule qui peut engager la responsabilité civile personnelle du dirigeant de la société à l'égard des tiers, une faute simple suffit à l'engager.

La position jurisprudentielle controversée de la chambre criminelle semble surprenante et troublante. On constate de la nouvelle position de la Cour de cassation une tendance à aggraver la responsabilité du dirigeant par rapport à la responsabilité des sociétés, ou plutôt à dispenser la société de sa responsabilité à l'égard des tiers en donnant application extensive à l'article 1240 du Code civil. Cela paraît moins avantageux pour les tiers car ils ne peuvent pas intenter, dans cette situation, une action contre la société qui est souvent plus solvable pour réparer les préjudices subis.

Ainsi, la société est considérée irresponsable du fait de ses organes, en cas de commission d'une faute détachable des fonctions qui sortent de la capacité de jouissance de la personne morale. À cet égard, seul l'auteur de la faute sera responsable à l'égard des tiers ainsi qu'à l'égard de la société elle-même.

L'emprunt de la SAS des cas d'ouverture de la responsabilité civile s'étend également au régime des actions en responsabilité.

#### **b) L'emprunt du régime des actions en responsabilité**

122. Par renvoi au régime de la responsabilité des administrations des SA, le président et les dirigeants des sociétés par actions simplifiée ayant commis l'une des infractions prévues par l'article L. 225-251 du Code de commerce, voient leur responsabilité engagée. Cette responsabilité les amène à devoir faire face à plusieurs actions en responsabilité. Deux types d'action sont envisagés à cet égard : l'action sociale (1<sup>o</sup>) et l'action individuelle (2<sup>o</sup>).

---

<sup>274</sup> Cass. crim., 5 avr. 2018, n°16-83984, ECLI:FR:CCASS:2018:CR00560, *aff.* M. Guillaume X et Sté O2 Chambéry, FS-PB et Cass. crim., 5 avr. 2018, no 16-87669, ECLI:FR:CCASS:2018:CR00554, *aff.* M. Thierry X, FS-PB, *Dalloz actualité*, 17 mai 2018, obs. L. Priou-Alibert ; *AJ pénal*, 2018, p. 248, note C. Mangematin ; *Gaz. Pal.* 24 juill. 2018, n° 329, n 5, p. 55, note F. Fourment.

### 1°. L'action *ut universi*

123. L'action sociale vise à réparer le préjudice subi par la société elle-même en lui allouant, et non aux associés, les dommages et intérêts<sup>275</sup>.

En principe, le demandeur dans l'action sociale est la société représentée par ses dirigeants. Cela signifie que le président, le directeur général ou le directeur général délégué peuvent agir en justice en tant que représentant de la société, ici la SAS, contre leur collègue. Cependant, un conflit d'intérêt peut être présent si la faute est commise par les dirigeants représentant la société. Pour éviter ce conflit, le législateur, conformément à l'article L. 225-252 du Code de commerce, a donné aux actionnaires des SA et par analogie aux associés des SAS, la possibilité d'agir en justice au nom de la société en intentant une action sociale *ut universi* contre le dirigeant de droit<sup>276</sup>. À côté de cette possibilité, dans les SA dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les associés peuvent intenter l'action sociale *ut universi* par l'intermédiaire d'une association, si, par renvoi à l'article L. 225-120 du Code de commerce, les actionnaires détiennent leurs actions depuis au moins deux ans et si la totalité des actions regroupées ne dépasse pas 5 % des droits de vote. De plus, les associés peuvent également, selon l'article L. 225-252 susmentionné, être représentés par une association des associés répondant aux conditions fixées par décret en Conseil d'État. La lecture de l'article L. 225-252 du Code de commerce appelle deux observations. En premier lieu, cet article renvoie à l'article L. 225-120 du même Code en ce qui concerne les conditions à remplir pour regrouper les actionnaires d'une SA cotée dans une association. Toutefois, l'application à la SAS l'article auquel il fait référence, est expressément exclu<sup>277</sup>. Cela conduit à s'interroger sur le point de savoir si ce renvoi en cascade donne application à l'article L. 225-120 du Code de commerce. La réponse est négative dans la mesure où l'article L. 227-2 du Code de commerce interdit aux SAS de négocier leurs actions sur un marché réglementé.

En second lieu, l'article L. 225-252 du Code de commerce fait également référence aux conditions fixées par le décret du Conseil d'État, sans préciser lesquelles. Pour ce qui est des dispositions réglementaires, les articles R. 225-169 ainsi que R. 225-170 du Code de

---

<sup>275</sup> Cela nécessite d'accomplir les trois conditions prévues par le droit commun : la faute, le dommage et le lien de causalité. Voir *Dirigeants de sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, § 14212, p. 907.

<sup>276</sup> Selon la jurisprudence, l'action sociale ne peut être intentée contre le dirigeant de fait. (Cass. com., 13 juillet 2016, n° 16-10.016)

<sup>277</sup> Art. L. 227-1, al. 3 C. com.

commerce ont pris en charge la mission de préciser les conditions<sup>278</sup>. En vertu de ceux-ci, l'action sociale *ut singuli* peut être intentée par un actionnaire choisi par les autres actionnaires détenant au moins le vingtième du capital social<sup>279</sup>. Le désistement de l'associé représentant n'a aucun effet sur la poursuite de l'action qui pourra être reprise par les autres associés<sup>280</sup>. Ainsi, les dispositions réglementaires en cause seront transposées par ricochet aux SAS<sup>281</sup> dans la mesure où le législateur emprunte au régime de la responsabilité applicable aux SA.

L'emprunt prévu par l'article L. 225-251 du Code de commerce ne se limite pas à l'action sociale, les associés et les tiers peuvent également intenter une action individuelle.

## 2°. L'action *ut singuli*

124. L'action individuelle trouve également sa base légale, dans l'article L. 225-251 du Code de commerce, en vertu duquel les administrateurs et le directeur général de la société anonyme, et par analogie le président et les dirigeants des sociétés par actions simplifiées, sont responsables personnellement, dans certains cas, des fautes commises envers les tiers ainsi que les associés. Les victimes peuvent intenter une action individuelle en vue de demander une réparation des préjudices subis par eux.

125. Lorsque le demandeur est un tiers, pour que la responsabilité personnelle du dirigeant soit engagée, le tiers doit prouver la commission d'une faute détachable de ses fonctions de dirigeant et le lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi. Dans cette hypothèse, les tiers lésés peuvent intenter une action individuelle pour demander la réparation de ce préjudice. Il faut reconnaître à cet égard qu'une telle action demeure rare au regard de la difficulté de prouver une telle faute.

Par ailleurs, lorsque le demandeur est un associé, ce dernier peut demander en son nom personnel, non au nom de la société, la réparation d'un préjudice qui lui est propre. La

---

<sup>278</sup> Ces articles sont codifiés par le décret 2007-341, 25 mars 2007, *JORF*, 27 mars 2007.

<sup>279</sup> L'article 200 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967, codifié sous l'article R. 225-169 prévoit que « lorsque le capital de la société est supérieur à 750.000 euros, le montant du capital à représenter en application de l'alinéa précédent est, selon l'importance dudit capital, réduit ainsi qu'il suit : a) 4 % pour les 750.000 premiers euros ; b) 2,50 % pour la tranche de capital comprise entre 750.000 et 7.500.000 euros ; c) 1% pour la tranche de capital comprise entre 7.500.000 et 15.000.000 euros ; d) 0,50 % pour le surplus du capital ».

<sup>280</sup> Art. R. 225-169, al.2 C. com. Voir CA Versailles, 29 mars 1978, *aff. P. Chasseriau, J.-L. Breton et d'autres c/ Alain Cazal*, *Rev. sociétés*. 1978, p. 711, note D. Schmidt.

<sup>281</sup> *Dirigeants de sociétés commerciales*, Dossiers pratiques, Francis Lefebvre, 2<sup>ème</sup> éd. 2002, § 14258, p. 911.

question qui se pose principalement concerne la définition du préjudice individuel subi par l'associé. De point de vue pratique, il semble délicat de prouver l'existence d'un préjudice individuel distinct de celui de la société. Initialement, la Cour de cassation avait reconnu que le préjudice issu d'une perte du contrôle d'une société anonyme, était un préjudice distinct de la perte des valeurs des droits sociaux, puisqu'il résultait d'une violence économique exercée par la société en cause<sup>282</sup>. Toutefois, deux mois plus tard, en 1997, la Cour de cassation a jugé que la dépréciation de la valeur des titres due à une mauvaise gestion des dirigeants ne constituait pas un préjudice distinct de celui subi par la société<sup>283</sup>. De surcroît, la Cour de cassation a été audacieuse lorsqu'elle a admis qu'en cas de préjudice issu d'une information trompeuse diffusée par les dirigeants, d'une rétention d'information ou d'une présentation de comptes inexacts<sup>284</sup>, l'actionnaire victime pouvait demander une réparation à l'encontre de celui-ci sans avoir à justifier d'une faute séparable<sup>285</sup>.

126. En définitive, l'étude des dispositions particulières régissant la SAS situées dans le Code de commerce a montré deux emprunts aux règles visant la SA, en matière de responsabilité civile et de financement participatif. Dans les deux cas, le législateur a clairement manifesté sa volonté d'assurer la sécurité juridique en assimilant la SAS à la SA. Cette assimilation garantit en effet, sur ces deux questions, l'existence de règles précises dans le Code de commerce. Le souci d'assurer la sécurité juridique est sans doute également ce qui a motivé l'assimilation entre les deux formes sociétaires en matière de fiscalité des sociétés.

## **§2. L'assimilation prévue par le Code général des impôts**

127. Dès les discussions du début des années 1990 sur le projet de loi instituant la SAS, l'assimilation en matière fiscale de cette future forme sociétaire à la SA a été envisagée. À

---

<sup>282</sup> La Cour de cassation a considéré qu'une prise de contrôle par « une augmentation du capital imposée aux actionnaires par une violence caractérisée par la menace de la ruine de la société ». (Cass. com., 18 fév. 1997, *aff. Consorts Game c/ Sts Dassault Aviation et autres*, *Bull. Civ.*, IV, n° 59, p.52, *LPA*, 31 août 1998, note J.-L. Courtier ; *BJS*, 1997, p. 108, note J.-J. Daigre).

<sup>283</sup> Cass. com.1<sup>er</sup> avr. 1997, *aff. SA R. Liaud et Cie c/ SA Cie Financière CIC*, *BJS* 1998, p. 650, note J.-F. Barbieri.

<sup>284</sup> Cass. com. 6 mai 2014, *Rev. sociétés*, 2014, p. 579, note E. Dezeuze et J. Trèves.

<sup>285</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793, *aff. Gaudriot*. Voir M. COHEN-BRANCHE, « Réflexion sur le recours des actionnaires à l'encontre des dirigeants d'une société en procédure collective », *BJS*, n° 12, 01 déc. 2012, p. 535.

cette époque, particulièrement en 1992, la commission des finances du Sénat a voulu rédiger l'article 32 de la deuxième loi de finance de 1993<sup>286</sup> (devenu l'article 1655 CGI) d'une manière très générale pour permettre l'application de cette article à la nouvelle forme qui sera introduite dans le droit des sociétés. Cet article 1655 quinquies du Code général des impôts (CGI) dispose que « *pour l'application du code général des impôts et du livre des procédures fiscales, la SAS est assimilée à la SA* »<sup>287</sup>. Le service de la législation fiscale a précisé les effets de cette assimilation. En ce sens, l'assimilation a tout d'abord pour effet de « *rendre la SAS passible de l'impôt sur les sociétés et de l'imposition forfaitaire annuelle dans les conditions de droit commun* »<sup>288</sup>. Elle a également pour effet de soumettre la SAS aux règles applicables à la SA en matière d'imposition des revenus mobiliers distribués, de droits d'enregistrement et de rémunérations des dirigeants. Ainsi, le législateur a bien emprunté le régime fiscal régissant la SA pour l'appliquer, dans son ensemble, à la SAS. Dans la présente étude, l'objectif ne sera pas d'expliquer la technique de la fiscalité relative à la SAS, mais de préciser la dimension du rattachement de la fiscalité de la SAS à celle de la SA<sup>289</sup>. A cet égard, le rattachement, tel qu'inscrit à l'article 1655 quinquies CGI, concerne deux aspects. Il porte, en premier lieu, sur le régime d'imposition auquel est soumise la société (A). Il couvre, en second lieu, le régime fiscal auquel est soumis le dirigeant de la société (B).

#### A. L'assimilation relative au régime fiscal de la société

128. De manière générale, en prenant en compte la *suma divisio* du droit des sociétés - sociétés de personnes/sociétés de capitaux, le droit fiscal distingue deux régimes fiscaux : l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés. Selon cette distinction, les sociétés de personnes sont soumises au régime de l'impôt sur le revenu (IR), les sociétés de capitaux au régime de l'impôt sur les sociétés (IS). La différence entre les deux régimes fiscaux dépend de la qualité du contribuable.

Dans les sociétés de personnes, le contribuable est l'associé. En application du régime de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés seront imposés entre les mains des associés. En

---

<sup>286</sup> Loi n° 921376 du 30 décembre 1992 de finances pour 1993, *JORF*, 31 décembre 1992.

<sup>287</sup> Cet article a été créé par la loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993 de finances rectificative pour 1993, *JORF*, 31 déc. 1993, p. 18465.

<sup>288</sup> Instruction du 8 mars 1994 du SLF relative au régime juridique et fiscal de la SAS (L. n° 93-1353, 30 déc. 1993, art. 32), BOI 4 H-3-94, *Dr. fisc.*, n° 15, 13 avr. 1994, instr. 11102.

<sup>289</sup> Pour aller plus loin, voir M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 42<sup>ème</sup> éd., 2018-2019.

cas de déficit, chaque associé pourra imputer la quote-part en fonction de ses droits. En ce qui concerne les sociétés de capitaux, les bénéficiaires sont directement taxés au nom de la société contribuable. En cas de déficit, les associés ne peuvent pas personnellement bénéficier des déficits fiscaux constatés par la société. Il convient de rappeler à cet égard qu'après avoir payé l'impôt sur les sociétés, le reste des bénéfices pourra être distribué aux actionnaires en forme de dividendes. Ceux-ci seront alors imposables au nom des actionnaires.

Concernant la SAS, c'est l'ensemble des règles du CGI propres au statut fiscal des SA qui doivent, en vertu de la loi, s'appliquer. De ce fait, l'impôt sur les sociétés constitue le régime fiscal initial de la SAS (1). Néanmoins, depuis 2008, les associés de la SAS ont la possibilité d'opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes (2).

### 1. L'impôt sur les sociétés, régime fiscal principal de la SAS

129. Les SA ainsi que les SAS sont soumises, par principe, au régime de l'impôt sur les sociétés. À ce propos, sont transposables à la SAS, les règles applicables aux SA en matière d'impôt sur les sociétés, d'imposition forfaitaire annuelle, d'imposition des revenus mobiliers distribués, de droits d'enregistrement, de rémunérations de dirigeants. En outre, les dispositions relatives à l'exonération d'ISF des titres détenus par les actionnaires d'une SA sont applicables aux titres détenus par les associés d'une SAS dans les mêmes conditions<sup>290</sup>.

Le législateur a établi une équivalence entre la SA et la SAS à l'égard des impôts, sans se préoccuper de réaliser la compatibilité dans cette manière. Par conséquent, rien ne permet d'exclure des dispositions incongrues. Cette équivalence entre les deux sociétés conduit à emprunter également le droit d'option dont dispose la SA.

### 2. L'impôt sur le revenu, régime fiscal optionnel pour la SAS

130. Avant le 4 août 2008, le législateur était rigide en matière fiscale. Aucune option n'a été octroyée aux actionnaires de la SAS. Toutefois, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a assoupli la règle de l'assujettissement obligatoire à l'impôt sur les sociétés à risque limité. L'article 239 bis AB<sup>291</sup> du CGI a octroyé aux associés de la SARL et aux

---

<sup>290</sup> Rép. min. à QE n° 39477, JOAN Q. 13 nov. 2000, p. 6466.

<sup>291</sup> L'article 239 bis AB du code général des impôts a été modifié par l'ordonnance modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs, n°2013-676 du 25 juillet 2013, art.42.

actionnaires de la SA et de la SAS la possibilité d'opter pour le régime fiscal de société de personnes mentionné à l'article 8 du CGI, sous les conditions suivantes :

- conditions tenant à la société : la société ne doit pas être cotée ; elle doit exercer à titre principal une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale ; elle doit employer moins de cinquante salariés et avoir réalisé un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan inférieur à 10 millions d'euros au cours de l'exercice ; elle doit avoir été créée depuis moins de cinq ans ;
- condition tenant aux associés : le capital et les droits de vote doivent être détenus à hauteur de 50 % au moins par des personnes physiques, et à hauteur de 34% au moins par un ou plusieurs dirigeants ainsi que par les membres de leur foyer fiscal<sup>292</sup>.

Il faut mentionner que la décision quant à l'option du régime fiscal doit être prise à l'unanimité, et pour cinq ans. À l'expiration de ce délai, la société réintègrera le régime des impôts sur les sociétés. L'exercice du droit d'option d'un autre régime d'imposition reste limité et conditionné au respect des conditions susmentionnées. À défaut, s'appliquera le régime initial d'imposition de la SA. Un cas particulier peut être abordé, celui relatif à la fiscalité de la SAS issue de la transformation d'une société.

En cas de changement de la forme juridique, si la SAS est issue d'une opération de transformation, au-delà du cas de changement de régime fiscal, la transformation n'entraîne, par principe, aucune perception d'impôt direct à la charge de la société et des associés. En appliquant l'article 1844-3 du Code civil, il n'y a pas cessation d'entreprise lorsque la société se transforme en respectant les règles légales<sup>293</sup>. La Cour de cassation, dans son arrêt *Le Joncour*, a confirmé la position précédente en matière de droit d'enregistrement<sup>294</sup>.

131. Dans la même optique que la cession d'entreprise, la transformation d'une société de personne en SAS, soumise par principe à l'impôt sur les sociétés, rend exigible les impôts dus en cas de liquidation. Cela signifie que les résultats d'exploitation de l'exercice en cours à la date d'opération, les bénéfices en sursis d'imposition<sup>295</sup>, ainsi que les plus-values latentes,

---

<sup>292</sup> M.COZIAN, F. DBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit., p. 285.

<sup>293</sup> D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2018, § 683, p. 438.

<sup>294</sup> Cass. com., 7 mars 1984, n° 246, *Dr. fisc.* 1984, comme. 1182.

<sup>295</sup> L'article 202 ter, I, du code général des impôts, permet d'assurer le sursis d'imposition des plus-values latentes, des provisions et autres bénéfices dont la taxation a été différée

seront imposés immédiatement<sup>296</sup>. Cette imposition immédiate est, selon l'article 221 bis du CGI, écartée lorsque les conditions suivantes sont remplies : défaut de création d'une personne morale nouvelle ; défaut de modification des valeurs comptables des éléments d'actif ; adoption d'un nouveau régime fiscal. La réunion de ces conditions permet également aux associés d'échapper à l'imposition du boni de liquidation contenant les bénéfices en sursis d'imposition et les plus-values latentes. Si la société transformée avant la transformation est déficitaire, les déficits sont imputables sur le revenu imposable de chacun des associés. Ceux-ci « ne peuvent donc faire l'objet d'un report sur les bénéfices réalisés postérieurement à la transformation »<sup>297</sup>.

132. En ce qui concerne le droit d'enregistrement, la transformation portant sur une société soumise au régime IR à une autre, soumise à un régime IS, rend en principe, selon l'article 809, II, CGI, exigible un droit spécial de mutation sur certains apports en nature à la société. Ce droit spécial de mutation ne distingue pas entre les actions de la SAS et celles de la SA, mais les deux formes sont régies pas le même article, 809, II du Code général des impôts. L'absence de distinction entre les deux formes sociétaires en matière de droit d'enregistrement s'étend également au régime fiscal applicable au dirigeant des deux sociétés.

#### B. L'assimilation relative à la fiscalité de la rémunération des dirigeants

133. L'assimilation entre la SA et la SAS apparaît également en matière de fiscalité relative à la rémunération des dirigeants. Cela se vérifie que le dirigeant soit personne physique (1) ou une personne morale (2).

##### 1. La fiscalité appliquée au dirigeant personne physique

134. Selon l'article 1655 quinquies du Code général des impôts, le statut fiscal du dirigeant de la SAS s'aligne sur celui du dirigeant de la SA. À ce propos, les rémunérations perçues en tant que dirigeants personnes physiques assumant la direction de la SAS, par analogie à la SA, sont imposées comme des rémunérations perçues par les salariés. Cette qualification juridique soulève une question sur sa base légale. En effet, cette qualification ne résulte aucunement de

---

<sup>296</sup> H. AZARIAN, *La société par actions simplifiée – Création, fonctionnement, évolution*, 4<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, 2016, § 187, p. 109.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 110.

la loi fiscale<sup>298</sup>. Certains auteurs<sup>299</sup> estiment que cette qualification peut être déduite de l'article 80 ter, b, 3°, du Code général des impôts qui prévoit que « a) *Les indemnités, remboursements et allocations forfaitaires pour frais versés aux dirigeants de sociétés sont, quel que soit leur objet, soumis à l'impôt sur le revenu.* b) *Ces dispositions sont applicables :* 1° *Dans les sociétés anonymes : au président du conseil d'administration; au directeur général; à l'administrateur provisoirement délégué; aux membres du directoire; à tout administrateur ou membre du conseil de surveillance chargé de fonctions spéciales; [...]* 3° *Dans les autres entreprises ou établissements passibles de l'impôt sur les sociétés : aux dirigeants soumis au régime fiscal des salariés; [...]* ». Conformément à cet article, les rémunérations du dirigeant de la SAS sont soumises à l'impôt sur le revenu entre les mains de leurs bénéficiaires dans la même catégorie et selon les règles des traitements et salaires, et déductibles plafonnées de 10 % des frais professionnels. Ces salaires constituent pour la société une charge déductible de ses résultats. Néanmoins, si la SAS a opté pour le régime de l'IR, dans cette hypothèse, les rémunérations des dirigeants ne sont pas déductibles des résultats et sont imposées dans la catégorie de revenus qui concerne l'activité de la société.

## 2. La fiscalité appliquée au dirigeant personne morale

135. Les rémunérations perçues par les dirigeants personnes morales constituent un élément de leur résultat imposable. En ce qui concerne la rémunération du représentant de la personne morale, l'imposition de celle-ci diffère selon la qualité assumée par celui-ci. Si le représentant est un administrateur, les sommes perçues représentent des bénéfices non commerciaux. Les sommes perçues par le président du conseil d'administration sont considérées comme un salaire imposable dans la catégorie des traitements et salaires<sup>300</sup>.

Il convient de souligner finalement qu'en appliquant l'article 1655 quinquies du code général des impôts, le président de la SAS unipersonnelle, souvent l'associé unique, est assimilé aux dirigeants de la SA au plan fiscal.

136. Pour conclure, l'assimilation entre la SAS et la SA en matière de fiscalité montre que l'emprunt inscrit à l'article 1655 quinquies du Code général des impôts, malgré sa brièveté,

---

<sup>298</sup> T. SCHMIT, « La SAS et le droit fiscal », *LPA*, n° 185, 15/09/2000, p. 60.

<sup>299</sup> M.COZIAN, F. DBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, op. cit., § 988, p. 405.

<sup>300</sup> Art. 1655 quinquies CGI. Voir L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., §32, p. 35.

conduit à une application étendue, en pratique, de l'ensemble du statut fiscal de la SA à la SAS. Incontestablement, cette assimilation était parfaitement justifiée à l'époque où la SAS a été créée, c'est-à-dire lorsqu'elle était une « *société de sociétés* »<sup>301</sup>, dérivée de la SA. La pertinence de ce rattachement n'est plus évidente compte tenu de l'évolution du statut juridique de la SAS, en raison de l'ouverture de cette société à toute personne physique ou morale.

---

<sup>301</sup> Cette expression a été employée par le sénateur Dailly, rapporteur du projet de la loi relative à la SAS (*JO Sénat* CR 21 oct. 1993, p. 3353).

## **Conclusion du chapitre II**

137. À travers l'emprunt aux règles régissant la SA, le législateur a complété le régime légal de la SAS. L'emprunt recouvre deux modalités. La première consiste à effectuer un rattachement par référence aux règles de la SAS sous deux conditions : en premier lieu, l'application à la SAS de la règle à laquelle il est fait référence ne doit pas être expressément exclue, et en deuxième lieu la règle de la SA susceptible d'être appliquée doit être compatible avec le régime propre de la SAS. La réunion de ces deux conditions cumulatives rend, selon l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, les règles de la SA applicables à la SAS. La seconde modalité du rattachement consiste à assimiler la SAS à la SA afin d'emprunter les règles de cette dernière pour les appliquer directement à la première, sans aucune condition. Cette assimilation s'observe dans plusieurs domaines. Tout d'abord, lorsque la SAS recourt au financement participatif via une plateforme d'internet, les règles de la SA concernant l'organisation de l'assemblée et les modalités de prise des décisions collectives s'appliquent. L'assimilation s'observe également en matière de responsabilité civile du président et des dirigeants de la société. Enfin, la SAS emprunte aux règles régissant la fiscalité de la SA. En définitive, qu'il s'agisse du rattachement par référence ou du rattachement par assimilation, la SA sert bien de modèle pour la SAS.

## **CONCLUSION DU TITRE I**

138. L'étude des modalités du rattachement de la SAS au régime juridique de la SA permet de tirer trois conclusions principales.

Premièrement, le rattachement de la SAS à la SA est justifié par le fait que la SAS a été conçue pour simplifier le régime légal de la SA dont la rigidité ne permettait pas de répondre aux besoins des entreprises constituées en groupes des sociétés. Certes, le projet de simplification de la SA a été abandonné en faveur d'une SAS, société par actions simplifiée, distincte de la SA. Pour autant, l'idée de rattacher l'une à l'autre a été maintenue malgré la différence de nature de chaque société.

Deuxièmement, l'identification précise du contenu du renvoi semble difficile à saisir dans la mesure où le renvoi global prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce renferme en réalité plusieurs styles de renvoi (en cascade, pur et simple, erroné, vertical ou horizontal). Cela peut perturber l'identification de la règle applicable.

Troisièmement, le législateur exige pour la mise en place du rattachement par référence de réunir deux conditions : l'application de la règle à la SAS ne doit pas être explicitement exclue par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, et la règle applicable doit être compatible avec les dispositions propres de la SAS. Si la liste des articles est précisée, le critère de compatibilité n'est, quant à lui, pas détaillé.

Ces quelques éléments sont les premiers signes des difficultés attachées au mécanisme du renvoi législatif, et invitent, par conséquent à explorer davantage les insuffisances du rattachement.



## TITRE II. LES INSUFFISANCES DU RATTACHEMENT

139. « *Nul n'est censé ignorer la loi* ». C'est pourquoi la loi doit être compréhensible par tous, tant par les profanes que par les professionnels. Or, la technique de la législation par référence, qui se caractérise par des renvois entre les textes, entrave l'accessibilité à la loi<sup>302</sup>. En effet, le rattachement de la SAS à la SA est source de nombreuses difficultés. Quelques illustrations suffisent à s'en convaincre.

Tout d'abord, le renvoi législatif peut être source d'ambiguïté. Cela se vérifie tout particulièrement lorsque les dispositions régissant la SAS renvoient à une règle de la SA dont l'application à la SAS est expressément exclue, ou lorsqu'elles renvoient à un texte dont le contenu n'est manifestement pas compatible avec l'esprit de la SAS. Ensuite, le renvoi législatif peut être source d'anachronisme. En effet, en raison des nombreuses réformes (16 environ), dont la SAS a fait l'objet depuis sa création, cette forme sociale a régulièrement évolué et continue de s'adapter progressivement aux besoins évolutifs des entreprises. Ce n'est pas le cas de la SA, qui a fait l'objet de peu de révisions depuis les années 1990. En conséquence, la mécanique du renvoi législatif aboutit à ce soient appliquées à la SAS des règles – celles de la SA – qui sont généralement anciennes, et pour certaines peu adaptées aux caractéristiques actuelles de SAS. Par ailleurs, le rattachement de la SAS à la SA est source de grande complexité. En effet, la lecture des dispositions régissant la SAS ne permet pas, à elle seule, de saisir le contenu des règles qui s'appliquent à cette société. Pour cela, il est nécessaire de rechercher les règles de la SA et de déterminer avec minutie si ces dernières s'appliquent à la SAS, le cas échéant en effectuant une étude de compatibilité. Ce travail peut s'avérer laborieux, tout particulièrement dans certaines configurations, à l'image de l'hypothèse du renvoi en cascade<sup>303</sup>. En d'autres termes, le renvoi législatif impose « *une appréciation au cas par cas qui ne facilite pas la lisibilité du [régime de la SAS]* »<sup>304</sup>.

140. L'ensemble de ces difficultés constitue d'importantes faiblesses qui empêchent actuellement d'ériger la SAS comme un modèle de société. Elle témoigne des insuffisances de l'état du droit, lesquelles sont principalement de deux ordres. En premier lieu, le rattachement de la SAS à la SA se caractérise par un fort manque de clarté qui entrave la lisibilité et

---

<sup>302</sup> J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », *op. cit.*, p. 1213.

<sup>303</sup> Sur cette hypothèse, voir *supra* n° 76.

<sup>304</sup> D. RÉMY, *Légistique - L'art de faire les lois*, *op. cit.*, p. 293.

l'intelligibilité du régime juridique de la SAS (**Chapitre I**). En second lieu, le rattachement de la SAS à la SA se traduit par son inefficacité, en ce sens où il n'atteint pas le but recherché<sup>305</sup> (**Chapitre II**).

---

<sup>305</sup> L'efficacité se définit ainsi : « Qui remplit bien sa tâche, qui atteint son but, qui aboutit à des résultats utiles » (Dictionnaire Larousse en ligne).

## Chapitre I. Le manque de clarté du rattachement

141. En droit français, l'exigence de qualité de la loi est servie par le principe constitutionnel de clarté de la loi<sup>306</sup>, principe étroitement imbriqué à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>307</sup>.

Pour que la loi soit claire, deux impératifs doivent être respectés<sup>308</sup>. Le premier relève de la linguistique : la règle doit être rédigée en des termes concis et précis permettant aux destinataires de cette règle de la comprendre facilement. Le second impératif concerne la pratique : le texte normatif doit être aisément applicable par les usagers comme par les juges.

Toutefois, dans la mesure où le législateur ne peut anticiper toutes les situations susceptibles de se présenter dans la pratique, il n'est pas rare qu'il ait recours, lors de la rédaction des textes normatifs, à des notions ou à des formules peu précises ou ambiguës. Le maintien d'un certain flou revêt ainsi un avantage manifeste : il permet d'inscrire la règle de droit dans la durée, d'assurer son application sur le long terme malgré l'évolution de la pratique.

142. Néanmoins, cette imprécision doit, selon nous, être limitée au strict minimum. En ce qui concerne la SAS, les imprécisions qui caractérisent son régime juridique sont en effet davantage source de difficultés que de bénéfices. Or, ce manque de clarté est directement lié au mécanisme de rattachement de la SAS à la SA qui oblige souvent « *le lecteur à faire un tri dans [les] normes de manière ne retenir que celles qui répondent aux conditions de renvoi* »<sup>309</sup>. Le manque de lisibilité se concentre plus particulièrement sur deux éléments. En premier lieu, maîtriser le mécanisme du rattachement suppose de comprendre le critère de compatibilité prévu à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce. Ce n'est pas chose aisée dans la mesure où ce critère est particulièrement ambigu (**Section I**). En second lieu, dans sa rédaction actuelle, le renvoi législatif maintient un doute quant à l'application à la

---

<sup>306</sup> Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons.9 ; Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13 et Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.

<sup>307</sup> V. P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, p. 290 ; E. BESSON, « Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in J-M. PONTIER (dir.), *La simplification du droit – Aix en Provence 2005*, Aix en Provence, PUAM, 2006, p 75.

<sup>308</sup> A. FLUCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Doss. La normativité, janv. 2007.

<sup>309</sup> D. RÉMY, *Légistique – L'art de faire les lois*, op. cit., p. 294.

SAS de certaines règles de la SA relatives à des opérations particulières. La portée exacte du rattachement est donc incertaine (**Section II**).

### **Section 1. L'ambiguïté du critère de compatibilité**

143. Dans l'hypothèse du rattachement par référence<sup>310</sup>, le critère de compatibilité qui conditionne l'application à la SAS des règles de la SA est identifié à l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce par la formule suivante : « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre (...)* ». Cette formule frappe par sa nature générale, imprécise. Elle est révélatrice de l'ambiguïté qui caractérise le critère de compatibilité (§1). D'ailleurs, cette ambiguïté trouve une illustration particulièrement éloquente en ce qui concerne l'application du devoir de vigilance (§2).

#### **§1. Les manifestations de l'ambiguïté du critère de compatibilité**

144. L'ambiguïté attachée au critère de compatibilité est directement issue de la rédaction imprécise de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, et plus particulièrement de l'expression « *sont compatibles avec* » (A). Cette imprécision a, sans surprise, donné lieu à une controverse doctrinale sur l'interprétation à donner au critère de compatibilité (B).

##### **A. La rédaction imprécise du critère au sein du Code de commerce**

145. Lors de l'élaboration de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, le législateur a utilisé une technique législative favorisant l'imprécision. Les expressions « être compatible avec » et « être applicable à » en sont révélatrices. Ce « droit flou »<sup>311</sup> doit ainsi être précisé à chaque fois par le juge qui dispose d'une grande liberté d'appréciation<sup>312</sup>. Bien que cela permette au juge de moduler le droit en fonction des besoins, la mise en œuvre des normes en cause peut être d'une redoutable complexité. En l'espèce, la formule sibylline de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce (1) impose une interprétation qui est loin d'être évidente (2).

---

<sup>310</sup> Voir *supra* n° 72s.

<sup>311</sup> L'expression de « droit flou » a été utilisée par la Professeure Mireille Delmas-Marty. Voir. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

<sup>312</sup> J. CARBONIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, ouv. col., Bruylant, 1984, p. 99-112.

1. La formule sibylline utilisée à l'article L. 227-1, alinéa 3

146. La formulation du texte de l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent chapitre, les règles concernant les sociétés anonymes, [...], sont applicables à la SAS » ne permet pas de comprendre facilement, à la première lecture, le sens et le contenu exact du texte. Le législateur n'a pas apporté dans les articles qui suivent des précisions ou des indications à même de le rendre clair et compréhensible. En revanche, le guide de légistique, qui accompagne tous les travaux d'élaboration des normes, précise que « les termes utilisés doivent être appropriés et exacts juridiquement et techniquement »<sup>313</sup>. Ce guide reconnaît que la « conformité » et « la compatibilité » ne sont pas synonymes. Il a donné un sens précis à ces deux expressions dans le domaine du droit de l'urbanisme. Tandis que la « conformité » exige une adéquation complète entre les normes (objet de l'étude), le rapport de la compatibilité tolère un écart avec les normes de référence, du moment qu'elle ne s'en trouve pas remise en cause<sup>314</sup>. Cette précision soulève une interrogation sur le niveau d'écart qui reste admissible entre les normes. Selon les mots du guide, la distance qui sépare les normes peut être grande sans qu'il arrive un moment où l'une est remise en cause du fait de l'autre.

147. Malgré l'explication apportée par le guide, on ne peut pas considérer que cela offre une définition claire pour la compatibilité. La seule indication que la « compatibilité » n'a pas le sens de « conformité », ne semble pas suffisante et satisfaisante pour expliquer le rapport de compatibilité entre la SAS et la SA car elle est très vague. En particulier par comparaison à la société européenne : dans le texte de l'article L. 229-1, alinéa 2, du Code de commerce disposant que « *la société européenne est régie par les dispositions du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, celles du présent chapitre et celles applicables aux sociétés anonymes non contraires à celles-ci* », le législateur indique clairement que l'emprunt des dispositions applicables à la SA sera fait à la condition que celles-ci ne soient pas contraires aux dispositions particulières régissant la SE. L'expression « contraire » semble plus précise que « compatible » dans le texte précité. L'article L.229-1, alinéa 2, du Code de commerce est plus précis et compréhensible que l'article L. 227-1, alinéa 3, du même Code car le flou caractérisant le sens de la locution « être

---

<sup>313</sup> *Le Guide de législation*, Premier ministre et Conseil d'État, 3<sup>e</sup> éd., 2017, p. 297.

<sup>314</sup> *Ibid.*

compatible avec » est associé avec d'autres locutions aussi floues et ayant un sens variable : « avec les dispositions particulières prévues », « règles concernant la SA » et « sont applicables ». La combinaison des formules d'emprunt nécessite de les expliquer dans l'ensemble afin de comprendre tous les éléments qui composent l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce et par conséquent de déterminer la portée du texte. Il s'agit d'une opération complexe mais indispensable pour bien appliquer le texte.

148. Le flou placé intentionnellement dans le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du Code de commerce provoque en effet certaines difficultés. Celles-ci viennent de l'utilisation législative d'une notion floue pour composer le régime légal de la SAS en déterminant la règle qui peut être empruntée au régime légal de la SA. L'appréciation des dispositifs qui sont compatibles ou incompatibles a besoin d'un examen préalable avant chaque emprunt de règle. Or, cet examen préalable nécessite deux éléments afin de le rendre efficace. Le premier : une détermination du sens « compatible » ; le second : une connaissance et une compréhension parfaite de toute règle à laquelle le texte de la SAS fait référence. Toutefois, la mise en œuvre des deux éléments n'est pas aisée dans la SAS dans la mesure où certains textes auxquels la norme de la SAS fait référence contiennent des renvois, soit directs, explicites, dits « en cascade » aux règles de la SA; soit indirects et implicites à ces règles<sup>315</sup>. La difficulté est plus forte encore quand le renvoi en cascade débouche sur des dispositions exclues.

149. Si le législateur français admet que « *omnis definitio in jure periculosa* », le flou peut, selon certains auteurs<sup>316</sup>, donner au texte une flexibilité à la règle de droit, face à la diversité des situations auxquelles le juge est confronté dans un domaine donné<sup>317</sup>. Cela peut expliquer la raison de la réticence du législateur à faire œuvre de définition<sup>318</sup>. Néanmoins, le défaut d'une définition législative rend obscur le critère du rattachement par référence basé sur le critère de compatibilité. Cette obscurité impose donc une interprétation.

---

<sup>315</sup> Cette difficulté a été évoquée par le rapporteur à l'Assemblée nationale M. X. De Roux. Voir à ce propos, D. VIDAL, *La société par actions simplifiée- Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994, op. cit.*, p. 15.

<sup>316</sup> Il pourrait contribuer également à la stabilité du droit en garantissant la sécurité juridique. « C'est notamment grâce à de telles notions que le Code Napoléon a surmonté l'épreuve du temps et a pu survivre depuis deux siècles ». (J.-L.BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2012, § 277, p. 320). *Adde.* P. ROUBIER, *Théorie générale du droit- Histoire des doctrines juridiques et philosophique des valeurs sociales*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 1951, § 12, p. 112.

<sup>317</sup> P. HÉNAFF, « Contrat et obligation- L'unité des notions-cadre », *LSJ*, n° 48, 30 nov. 2005, doct. 189.

<sup>318</sup> J.-L. BERGEL, « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ-Cahiers de méthodologie juridique*, n° 2, 1987-4, p.1119-1135.

## 2. La nécessité consécutive d'une interprétation

150. L'interprétation est expliquée par son lien habituel à l'idée de compréhension. Ce lien diffère selon le sens - étroit ou large - donné au verbe « interpréter ». Interpréter au sens étroit, cela se rencontre quand un « *exercice complexe précède la compréhension pleine, tout en la rendant possible* »<sup>319</sup>. Cet exercice concerne deux cas : lorsque les mots employés ou les expressions utilisées par le législateur dans le texte normatif ne sont pas clairs par rapport à leur sens précis, voire introduisent un doute ; lorsque ces expressions sont suffisamment claires en caractérisant une relation combinatoire entre deux structures linguistiques. L'interprétation selon ce sens vise à la compréhension. Contrairement au sens étroit, le sens large de l'activité interprétative s'explique par l'attribution à une expression d'une signification propre définissant la connotation exprimée de manière à la mettre en conformité avec les règles de signification du langage au sein duquel l'expression apparaît<sup>320</sup>. L'interprétation au sens large accompagne la compréhension des expressions.

151. Lorsque le législateur utilise une expression floue ou imprécise afin d'élaborer un texte législatif, il accorde une sorte de délégation de son pouvoir au pouvoir judiciaire<sup>321</sup>, celui-ci intervenant afin de préciser le sens de cette expression. Le juge ne peut « *refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* », il ne saurait se rendre « *coupable de déni de justice* »<sup>322</sup>. Face à l'obscurité d'un texte normatif, le juge effectue une interprétation dite authentique. L'interprétation effectuée par le juge pour éclairer et préciser le sens obscur ou flou d'un texte relève à cet égard du sens étroit. C'est grâce à cette interprétation que la loi devient claire<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> E.-R. GRAU, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, Kimé, 2014, p. 28.

<sup>320</sup> *Ibid.* p. 28.

<sup>321</sup> Le standard « ne lie pas étroitement le juge, il constitue seulement une directive générale qui, en indiquant le but poursuivi, guide le juge dans l'administration du droit » (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit- Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, 2005, p. 111).

<sup>322</sup> Art. 4 C. civ.

<sup>323</sup> Le rôle de l'interprétation authentique ne se borne pas à la fonction d'éclairer la loi, l'interprétation peut être applicative de la loi ou complétive de la loi ou supplétive. Celle-ci se présente lorsque le juge reproduit une norme. Elle peut être également synthétique lorsque elle s'attache à rendre compatibles entre eux des principes qui a priori ne le sont pas. En plus, elle peut être correctrice, quand elle annule un texte non conforme à un autre texte supérieur au niveau hiérarchique. Voir à cet égard : C. TREMBLAY, *L'apport de la modélisation des connaissances à la codification et à la simplification des textes normatifs- Analyse sémantico- syntaxique des textes normatifs ou la linguistique générale au service du droit*, Thèse, Univ. Panthéon – Assas, 2002, p. 45 et s.

Par ailleurs, il convient de rappeler que le sens donné par le juge à une expression imprécise « *ne devient prévisible qu'à partir du moment où la jurisprudence s'est prononcée sur un certain nombre de cas* »<sup>324</sup>. Or, en ce qui concerne la SAS, l'examen de la jurisprudence portant sur ce type de société démontre, sauf oubli de notre part, qu'aucune décision jurisprudentielle n'a défini la compatibilité exigée par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, ni interprété le dispositif qu'il comporte. Ce qui semble surprenant, notamment au regard de la nécessité pratique de préciser le sens de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, d'après la majorité des praticiens avec lesquels ont été conduits des entretiens.

152. En effet, l'abstraction jurisprudentielle appelle une réflexion sur les raisons du silence du juge. On peut à cet égard évoquer deux hypothèses. La première est que le juge n'a pas eu l'occasion d'évoquer cette question, du fait qu'aucun contentieux n'a été intenté en ce sens. Cette hypothèse ne semble pas opportune dans le contexte visé car, dans la majorité des arrêts de la Cour de cassation et de la cour d'appel relatifs aux sociétés par actions simplifiées, la question de l'interprétation du caractère « compatible » peut être traitée par les Cours avant de trancher si cette règle est applicable ou non. Par exemple, la cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 9 juin 2016 a jugé qu'« *aux termes de l'article L. 225-47, alinéa 3, du Code de commerce, le conseil d'administration peut à tout moment révoquer le président de la société. Ces dispositions sont applicables aux sociétés par actions simplifiées conformément à l'article L. 227-1 du même code. Dans les écritures des intimées, est cité l'article 4.4 des statuts de la société C qui prévoit que « le président est révocable à tout moment, mais seulement pour juste motif par décision collective des associés statuant à la majorité prévue à l'article 7.3 des présents statuts* » ». En l'espèce, la SAS a révoqué son président. Celui-ci plaidait le caractère brutal et l'absence de juste motif de révocation, en évoquant le non-respect du principe de contradiction. La cour d'appel a justifié sa décision en s'appuyant sur l'article L. 225-47, alinéa 3, qui traite de la révocation du président du conseil d'administration. Or, en vertu de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, cité aussi par le juge, l'article L. 225-47 du Code de commerce n'est pas applicable à la SAS. Car la cour d'appel n'a pas déterminé le sens du critère de la compatibilité, le juge du fond l'a mal appliqué. Cela confirme, d'un côté, l'obscurité du critère de la compatibilité et, d'un autre côté, la nécessité de préciser ce critère pour assurer une bonne application de la loi.

---

<sup>324</sup> C. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 91.

La deuxième hypothèse que l'on peut évoquer est que le juge trouve que le critère de compatibilité est clair et n'a donc pas besoin d'interprétation. Cette hypothèse semble peu probable dans la mesure où, même si la loi est estimée claire, les textes normatifs ne contiennent pas immédiatement de normes, c'est pour cela qu'ils ont besoin d'être interprétés avant de les faire appliquer aux cas concrets<sup>325</sup>.

153. En définitive, l'interprétation du critère de compatibilité semble primordiale dans la mesure où elle s'associe à l'application du droit. Cette application nécessite de comprendre les expressions du texte de l'article L. 227-1, alinéa 3, et les faits d'interprétation auxquels doit s'appliquer le droit<sup>326</sup>. Le juge peut donc utiliser toutes les méthodes disponibles afin de rendre clair et compréhensible un texte obscur. Or, le défaut de ces efforts jurisprudentiels, c'est d'avoir laissé l'incertitude autour du sens exact. L'absence de définition législative et d'interprétation jurisprudentielle claire du critère de compatibilité a conduit la doctrine à se saisir de la question. Sans surprise, l'interprétation de ce critère a donné lieu à une controverse.

#### B. La controverse doctrinale consécutive sur l'interprétation du critère

154. Dans la mesure où la notion de compatibilité n'a été définie ni par le législateur ni par la jurisprudence, la doctrine s'est saisie de la question. De manière générale, l'interprétation doctrinale, et par extension l'interprétation effectuée par les praticiens du droit, n'ont pas la même valeur que l'interprétation effectuée par le juge. La doctrine n'est, en effet, pas une source du droit, à la différence de la jurisprudence. Pour autant, les interprétations avancées par la doctrine ou par les praticiens du droit sont d'une grande utilité. Elles peuvent apporter un éclairage particulier sur la mise en œuvre d'une règle de droit, contribuer à améliorer la compréhension de la loi, faciliter son application dans la pratique. En d'autres termes, sans être source du droit, la doctrine peut être source de clarification de la loi. La question se pose donc de savoir si la doctrine a joué ce rôle de clarification en ce qui concerne le critère de compatibilité prévu à l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. La réponse est ici décevante. En effet, les interprétations doctrinales de ce critère ont été multiples (1) et n'ont pas permis de suffisamment clarifier son contenu (2).

---

<sup>325</sup> E.-R. GRAU, *Pourquoi j'ai peur des juges. L'interprétation du droit et les principes juridiques*, op. cit., p. 31.

<sup>326</sup> *Ibid.* ; p. 30.

1. Les multiples arguments avancés par la doctrine

155. Nombreuses sont les catégories d'arguments interprétatifs. On peut toutefois les classer en deux catégories : les arguments linguistiques et les arguments téléologiques.

156. **Les arguments linguistiques.**- Les arguments linguistiques reposent sur les contextes linguistiques qui considèrent que chaque expression est dotée de deux sens : sémantique et technique. C'est l'analyse linguistique qui indique quel sens on peut donner à une expression floue.

En effet, d'après cette façon de faire, la compatibilité signifie, selon certains auteurs<sup>327</sup>, que les règles (le sujet d'analyse) doivent respecter globalement les règles de référence, ce qui n'empêche pas que ponctuellement, elles puissent y déroger. Or, l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce bouleverse le sens de cette définition. Le respect doit être établi conformément aux règles régissant la SAS prévues dans le chapitre VII du Code de commerce et non les règles de référence relatives à la SA. Pour les autres<sup>328</sup>, la compatibilité n'est plus appréciée seulement au niveau de la lettre des textes, mais dans un contexte « textuel » élargi. Les dispositions sont compatibles si les dispositions de la SAS n'interdisent pas ces dispositions, et si ces dispositions sont conformes avec les règles particulières régissant la SAS. L'acceptation de cette approche nous conduit à considérer que toutes les dispositions régissant la SA « fermée » seront, apparemment, compatibles avec l'organisation particulière de la SAS. Il ne semble pas logique d'emprunter des règles à la SA, une société pluripersonnelle, pour les appliquer à une SAS unipersonnelle. D'ailleurs, la compatibilité ne se place pas toujours à côté de la conformité et elles ne sont pas synonymes selon ce qu'atteste le guide légistique.

Les autres auteurs fondent leurs arguments sur l'interprétation littérale la plus stricte due au Professeur Paul Le Cannu. On peut l'appeler l'approche de la « contradiction ». Les dispositions de la SA sont donc compatibles si celles-ci ne sont pas contraires aux dispositions de la SAS<sup>329</sup>. À titre d'illustration : les dispositions de la SA régissant l'offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur le marché réglementé de ses actions ne

---

<sup>327</sup> C. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 91.

<sup>328</sup> J. PAILLUSSEAU, « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS- La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *LSJ. Entreprises et affaires*, n°43, 26 oct. 2000, p. 1697.

<sup>329</sup> P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2003, § 912.

seront manifestement pas applicables à la SAS car l'article L. 227-2 du Code de commerce interdit expressément cette application, ce qui élimine toute possibilité de compatibilité.

L'alinéa 2 de l'article L. 228-23 du Code de commerce qui prévoit que la clause d'agrément est écartée en cas de cession d'actions à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant, n'est pas compatible avec l'article L. 227-14 qui permet, sans restriction, aux associés de la SAS de prévoir dans leurs statuts une clause d'agrément pour toute cession d'actions.

L'approche textuelle est susceptible de reproches dans la mesure où cette interprétation ne semble pas suffisante pour résoudre les problèmes issus des procédures d'alerte du commissaire aux comptes par exemple<sup>330</sup>.

**157. Les arguments téléologiques.-** Ce type d'arguments interprète les règles en fonction de leurs finalités. Elles concernent le but assigné à une loi. Ce but apparaît dans les termes des textes et sont donc de nature à servir de guide à l'interprétation<sup>331</sup>. La compatibilité selon l'approche téléologique doit être définie, en tenant compte de la conformité des dispositions de la SA avec l'esprit « contractuel » de la SAS, comme ayant pour but l'insertion de celle-ci dans le paysage sociétaire. En cas de conflit avec cet esprit, les dispositions de la SA n'auront pas vocation à s'appliquer à la SAS<sup>332</sup>. On peut citer à cet égard l'exemple suivant : dans une SASU, les avantages particuliers, dont le droit de vote dont bénéficie l'associé unique apporteur d'un apport en nature, ne sont pas régis par la loi. En l'absence d'une règle spéciale en la matière, les règles générales applicables aux SA ont en principe vocation à s'appliquer. Toutefois, en vertu de l'article L. 225-147 du Code de commerce, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers sont appréciés par un ou plusieurs commissaires aux apports désignés à l'unanimité des actionnaires ou, à défaut, par décision de justice. Ledit article fait référence à l'article L. 225-10 du même Code qui dispose que « *lorsque l'assemblée délibère sur l'approbation d'un apport en nature ou l'octroi d'un avantage particulier, les actions de l'apporteur ou du bénéficiaire ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité. L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire* ».

---

<sup>330</sup> Voir à cet égard J. PAILLUSSEAU, « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS- La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *op. cit.*

<sup>331</sup> C. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 59.

<sup>332</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *op. cit.*, § 111, p. 62.

Quant à la SAS, une question que l'on peut soulever est de savoir si les articles cités ci-dessus sont compatibles avec celle-ci. En effet, l'application de ces articles a posé plusieurs difficultés dans la pratique. Dans la mesure où cette société est unipersonnelle, l'application de ces articles rend l'approbation de la valeur des apports en nature impossible à établir. C'est pourquoi ces articles ne semblent pas compatibles avec le statut particulier et donc l'esprit de la SASU. Mais la modification apportée au régime de la SASU en vertu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, a résolu le problème. Le législateur a donné à l'associé unique la compétence d'approuver les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés, après rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice<sup>333</sup>.

L'approche téléologique, qui affirme l'esprit « contractuel » de la SAS, est, en revanche, susceptible d'être reprochée dans la mesure où celui-ci fait référence inévitablement à un élément subjectif pour écarter les normes impératives, souvent d'ordre public, à appliquer à la SA. Ce qui conduit à mettre la sécurité juridique en danger<sup>334</sup>.

## 2. La clarification insuffisante du critère de compatibilité par la doctrine

158. La divergence doctrinale manifestée à propos de l'analyse de la « compatibilité » et les critiques que peuvent recevoir toutes les approches sur lesquelles se basent les arguments doctrinaux avancés, montrent l'ambiguïté de ce critère. Cette ambiguïté conduit à qualifier un texte dans certains cas applicable et inapplicable dans les autres cas en fonction du raisonnement utilisé. Cela conduit à un risque d'incertitude dans la mesure où « *un même fait est susceptible de qualifications opposées et donc d'être soumis à des régimes différents* »<sup>335</sup>. La soumission à des régimes différents démontre que la SAS et la SA sont de nature différente. Ce constat a été indiqué par le Professeur Laurent Godon en disant à propos de la « compatibilité » qu'il « *s'agit d'appliquer par transposition certaines règles issues d'un modèle institutionnel de société - la SA - vers un modèle contractuel - la SAS - parfois situé à l'opposé parce que tel est justement le vœu des concepteurs des statuts que d'échapper à l'organisation complexe et rigide des sociétés anonymes* »<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> Art. L. 227-9 C. com

<sup>334</sup> CNCC, *La société par actions simplifiée*, étude juridique avec la collaboration de Jean Paillusseau, CNCC éd., 2002, p.10.

<sup>335</sup> J.-L. BERGEL, « Variétés différence de nature (égale) différence de régime », *RTDC*, 1984, p. 271.

<sup>336</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 25, p. 28.

159. L'ambiguïté du critère de compatibilité issue de la rédaction de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, et l'absence d'interprétation satisfaisante par la jurisprudence comme par la doctrine, entravent la compréhension de ce critère ainsi que sa mise en œuvre. Afin de mettre en lumière les effets négatifs liés à l'imprécision du critère de compatibilité, il est utile de se pencher sur une illustration particulière : l'application par renvoi à la SAS du devoir de la vigilance.

## **§ 2. L'illustration pratique de l'ambiguïté du critère de compatibilité : le cas du devoir de vigilance**

160. Nombreuses sont les hypothèses qui témoignent de l'ambiguïté du critère de « compatibilité » et des difficultés consécutives. Le professeur Jean Paillusseau a, par exemple, évoqué le cas des procédures d'alerte du commissaire aux comptes<sup>337</sup>. Le cas du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre est également très révélateur.

Par la loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises<sup>338</sup>, le législateur français a introduit dans le chapitre V « Des sociétés anonymes » du deuxième titre du livre II du Code de commerce deux nouveaux articles numérotés L. 225-102-4 et L. 225-102-5. Cette nouveauté conduit à se demander si la SAS, en tant que société mère ou donneuse d'ordre, est concernée par ce devoir de vigilance en vertu d'un renvoi en cascade issu de l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce. C'est à ce niveau que les difficultés résultant de l'ambiguïté du critère de compatibilité émergent. En effet, s'il est possible de comprendre le contenu du devoir de vigilance de manière générale (A), son application à la SAS reste incertaine (B).

### **A. La technique du devoir de vigilance**

161. Historiquement, le devoir de vigilance n'était pas consacré comme une obligation légale au sein des textes législatifs. La nécessité d'engager la responsabilité d'une société mère en raison d'atteintes à l'environnement par ses filiales a été renforcée par le président de la

---

<sup>337</sup> J. PAILLUSSEAU, « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS - La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *LSJ. Entreprises et affaires*, n°43, 26 oct. 2000, p. 1697.

<sup>338</sup> Loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises, *JORF*, n°0074, 28 mars 2017, texte n° 1.

République française à la clôture du Grenelle de l'environnement en 2007. Cette annonce nationale est allée dans le sens des déclarations des plus hautes instances européennes et internationales. La Commission européenne en 2011 a incité les grandes entreprises, et tout particulièrement les entreprises exposées à divers risques, « à faire preuve de diligence raisonnable en fonction des risques, y compris dans leurs chaînes d'approvisionnement »<sup>339</sup>. De même, les principes directeurs de l'OCDE ont incité les grandes entreprises à exercer une diligence raisonnable<sup>340</sup>.

En outre, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>341</sup> oblige le président, les directeurs généraux de la société qui emploie au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont son chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros, à prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces mesures sont variées. Elles concernent, par exemple, l'adoption d'un code de conduite cernant les comportements à proscrire, la mise en place d'un dispositif d'alerte interne aux entreprises, ou encore l'établissement d'une cartographie des risques<sup>342</sup>. L'Agence française anticorruption contrôle le respect de ce dispositif<sup>343</sup>.

162. À la suite du drame lié à l'effondrement de l'immeuble Rana Plaza<sup>344</sup>, deux propositions de loi portant sur la responsabilité des sociétés mères ont été déposées, l'une en 2013 et l'autre en 2015. Elles visaient à « s'attaquer aux violations des droits humains et à la

---

<sup>339</sup> CE, 7 nov. 2012, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014 », § 3.1.

<sup>340</sup> OCDE, « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », éd. OCDE, 2011. <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/principesdirecteursdelocdealintentiondesentreprisesmultinationales.htm> [Date de la consultation: 29/01/2019]

<sup>341</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 décembre 2016, texte n° 2.

<sup>342</sup> Art. 17 de la loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, *op. cit.*

<sup>343</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, § 436, p. 305.

<sup>344</sup> L'effondrement de l'immeuble de Rana Plaza, au Bangladesh, a provoqué des pertes humaines considérables : 129 morts et 2500 blessés. Beaucoup d'étiquettes de marques françaises et étrangères ont été trouvées dans le local.

corruption intervenant sur les chaînes de production des entreprises »<sup>345</sup>. Après un débat de plus de quatre ans, la loi du 21 février 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises<sup>346</sup> a été adoptée par le Parlement. Cette loi a toutefois été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel, expliquant que certains dispositifs aient été supprimés<sup>347</sup>. Conformément à cette loi, les entreprises qui franchissent certains seuils sont tenues d'établir un plan de vigilance<sup>348</sup> (1) afin de contrer les risques liés à la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux dommages corporels, environnementaux ou sanitaires, et la corruption (2).

### 1. Les entreprises concernées par l'établissement d'un plan de vigilance

163. Selon l'article L. 225-102-4, I du Code de commerce<sup>349</sup>, les entreprises concernées par le devoir de vigilance sont des sociétés mères ou donneuses d'ordre qui ont un siège social en France. Le législateur exige une taille précise pour que de telles sociétés soient concernées. Celle-ci diffère en fonction de la localisation des filiales de la société mère. Si les filiales se situent en France, le nombre des salariés employés par la société mère doit être, à la clôture de deux exercices successifs, d'au moins 5000 salariés dans l'ensemble du groupe. En revanche, si parmi ces filiales il y en a qui sont installées à l'étranger, le législateur exige, pour que la société mère ou donneuse d'ordre soit concernée, 10 000 salariés dans l'ensemble du groupe.

164. Les critères requis pour que la société soit concernée semblent exagérés si on les compare avec ceux inscrits dans le droit anglais ou américain. Il en résulte que les entreprises comme ZARA et NIKE - selon le droit français - ne sont pas obligées d'établir un plan de vigilance, tandis que les sociétés françaises qui exercent une partie de leurs activités dans

---

<sup>345</sup> À ce propos voir A. DANIS-FATÔME, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in *Réforme du droit civil et vie des affaires*, ouv. col., Dalloz, 2014, p. 253 et s.

<sup>346</sup> Cons. const., déc. n° 2017-750 DC, 23 mars 2017 : *JO*, 28 mars 2017, texte n° 2.

<sup>347</sup> *Ibid.*

<sup>348</sup> Le devoir de vigilance est passé « d'une obligation morale, que l'on souhaite ardente, à une contrainte documentaire, que l'on craint bureaucratique » (P.-L. PÉRIN, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.* 2015, p. 215).

<sup>349</sup> Cet article dispose que « toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance ».

certaines pays étrangers voient leur responsabilité engagée en vertu du droit local<sup>350</sup>. Ces critères limitent au minimum le nombre de sociétés concernées par le devoir de vigilance. Selon l'INSEE, en 2015, 123 000 groupes sont implantés en France, dont 220 ont 5000 salariés ou plus<sup>351</sup>. Cela conduit à considérer que seulement 0.17 % des groupes constitués doivent établir un plan de vigilance. Cette loi ne s'applique même pas à la société Rana Plaza évoquée plus haut.

165. Les filiales ou les sociétés contrôlées qui franchissent les seuils susmentionnés sont exonérées d'obligation d'établir un plan de vigilance si la société qui les contrôle - dans les cas prévus par l'article L. 233-3 du code de commerce qui vise « toute personne morale » - a établi et appliqué « *un plan de vigilance relatif à l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle* »<sup>352</sup>. Ce dispositif évite de démultiplier les plans de vigilance au sein du groupe.

## 2. Les objectifs du plan de vigilance.

166. En tant qu'acte juridique, le plan de vigilance « *se distingue moins par un contenu substantiel déterminé que par le processus et les procédures nécessaires à son établissement et à sa mise en œuvre* »<sup>353</sup>.

167. **Le contenu du plan de vigilance.-** En vertu de l'article L. 225- 102-4, I, alinéa 3, le plan de vigilance « comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». Les actions à propos desquelles le devoir de

---

<sup>350</sup> Le texte britannique *Bribery Act* engage la responsabilité de toute société qui exerce tout ou partie de son activité commerciale sur le territoire du Royaume-Uni. Voir S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *LJS*, n° 22, 29 mai 2017.

<sup>351</sup> *INSEE Première*, n° 1679, 12/12/2017.

<sup>352</sup> Art. L.225-102-4, I, al. 2, C. com.

<sup>353</sup> T. SACHS, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Dr. travail*, 2017, p. 380.

vigilance s'exerce sont très vastes et diversifiées. L'article cité précédemment (qui a pour objet d'élargir le champ d'action concerné par le devoir de vigilance) fait référence à l'article L. 233-16, II, du code qui définit le contrôle exclusif indiqué dans le premier paragraphe dudit article. Par conséquent, le contrôle par une société issue d'un des cas suivants : détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote de la société contrôlée ; désignation, pendant deux exercices, de la majorité des organes sociaux ; droit d'exercice entraînant une influence dominante sur une entreprise par le biais d'un contrat ou de clauses statutaires.

Pourtant, on observe à la lecture de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce l'absence de définition des termes utilisés. En dehors de la définition du « contrôle exclusif » présente dans l'article L.233-16, II<sup>354</sup>, du Code de commerce le législateur a omis de définir les actions indiquées dans ce même article. De surcroît, il a également omis de définir le terme de « vigilance raisonnable ». Faut-il alors se référer aux définitions données dans le Code de commerce ?

**168. Les atteintes visées par le plan de vigilance.-** Qualifié de trop large et indéterminé par le Conseil constitutionnel<sup>355</sup>, l'article L. 225-102-4, I, 3° du Code de commerce vise d'une manière large toute atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales ainsi qu'à « *la santé et la sécurité des personnes* ». Ces expressions peuvent inclure un nombre important d'atteintes. À titre d'exemple, les atteintes concernant les droits humains comme celui de l'interdiction de l'esclavage, du travail forcé ; droit du respect de la vie privée et familiale ; liberté de pensée, de conscience et de religion, etc., prévues par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sont concernées par cet article. Il englobe également tout ce qui est prévu par plusieurs normes non contraignantes, par exemple les principes directeurs de l'OCDE adoptés en 1976 et révisés en 2000 puis en 2011 et la norme d'ISO 26000 relative au management des risques. Par conséquent, la loi du 27 mars 2017 exige d'identifier et de prévenir des risques non seulement au sein de la société mère mais également au sein des sociétés filiales. Elle exige également d'identifier les risques indirects comme ceux en relation avec les sous-traitants et les fournisseurs avec lesquels elles

---

<sup>354</sup> Selon le Professeur Catherine Malecki, la référence à l'article L.233-16, II, est appréciable car il englobe le contrôle capitalistique et contractuel qui s'inscrit davantage dans l'objectif général de la loi, à savoir les activités » (C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », BJS, 01/05/2017, n° 05, p. 298)

<sup>355</sup> Cons. const., déc. n° 2017-750 DC, 23 mars 2017, *JORF*, 28 mars 2017, texte n° 2.

entretiennent une relation en France ou à l'étranger<sup>356</sup>. La lecture large de l'article L. 225-102-4, I, 3° du Code de commerce permet d'étendre son champ d'application aux fournisseurs au Sri Lanka concernés par le Code du travail français. Cette « *ambition paraît aussi vertigineuse qu'irréaliste* », indique le professeur Sophie Schiller<sup>357</sup>. Si l'extension du champ d'application de l'article L. 225-102-4, I, 3°, selon le professeur cité, est irréaliste, l'application de cet article à la SAS semble discutable et incertaine au regard de l'ambiguïté du critère de rattachement.

### B. L'applicabilité incertaine du devoir de vigilance à la SAS

169. La loi du 27 mars 2017 ne précise pas la forme des sociétés concernées par le devoir de vigilance. L'insertion de ce devoir au sein du chapitre V du Code de commerce consacré aux sociétés anonymes peut laisser penser qu'il ne s'applique qu'aux SA. Pourtant, les travaux parlementaires relatifs à la loi de 2017 ont expressément considéré que, conformément aux renvois prévus par les articles L. 226-1 et L. 227-1 du Code de commerce, l'obligation d'établir un plan de vigilance doit non seulement s'appliquer aux sociétés anonymes, mais également aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés par actions simplifiées<sup>358</sup>. Malgré cette précision au sein des travaux parlementaires, et en l'absence d'éclairage jurisprudentiel, l'application du devoir de vigilance à la SAS ne fait pas l'objet d'un accord unanime dans la doctrine. Cette controverse doctrinale découle de la difficulté d'interpréter l'article L.225-102-4 du Code de commerce compte tenu des textes auxquels cet article renvoie. Les arguments avancés par la doctrine (1) nous amènent à privilégier une interprétation téléologique qui devrait permettre d'appliquer le devoir de vigilance aux SAS (2).

#### 1. La divergence doctrinale

170. **Les arguments contre l'application du devoir de vigilance à la SAS.**- Les professeurs Michel Germain et Véronique Magnier estiment que le plan de vigilance élaboré par la société et son compte rendu doivent être inclus dans le rapport de gestion mentionné dans l'article L. 225-102 du Code de commerce. Dans la mesure où cet article ne concerne

---

<sup>356</sup> S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op.cit.*

<sup>357</sup> *Ibid.*

<sup>358</sup> Observation du Gouvernement sur la loi relative au droit de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *JORF.*, 28 mars 2017, n° 74.

que les sociétés anonymes, « on peut déduire assez sûrement que seules les sociétés mères qui sont des sociétés anonymes sont soumises à cette loi [la loi vigilance] »<sup>359</sup>. Pour le dire autrement, la SAS serait dispensée de tenir un rapport de gestion en raison de l'écart de l'article L. 225-102 dans l'application à la SAS<sup>360</sup>, celle-ci n'est pas tenue d'établir un plan de vigilance. Par conséquent, la SAS n'est pas concernée par le devoir de vigilance<sup>361</sup>.

**171. Les arguments en faveur de l'application du devoir de vigilance à la SAS.** - Les auteurs qui sont enclins à étendre le périmètre du devoir de vigilance à la SAS ont avancé plusieurs lectures des textes législatifs. Selon une partie de la doctrine, la SAS entre dans le champ d'application de l'article L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce. Ils justifient leur position à partir d'une lecture stricte de l'article L. 227-1, alinéa 3 du même Code. Dans cette optique, les dispositifs visant le devoir de vigilance ne font pas partie des dispositifs exclus, c'est pourquoi ils sont applicables à la SAS<sup>362</sup>.

Toutefois, si l'on admet partiellement la lecture précédente, cette lecture semble incomplète dans la mesure où elle omet la condition de compatibilité des dispositifs en question avec le régime particulier de la SAS.

172. Une autre lecture a été donnée par une autre partie de la doctrine qui est pour l'application du devoir de vigilance à la SAS. Cette fois, les auteurs reposent leur réflexion sur l'interprétation de l'article 4 de la loi du 27 mars 2017 elle-même. L'argument consiste en ceci, que l'article 4 contient un principe et une dérogation. Le principe est prévu par l'alinéa premier : « les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5 du Code de commerce s'appliquent à compter du rapport mentionné à l'article L. 225-102 du même Code portant sur le premier exercice ouvert après la publication de la présente loi ». La dérogation est prévue par le deuxième alinéa de cet article : « par dérogation au premier alinéa du présent article, pour l'exercice au cours duquel la présente loi a été publiée, le I de l'article L. 225-102-4 dudit

---

<sup>359</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 2, L.G.D.J., 22<sup>e</sup> éd., 2017, p. 780.

<sup>360</sup> Art. L. 227-1, al. 3 C. com.

<sup>361</sup> S. COSSART, « Un devoir de comportement », *Sem. soc. Lamy*, 27 avr. 2015 ; S. COSSART, « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, 2015, n° 104. Voir également A. DANIS-FATOME et G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610.

<sup>362</sup> S. SCHILLER, « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *op. cit.*, et C. MALECKI, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *op. cit.*

code s'applique, à l'exception du compte rendu prévu à son avant-dernier alinéa ». Selon cet argument le premier alinéa vise le cas de la SA concernée par le rapport de gestion et le second vise la SAS qui n'est pas concernée par le régime du rapport de gestion. En réalité, l'admission de cette interprétation n'est pas évidente car la formule de l'alinéa deux de l'article 4 de la loi vigilance est obscure. Elle ne permet pas de comprendre tout d'abord le sens de l'alinéa, aussi n'est-il pas aisé de trancher si vraiment cet alinéa prévoit le cas de la SAS ou non. On se demande à cet égard quel est le critère distinctif qui a contribué à la considération : principe/exception.

On peut ici emprunter l'analyse (*ratione materiae* et *ratione personae*) proposée par le Professeur Charley Hannoun<sup>363</sup> en y apportant une précision et certaines observations.

173. L'application *ratione materiae* de l'article 4 de la loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises conduit à considérer que le champ d'application de cet article se limite aux SA, le deuxième alinéa constituant une dérogation est sans signification car il ne précise pas le critère de la dérogation.

Par ailleurs, l'adoption d'une application *ratione personae* de l'article 4 de la loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 précédant les deux alinéas qui le constituent distincts. Il en résulte que les sociétés concernées sont les SAS ainsi que la SA. Cela conduit, selon la réflexion de l'auteur précité, à l'analyse suivante. Concernant le premier alinéa de l'article 4 les SA sont soumises au devoir de vigilance et à partir de cette date elles sont tenues de rendre public le plan de vigilance établi en incluant le rapport de gestion, y compris le compte rendu. En revanche, concernant le second alinéa, de l'application *ratione personae* il résulte que les SAS sont dispensées d'établir le rapport de gestion tel que mentionné à l'article L. 225-100 du Code de commerce qui vise les SA. C'est pourquoi, les SAS sont soumises immédiatement à l'obligation d'établir un plan de vigilance<sup>364</sup> pour deux raisons, issues des interprétations suivantes : d'abord, il est possible de penser que le législateur souhaite appliquer dans le temps le devoir de vigilance tant à la SA qu'à la SAS à compter de la publication par les secondes de leur compte rendu annexé à leur rapport de gestion pour l'année 2018 ; ensuite, il est également possible de penser que les SAS ne sont pas tenues d'établir un rapport de gestion selon l'article L. 225-100, mais qu'elles sont tenues de déposer un rapport de gestion au greffe sur le fondement de l'article L. 232- 23 du Code de commerce. En effet, à

---

<sup>363</sup> C. HANNOUN, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. social*, 2017, p. 806.

<sup>364</sup> *Ibid.*

considérer l'article L. 227-1, alinéa 3, à partir de la date du dépôt au greffe, la SAS en cause sera concernée par le devoir de vigilance. Par conséquent, les règles visant le devoir de vigilance « en tant que « dispositions particulières » applicables aux SA, sont compatibles avec la particularité des SAS, et notamment, compatibles avec la spécificité de leur rapport de gestion »<sup>365</sup>.

Un autre auteur estime que le fondement de l'obligation d'établir un rapport de gestion par les SAS est plutôt l'article L. 232-1, I du même Code qui prévoit que « I. – À la clôture de chaque exercice le conseil d'administration, le directoire ou les gérants dressent l'inventaire, les comptes annuels conformément aux dispositions de la section 2 du chapitre III du titre II du livre I<sup>er</sup> et établissent un rapport de gestion écrit. [...] ». Cela laisse penser que « le renvoi à l'article L. 225-102 ne constitue qu'une simple modalité d'exécution de l'obligation légale et la disposition [L. 225-102-4] sera aussi applicable aux SAS dans le cadre du rapport de gestion »<sup>366</sup>.

174. Les arguments susmentionnés semblent fragiles si on prend en compte la différence entre le rapport de gestion requis pour les sociétés anonymes et celui qui concerne les SAS. Le rapport prévu dans l'article L. 232-1, I du code de commerce permet aux associés de recevoir des informations d'une manière claire et précise. Certaines informations requises pour le rapport de gestion pour la SA ne peuvent figurer dans le rapport de gestion pour la SAS<sup>367</sup>. Parmi les informations non requises se trouve l'information concernant le rapport sur l'environnement pour les sociétés exploitant des installations classées<sup>368</sup>.

175. Sans modification apportée à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce<sup>369</sup>, la question de l'application du devoir de vigilance demeure incertaine. Cela peut paraître contradictoire avec l'objectif de la loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017 relative au devoir de

---

<sup>365</sup> *Ibid.*

<sup>366</sup> J. HEINICH, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés*, n° 5, mai 2017, comm. 78.

<sup>367</sup> Art. L. 227-1, al. 3 C.com. à ce propos, voir M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée - Études - Formules*, *op. cit.*, § 606 et s

<sup>368</sup> Art. L. 225-102-2 C. com.

<sup>369</sup> Il convient de se rappeler que lors des débats à l'Assemblée nationale sur la loi du 27 mars 2017, un projet d'amendement a été proposé pour modifier la liste des textes inapplicables à la SAS prévue par l'article L. 227-1, afin d'insérer l'article L.225-102-2 du Code de commerce dans les règles applicables à la SAS. Or, cette proposition a été rejetée. (Rapp. AN n° 2628, 11 mars 2015, fait par D. Potier)

vigilance des sociétés mères et des entreprises. Cela favorise une autre interprétation qui prend en compte la finalité de la loi susmentionnée pour la rendre applicable à la SAS.

## 2. L'application du devoir de vigilance à la SAS selon l'interprétation téléologique

176. Au regard de l'incertitude sur l'applicabilité du devoir de vigilance à la SAS, une interprétation téléologique semble pertinente. Si l'objectif de la loi du 27 mars 2017 est de protéger les employés de tout risque lié aux activités de la société filiale en matière de droits de l'homme, de libertés fondamentales, de dommages corporels, environnementaux ou sanitaires et de corruption, on ne trouve pas la raison d'exonérer de sa responsabilité la société mère si c'est une SAS de grande taille.

Toutefois, l'admission de l'interprétation téléologique nécessite une conciliation entre la dispense de l'obligation d'établir un rapport de gestion, que l'on déduit de l'écart de l'article L.225-100 du Code de commerce de l'application à la SAS, et les articles portant sur le rapport de gestion qui figurent dans les dispositions communes applicables à toutes les sociétés, y compris les SAS. À ce propos, il est possible de préciser que la politique du législateur ne semble pas claire en matière de devoir de vigilance. Si le législateur avait souhaité appliquer le devoir de vigilance à la SAS, il lui revenait soit d'enlever l'article L. 225-100 du Code de commerce de la liste des règles qui ne s'appliquent pas à la SAS prévue par le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du même Code, soit de supprimer le renvoi à l'article L.225-100 mentionné au sein de l'article L.225-102-4, I, 5° du Code de commerce<sup>370</sup>.

L'imprécision du critère de compatibilité prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce a révélé des difficultés de compréhension de ce critère, et par voie de conséquence des difficultés dans sa mise en œuvre. Au-delà du critère de compatibilité, le manque de clarté qui affecte le rattachement de la SAS à la SA découle d'une incertitude quant à la portée exacte de ce rattachement.

---

<sup>370</sup> On cite ici un cas similaire lorsque le législateur a transposé la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013 relative aux états financiers et rapports des industries extractives (Dir. n° 2013/34/UE du 26 juin 2013, du Parlement européen et Conseil relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, *JOUE*, 29/6/2013, L. 182/19. Cette directive a modifié la directive n° 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogé les directives n° 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil) au droit français. En vertu de l'article 12 de la loi du 30 décembre 2014 un nouvel article (L. 225-102-3) a été réécrit dans le Code de commerce. Dans la mesure où la directive vise la SA et la SAS, le législateur a remanié l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce en modifiant la liste des articles inapplicables à la SAS afin de l'y insérer. Cette façon de faire a supprimé toute incertitude liée à l'application de l'article L. 225-102-3 à la SAS. (Loi n° 2014-1662 du 30 déc. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, *JORF*, n°0302, 31 déc. 2014, p. 23238).

## **Section 2. L'incertitude quant à la portée du rattachement**

177. Depuis les travaux parlementaires relatifs à la loi de 1994 instituant la SAS<sup>371</sup>, la question de l'application des dispositions régissant le rachat d'actions des SAS a été soulevée. Alors que le Sénat souhaitait appliquer à la SAS le régime de la SA, l'Assemblée nationale entendait renvoyer aux statuts de la SAS – et non à la loi – le soin de régler cette question. De ces débats est né l'article L. 227-14 du Code de commerce. En vertu de cette disposition, le législateur laisse aux associés de la SAS la possibilité de soumettre ou non toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société. Cette règle n'a toutefois pas été accompagnée de précisions réglant la question du rachat d'actions en cas de refus d'agrément. Il n'existe pas non plus de règle précise régissant l'opération de rachat d'actions lors de la mise en œuvre d'autres clauses statutaires, comme la clause d'exclusion.

178. L'absence de régime précis au sein de la loi de 1994 soulève donc toujours la question de savoir si les règles régissant le rachat d'actions de la SA sont transposables à la SAS.

L'imprécision du critère de compatibilité rend l'application des règles de la SA régissant le rachat d'actions en cas de la mise en œuvre des clauses statutaires incertaine, c'est pourquoi elle est à l'origine d'une divergence d'opinions (§1). Cette incertitude s'étend même au cas du rachat issu de la mise en œuvre du programme de rachat des actions prévue par l'article L. 225-209-2 du Code de commerce (§2).

### **§1. L'application incertaine à la SAS du régime du rachat d'actions**

179. La question du rachat d'actions de la SAS se pose lors de l'application concrète des clauses statutaires concernant la mutation du capital. Le législateur n'a pas précisé clairement le régime de rachat qui doit être applicable. L'engagement de racheter des actions de la SAS se déduit de l'article L. 227-18 du Code de commerce. Cela couvre deux hypothèses : le refus d'agrément (A) et le rachat à la suite de la mise en œuvre d'une clause d'exclusion (B).

---

<sup>371</sup> Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la SAS, *JORF*, n°2, 4 janvier 1994, p.129.

### A. Le rachat d'actions issu d'un refus d'agrément

180. Selon l'article L. 227-14 du Code de commerce, le législateur autorise explicitement une clause<sup>372</sup> « *insérée dans les statuts qui subordonnent la cession des actions à l'assentiment d'un organe social* »<sup>373</sup>. Cette autorisation n'est toutefois pas associée à des procédures à suivre, ni aux éventuelles suites d'un refus d'agrément de la cession des actions de la SAS. L'absence d'une disposition prévoyant l'obligation du rachat d'actions pose la question de savoir si le rachat des actions en cas de refus d'agrément est obligatoire et si les règles de la SA régissant cette question auront vocation à s'appliquer à la SAS.

#### **1. L'obligation de racheter des actions, un point non tranché en doctrine**

181. La détermination de la présence ou non de l'obligation du rachat d'actions en cas de refus d'agrément nécessite d'expliquer la logique dans laquelle le rachat d'actions s'inscrit.

En effet, le rachat d'actions, en cas de refus d'agrément, semble être lié au principe selon lequel un associé ne peut rester prisonnier de son titre. Si un associé souhaite céder ses actions chargées d'une clause d'agrément à un tiers et n'a pas réussi à avoir l'agrément déterminé par les statuts, le rachat de ses actions par les autres associés ou par la société paraît une solution appropriée<sup>374</sup>. La majorité de la doctrine<sup>375</sup>, qui s'aligne sur cette logique, estime que l'article L. 228-24, alinéa 2, du Code de commerce, dans lequel il est écrit : « *si la société n'agrée pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas, sont tenus, dans le délai de trois mois à compter de la notification du refus, de faire acquérir les titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital, soit par un actionnaire ou par un tiers, soit, avec le consentement du cédant, par la société en vue d'une réduction du capital* », est applicable à la SAS par renvoi de l'article L. 227-1, alinéa 3, du même Code. Dans cette hypothèse, la seule possibilité de bloquer l'associé est de prévoir, dans les statuts, une clause d'inaliénabilité. Or, l'autre partie de la doctrine argumente en s'appuyant sur le fait que la valeur constitutionnelle du droit de l'associé de disposer de ses

---

<sup>372</sup> En ce qui concerne la clause d'agrément voir *infra* n° 466s.

<sup>373</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V°, « Agrément ».

<sup>374</sup> M. GERMAIN, « La société par actions simplifiée », *JCPG*, 1994, I, n° 3749 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, §1044, p. 719 ; M. STORK, « Les associés de la SAS », *LPA*, 15 sept. 2000, p. 44 ; F. DUQUESNE, *Droit des sociétés commerciales*, 4<sup>e</sup> éd., Larcier, 2017, § 350, p. 154 ; *Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales*, 2018, n° 60701 ; D. RANDOUX, « Une forme sociale ordinaire : la SAS », *JCP E*, 1999, p. 1812 ; J.-J. UETTWILLER et P. LARRIVÉ, *Guide de rédaction des statuts de la SAS*, EFE, 1995, p. 74.

<sup>375</sup> Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. société*, 1994, p.207

actions, interdit toute suppression statutaire de cette prérogative<sup>376</sup>. Pour cette raison, l'article L.228-24 du Code de commerce doit être, en tout cas, applicable à la SAS.

182. En revanche, les autres auteurs estiment que la validité de la clause d'inaliénabilité dans les SAS porte sur la question d'emprisonner ou non les actions dont on dispose. Si le législateur avait admis ce fait dans le cadre des clauses d'inaliénabilité, il est légitime de croire en la possibilité d'emprisonner les titres en cas de refus d'agrément. Dans ce cas, la clause d'agrément peut être qualifiée d'« *une clause d'inaliénabilité atténuée* »<sup>377</sup>.

183. En sens contraire, le Professeur Jeantin estime que le refus d'agrément ne donne systématiquement suite au rachat d'actions qu'en cas d'absence d'une clause statutaire supprimant l'obligation du rachat d'actions<sup>378</sup>. Pour le Professeur Laurent Godon, il n'est pas nécessaire de stipuler la suppression, il suffit de ne pas prévoir une obligation de rachat pour que le rachat ne s'applique pas en cas de refus d'agrément. En revanche, cette position semble nuancée lorsque l'associé « *dispose d'une personne prête à acquérir ses droits* ». Dans cette situation, l'obligation de racheter les actions réapparaîtrait car l'associé en cause « *ne saurait être retenu de force dans la société en l'absence d'une clause d'inaliénabilité* »<sup>379</sup>.

Malgré les arguments avancés par les auteurs, la question relative à l'application de l'article L. 228-24 du Code de commerce demeure à cause de l'imprécision du champ d'application de l'article L. 227-1, alinéa 3, du même Code qui rattache le régime de la SAS à celui de la SA.

## **2. L'obligation de racheter des actions, une obligation déduite**

184. L'admission d'appliquer l'article L. 228-24 du Code de commerce à la SAS par effet du renvoi prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, signifie que cet article fait partie des règles concernant la SA. Cela soumet l'application de l'article L. 228-24 du Code de commerce à remplir les conditions prévues au sein de l'article L. 227-1 du même Code, à savoir que la règle à laquelle on fait référence n'est pas écartée de l'application à la SAS, et que, en deuxième lieu, la règle de la SA susceptible d'être appliquée doit être compatible avec

---

<sup>376</sup> Cons. const., 28 nov. 1973, *Req. Const.* 1973, p. 45.

<sup>377</sup> P.DIDIER et Ph. DIDIER, *Droit commercial - Les sociétés commerciales*, t. 2, Economica, 2011, n° 959.

<sup>378</sup> M. JEANTIN, « Les associés de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, p. 223.

<sup>379</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 807, p. 611

le régime propre de la SAS. Si la première condition semble établie, la seconde portant sur la compatibilité semble discutable.

185. En effet, l'article L. 228-24 du Code de commerce complète l'article L. 228-23 du même Code qui donne à la SA, d'une manière implicite, la possibilité de prévoir statutairement une clause d'agrément. Pourtant, selon le *Specialia generalibus derogant*, l'article L. 228-23 du Code de commerce ne s'applique pas à la SAS car la possibilité de prévoir statutairement une clause d'agrément dans cette société est régie par une règle spéciale, celle de l'article L. 227-14 du Code de commerce. C'est la raison pour laquelle il est possible de refuser l'application de l'article L. 228-24 du Code de commerce qui complète l'article L. 228-23 du même Code qui prévoit de l'obligation de racheter les actions en cas de refus d'agrément. Or, l'examen du champ d'application de l'article L. 228-24 précité montre que ce dernier est, par nature et non par renvoi, applicable à la SAS dans la mesure où il figure dans le chapitre VIII du titre II du deuxième livre du Code de commerce intitulé « *Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions* », dont les dispositifs sont applicables à toutes les sociétés par actions, y compris la SA, la SCA et la SAS. Une telle considération ne semble pas convaincante pour la Cour de cassation.

186. La Cour de cassation a décidé qu'« il ne résulte d'aucune jurisprudence de la Cour de cassation que les dispositions de l'article L. 228-24 du code de commerce s'appliquent en cas de non-respect d'une clause d'agrément prévue par les statuts d'une société par actions »<sup>380</sup>. En l'occurrence, une SAS avait sollicité, sur le fondement d'une clause d'agrément figurant dans les statuts, l'application de la procédure prévue à l'article L. 228-24 du Code de commerce. L'un des associés de la SAS en cause est une société absorbée par une société tierce. Le tribunal de commerce de Nanterre a transmis à la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité. La Cour de cassation a rappelé, d'une part, que la question n'était pas nouvelle dans la mesure où elle ne portait pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle nouvelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas eu l'occasion de faire application ; d'autre part, qu'elle n'était pas sérieuse car « il ne résulte d'aucune jurisprudence de la Cour de cassation que les dispositions de l'article L. 228-24 du Code de commerce ne

---

<sup>380</sup> Cass. com., 8 mars 2018, n° 17-40079, *aff.* Sté Odo, FS-D, non publié au bulletin. Note B. Dondero, *BJS*, 01/05/2018, n°05, p. 295 ; *Rev. sociétés*, 2018, p. 511, note L. Godon ; *Dr. Sociétés*, n° 6, juin 2018, comm. 103, note J. Heinch.

s'appliquent en cas de non-respect d'une clause d'agrément prévue par les statuts d'une SAS»<sup>381</sup>.

187. La formulation de la solution émanant de la Cour de cassation est obscure. Notons que la Haute juridiction ne tranche pas expressément la question de l'applicabilité de l'article L. 228-24 aux SAS. Elle précise cependant qu'il n'y a aucune jurisprudence qui affirme l'application de l'article susmentionné. Cela signifie, selon les Professeurs Bruno Dondero et Laurent Godon, que la Cour n'écarte pas toute possibilité de modifier cette position par une jurisprudence ultérieure. Le Professeur Dondero estime que la décision prononcée par la Cour concernant le refus d'application de l'article L.228-24 du Code de commerce aux SAS ne porte pas, selon la formule employée au sein de la décision, sur l'intégralité de la procédure d'agrément mais simplement sur le « *non-respect d'une clause d'agrément prévue par les statuts d'une SAS* ». Le professeur argumente son point de vue en appliquant la règle « *Specialia generalibus derogant* », en vertu de laquelle l'article L. 227-14 du Code de commerce déroge à l'article L. 228-23 du même Code. Par analogie, l'article L. 228-15 du Code de commerce disposant que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* », constitue une règle spéciale qui déroge à la règle générale, celle de l'article L. 228-24 du Code de commerce. Par conséquent, le dernier article n'est pas applicable à la SAS.

À son tour, le Professeur Laurent Godon estime que la position de la Cour de cassation s'inscrit dans la philosophie libérale ayant présidé à l'introduction de la SAS en droit français. En vertu de cette philosophie, les stipulations statutaires ont une autonomie par rapport aux dispositifs des articles L. 228-23 et L. 228-24 du Code de commerce.

188. L'ambiguïté de cette décision, selon nous, vient, à titre principal, du fait qu'elle n'est pas suffisamment argumentée. La citation de l'article L. 228-24 (constituant le fondement principal de la société demanderesse) a été introduite sans aucune explication. On comprend le défaut d'explication du fait que la question posée à la Cour ne concerne pas l'applicabilité de l'article lui-même mais une question prioritaire de constitutionnalité. La décision doit être mieux argumentée. La Haute juridiction ne se prononce pas expressément sur le fait que

---

<sup>381</sup> Cass. com., 8 mars 2018, n° 17-40079, *aff.* Sté Odo, FS-D, non publié au bulletin. Note B. Dondero, *BJS*, 01/05/2018, n°05, p. 295 ; *Rev. sociétés*, 2018, p. 511, note L. Godon ; *Dr. Sociétés*, n° 6, juin 2018, comm. 103, note J. Heinch.

l'article L. 228-24 du Code de commerce ne s'applique pas à la SAS, mais il se fonde sur l'abstention de la Cour de cassation sur ce sujet. Cette formulation de la décision ne permet pas de trancher cette question en faveur de l'inapplication de l'article L. 228-24 du Code de commerce à la SAS. L'applicabilité de cet article à la SAS demeure incertaine.

189. En réalité, il est possible de considérer que la question du rachat d'actions, en cas de refus d'agrément, doit recevoir une réponse à la lecture des règles spécifiques de la SAS dans la mesure où la clause d'agrément est régie par un dispositif particulier à la SAS, celui de l'article L. 227-14 du Code de commerce. Si le législateur a laissé aux statuts la question de déterminer le prix de rachat en certains cas, dont le cas du refus d'agrément, il reconnaît *a fortiori* l'engagement de rachat de ces actions. Cette façon de conduire la réflexion semble adéquate à la prohibition des engagements perpétuels de l'associé cédant prévue dans l'article 1210 du Code civil<sup>382</sup>.

190. *In fine*, l'étude du rachat des actions issue du refus d'agrément jouit d'une particularité dans la SAS pour deux raisons. La première, l'imprécision du champ d'application de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce qui manifeste le rattachement de la SAS à la SA. La seconde, l'imperfection des textes législatifs composant le régime propre de la SAS. Pour faire face à cette imperfection, il est souhaitable qu'un dispositif vienne compléter le régime d'agrément dans la SAS.

L'incertitude sur l'application du rachat d'actions en cas de refus d'agrément apparaît également à propos de la suite à donner en cas d'exclusion d'un associé de la société, cela permet d'étendre les arguments avancés auparavant au rachat d'actions en cas d'exclusion d'un associé de la société.

## B. Le rachat d'actions issu de l'exclusion d'un associé

191. En dehors de la possibilité d'exclure un associé dans l'objectif de consolider la société et d'éviter sa nullité<sup>383</sup>, les sociétés commerciales ne prévoient que rarement la clause

---

<sup>382</sup> L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, Gualino, 2<sup>e</sup> éd., 2017, § 777, p. 292. *Adde.* Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 8<sup>e</sup> éd., 2016, § 915, p. 522.

<sup>383</sup> Cela est régi par l'article L. 235-6 du Code de commerce lequel dispose que « En cas de nullité d'une société ou d'actes et délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant intérêt peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de

d'exclusion. Malgré l'admission jurisprudentielle de la validité de la clause d'exclusion dans les SA<sup>384</sup>, la doctrine demeure hésitante sur cette validité, au regard de l'origine contractuelle de cette clause qui semble incompatible avec le caractère institutionnel du régime de la SA<sup>385</sup>.

192. Par opposition, les SAS se caractérisent par la possibilité de prévoir dans les statuts une clause d'exclusion<sup>386</sup>. L'admission législative de cette clause a été prévue par l'article L. 227-16 du Code de commerce, lequel dispose que « *dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions* »<sup>387</sup>. Cet article ne prévoit pas la question du rachat des actions de la personne exclue ou tenue à céder ses actions. Il est possible de déduire de l'article précité que la clause de cession forcée des actions reçoit en contrepartie une obligation de rachat de ces actions. Toutefois, même si cette déduction semble possible, elle est incomplète dans la mesure où elle ne permet pas de déduire les modalités de ce rachat. Ce qui nous semble problématique, à cet égard, est de faire un renvoi en matière de cession forcée des actions aux dispositions applicables à la SA, malgré la validité incertaine de la clause d'exclusion dans cette société. Cela souligne à nouveau une preuve de l'insuffisance de clarté en ce domaine.

193. Ainsi, le rachat des actions comme suite logique à la mise en œuvre des clauses statutaires prévues par les articles L. 227-14 et L. 227-16 du Code de commerce n'est pas précisé par la loi. L'imprécision législative est source d'une double incertitude. La première naît de l'existence ou de l'absence d'engagement de racheter des actions. Les textes législatifs ne sont pas clairs à cet égard. La seconde incertitude naît de la transposition éventuelle des règles de la SA portant sur le rachat des actions à la SAS dans la mesure où la portée du champ d'application du renvoi basé sur le critère de compatibilité n'est pas clairement

---

forclusion. Cette mise en demeure est dénoncée à la société. » Voir M. GERMAIN, *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot*, T. 1, V. 2. LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2009, § 1075, p. 59.

<sup>384</sup> Cass. com., 29 septembre 2015, n° 14-17-343 ; CA Paris, 12 avr. 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p. 596, obs. Y. Guyon.

<sup>385</sup> M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, op. cit., § 1601, p. 377. Dans les sociétés anonymes « l'actionnaire a un droit fondamental, celui de rester associé. Il ne peut être expulsé de la société par le dirigeant ou par une décision de l'Assemblée générale » que dans des cas très précis. On cite à titre d'exemple l'exclusion qui sanctionne la faute d'un actionnaire qui n'a pas libéré ses actions ou le cas de réduction du capital par diminution du nombre des actions. Dans cette hypothèse, l'actionnaire qui ne dispose pas du nombre minimal sera exclu. (Ph. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, 2018, § 360, p. 391 et s).

<sup>386</sup> Voir *infra* n° 491s.

<sup>387</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 823, p. 619.

précisée en la matière. Ces incertitudes pourraient en entraîner d'autres à l'égard de la transposition du programme de rachat d'actions non cotées par la société.

## **§2. La compatibilité avec la SAS du programme de rachat d'actions (art. L. 225-209-2 C. com)**

194. L'article 6 de la loi de finances rectificative du 14 mars 2012 a permis aux sociétés non cotées de se doter d'un programme de rachat d'actions, à l'instar du programme de rachat d'actions des sociétés cotées<sup>388</sup>. Cette loi a inséré dans le Code de commerce l'article L. 225-209-2 qui régit le programme de rachat des actions des sociétés non cotées, en prévoyant les conditions et les limites de ce rachat. Le décret n° 2014-543 du 26 mai 2014 a apporté des précisions réglementaires concernant les registres des achats et des ventes effectués en application de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce.

195. L'objectif de ce programme est précis : assurer la participation des salariés aux résultats de l'entreprise, à travers l'attribution gratuite d'actions aux salariés ou aux dirigeants<sup>389</sup> et grâce à l'attribution d'options d'achat d'actions aux salariés et aux mandataires sociaux<sup>390</sup>. Ce programme étant applicable aux SA non cotées ainsi qu'aux sociétés en commandite par actions, la question se pose de son applicabilité à la SAS. Deux hypothèses sont à distinguer : celle du rachat de la SAS pluripersonnelle et celle du rachat des actions de la SAS unipersonnelle. Dans le premier cas, le programme de rachat d'actions non cotées pourrait être applicable, mais sous condition (A). Dans le second cas, l'application dudit programme ne nous semble pas envisageable car celui-ci n'est, selon nous, pas compatible avec les dispositions particulières de la SAS (B).

### **A. L'application sous condition du programme de rachat d'actions à la SAS pluripersonnelle**

196. Selon le Professeur Renaud Mortier le programme de rachat d'actions non cotée est applicable à la SAS pluripersonnelle pour trois raisons. En premier lieu, l'article L. 225-209-2 du Code de commerce ne fait pas partie des dispositions écartées par l'article L. 227-1, alinéa 3, du même Code. En deuxième lieu, l'article L. 225-209-2 précité ne prévoit, ni explicitement, ni implicitement, d'écarter la SAS de son champ d'application. En dernier lieu,

<sup>388</sup> Loi n° 2012-354 du 14 mars 2012 relative aux finances rectificatives, *JORF*, 15 mars 2012.

<sup>389</sup> Art. L. 225-197-1 à L. 225-197-3, C. com.

<sup>390</sup> Art. L. 225-177 et s C. com. Voir S. TORCK, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *BJS*, 2012, n° 06, p. 510.

selon l'analyse du même Professeur, « *la SAS est le prototype de la société bénéficiant d'une grande liberté contractuelle ; il eût été paradoxal de priver les SAS d'une aire de liberté primordiale reconnue aux autres sociétés par actions. Il reste que l'article L. 225-209-2 du Code de commerce est un texte conçu pour les sociétés anonymes, et destiné à être étendu aux sociétés par actions simplifiées* »<sup>391</sup>.

197. Néanmoins, le deuxième alinéa de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce attribue à l'assemblée générale ordinaire la compétence de préciser les finalités de l'opération de rachat d'actions. Or, l'examen des dispositions constituant le régime régissant la SAS montre que ce type de société n'est pas doté, par principe, d'assemblées générales ordinaires ou extraordinaires. Au regard de ces éléments, l'applicabilité du programme de rachat mérite d'être clarifié.

198. En procédant à un croisement entre les articles L. 225-209-2 du Code de commerce et ceux régissant la SAS, on observe que l'article L. 225-209-2 ne semble pas compatible avec le régime propre des SAS pour plusieurs raisons : tout d'abord, du point de vue organique, l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce ne fait aucune allusion aux assemblées générales mais seulement au conseil d'administration en précisant que « *pour l'application de [règles concernant les sociétés anonymes], les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la SAS ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet* ». On peut comprendre facilement, à la lecture de cet article, que le président ou les dirigeants exercent, dans la SAS, les attributions du conseil d'administration. Or, dans l'article L. 225-209-2, alinéa 2, du même Code, le législateur confie à l'assemblée générale ordinaire, et non au conseil d'administration, un rôle important. Cette assemblée doit préciser les finalités de l'opération du rachat et ouvrir le programme d'achat pour toutes actions ou une partie d'entre elles. Elle doit également préciser le nombre maximal d'actions dont elle autorise l'acquisition ; le prix ou les modalités de fixation du prix ainsi que la durée de l'autorisation, qui ne peut excéder douze mois. La transposition de cette norme à la SAS, nécessite que l'exercice de ces attributions soit assuré par l'assemblée générale ordinaire de la SAS. Toutefois, celle-ci n'est pas dotée légalement d'une assemblée générale. On se demande à cet égard quel est l'organe qui peut exercer les attributions de l'assemblée générale. À ce propos, on peut distinguer deux hypothèses.

---

<sup>391</sup> R. MORTIER, « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, n° 141, mai - juin 2015, p. 30 et s.

199. La première lorsque les statuts de la SAS optent pour un mode de direction classique, se composant d'une assemblée générale et d'un conseil d'administration, à l'instar de la SA. Dans cette hypothèse, l'application de l'article L. 225-209-2, alinéa 2, du Code de commerce ne semble pas problématique. La deuxième hypothèse, lorsque la SAS n'opte pas pour une assemblée générale, les attributions de l'assemblée générale peuvent être exercées par la collectivité des associés. Cela se déduit de l'article L. 227-9, deuxième alinéa, du Code de commerce qui dispose que, lorsque la décision concerne l'augmentation, l'amortissement ou la réduction de capital, la fusion, la scission, la dissolution, la transformation en une société d'une autre forme, la désignation de commissaires aux comptes, de comptes annulés et de bénéfice, les attributions dévolues aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires des sociétés anonymes sont exercées, dans les conditions prévues par les statuts, collectivement par les associés. Or, la portée de cet alinéa de l'article L. 227-9 du Code de commerce semble limitée aux décisions prévues par celui-ci. La décision autorisant un programme de rachat d'actions ne fait pas partie de ces décisions. Toutefois, le premier alinéa du même article laisse aux associés une liberté statutaire pour déterminer les décisions qui doivent être attribuées à la collectivité des associés. Ainsi, les statuts peuvent prévoir que la décision relative à l'autorisation du programme de rachat des actions non cotées sera prise par la collectivité des associés. La question se pose alors de savoir ce qu'implique le défaut d'une telle stipulation statutaire. Le défaut d'une stipulation statutaire qui préciserait la modalité quand il s'agit de prendre la décision du rachat d'actions non cotées pourrait engendrer une incertitude sur l'application du programme de rachat et rendre la règle de droit inintelligible.

200. Ensuite, du point de vue téléologique, si on admet la transposition de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce en cas d'une stipulation statutaire qui autorise le rachat, cette stipulation doit préciser le nombre des actions qui sont concernées par cette opération. Cette précision, d'origine sélective, semble contradictoire par rapport au contenu de l'article L. 225-209-2, dernier alinéa, du Code de commerce. Celui-ci prévoit clairement que « *en aucun cas, ces opérations ne peuvent porter atteinte à l'égalité des actionnaires* ». Comment l'égalité peut-elle être établie si on sélectionne certaines actions sans les autres? Cela montre l'insuffisance et l'imprécision de cet alinéa, cela nécessite un éclairage législatif en la matière<sup>392</sup>. En plus, le dernier alinéa de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce ne

---

<sup>392</sup> La version initiale de l'article L. 225-209-2 du Code de commerce proposée était plus claire. Il prévoit que « *lorsque la société a décidé de procéder à l'achat de ses propres actions [...], elle fait cette offre de rachat à tous ses actionnaires, selon des modalités précisées par décret en Conseil d'État. Si les actions présentées à l'achat excèdent le nombre d'actions à acheter, il est procédé pour chaque actionnaire vendeur à une réduction proportionnelle au nombre d'actions dont il justifie être propriétaire ou titulaire* ». Ce texte a été remplacé par le

semble non plus compatible avec la SAS dans la mesure où celle-ci constitue un instrument à même de rompre l'égalité entre les associés en confiant, par le biais des clauses statutaires, des prérogatives inégales aux associés. Cela révèle un décalage entre le régime du rachat d'actions instauré par la loi Sapin II en 2016 et la nature de la SAS

L'incertitude sur l'applicabilité du programme de rachat s'étend également à la question de l'application du programme de rachat d'actions non cotées aux SASU.

### B. L'application improbable du programme de rachat d'actions à la SASU

201. Sur la question du rachat d'actions non cotées de la SASU, les choses sont un peu complexes. Tout d'abord, l'article L. 227-1, alinéa 2, du Code de commerce attribue à l'associé unique les « *pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre [Des sociétés par actions simplifiées] prévoit une prise de décision collective* ». Le chapitre VII constituant le régime propre de la SAS précise, au sein de l'article L. 227-9, alinéa 2, du même Code, les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés.

202. *A contrario*, au-delà de la liste figurant dans l'article L. 227-9, alinéa 2, l'associé unique ne peut pas exercer les pouvoirs dévolus aux associés. Cela conduit à considérer que l'associé unique ne sera pas compétent pour autoriser le programme du rachat prévu par l'article L. 225-209-2 du Code de commerce. Or, l'argument avancé précédemment concernant la possibilité d'insérer dans les statuts, parmi les décisions qui doivent être prises collectivement, la décision portant sur l'autorisation du programme du rachat d'actions non cotées émises par la SAS pluripersonnelle ne nous semble pas pertinent, car l'alinéa 2 de l'article L. 227-1 susmentionné limite l'attribution des pouvoirs à l'associé unique aux décisions légalement, et non statutairement, mentionnées comme collectives<sup>393</sup>. Cette lecture conduit donc à nier l'application du programme du rachat des actions non cotées à la

---

texte actuel. Lors de la discussion sur la loi du 15 mars 2012 au Sénat, la sénatrice Nicole Bricq a souhaité protéger les actionnaires en prévoyant le dernier alinéa actuel. L'argument avancé par elle considère que le contrôle du respect d'égalité entre les actionnaires est *a posteriori*. Elle s'est appuyée sur le renvoi implicite aux dispositions de l'article L. 823-11 du Code de commerce qui donne aux commissaires aux comptes la mission d'assurer le respect de l'égalité entre les actionnaires. (Rapp. Sénat, session ordinaire 2011-2012, au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificative, adopté par l'AN pour 2011, Doc. N. Bricq) <https://www.senat.fr/rap/111-164-1/111-164-11.pdf>. Cf. H. LE NABASQUE, « Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées », *Rev. sociétés*, 2012, p. 271.

<sup>393</sup> Code des sociétés 2018, V°. Commentaire de l'article L. 227-1, Dalloz, p. 853.

SASU<sup>394</sup>. Cette inapplicabilité n'est alors pas préjudiciable puisque, si le rachat a pour finalité d'annuler les actions afin de réduire le capital, l'associé unique, sans recourir au programme du rachat, peut mettre en œuvre l'article L. 225-204 du Code de commerce en décidant directement cette réduction non motivée par les pertes<sup>395</sup>. La combinaison des dispositifs : L. 227-1, alinéa 2, L. 227-9, alinéa 2, et L. 225-204 du Code de commerce pourrait affirmer l'inutilité de ce régime lorsque l'hypothèse concerne la réduction du capital.

203. Ces éléments nous amènent à conclure que le programme du rachat d'actions non cotées est applicable à la SAS dans une seule hypothèse, celle où les statuts de la SAS pluripersonnelle précisent que la décision d'autorisation de ce programme doit être prise par la collectivité des associés. En l'absence d'une telle précision statutaire, l'applicabilité du programme de rachat est incertaine dans la mesure où elle dépendra du résultat d'un délicat examen portant sur la compatibilité de ce programme avec les dispositions particulières de la SAS. Cet examen montre que, dans les autres hypothèses, le programme du rachat prévu par l'article L. 225-209-2 du Code de commerce ne nous semble pas compatible avec le régime propre de la SAS pluripersonnelle. En ce qui concerne la SAS unipersonnelle, le régime ne paraît pas, en toute hypothèse, compatible avec la nature de cette société.

---

<sup>394</sup> D'un point de vue pragmatique, le Professeur M. Renaud Mortier estime qu'aucun intérêt ne peut être tiré de cette application au regard des autres solutions proposées à l'associé unique. Voir R. MORTIER, « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *Actes pratiques et ingénierie sociétaire*, n° 141, mai -juin 2015, p. 31.

<sup>395</sup> R. MORTIER, « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *op. cit.*

## **Conclusion de chapitre I.**

204. Le mécanisme du rattachement de la SAS à la SA s'accompagne d'un manque certain de clarté. Ce dernier trouve sa première explication dans l'ambiguïté qui caractérise le critère de compatibilité inscrit à l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. L'expression floue retenue par le législateur au sein de cette disposition n'a trouvé de clarification satisfaisante ni dans la jurisprudence, ni dans les travaux doctrinaux. Cela est regrettable car l'ambiguïté entretenue rend la règle de droit peu compréhensible et engendre une incertitude quant à son champ d'application. Le cas du devoir de vigilance est particulièrement révélateur de cette difficulté. Au-delà du critère de compatibilité, un manque de clarté s'observe lorsqu'il s'agit de déterminer la portée exacte du rattachement de la SAS à la SA. La problématique du rachat d'actions est à cet égard éloquente : dans la mesure où le législateur n'a pas établi de régime propre à la SAS en la matière, il revient au juriste praticien de s'interroger sur la possibilité d'appliquer à la SAS le régime de la SA. Néanmoins, la lecture des dispositions du Code de commerce ne permet pas de dresser une conclusion tranchée.

205. En définitive, les incertitudes conceptuelles qui affectent le rattachement de la SAS à la SA sont porteuses d'insécurité juridique. L'état du droit est donc contestable et pose manifestement la question de la pertinence du rattachement entre les deux formes sociétaires. Cette question mérite d'autant plus d'être posée que, en plus d'un manque de clarté, le rattachement de la SAS à la SA est source d'inefficacité.

## Chapitre II. L'inefficacité du rattachement

206. Lorsque le législateur recourt à la législation par référence, il poursuit deux objectifs principaux. Le premier est un objectif de simplification et de faire économie du droit. Le renvoi législatif vise en effet à réduire le nombre de règles existantes et à éviter leur répétition. Le second objectif concerne la cohérence du système juridique. Le renvoi législatif entend en effet ériger un ensemble de normes qui « *s'enchaînent bien et présentent entre elles des rapports logiques* »<sup>396</sup>. Le système juridique ainsi élaboré doit être harmonieux et ses éléments doivent, de façon appropriée, être mis au service d'une cause commune. Manifestement, le rattachement de la SAS à la SA n'a pas atteint ce double objectif et, de ce fait, apparaît inefficace<sup>397</sup>. En effet, il se caractérise non seulement par une grande complexité (**Section I**), mais également par plusieurs incohérences (**Section II**).

---

<sup>396</sup> Définition du terme « cohérent » dans le dictionnaire Larousse en ligne.

<sup>397</sup> Pour mémoire, l'inefficacité se définit comme ce qui n'atteint pas son but, qui ne remplit pas sa tâche (Dictionnaire Larousse en ligne).

### **Section 1. La complexité du rattachement**

207. L'identification complexe de la règle juridique applicable à la SAS découle directement de la construction juridique, elle-même complexe, attachée du régime légal de cette société. Cette complexité est, d'une part quantitative, d'autre part qualitative, bien que ces deux aspects puissent se coexister. En effet, l'identification de la règle juridique se trouve altérée par le nombre important de dispositions susceptibles de s'appliquer à la SAS (§1). Cette difficulté d'ordre quantitatif rend difficile la combinaison et la hiérarchisation des informations, ce qui fait peser une incertitude sur le contenu de la règle de droit applicable. C'est ainsi la qualité de la règle juridique qui est affectée (§2).

#### **§1. Une complexité quantitative**

208. La complexité quantitative est liée à la masse importante d'informations à traiter. L'utilisateur du droit doit ainsi prendre en considération une pluralité d'éléments à mettre en relation, généralement de nature variée, souvent dispersés, parfois difficiles à obtenir<sup>398</sup>. Cette difficulté est accentuée en cas d'inflation législative. Or, la pluralité et la variété des règles susceptibles de s'appliquer à la SAS (A) peuvent avoir des conséquences négatives sur l'identification de la règle juridique applicable et, par conséquent, sur le respect du principe de sécurité juridique (B).

##### **A. Le constat de la complexité**

209. **La pluralité des règles.-** Au sein du Code de commerce, la SAS est, en premier lieu, régie par 21 articles constituant le régime propre de cette forme sociétaire. À côté de ces articles, le législateur fait référence aux règles régissant les sociétés anonymes. En écartant les règles exclues par l'article L. 227-1, troisième alinéa du Code de commerce, et en prenant en compte le renvoi aux règles relatives à la SA ainsi qu'aux dispositifs empruntés, on dénombre 119 articles spécifiques à la SA applicables aux SAS<sup>399</sup>. Ce nombre augmente encore si l'on prend en compte les textes auxquels les articles font référence. Ce nombre peut diminuer en appliquant le critère de compatibilité<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010, p. 23 et s.

<sup>399</sup> Ce nombre ne contient pas les textes abrogés par la loi.

<sup>400</sup> Voir *supra* n° 73.

210. En deuxième lieu, dans la mesure où la SAS est une société commerciale, par actions, elle est par nature soumise à deux catégories des dispositions. Il s'agit d'une part, des « *dispositions préliminaires* » du premier titre du deuxième livre du Code de commerce comportant des dispositifs législatifs (L. 210-1 à L. 210-9) et réglementaires (R. 210 à R.210-20) les concernant, ces dispositions qui s'appliquent à la SAS sans aucune condition et, d'autre part, des « *dispositions communes aux diverses sociétés commerciales* » visant le capital variable, les comptes sociaux, les filiales, les sociétés contrôlées, la procédure d'alerte, les nullités, la fusion et la scission, la liquidation, les injonctions de faire, la location d'actions et l'information des salariés en cas de cession de leur société. Cela représente au total 234 articles qui font donc partie du cadre juridique de la SAS. On distingue à cet égard deux types de règles, celles qui sont directement applicables à la SAS car leur contenu prévoit expressément que cette société entre dans leur champ d'application ; et celles qui sont indirectement applicables à la SAS en raison d'un renvoi aux règles régissant les SA.

L'intitulé « *Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales* » mérite un instant de réflexion. L'expression « dispositions communes » donne l'impression que ces dispositions seront applicables à toutes les sociétés commerciales y compris la SAS, alors qu'en matière du capital variable, l'article L.231-1 du Code de commerce, qui permet de stipuler la variabilité dans les statuts des sociétés, écarte de son champ d'application les sociétés anonymes ainsi que les sociétés coopératives. La remise en cause de l'applicabilité des règles concernant les SA ainsi que les sociétés coopératives illustre une contradiction entre l'énoncé et le contenu de la règle juridique.

En troisième lieu, les SAS devraient également être soumises aux règles du chapitre VIII régissant l'émission des valeurs mobilières dans la mesure où elles peuvent émettre des valeurs mobilières, telles que les actions de préférence.

211. **La variété des règles.**- En dehors du Code de commerce, le droit commun des sociétés composant le premier chapitre du neuvième titre du troisième livre du Code civil, a vocation à s'appliquer aux SAS dans le cas où leur régime juridique ne contient pas une règle spéciale dérogeant aux règles générales. Un seul article parmi ces règles générales est expressément évincé par la loi<sup>401</sup>. Il s'agit de l'article 1844-5 du Code civil qui offre aux parties intéressées

---

<sup>401</sup> Art. L. 227-4 C. com.

la possibilité de demander la dissolution de la société suite à la réunion des parts dans une seule main.

D'ailleurs, il convient d'indiquer que le rattachement de la SAS à la SA pourrait donner lieu à l'application des règles régissant les SA inscrites au sein du code monétaire et financier. C'est notamment le cas lorsque la SAS recourt au financement participatif conformément à l'article L. 227-12-1 du Code de commerce.

212. Il en résulte que le régime légal de la SAS est le fruit d'une pluralité de règles, les unes spécifiques à la SAS, les autres générales ou spécifiquement applicables à la SA. Pour lesquelles un examen préalable est nécessaire pour déterminer si elles sont applicables à la SAS. Cette diversité des règles qui composent le régime légal de la SAS constitue une masse d'information dont la surabondance n'est pas toujours utile et rend difficile l'identification de la règle la plus adéquate à la situation donnée.

### B. Les conséquences négatives de la complexité quantitative

213. La complexité quantitative qui résulte d'une superposition d'informations renvoie au thème de l'inflation législative et à son corolaire, la « dévaluation du droit »<sup>402</sup>. La pluralité et la variété des textes qui composent le régime légal de la SAS sont bien constitutives d'une inflation législative (1) qui peut conduire à amoindrir la sécurité juridique (2).

#### 1. Une inflation législative

214. L'expression d'inflation législative s'est inspirée de l'inflation monétaire qui est définie comme une « création de moyens de paiement en excédent par rapport aux besoins de l'économie qui provoque une hausse générale des prix »<sup>403</sup>. Le doyen Carbonnier a estimé que l'emprunt de cette expression pourrait faciliter l'étude et la compréhension du phénomène en droit<sup>404</sup>.

---

<sup>402</sup> A. PERROT, « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », in *La doctrine juridique*, ouv. col., PUF, 1993, p. 181.

<sup>403</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V<sup>o</sup>. « inflation ».

<sup>404</sup> « Tout français comprend ce qu'est l'inflation, même si elle s'est ralentie et ne correspond plus à l'idée, archaïquement quantitative, d'une planche à bailllets en folie. Si l'inflation de monnaie est devenue objet d'étude scientifique, pourquoi pas, par analogie, l'inflation du droit ? » (J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006, p. 107).

215. En effet, pour déterminer si un phénomène constitue une inflation législative, il faut déterminer avant tous les critères de cette inflation. La détermination de ces critères ne semble pas facile dans la mesure où les parties de la doctrine étudient ce phénomène sous des angles différents. L'examen des études portant sur l'inflation normative<sup>405</sup> démontre que l'analyse de ce phénomène se fonde initialement sur deux critères. Le premier concerne le nombre de textes, en particulier le nombre de lois, décrets, et codes en vigueur, et applicables à un cas particulier. Le second critère concerne le volume des textes, c'est-à-dire le nombre des alinéas composant un article et le nombre de modifications apportées à ces textes<sup>406</sup>.

216. Appliqué au régime légal de la SAS, si l'existence d'une pluralité et d'une variété des textes applicables ne fait aucun doute, le second critère lié au volume des textes mérite d'être analysé.

217. En ce qui concerne la longueur des articles, les dispositions spécifiques à la SAS se distinguent, par rapport aux régimes des autres sociétés, par leur brièveté. Le législateur s'est limité au minimum, renvoyant en cas de difficulté au régime juridique de la SA ou au droit commun. Cette brièveté était justifiée, lors de l'élaboration de la loi de 1994<sup>407</sup>, par le fait que la SAS constituait une variante de la SA qui complétait son régime propre. Ce n'est toutefois plus le cas aujourd'hui. L'évolution du statut de la SAS et l'ajout d'alinéas parfois complexes ont entraîné un élargissement de son régime juridique. Les exemples montrant un allongement des textes se sont multipliés, le plus remarquable d'entre eux est l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Celui-ci se compose de huit alinéas dont cinq proposent un ou plusieurs renvois à d'autres textes. L'alinéa 3 fait référence aux règles concernant la SA<sup>408</sup>. L'alinéa 4 renvoie à l'article 1843-2 du Code civil relatif aux apports en industrie. En outre, l'alinéa 5 de l'article susdit renvoie de façon dérogatoire à l'article L. 225-14 du Code de commerce relatif à l'évaluation des apports en nature<sup>409</sup>. Enfin, l'article L. 227-1, alinéa 8, du

---

<sup>405</sup> P. DEUMIER, « Mesurer l'inflation normative (Conseil d'État, étude, 3 mai 2018) », *RTD Civ.*, 2018, p. 611 ; V. LASSERRE, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, juillet 2015 ; J.-M. PASTOR, « Inflation normative : une réforme en souffrance », *AJ Collectivités territoriales*, 2012, p. 225.

<sup>406</sup> G. HISPALIS, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoir*, 2005, n° 114, p. 101.

<sup>407</sup> Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la SAS, *JORF*, n°2, 4 janvier 1994, p.129.

<sup>408</sup> Ce renvoi conduit à appliquer des textes aussi longs comme par exemple les articles L. 225-138-1, L. 225-147-1, L. 225-177 etc, du Code de commerce.

<sup>409</sup> Conformément à ce renvoi, les associés d'une SAS pluripersonnelle peuvent décider à l'unanimité, dans les cas où la valeur d'aucun apport en nature ne dépasse pas un montant précis et si la valeur des totales de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital, « que le recours à un commissaire aux

même Code renvoie en matière de publicité aux formalités prévues par le décret pris en Conseil d'État sans préciser lequel ou le contenu de celui-ci.

218. En plus des deux critères initiaux précédemment mentionnés, le doyen Carbonnier a ajouté ceux de l' « *intensité normative, à l'instar des décibels dans le bruit* » et de la « *vitesse des successions de lois sur le même texte* »<sup>410</sup>. Concernant l'intensité normative, en d'autres termes, la force normative des textes composant le régime légal de la SAS, le rattachement par référence au régime de la SA prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce est soumis à trois conditions : le défaut de stipulations statutaires, le dispositif non écarté<sup>410</sup> et la compatibilité de la norme concernant la SA avec le statut propre de la SAS. Les règles concernant la SA sont donc supplétives dans deux circonstances : lorsque le régime particulier de la SAS prévu dans les 21 articles précédemment mentionnés ne contient pas de règle régissant le point évoqué et lorsque les statuts de la SAS ne prévoient pas de clause contraire à la règle en question. Le caractère supplétif de ces règles prend en considération le statut de la SAS caractérisée par la liberté statutaire. Cependant, la question paraît un peu plus complexe que cela. L'exigence de compatibilité et l'absence de définition claire de ce critère rendent l'application des règles supplétives de la SA incertaine. Cette incertitude pourrait avoir des répercussions sur l'intensité de la règle en cause et par conséquent, sur la sécurité juridique.

219. Pour une mesure plus exacte de l'inflation normative il faut, selon le doyen Carbonnier, examiner la « vitesse » de circulation « *accrue par une succession rapide de lois sur le même objet* »<sup>411</sup>. De ce point de vue, le régime légal de la SAS a fait l'objet d'une série de modifications législatives. Entre 1999 et 2019, la SAS, de même que la SA, dont une partie du régime juridique s'applique à la SAS, ont été concernées par des dizaines d'amendements, de lois et d'ordonnances modificatives. La majorité de celles-ci a eu pour objet de moderniser le droit des sociétés afin de le rendre plus simple et adapté aux besoins des entreprises. Cela explique le rythme rapide de l'évolution du régime juridique de la SAS. Cette évolution paraît

---

*apports ne sera pas obliger* » (art. L. 227-1, al. 5 C. com). Il en va de même que dans une SASU, l'associé unique n'est pas obligé de désigner un commissaire aux apports si la SASU remplit les conditions prévues par l'alinéa 5 susmentionnées ou si l'associé unique, personne physique avant de constituer la société est soumis au régime de l'entrepreneur individuelle à responsabilité limitée prévu dans les articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce.

<sup>410</sup> Les dispositifs écartés sont les articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et I de l'article L. 233-8 du Code de commerce.

<sup>411</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006, p. 109.

certes avantageuse pour cette forme, mais le maintien du rattachement du régime légal de la SAS à celui de la SA a conduit à créer le décalage juridique entre les deux régimes.

220. En définitive, l'examen des critères théoriques relatifs à l'inflation normative nous permet de conclure à l'existence d'une inflation législative dans le cas de la SAS. Il convient toutefois de relativiser cette conclusion si l'on prend en compte les besoins sociaux qui incitent le législateur à promulguer les lois. Dans cette situation, « *il n'y a plus d'inflation véritable* », selon le doyen Carbonnier. Même si l'on admet le fait que les lois qui ont modifié le régime légal de la SAS s'inscrivent dans le cadre pragmatique exprimé par les besoins sociaux, il est regrettable que le législateur n'ait pas fait un tri des règles inadaptées ou susceptibles de contribuer à l'incohérence de l'ensemble du droit des sociétés, notamment le lien qui relie le régime de la SAS à la SA.

## 2. Un affaiblissement de la sécurité juridique

221. Dans un contexte de pluralité, de diversité des textes potentiellement applicables, l'identification de la règle la plus adéquate (ou à l'inverse la moins adéquate) afin de régler ce problème spécifique de droit ne semble pas aisée dans la mesure où cette tâche se révèle encore plus compliquée pour les profanes. Cette complexité va finalement conduire à méconnaître la loi, voire à l'ignorer. Par conséquent, la loi se trouve « dévalorisée »<sup>412</sup>.

222. La complexité augmente lorsque la détermination de la règle applicable nécessite la mise en œuvre de séries de renvoi. En effet le renvoi en cascade à une dizaine des règles, voire le renvoi qui débouche sur un vide juridique en raison de l'abrogation ou de l'exclusion d'une règle, rendent difficile, voire impossible, la mission de déterminer la règle la plus adéquate à la situation considérée. On se trouve alors dans l'incertitude par rapport à la règle de droit applicable. De laquelle découle une application erronée des textes, ou la tentation de se tourner vers un autre régime juridique plus flexible.

223. Au regard de ces éléments, on retient que la complexité quantitative constatée dans la construction du régime juridique de la SAS, reposant sur la technique de la législation par référence, peut perturber ou entraver la réception de la règle juridique, et par conséquent,

---

<sup>412</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, op. cit., p. 111.

conduire à l'insécurité juridique. Celle-ci peut également découler d'une dégradation de la qualité du droit.

## **§2. Une complexité qualitative : l'exemple des actions de préférence**

224. De façon générale, la complexité qualitative « est liée au traitement et à l'analyse de l'information et renvoie aux difficultés [...] de combinaison et de hiérarchisation des informations reçues »<sup>413</sup>. Cela signifie qu'en droit, la complexité qualitative est liée à la qualité des règles de droit, plus particulièrement à l'incertitude liée à leur contenu et à l'insécurité issue de leur combinaison. Ceci rend difficile la détermination de la règle applicable à la SAS. L'exemple des actions de préférence est à cet égard particulièrement éloquent.

225. Créés pour répondre aux besoins des milieux économiques du capital-investissement, les textes régissant l'émission des actions de préférence ont été introduits dans le Code de commerce par l'ordonnance du 24 juin 2004<sup>414</sup>. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie<sup>415</sup> et l'ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008 relative aux actions de préférence ont complété et précisé le régime des actions de préférence.

Les actions de préférence sont « caractérisées par des droits particuliers [attribués aux associés], de toute nature, à titre temporaire ou permanent »<sup>416</sup>. Ces droits offrent un avantage particulier car, d'une part, ils profitent à un ou plusieurs associés, et d'autre part, ils ne sont pas communs à l'ensemble des associés<sup>417</sup>. Donner un avantage particulier à un ou à certains associés seulement implique de rompre l'égalité entre ces derniers. La question se pose de savoir si ce régime des actions de préférence est applicable à la SAS. Pour répondre à cette question, il convient d'analyser la combinaison entre les règles des actions de préférences et celles de la SAS, en distinguant deux types des règles : celles d'ordre substantiel (A) et celles d'ordre procédural (B).

---

<sup>413</sup> C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010, p. 23 et s.

<sup>414</sup> Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale.

<sup>415</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, 5 août 2008.

<sup>416</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 773.

<sup>417</sup> D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, Joly, 2004, § 37, p. 35.

### A. La combinaison des normes substantielles

226. L'étude de la combinaison du régime des actions de préférence, autorisé par le législateur au sein de l'article L. 228-11 du Code de commerce, et du statut de la SAS (1) conduit à conclure que le régime des actions de préférence ne s'applique pas à la SAS (2).

#### 1. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-11 du Code de commerce

227. De prime abord, l'article L. 228-11 du Code de commerce est applicable à toutes les sociétés par actions. Il ne fait pas partie des articles mentionnés à l'article L. 227-1, alinéa 3 du même Code, lesquels ne s'appliquent pas aux sociétés par actions simplifiées. Il en résulte que la SAS peut émettre des actions de préférence.

En effet, l'application de l'article L. 228-11 du Code de commerce se fait « *dans le respect des dispositions des articles L. 225-10 et L. 225-122 à L. 225-125* » du Code de commerce. Cela signifie que l'article L. 228-11 susdit fait référence aux dispositions concernant les sociétés anonymes. Cet article comporte deux types de renvois : un renvoi circulaire<sup>418</sup> aux dispositions non exclues par le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du Code de commerce, et renvoi en cascade aux dispositions exclues par ledit article. Le renvoi législatif à l'article L. 225-10 du Code de commerce ne suscite visiblement pas de difficulté dans la mesure où celui-ci ne fait pas partie des dispositions exclues du champ d'application de la SAS. Mais cela ne devrait pas conduire à ignorer la compatibilité de ce dispositif avec le régime propre de la SAS. Le deuxième renvoi exercé par le législateur est un renvoi en cascade<sup>419</sup> aux dispositions régissant la proportionnalité du droit de vote à la quotité de capital (art. L. 225-122 C. com.) ; la limitation du droit de vote attribué par les actions de préférence, aux droits de vote double (art. L. 225-123 C. com.) ; les cas de perte du droit de vote double (art. L. 225-124 C. com.) et la possibilité de prévoir dans les statuts une limitation du nombre de voix attribuées à chaque actionnaire et les effets de cette limitation (art. L. 225-125 C. com.). Ces dispositions ne sont pas applicables, par principe, aux SAS. Ce renvoi soulève une interrogation sur l'applicabilité de ces textes exclus à la SAS en cas d'émission d'actions de préférence.

---

<sup>418</sup> Voir *supra* n° 81.

<sup>419</sup> *Ibid.*

228. Le sujet est au cœur de débats doctrinaux. La doctrine minoritaire considère que le régime des avantages particuliers, y compris des actions de préférence, est un régime autonome de tout autre régime, imposé à toutes les sociétés par actions : SA, SCA, SAS. Les deux régimes : celui des actions de préférence et celui de la SAS ne se chevauchent donc pas. Le premier est applicable au deuxième. Dans cette optique, certains auteurs estiment que la SAS peut émettre des actions de préférence. Aucune obligation n'incomberait alors à la SAS de respecter les dispositions des articles L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce, auxquelles renvoie l'article L. 228-11 du Code de commerce. Ce point de vue se fonde sur l'article L. 227-1, alinéa 3 qui exclut expressément ces dispositions du régime des SAS<sup>420</sup>. Le Professeur Michel Germain et Pierre-Louis Périn estiment que le particularisme de la SAS permet d'écarter, en ce qui concerne les actions de préférence, les limitations relatives au droit de vote double<sup>421</sup> en prévoyant le droit de vote plural. Ainsi, même si l'article L. 228-11 du Code de commerce prévoit la nécessité de respecter les articles susmentionnés, cela ne rend pas ces articles forcément applicables aux SAS<sup>422</sup>.

La doctrine majoritaire relève, quant à elle, que l'article L. 228-11 du Code de commerce, transposé de la « *golden share* » en droit anglo-saxon, a été pensé pour les SA. L'objectif principal de la réforme de 2004 est d'ouvrir un champ de liberté considérable aux SA, pour moduler les droits de toute nature attachés à la détention de valeurs mobilières<sup>423</sup>.

Très récemment, la loi Pacte de 2019 qui a modifié le régime des actions de préférence n'a pas apporté de précisions quant à l'applicabilité de ce régime à la SAS. Elle a maintenu la majorité du renvoi aux articles inapplicables à la SAS. En l'absence de précisions sur la valeur juridique des articles concernant la SA, auxquels le régime des actions de préférence fait référence par rapport à la SAS, refuser l'application du régime des actions de préférence à la SAS est possible.

---

<sup>420</sup> A. CHARVÉRIAT, A. COURET et B. ZABALA, B. MERCADAL, *Mémento Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2014, n° 60142, p. 887 et 888.

<sup>421</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études- Formules*, op. cit., § 113, p. 63.

<sup>422</sup> K. GRÉVAIN-LEMERCIER, « Les malheurs de la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Hovasse*, Lexis Nexis, 2016, p. 85.

<sup>423</sup> G. TERNAY, « SAS et actions de préférence : *modus operandi* », *LSJ Entreprise et affaires*, n° 14, 7 avr. 2005, p. 568.

2. Le refus de l'application du régime des actions de préférence à la SAS

229. La combinaison des normes de la SAS et des actions de préférence ne permet pas d'admettre l'application d'une partie de régime des actions de préférence sans l'autre partie, ceci pour deux raisons.

230. La première raison, l'examen des textes en rapport avec le régime des actions de préférence, qui s'étendent de l'article L. 228-11 à l'article L. 228-22 du Code de commerce, montre que ce régime est pensé pour être appliqué aux SA. Cela se déduit du nombre de renvois effectués qui rattachent fortement le régime des actions de préférence au régime de la SA<sup>424</sup> en limitant l'émission des actions de préférence aux « sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation »<sup>425</sup>.

Le régime des actions de préférence emprunte donc sa substance aux règles concernant la SA. À titre d'exemple, il emprunte à ces règles les conditions de la délégation des pouvoirs des assemblées générales extraordinaires (L. 225-129 à L. 225-129-6 C. com) et les modalités de rachat des actions (L. 225-204 à L. 225-214 C. com). Au regard de ces éléments, il ne semble pas justifié d'admettre l'application du régime des actions de préférence en éliminant les textes inapplicables à la SAS prévus dans l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce. Si on raisonne sur l'application du régime des actions par référence en partant du fait que la SAS et la SA sont assimilées, le raisonnement par analogie ne peut pas être admis. La démarche analogique (*eadem ratio*) qui discerne un rapport de similitude entre la SAS et la SA<sup>426</sup> conduit à appliquer à la SAS l'intégralité du régime des actions de préférence. Cela n'est pas possible au regard des renvois faits par le régime des actions de préférence aux textes relatifs à la SA, qui sont expressément inapplicables à la SAS<sup>427</sup>.

---

<sup>424</sup> En plus des renvois prévus dans l'article L. 228-11 du Code de commerce, l'article L. 228-12 fait référence aux articles L. 225-129 à L. 225-129-6 ; L. 225-204 à L. 225-214 et L. 225-210 à L. 225-212 du même Code. En outre, l'article L. 225-15 du même Code fait également référence aux articles L. 225-8 ; L. 225-147 ; L. 225-148 et L. 228-12 du Code de commerce.

<sup>425</sup> Cette phrase est ajoutée par la loi Pacte de 2019 au contexte de l'article L. 228-11 du Code de commerce.

<sup>426</sup> G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Littec, 1993, p. 131.

<sup>427</sup> Art. L. 227-1, al.3 C. com.

231. La deuxième raison est que le législateur a mis à la disposition des destinataires du droit deux moyens, celui du régime des actions de préférence et celui du régime de la SAS<sup>428</sup>. Les deux moyens permettent aux associés ou aux actionnaires d'aménager le droit de vote par le biais d'une simple clause statutaire. Ces deux choix ont des effets proches. Certes, dans la SAS, les associés ne peuvent pas pour l'instant émettre des actions sans droit de vote, toutefois cette société peut confier à un associé une action avec un droit de vote multiple. En revanche, le choix d'émettre des actions de préférence donne la possibilité d'émettre les actions sans droit de vote. D'ailleurs, la loi Pacte de 2019 a autorisé l'émission d'actions de préférence avec un droit de vote multiple. Si on peut dans les deux cas aménager le droit de vote et le moduler en fonction des besoins, on se demande quel est l'intérêt de recourir au régime des actions de préférence dans la SAS.

232. En effet, d'un point de vue pragmatique, il n'y a pas d'intérêt dans le cadre d'une SAS de recourir au régime des actions de préférence dans la mesure où la technique d'exclusion permet de priver l'associé exclu de son droit de vote<sup>429</sup>. En outre, l'exercice du choix entre la SAS et le régime des actions de préférence semble risqué, notamment en cas de mutisme statutaire. Si les associés ont choisi de se placer sous le régime des actions de préférence, les articles L. 225-122 à L. 225-125 ne sont pas applicables aux SAS. Si les statuts ne régissent pas les points traités par lesdits articles, cela va soulever une difficulté. À ce propos, le Professeur Hervé Le Nabasque s'interroge sur la question de savoir « *comment l'on pourrait en attendre qu'elles puissent s'appliquer par défaut, à titre supplétif, chaque fois que les statuts sont restés muets sur telle ou telle question que ces articles auront tranchée dans la SAS* »<sup>430</sup>. Le Professeur estime qu'en cas de silence statutaire, les dispositions applicables à toutes les sociétés pourraient, pour certains cas, apporter des réponses. Dans cette hypothèse, l'application à titre supplétif des règles de la SA n'est pas possible, notamment car elle est exclue expressément par le législateur au sein de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. Cela justifie, semble-t-il, de rejeter l'application du régime des actions de préférence à la SAS. Ce rejet peut être également traité du point de vue de l'applicabilité à la SAS des procédures relatives aux actions de préférence.

---

<sup>428</sup> Selon le Professeur Paul Le Cannu, « *la SAS dispose d'un choix : soit elle profite de ses propres règles pour émettre des actions qui ne sont pas des actions de préférence, soit elle se place volontairement sous le régime des actions de préférence et elle respecte les exigences de l'article L.228-11 du Code de commerce* » (P. LE CANNU, « La SAS : un cadre juridique minimal », *Rev. sociétés*, 2014, p. 543).

<sup>429</sup> Art. L. 227-17 C. com.

<sup>430</sup> H. LE NABASQUE, « La flexibilité contractuelle dans la SAS », *op.cit.*

## B. La combinaison des normes procédurales

233. Au-delà d'une approche substantielle, la question de la combinaison du régime des actions de préférence avec les règles régissant la SAS se pose également d'un point de vue procédural. Deux dispositions du Code de commerce régissent la procédure d'émission des actions de préférence : les articles L. 228-15 et L. 228-17. Déterminer si ces procédures s'appliquent à la SAS implique d'étudier la combinaison de l'article L. 227-1, alinéa 3 du même Code de commerce avec, d'une part, l'article L. 228-15 (1), et d'autre part, l'article L. 228-17 (2).

### 1. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-15 du Code de commerce

234. Aux termes de l'article L. 228-15 du Code de commerce dans son premier alinéa, « *la création [des actions de préférence] donne lieu à l'application des articles L. 225-8, L. 225-10, L. 225-14, L. 225-147 et L. 225-148 relatifs aux avantages particuliers lorsque les actions sont émises au profit d'un ou plusieurs actionnaires nommément désignés. Dans ce cas, le commissaire aux apports prévu par ces articles est un commissaire aux comptes n'ayant pas réalisé depuis cinq ans et ne réalisant pas de mission au sein de la société* ». Le législateur a ainsi conçu, en ce qui concerne les avantages particuliers, une législation par référence aux articles imposés aux SA. Ce renvoi appelle plusieurs observations en ce qui concerne l'application de la procédure des avantages particuliers à la SAS. En premier lieu, il convient de souligner que les quatre articles auxquels l'article L. 228-15 du Code de commerce fait renvoi ne font pas partie des dispositions ne s'appliquant pas à la SAS en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du même Code. En deuxième lieu, l'application de la procédure des avantages particuliers suscite un problème quant aux actions de préférence auxquelles sont rattachés des avantages politiques<sup>431</sup> comme les actions avec le droit de vote double. Un autre problème se pose à propos de la clause d'agrément, dans la mesure où la préférence peut contribuer à aménager les conditions de cession des actions<sup>432</sup>. Cette possibilité paraît utile pour les sociétés anonymes qui ne disposent pas, par nature, d'un autre moyen d'aménager les conditions de cession. En revanche, la SAS pourra, sans émettre d'actions de préférence, aménager la mutation des actions au sein des clauses statutaires (art. L. 227-14 C.com.). Cela démontre l'inutilité du recours au régime des actions de préférence dans la SAS. En troisième

---

<sup>431</sup> K. GRÉVAIN-LEMERCIER, « Les malheurs de la SAS », *op. cit.*

<sup>432</sup> L'application de la clause d'agrément peut être limitée aux seules actions de préférence. (A. COURET, H. LE NABASQUE et *al.*, *Droit financier*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 2012, § 430, p. 287 et s)

lieu, l'article L. 225-8 du Code de commerce vise les procédures d'approbation des « avantages particuliers ». Il exige le rapport d'un commissaire, désigné à l'unanimité des associés ou par le juge, sur l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers. Cet article, certes, ne fait pas partie des dispositions ne s'appliquant pas à la SAS. Cependant, son application soulève la question de sa comptabilité avec le régime propre de la SAS. La même question peut également se poser en ce qui concerne l'applicabilité de l'article L. 228-17 du Code de commerce.

## 2. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-17 du Code de commerce

235. L'article L. 228-17 du Code de commerce dispose qu' « *en cas de fusion ou de scission, les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires du transfert de patrimoine comportant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés.*

*En l'absence d'échange contre des actions conférant des droits particuliers équivalents, la fusion ou la scission est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale prévue à l'article L. 225-99 ».*

236. Les actions de préférence présentent des caractéristiques distinctes des actions ordinaires<sup>433</sup>, et constituent une catégorie d'actions particulière. C'est pourquoi la valeur des actions de préférence est différente de celle des actions ordinaires. L'article précité indique que l'échange des actions de préférence avec d'autres titres ou droits particuliers, en cas de fusion et scission, exige que les titres ou droits proposés soient équivalents. Ces actions représentent une catégorie particulière, leurs titulaires se réunissent au sein d'une assemblée spéciale, à l'instar du modèle des assemblées spéciales, régies par l'article L. 225-99 du Code de commerce. L'assemblée spéciale n'a été évoquée que par les articles L. 228-17 et L. 228-19 du Code de commerce. Cette assemblée pourra donner « *mission à l'un des commissaires aux comptes de la société d'établir un rapport spécial sur le respect par la société des droits particuliers attachés aux actions de préférence* ». L'approbation du rapport est nécessaire chaque fois qu'une assemblée générale envisage de modifier, directement ou indirectement, les droits qui se trouvent attachés aux actions de préférence<sup>434</sup>. La fusion et la scission de la

---

<sup>433</sup> M. JEANTIN, « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D.* 1995, p. 87.

<sup>434</sup> A. COURET, H. LE NABASQUE et al, *Droit financier, op. cit.*, § 461, p. 307 et s.

société émettrice des actions de préférence avec une autre société présentent certaines spécificités.

237. Le champ d'application de l'article L. 228-17 du Code de commerce est limité aux cas où la société émettrice des actions de préférence, ou la société d'exercice dans les groupes de sociétés, « *est absorbée, fusionne avec une ou plusieurs sociétés par création d'une société nouvelle, ou se scinde au profit de deux ou plusieurs sociétés nouvelles ou préexistantes* »<sup>435</sup>. Si la fusion ou la scission, envisagée par la société émettrice des actions de préférence, s'est réalisée sans aucune correction de la parité d'échange<sup>436</sup>, en donnant aux titulaires de ces actions des droits équivalents à ceux dont ils disposent, ou si la correction de la parité d'échange prend en considération des droits particuliers qui devront être abandonnés, la consultation de l'assemblée n'est pas exigée. Au contraire, si cette opération apporte une correction de la parité d'échange ou des droits qui se trouvent attachés aux actions de préférence, l'agrément de l'assemblée spéciale est exigée. Or, l'application à la SAS de l'article L. 228-17 susmentionné, notamment le deuxième alinéa, pose alors certaines difficultés.

238. En effet, cet article n'est certes pas écarté par l'article L. 227-1, al. 3 du même Code, mais il fait référence à deux règles inapplicables à la SAS, à savoir l'article L. 225-99 du Code de commerce s'agissant des missions de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions de préférence et l'article L. 225-96 qui traite de l'organe compétent à même de modifier les statuts de la SA. Dès lors, la question se pose de savoir comment appliquer l'article L. 228-17 à la SAS. Le deuxième alinéa de l'article L. 227-9 du Code de commerce précise que les décisions relatives à la fusion et à la scission de la SAS doivent être prises « *dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés* ». À ce propos, les statuts de la SAS précisent le quorum exigé pour adopter les résolutions ayant pour effet la création des droits particuliers consacrés par les actions de préférence.

239. Le droit à l'information préalable demeure un droit intangible de tout associé de SAS, même si l'unanimité est demandée pour approuver une décision qui concerne la fusion et

---

<sup>435</sup> *Ibid.*, § 468, p. 311.

<sup>436</sup> La parité d'échange est un rapport d'échange des actions de la société absorbante et de la société absorbée. Pour la calculer, il faut déterminer la valeur de deux sociétés en comparant les comptes de celles-ci à la date de clôture du dernier exercice, tandis que la prime de fusion est la différence entre la valeur de l'action nominale et sa valeur réelle. (M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 769 et s.)

scission<sup>437</sup>. Les titulaires des actions de préférence seront informés préalablement de la résolution qui concerne la fusion ou la scission. Si les statuts prévoient l'unanimité pour approuver cette résolution, il est légitime de concevoir que l'accord des titulaires des actions de préférence sera donné. Cela conduit à réaliser l'objectif recherché par l'article L. 225-99 du Code de commerce sans l'appliquer à la SAS. Le renvoi en cascade opéré par l'article L. 228-17 n'a dès lors aucun intérêt pour la SAS. Il n'apporte rien de nouveau.

240. Pour conclure, la complexité du rattachement de la SAS à la SA possède une double facette, la première d'ordre quantitatif, la seconde d'ordre qualitatif. Dans l'un comme dans l'autre cas, cette complexité est porteuse d'inconvénients. Tout d'abord, la pluralité et la variété des règles susceptibles de s'appliquer à la SAS rend délicate l'identification de la norme devant effectivement s'appliquer, ce qui ne va pas sans poser de difficultés en termes de sécurité juridique. La qualité du contenu de la règle de droit est également amoindrie, ainsi qu'en témoigne particulièrement bien le cas des actions de préférence.

241. En définitive, dans le cas de la SAS, le renvoi législatif contrevient à l'un des objectifs essentiels théoriquement poursuivis par la technique du rattachement, à savoir la simplification et la réalisation de l'économie du droit. Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Le rattachement de la SAS à la SA ne parvient pas non plus à créer un système juridique cohérent.

---

<sup>437</sup> Voir à cet égard le commentaire de l'article L. 227-9 du Code de commerce rédigé par les M. J.-P. VALUET, A. LIENHARD et P. PISONI, *Code des sociétés 2018*, Dalloz, p. 866 et s.

## **Section 2. L'incohérence du rattachement**

242. La cohérence d'un système suppose que ses composantes s'articulent « *de manière à former un ensemble logique, harmonieux, satisfaisant pour l'esprit* »<sup>438</sup>. L'ensemble des éléments du système doivent être organisés de façon rationnelle, dans le but de servir un ou plusieurs objectifs communs. Dans le cas de la SAS, la cohérence du régime juridique suppose donc que l'ensemble des règles s'appliquant à cette forme sociale s'articule de façon logique et réponde de façon adaptée aux objectifs et caractéristiques spécifiques de cette société. En d'autres termes, les règles de la SAS doivent, de façon cohérente, être mises au service des éléments significatifs<sup>439</sup> de cette forme sociale. Or, le rattachement de la SAS à la SA n'assure pas une telle cohérence. Au contraire, il est source d'incohérence tant au regard de la liberté statutaire (§1) que de l'exigence de flexibilité (§2), toutes deux caractéristiques de la SAS.

### **§1. L'incohérence au regard de la liberté statutaire caractéristique de la SAS**

243. S'il est logique de soumettre des situations analogues aux mêmes règles juridiques<sup>440</sup>, l'existence de situations différentes impose, *a contrario*, l'application de règles distinctes. Or, contrairement à la SA, la SAS se caractérise par la liberté statutaire. En vertu de cette liberté, les associés de la SAS déterminent notamment les modalités de direction de la société, qui peuvent rejoindre celles prévues pour la SA conseil d'administration ou conseil de surveillance, comme aller au-delà. Il apparaît donc peu cohérent qu'à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, le législateur fasse uniquement mention du conseil d'administration lorsqu'il envisage le fonctionnement de la direction de la SAS (A). Dans le même esprit, l'emprunt au régime de responsabilité pénale de la SA semble peu rationnel (B).

#### **A. Le renvoi injustifié aux attributions du conseil d'administration**

244. Bien que l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce exclut expressément l'application à la SAS des dispositions relatives aux attributions du conseil d'administration de la SA, ce même alinéa fait référence à ces attributions similaires. Cela démontre un manque de rationalité des règles régissant la SAS (1). Ce manque de rationalité se confirme

---

<sup>438</sup> Définition du terme « cohérent » dans le dictionnaire CNRTL.

<sup>439</sup> Pour une analyse approfondie des éléments significatifs de la SAS, voir *infra* n° 356 et s.

<sup>440</sup> J.-L. BERGEL, « Vices et vertus de la législation par référence », *op. cit.*, p. 1210.

en pratique par une application différente desdites attributions au sein de la SAS et de la SA, laquelle découle en réalité des spécificités propres aux statuts respectifs de chaque forme sociétaire (2).

1. Un renvoi irrationnel au sein du Code de commerce

245. Les attributions du conseil d'administration de la SA sont définies par l'article L.225-35, alinéa 1, du Code de commerce qui dispose que « *le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* ». Cet article présente deux volets. D'une part, il détermine le contenu des attributions du conseil d'administration qui incluent un devoir de contrôle et un pouvoir d'impulsion. D'autre part, il fixe les limites dans lesquelles les attributions doivent être exercées par le conseil, à savoir le respect de l'objet social et des pouvoirs réservés aux assemblées d'actionnaires<sup>441</sup>. L'article L. 225-35, alinéa 1, du Code de commerce n'est, par principe, pas transposable au régime légal de la SAS dans la mesure où le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du même Code exclut l'application à la SAS de cette disposition, ainsi que de tous les autres textes qui visent le conseil d'administration de la SA.

246. Toutefois, la lecture des textes relatifs aux règles régissant la SAS révèle plusieurs renvois aux attributions du conseil d'administration de la SA. La première allusion est inscrite dans la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce, selon laquelle « *pour l'application de ces règles [règles concernant la société anonyme], les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercées par le président de la SAS ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet* ». Ce renvoi explicite aux attributions du conseil d'administration de la SA semble incohérent pour deux raisons. En premier lieu, la SAS se caractérise par une liberté statutaire remarquable en ce qui concerne les modalités de gestion. Les associés peuvent donc déterminer librement l'organe compétent pour exercer les attributions du conseil d'administration. Ce peut être le dirigeant, le président ou un autre organe comme par exemple un comité ou un conseil<sup>442</sup>. En

---

<sup>441</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op.cit., p. 535 et s.

<sup>442</sup> P. LE CANNU, « La SAS : un cadre légal minimal », in *La société par actions simplifiée-Bilan et perspectives*, op. cit., p. 69.

conséquence, l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce ne présente aucun intérêt. À l'inverse, le renvoi aux attributions du conseil d'administration peut constituer un frein à l'exercice de cette liberté statutaire. En second lieu, le renvoi aux attributions du conseil d'administration de la SA prévu dans la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 concerne seulement les contributions prévues dans les règles de la SA applicables à la SAS. En effet, la lecture de cette phrase doit être faite en combinaison avec les autres textes composant le régime applicable de la SAS. L'alinéa 2 de l'article L. 227-9 du même Code précise qu'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, les attributions dévolues aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires des SA sont prises, dans les conditions fixées statutairement, par les associés statuant collectivement. Cela pose la question de savoir si la collectivité des associés peut déléguer à un conseil d'administration le pouvoir de prendre la décision d'augmenter le capital de la SAS.

247. Une autre allusion au conseil d'administration de la SA se trouve à l'article L. 225-129-2 du Code de commerce, lequel est susceptible d'être appliqué à la SAS. Selon cette disposition, l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer « *au conseil d'administration ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation de capital, elle fixe la durée, qui ne peut excéder vingt-six mois, durant laquelle cette délégation peut être utilisée et le plafond global de cette augmentation* ». Admettre pleinement l'application de cet article à la SAS nécessite toutefois d'examiner sa compatibilité avec la SAS. À cet égard, il faut, tout d'abord, remplacer l'assemblée générale extraordinaire par la collectivité des associés, puis examiner la légitimité d'une délégation au conseil d'administration dans les sociétés ayant opté pour l'établissement d'un conseil d'administration. Si l'on admet que la décision d'augmenter le capital est confiée au conseil d'administration de la SAS, cela devrait conduire à appliquer la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce selon laquelle les attributions du conseil d'administration sont exercées par le président ou par les dirigeants de la SAS. On peut alors se demander si la décision prise par le président ou par le dirigeant d'augmenter le capital de la société est valable, conformément à l'article L. 227-9, alinéa 2 du Code de commerce qui exige que cette décision soit prise par la collectivité des associés.

---

248. En effet, l'existence de la deuxième phrase de l'alinéa 3 de l'article L. 227-1 du Code de commerce complique l'application des textes particuliers à la SAS et ne semble pas utile ou justifié par des besoins réels. C'est pourquoi, il est préférable que cette phrase soit supprimée de l'article précité.

249. Une dernière allusion au conseil d'administration de la SA se trouve à l'article L. 227-12 du Code de commerce en vertu duquel « *les interdictions prévues à l'article L. 225-43 s'applique, dans les conditions déterminées par cet article, au président et aux dirigeants de la société* ». Cet article fait référence à l'article L. 225-43 du même Code qui prévoit que « *à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales. La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée* ».

250. Le rattachement de la SAS à la SA réalisé par l'article L. 227-12 du Code de commerce appelle deux observations. En premier lieu, l'article L. 227-12 du Code de commerce renvoie à l'article L. 225-43 du même Code alors que par principe cette disposition ne s'applique pas à la SAS. Cela ne semble pas cohérent. La meilleure solution consisterait, selon nous, à éliminer l'article L. 225-43 du Code de commerce de la liste des règles inapplicables à la SAS<sup>443</sup>. Dans une telle hypothèse, si les attributions du conseil d'administration sont exercées par le président ou les dirigeants de la SAS, ceux-ci seront *a priori* également concernés par les interdictions prévues par l'article L. 225-43 du Code de commerce, sans avoir besoin d'un texte précis comme celui de l'article L. 227-12 du même Code.

En deuxième lieu, la lecture combinée de deux textes précédents, montre une assimilation du profil « administrateur » de la SA à celui du président et du dirigeant de la

---

<sup>443</sup> Art. L. 227-1, al.3 C. com.

SAS. Or, cette assimilation ne peut être admise dans tous les cas. Cela dépend du « *rôle effectif reconnu par les statuts au conseil et à tel membre du conseil d'administration* »<sup>444</sup>. Si les statuts donnent au conseil d'administration de la SAS un rôle consultatif, le rôle d'administrateur ne peut pas cumuler avec celui de président ou de dirigeant de la SAS. Par conséquent, l'article L. 227-12 et l'article L. 225-43 du Code de commerce semblent injustifiés et incohérent.

## 2. Un manque de rationalité confirmé dans la pratique

**251. L'insuffisance de la définition du conseil d'administration de la SA.-** Dans la SA, la gestion et la direction sont réparties entre trois organes : le conseil d'administration qui se définit comme l'organe qui administre cette société<sup>445</sup>, le président du conseil d'administration et le directeur général. Les fonctions de président et de directeur général peuvent être séparées ou confiées à la même personne. En revanche, dans la SAS, les associés choisissent les modalités de direction qui leur conviennent en déterminant les organes de direction. Si la SAS opte pour un conseil d'administration, se pose la question de la détermination des compétences de ce conseil. À l'exception des compétences réservées légalement à la collectivité des associés<sup>446</sup>, il peut, dans la SAS, réunir toutes les attributions, tant décisionnelles que consultatives. Quant aux attributions décisionnelles, les statuts peuvent confier à ce conseil le pouvoir de prendre les décisions qui ne sont pas réservées à la collectivité des associés. Pour ce qui est des décisions collectives, les statuts peuvent prévoir des conditions très efficaces, comme celle de l'exigence de l'ordre du jour prédéterminé par le conseil, avec un avis préalable positif, ou l'approbation postérieure de la décision collective par le conseil. Aucun texte ne l'interdit.

**252. Des renvois inutiles.-** En ce qui concerne le mode de la désignation du premier dirigeant de la société, l'article L. 225-16 du Code de commerce applicable à titre principal à la SA et par renvoi à la SAS, impose que le premier dirigeant de la société soit désigné par référence aux statuts, contrairement au régime légal de la SARL et des sociétés civiles dans

---

<sup>444</sup> P. LE CANNU, « Conseil d'administration d'une SAS : quelques données de base », *RTD Com.*, 2014, p. 473.

<sup>445</sup> Le Conseil d'administration « *composé des administrateurs, chargé de contrôler la gestion de la direction, de fixer les orientations stratégiques de la société et de veiller à la bonne marche de celle-ci* » (A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, B. MERCADAL, *Mémento Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2019, n° 39000).

<sup>446</sup> Art. L. 227-9, al. 2 C. com.

lesquelles le premier dirigeant peut être désigné par les statuts ou par un acte séparé ou une décision ultérieure des associés. L'article L. 225-16 du Code de commerce semble incompatible avec la liberté contractuelle donnée aux associés par l'article L. 227-5 du Code de commerce. En vertu de cet article, les modalités de désignation du président ou du /des dirigeant(s) font partie des clauses statutaires, ce qui, a priori, inclut également la désignation du premier dirigeant. Même s'il n'est pas incompatible avec l'article L. 227-5 du Code de commerce, l'application de l'article L. 225-16 du même Code peut compliquer le fonctionnement de la société dans la mesure où la révocation du dirigeant désigné par les statuts nécessite un accord unanime des associés pour modifier les statuts. Si cela paraît facile à établir dans les sociétés au nombre modeste d'associés, cela s'avère difficile, voire parfois impossible, dans les grandes SAS.

253. Ainsi, il semble évident que l'article L. 225-16 du Code de commerce est incompatible avec le statut de la SAS. Il est donc permis de s'interroger sur l'utilité d'inclure cet article dans la liste des textes susceptibles de s'appliquer à cette société. L'objectif de ce renvoi est-il d'assurer plus de sécurité juridique dans la mesure où la désignation statutaire du premier dirigeant sera publié avec les statuts ? Cette hypothèse semble peu probable pour deux raisons. En premier lieu, le rôle du dirigeant (directeur général) se limite à l'ordre interne, ce qui signifie que les tiers ne sont pas concernés par les actes qu'il conclut, sauf dans le cas où le dirigeant est le président de la SAS. En second lieu, d'après l'article R. 123-161 du Code de commerce, le législateur exige dans tous les cas la publication de l'acte de nomination ou de révocation du dirigeant (le premier ou non) au registre de commerce et des sociétés (RCS), ainsi que l'inscription de cet acte au BODACC. Cette exigence de publication rend l'article L.225-16 du Code de commerce sans intérêt pour la SAS. C'est pourquoi, il semble préférable d'inclure l'article L. 225-16 du Code de commerce dans la liste des articles ne s'appliquant pas à la SAS prévue à l'article L. 227-1, alinéa 3 du même Code.

254. En définitive, la question des attributions du conseil d'administration démontre qu'une première incohérence du rattachement de la SAS aux règles de SA se trouve dans la liste des dispositions figurant à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce dont l'application à la SAS est par principe exclue. Cette incohérence est d'ailleurs confirmée par les spécificités propres à chaque forme sociétaire. Le manque de cohérence s'étend, au-delà, au régime de responsabilité pénale également emprunté à la SA.

## B. Le régime irrationnel de responsabilité pénale emprunté à la SA

255. Le régime de la responsabilité pénale de la SAS est régi par quatre articles, ceux de L. 244-1 à L. 244-4 du Code de commerce. Ce régime qui paraît bref emprunte ses règles aux autres régimes de la responsabilité. L'article L. 244-1 du Code de commerce contient énormément de renvois aux textes régissant la responsabilité pénale de la SA qui sont à leur tour associés à des renvois aux textes localisés dans le Code de commerce ou ailleurs (1). La variété des textes auxquels le régime de la responsabilité pénale fait référence ainsi que leur localisation en dehors du régime propre à la SAS posent la question de savoir si l'ensemble des règles régissant le régime de la responsabilité pénale est cohérent. De fait, au regard de la particularité de la structure de la SAS par rapport à celle de la SA, on peut s'interroger sur la pertinence d'emprunter aux règles relatives aux infractions pénales appliquées à la SA pour les appliquer à la SAS (2).

### 1. La variété des textes régissant la responsabilité pénale

256. En matière de responsabilité pénale, les infractions applicables dans les SAS découlent de plusieurs sources : des règles exclusivement applicables à la SAS ; le renvoi aux règles concernant les infractions des SA ; les règles applicables aux infractions relatives aux valeurs mobilières commises par les SA et celle des infractions communes aux diverses formes de sociétés par actions.

257. Tout d'abord, le législateur a consacré le chapitre IV du titre IV du deuxième livre du Code de commerce aux infractions concernant la SAS. Quatre articles sont dédiés à la SAS : deux articles procèdent à des renvois et deux spécifiques à la SAS. Parmi ces derniers s'agit tout d'abord de l'article L. 244-2 du Code de commerce qui vise l'infraction commise par le président et le dirigeant de la société lorsqu'ils violent l'obligation de consulter les associés de la société selon les modalités prévues par les statuts. Cela concerne les situations dans lesquelles une décision doit être prise par la collectivité des associés : d'une part en cas « *d'augmentation, d'amortissement ou réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme* »<sup>447</sup>, d'autre part pour la dénomination d'un commissaire aux comptes, l'approbation des comptes annuels et la

---

<sup>447</sup> Art. L. 227-9 C. com.

répartition de bénéfices. Cette infraction est sanctionnée de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amande.

258. Il s'agit ensuite de l'article L. 244-3 du même Code qui vise la violation de l'interdiction de faire une offre au public de titres financiers ou de faire admettre des actions aux négociations sur un marché réglementé. Cette interdiction a été prévue par l'article L. 227-2 du Code de commerce. Le dirigeant d'une SAS qui viole cette interdiction est sanctionnée d'une amende de 18 000 €. Selon la lettre de l'article L. 244-3 susmentionné et par comparaison avec l'article L. 244-2 du Code de commerce, on constate que la sanction prévue est limitée au dirigeant de la société et ne s'étend pas au président. De surcroît, par comparaison avec l'article 1841 du Code civil qui prévoit que la violation de l'interdiction de faire une offre des titres financiers n'est sanctionnée que civilement pour toutes les sociétés<sup>448</sup>, la violation de cette interdiction dans la SAS engage la responsabilité pénale du dirigeant de la société ainsi que sa responsabilité civile prévue par le droit commun.

259. Ensuite, à côté des articles L. 244-2 et L. 244-3 du Code de commerce dédiés particulièrement à la SAS, le législateur a procédé, au sein de l'article L. 244-1 du Code de commerce, à un renvoi, aux articles L. 242-1 à L. 242-6, L. 242-6, L. 242-8, L. 242-17 à L. 242-24 régissant les infractions concernant les SA. Sont applicables à la SAS les infractions concernant la constitution de la société, ce qui inclut l'émission illicite d'actions et de coupures d'actions d'une société irrégulièrement constituée<sup>449</sup>, la majoration des apports en nature<sup>450</sup>, la négociation des actions du numéraire avant de verser la moitié de son prix<sup>451</sup> et l'acceptation des fonctions incompatibles et interdites de commissaires aux comptes<sup>452</sup>. Par ailleurs, en vertu du renvoi prévu par l'article L. 242-1 du Code de commerce, les infractions relatives à la direction et à l'administration sont appliquées aux sociétés par actions

---

<sup>448</sup> La suppression de la sanction pénale de la violation de l'interdiction de faire une offre au public des titres financiers (appel public à l'épargne) prévue par l'article 1841 du Code civil, résulte de la loi du 2 août 1989. Voir J.-F. BARBIERI, « Droit pénal de la SAS », in *La société par actions simplifiée*, op. cit., 1994, §248, p. 124.

<sup>449</sup> La recherche de l'irrégularité est indiquée au sein de l'article L. 242-1 du Code de commerce. C'est lorsque l'émission ou la coupure d'actions ont été libérées sans que les actions de numéraire aient été libérées à la souscription de la moitié ou moins, ou sans que les actions d'apports aient été intégralement libérées avant l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés.

<sup>450</sup> Art. L. 242-2 C. com.

<sup>451</sup> Art. L. 242-3 C. com.

<sup>452</sup> Art. L. 242-5 C. com.

simplifiées<sup>453</sup>. La répartition des dividendes fictifs, la publication des comptes annuels non fidèle, l'abus de bien sociaux, l'abus de pouvoir de voix et le défaut d'inventaire de comptes annuels et de rapport de gestion, sont les délits transposés légalement au régime de la SAS.

Il en résulte que la localisation variée des textes régissant les infractions pénales peut rendre difficile d'admettre un emprunt à ces textes pour les appliquer à la SAS.

## 2. Les effets de la variété des textes sur l'emprunt des infractions

260. L'emprunt des règles régissant les infractions pénales des sociétés anonymes appelle plusieurs observations.

261. **En premier lieu**, le renvoi n'a pas été prévu par l'une des dispositions du chapitre II du deuxième titre du Code de commerce consacré aux sociétés anonymes, mais par une dispositions du chapitre IV du quatrième titre du deuxième livre du même Code consacré aux infractions concernant les sociétés par actions simplifiées. La localisation du renvoi en dehors de l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce pose la question de savoir si la compatibilité entre les articles visant les infractions concernant la SA et le statut particulier de la SAS est toujours exigée. Si cette localisation avait pour effet de supprimer l'exigence de compatibilité prévue par l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, cela conduirait à considérer que la transposition des dispositions de la SA à la SAS est générale et sans condition de compatibilité.

262. Cependant, une autre interprétation est possible qui considère que la compatibilité entre les articles visant les infractions concernant la SA et le statut particulier de la SAS a été assurée implicitement par le législateur au sein de l'article L. 244-1 du Code de commerce qui prévoit que les infractions relatives aux assemblées d'actionnaires ne s'appliquent pas à la SAS<sup>454</sup>. Cette exclusion est justifiée par le fait que l'assemblée d'actionnaires n'est pas

---

<sup>453</sup> La lecture de l'article L. 242-1 du Code de commerce montre que le législateur a écarté de l'application à la SAS, l'article L. 242-7 du Code de commerce qui sanctionne pénalement le fait de non-consultation les délibérations du conseil d'administration par des procès-verbaux formant un registre spécial tenu au siège de la société. Cette infraction a été dépénalisée par l'abrogation de l'article L.242-7 par l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant sur une simplification du droit et des formalités pour les entreprises. Par conséquent, le président des organes de la direction et d'administration en cas lorsqu'il commet le fait susmentionné n'engage que sa responsabilité civile régie par l'article L. 235-14 et L. 238-3 du Code de commerce.

<sup>454</sup> Art. L. 242-9 à L. 242-16 du C. com. En réalité, seulement deux infractions visées par les articles L. 242-9 et L. 242-10 sont écartées de l'application à la SAS car les infractions prévues par les autres articles sont dépénalisées. C'est pourquoi le législateur a abrogé les textes qui leur correspondent.

obligatoire dans la SAS, contrairement à la SA. Ainsi, « *il n'est pas possible de maintenir les sanctions correspondant à des institutions inexistantes* »<sup>455</sup>. En définitive, cette observation amène à considérer que les autres infractions s'appliquant dans les sociétés anonymes sont naturellement compatibles avec le régime juridique de la SAS. Pourtant, une telle conclusion semble difficile à accepter pour deux raisons.

263. La première est liée la liberté statutaire caractéristique de la SAS, en vertu de laquelle les associés peuvent prévoir une assemblée des actionnaires (associés) dans les statuts. Dans l'hypothèse où l'une des infractions visées par les articles ne s'appliquant pas à la SAS est commise, la question se pose de savoir quelle disposition appliquer. La réponse à cette question semble compliquée en raison de la complexité issue du mécanisme du renvoi. Si l'on admet que les articles L. 242-9 à L. 242-16 du Code de commerce ne s'appliquent pas à la SAS malgré l'établissement d'une assemblée des associés en vertu des statuts, cela signifie que les infractions commises par le président ou le dirigeant au sein de cette assemblée ne seront pas sanctionnées pénalement, ce qui n'est pas logique. La seule solution qui peut être envisagée en la matière est de recourir au droit commun qui vise indirectement le droit à l'information ou le droit de vote pour engager la responsabilité pénale du président et du dirigeant de la SAS. Dans cette optique, le dirigeant qui empêche un associé de participer à une assemblée des associés ne sera pas puni, selon l'article L. 242-9 du Code de commerce, d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9000 €, mais il sera responsable civilement.

La situation est différente lorsqu'il s'agit de décisions collectives. Le dirigeant et le président seront alors responsables pénalement en cas de non consultation des associés dans les conditions prévues par les statuts en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme (art. L. 244-2 C. com.)<sup>456</sup>. Certes, la non application des articles qui sanctionnent pénalement le manquement à l'obligation d'informer les associés et de participer au vote pourrait rendre les associés de la SAS moins protégés pénalement que les actionnaires des

---

<sup>455</sup> A. LE GOFF, *Les risques de la société par actions simplifiée*, Thèse, Univ. Rennes1, 2004, § 553, p. 296.

<sup>456</sup> L'ajout de cette sanction par la loi sur les nouvelles régulations économiques (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001) s'inscrit dans la volonté du législateur d'assimiler la SAS à la SA. Les travaux parlementaires ont justifié cette sanction par comparaison avec l'article L.242-10 du Code de commerce applicable à la SA et écarté de l'application à la SAS. (Avis n° 2309 du 30 mars 2000 rendu par le député M. André Vallini au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur le projet de la loi des nouvelles régulations économiques, art 69).

SA<sup>457</sup>. Cependant, cette exclusion suit la logique de sociétés par actions simplifiées qui s'appuie sur l'autonomie de la volonté des associés pour choisir l'organisation qui leur convient. Ce point démontre clairement la différence naturelle entre la SAS et la SA, et l'inopportunité du rattachement de leurs régimes légaux.

264. La seconde raison qui justifie de rejeter la conclusion selon laquelle les autres infractions au sein des sociétés anonymes sont naturellement compatibles avec le régime juridique de la SAS, découle de la difficulté pratique d'appliquer à la SAS les règles de la SA. L'article L. 242-2 du Code de commerce appliqué par renvoi à la SAS constitue à cet égard une illustration éloquent. Conformément à cet article la surévaluation frauduleuse des apports en nature commise par « toute personne » est punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9000€. Or, l'article L. 244-1 du même Code applicable directement à la SAS vise seulement le président et les dirigeants de celle-ci. Il prévoit que « les peines prévues pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants des sociétés par actions simplifiées ». On observe à ce stade qu'un texte, ayant une application limitée, peut faire référence à un texte général, ce qui semble étonnant<sup>458</sup> et source de confusion.

265. **En second lieu**, une autre observation peut être formulée à propos de la responsabilité pénale de la personne morale dirigeante ou présidente d'une SAS.

De manière générale, l'article 121-2 du Code pénal pose le principe de la responsabilité pénale des personnes morales<sup>459</sup> selon lequel, pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, il faut remplir deux conditions. Tout d'abord, l'infraction doit être commise par un organe ou un représentant de la personne morale en cause, ce sur quoi la

---

<sup>457</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERIN, « Sociétés par actions simplifiées - L'organisation des pouvoirs », *J.-Cl. Sociétés*, 5 Juill. 2015, Fasc.155-2, § 74, p. 33. [Mise à jour : 22/11/2017]

<sup>458</sup> L. SAENKO, « SAS et droit pénal des sociétés », *Jour. Sociétés*, Avr. 2009, n° 64, p. 42.

<sup>459</sup> Selon l'article 121-2 du Code pénal « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

jurisprudence a insisté à plusieurs reprises<sup>460</sup>. Ensuite l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale<sup>461</sup>.

266. Par ailleurs, on constate que les dispositions constituant le cadre juridique propre de la SAS ainsi que les articles L. 244-1 à L. 244-4 du Code de commerce ne font aucune distinction entre le dirigeant personne physique et le dirigeant personne morale. Ils ne prévoient donc pas de conditions particulières pour engager la responsabilité pénale d'une personne morale présidente ou dirigeante de SAS<sup>462</sup>. En l'absence d'une telle distinction, la personne morale pourrait voir sa responsabilité engagée pour les infractions commises par ses représentants selon les articles 121-2 du Code pénal des infractions prévues par l'article L. 244-1 et suivants du Code de commerce, et par les autres articles auxquels renvoie l'article L. 244-1 du même Code.

267. Néanmoins, l'article L. 227-7 du Code de commerce prévoit un cas particulier *« lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une SAS, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent »*. Par comparaison avec l'article 121-2 du Code pénal, l'article L. 227-7 du Code de commerce paraît plus précis dans la mesure où celui-ci précise deux choses : d'une part, les organes ou les représentants auxquels imputent l'infraction en les assimilant aux dirigeants personnes physiques ; d'autre part, la responsabilité solidaire de ces dirigeants et de la personne morale elle-même. La combinaison de ces textes montre une redoutable complexité pour la raison suivante : selon l'alinéa 3 de l'article 121-2 du Code pénal, *« la responsabilité pénale des*

---

<sup>460</sup> On cite à cet égard les arrêts suivants : Cass. crim. 11 oct. 2011, n° 10-87.212 : Juris data n° 2011-021620, *JCP* 2011, n° 1385, note J.-H. Robert, *Rev. société* 2012, note H. Matspoulou, *Dr. Pénal* 2011, comm. 149, note M. Vérou. Cass. crim. 11 avril 2012, n° 10-86974, *JCP* 2012, II, 740, note J.-H. Robert.

<sup>461</sup> La Cour de cassation a affirmé la nécessité que l'infraction soit commise pour le compte de la personne morale par plusieurs arrêts, dont celui du 19 juin 2013. La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel ayant condamné la Caisse des dépôts pour escroqueries au jugement, sans rechercher si l'agissement est fait pour le compte de la personne morale, par un organe ou un représentant. (Cass. crim. 19 juin 2013, n° 12-82.827, *Rev. sociétés*, 2014, p. 55, note B. Bouloc) ; Cass. crim., 2 juin, 2015, n° 14-82.171.

<sup>462</sup> Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, les articles L.244-1 et suivants du Code de commerce ne s'appliquaient pas aux personnes morales dirigeantes de la SAS. Or, le principe de la généralisation du droit pénal a inclus la personne morale dans le champ d'application des articles régissant la responsabilité pénale du président et dirigeant en tant qu'une personne physique. Voir J. PAILLUSSEAU, « Sociétés par actions simplifiées : La non – responsabilité pénale des dirigeants personnes morales », *D.*, 2001, p. 221 ; Voir également : H. MATSOPOULOU, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi 24 juillet 1966*, ouv., coll., Dalloz, 2018, p. 311.

*personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3* », alors que l'article L. 227-7 du Code de commerce dispose « *sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent* ». La lecture d'ensemble des articles précédents donne l'impression que chacun a un point de départ qui se distingue de l'autre. L'article 121-2 du Code pénal commence par l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale en avançant, par la suite, que cette responsabilité pourrait être accompagnée par la responsabilité de la personne physique, tandis que l'article L. 227-7 du Code de commerce commence par la responsabilité de la personne physique pour envisager ensuite celle de la personne morale dirigeante et affirmer le caractère solidaire de la responsabilité des deux personnes (physique et morale). Cela permettrait-il de comprendre que la société est responsable de toute infraction commise par son dirigeant ou son président ?

268. Sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal, la réponse est négative dans la mesure où cet article utilise un terme précis « *les infractions commises...* ». En revanche, la réponse n'est pas si évidente si on se fonde sur l'article L. 227-7 du Code de commerce. En effet, cet article ignore la responsabilité pénale de la personne morale et prend uniquement en considération la responsabilité de la personne physique. Ainsi, cette disposition n'exige pas que l'agissement du dirigeant soit fait pour le compte de la personne morale car elle cherche à engager la responsabilité directe de son dirigeant. Cela signifie que le législateur demande l'application à la fois des règles régissant la responsabilité pénale de la SAS et celle de la SA. La formulation de l'article L. 227-7 du Code de commerce, surtout son dernier alinéa qui dispose « *sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils [les dirigeants] dirigent* », n'est donc pas suffisamment claire.

Ainsi, l'application à la SAS des règles régissant la SA apparaît inopportune, aussi est-elle source d'incertitude.

## **§2. L'incohérence au regard de l'exigence de flexibilité de la SAS : l'exemple de la règle de l'unanimité**

269. L'adaptation d'une norme à la pratique est un processus dynamique qui permet d'assurer l'adéquation entre le cadre juridique et le milieu des affaires<sup>463</sup>. La règle de l'unanimité apparaît plusieurs fois dans le droit des SAS, tantôt en tant que règle impérative, tantôt en tant que règle supplétive. Elle est impérative lorsque la décision porte sur la transformation de la société<sup>464</sup> et sur l'adoption et la modification des clauses statutaires<sup>465</sup>. Certains auteurs<sup>466</sup> ajoutent à ces hypothèses l'article 1836, alinéa 2 du Code civil qui impose le consentement de l'associé concerné en cas d'augmentation des engagements<sup>467</sup>. La règle du vote à l'unanimité est en revanche supplétive lorsque les décisions portent sur la nomination d'un liquidateur<sup>468</sup> et/ou sur les opérations nécessaires au cours de la liquidation, notamment celles qui concernent le mandat des contrôleurs et des commissaires aux comptes, ainsi que l'adoption des comptes annuels<sup>469</sup>.

270. Au-delà de la liberté statutaire, la SAS répond à un objectif de flexibilité. Le régime de la SAS a en effet été conçu pour que cette forme sociétaire puisse s'adapter à l'évolution du monde des affaires et des besoins des entreprises. Cette recherche de flexibilité devrait ainsi se retrouver dans le mode de fonctionnement de la SAS, notamment dans les règles de vote. Il est effectivement nécessaire que la capacité des associés à adopter des décisions visant à faire évoluer la société ne soit pas bridée par des règles de vote trop rigides. La règle de l'unanimité ne nous paraît, de ce point de vue, pas adaptée. Pourtant, c'est bien cette règle qui s'applique à la SAS. Elle apparaît plusieurs fois dans le droit des SAS, tantôt en tant que règle impérative, tantôt en tant que règle supplétive. Elle est impérative lorsque la décision porte sur la transformation de la société<sup>470</sup> et sur l'adoption et la modification des clauses

---

<sup>463</sup> R.- N. CATANA, « Rapport romain- Le modernisation du droit romain des sociétés dans le paysage de la concurrence réglementaire en Europe », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, ouv. col., Bruylant, p. 293 et s.

<sup>464</sup> Art. L. 227-3 C. com

<sup>465</sup> Art. L. 227-19 C. com.

<sup>466</sup> P. LE CANNU, « De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité », *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557.

<sup>467</sup> Voir *infra* n° 546s.

<sup>468</sup> Art. L. 237-18, II, 6°, C. com

<sup>469</sup> Art. L. 237-27, I, 3°, C. com

<sup>470</sup> Art. L. 227-3 C. com

statutaires<sup>471</sup>. Certains auteurs<sup>472</sup> ajoutent à ces hypothèses l'article 1836, alinéa 2 du Code civil qui impose le consentement de l'associé concerné en cas d'augmentation des engagements<sup>473</sup>. La règle du vote à l'unanimité est en revanche supplétive lorsque les décisions portent sur la nomination d'un liquidateur<sup>474</sup> et/ou sur les opérations nécessaires au cours de la liquidation, notamment celles qui concernent le mandat des contrôleurs et des commissaires aux comptes, ainsi que l'adoption des comptes annuels<sup>475</sup>.

271. En définitive, compte tenu du statut particulier de la SAS, et plus spécifiquement de sa nature flexible, le choix du législateur de privilégier la règle de vote à l'unanimité apparaît peu cohérent. D'ailleurs, il est intéressant de constater que cette règle ne résulte pas d'un emprunt au régime de la SA qui se caractérise, quant à lui, par le vote à la majorité qualifiée. Ainsi, dans la plupart des cas relevés jusqu'ici, les insuffisances qui affectent le régime de la SAS résultent de son rattachement à la SA, mais dans le cas précis des règles de vote, le régime de la SAS aurait bien fait d'emprunter à la SA. Cela se vérifie particulièrement dans deux hypothèses : lors de la transformation de la SAS (A), et lorsqu'il s'agit d'introduire, de modifier, ou de supprimer des clauses statutaires (B).

#### A. L'unanimité lors de la transformation de la société

272. Deux cas de transformation de la SAS peuvent être envisagés : d'une part la transformation des autres formes sociétaires en SAS (1), et d'autre part la transformation d'une SAS en une autre forme sociétaire (2).

##### 1. La transformation en SAS

273. Lorsque une société souhaite se transformer en SAS, le législateur, conformément à l'article L. 227-3 du Code de commerce, exige que la décision soit prise à l'unanimité des associés. Cette unanimité concerne non seulement des actionnaires présents ou représentés<sup>476</sup>,

---

<sup>471</sup> Art. L. 227-19 C. com.

<sup>472</sup> P. LE CANNU, « De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité », *BJS*, 01 mai 2005, n° 5, p. 557.

<sup>473</sup> Voir *infra* n° 546.

<sup>474</sup> Art. L. 237-18, II, 6°, C. com.

<sup>475</sup> Art. L. 237-27, I, 3°, C. com.

<sup>476</sup> Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial- Sociétés commerciales*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018-2019, §668, p. 772.

mais la totalité des actionnaires. L'utilité de l'exigence de l'unanimité n'est pas évidente à cet égard, et l'on peut se demander pourquoi le législateur n'a pas laissé cette question dans les dispositions propres à chaque forme sociale.

274. L'exigence de l'unanimité ne paraît pas opportune pour deux raisons : la première est juridique et l'autre est pragmatique. D'un point de vue juridique, le législateur n'a pas estimé utile d'imposer la règle de l'unanimité lorsqu'il a élaboré puis révisé le régime juridique de la société anonyme. Il a limité l'opération de transformation de la SA aux deux conditions déjà mentionnées qui sont inscrites à l'article L. 225-243 du Code de commerce, à savoir une durée minimale d'existence et l'approbation du bilan. Cela démontre que l'application de la règle de l'unanimité lors de la transformation d'une SA en SAS est douteuse. D'un point de vue pragmatique, obtenir l'unanimité de l'ensemble des actionnaires est souvent difficile, voire impossible, notamment dans les SA de grande taille ou cotées en bourse. Cette exigence ne paraît en conséquence pas adaptée à la réalité du monde des affaires.

275. Un autre exemple peut confirmer le caractère inadapté de la règle de l'unanimité. Il s'agit de la transformation d'une SARL en SAS. La lettre de l'article L. 223-30 du Code de commerce précise clairement que seul la décision de changer la nationalité d'une SARL doit être prise à l'unanimité. Pour les autres décisions modifiant les statuts, elles « *sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite* »<sup>477</sup>. La lecture combinée des articles L. 227-3 et L. 223-30 du Code de commerce, démontre l'incohérence de ces normes. L'exigence d'unanimité s'inscrit dans la logique que les associés de la SARL ne doivent pas voir leurs engagements augmenter sans leur consentement. Or, la transformation en SAS n'impose pas nécessairement d'augmentation des engagements. C'est parfois même le contraire. La transformation en SAS ne doit pas être assimilée au cas d'une transformation d'une SARL en SA<sup>478</sup>. Cet exemple démontre également l'inutilité de garder l'exigence de l'unanimité en présence d'un dispositif qui satisfait les besoins pratiques de la SARL.

L'exigence de l'unanimité en cas de transformation d'une société en SAS pourrait également s'étendre à une autre opération comme la fusion.

---

<sup>477</sup> Art. L. 223-30 C.com.

<sup>478</sup> Ph. MERLE et A. FAUCHON, *Droit commercial- Sociétés commerciales, op. cit.*, §257, p. 261.

276. **Une solution pragmatique du juge du fond.**- L'application de l'article L. 227-3 du Code de commerce soulève une interrogation concernant la qualification juridique de l'opération du fusion-absorption. Cette qualification permet de déterminer l'exigence ou non d'un vote à l'unanimité des actionnaires.

La cour d'appel de Versailles a rejeté l'application de l'article L. 227-3 du Code de commerce au motif que l'absorption de la SA par une SAS n'a pas pour conséquence de créer une nouvelle personne morale<sup>479</sup>. Elle ajoute « *que la simple constatation qu'une telle opération revient à faire passer les actionnaires d'une SA classique à une SAS sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicables les dispositions de l'article L. 227-3 qui ne vise que la transformation* »<sup>480</sup>. La cour d'appel motive sa décision en rappelant que la fusion n'implique pas une transformation de la société absorbée, « *dès lors qu'une fusion entraîne une augmentation des engagements des actionnaires de la société absorbée* »<sup>481</sup>. Il en résulte, selon le juge, que l'article L. 227-3 du Code de commerce, qui n'est pas applicable à l'absorption d'une SA par une SAS, ne pouvait être regardé comme une exception au principe général selon lequel nul ne pourrait devenir associé d'une SAS sans y avoir consenti<sup>482</sup>. Toutefois, par application combinée des articles L. 236-2 et L. 236-5 du Code de commerce, en cas d'augmentation des engagements des associés de l'une des sociétés concernées par la fusion, la décision ne saurait intervenir qu'à l'unanimité de ces associés.

277. **Une solution critiquée.**- La solution réaliste et pragmatique<sup>483</sup> du juge du fond a été critiquée par la doctrine. Pour certains auteurs, le fondement reposant sur le droit des contrats conformément à l'article L. 235-1 du Code de commerce, ne doit pas recevoir une application trop générale<sup>484</sup>. Pour d'autres auteurs, la transformation d'une SA en SAS n'entraîne pas une

---

<sup>479</sup> Selon le Professeur Paul LE CANNU « *la continuité de la personne morale, la protection des tiers de bonne foi et l'effet de la publicité au registre du commerce et des sociétés se conjuguent pour réduire la portée d'une nullité qui ne devrait affecter que les actes qui n'auraient pu être accomplis sans la transformation, quel que soit l'organe qui les a accomplis* » (P. LE CANNU, « De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité », *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557).

<sup>480</sup> CA Versailles (12<sup>e</sup> ch. 2<sup>e</sup> sect.), 27 janv. 2005, n° 03/04697, note I. Urbain - Parleani, *Rev. sociétés*, 2005, p. 699 ; *D.*, 2005, p. 716, obs. A. Lienhard ; *RTD com.*, 2005, p. 361, obs. P. Le Cannu.

<sup>481</sup> *Ibid.*

<sup>482</sup> CA Versailles, 24 fév. 2005, *JCPE*, 2005, n° 6, p. 1046, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

<sup>483</sup> E. GUEGAN, *Essai de réforme des nullités des décisions collectives*, Thèse, Univ. Rennes I, 2016, § 114, p. 108.

<sup>484</sup> J.-P. LEGROS, « La nullité des décisions de sociétés », *Rev. sociétés*, 1991, p. 275.

augmentation des engagements des actionnaires<sup>485</sup>. Cela fait songer aux difficultés qui apparaissent chaque fois que l'article 1836 du Code civil sera appliqué au sein de la SAS. Le problème de trouver une définition adéquate et compatible avec le régime propre de cette société sera rencontré.

278. **Une position extensive de la Cour de cassation.**- Par l'arrêt *Cofradim*, sous le visa de l'article L. 227-3 du Code de commerce, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Versailles, en étendant la règle d'unanimité à la fusion-absorption d'une SAS<sup>486</sup>.

Alors que le législateur français a exigé le respect de la règle de l'unanimité pour la transformation des sociétés en SAS, en inscrivant cette exigence au sein des dispositions propres au régime juridique de la SAS, il est en revanche resté silencieux concernant le changement d'une SAS en une autre forme sociale.

## 2. Le changement de forme juridique de la SAS

279. Plusieurs causes peuvent motiver les associés d'une SAS à changer la forme juridique de leur société. La transformation peut, tout d'abord, intervenir lorsque les associés d'une SAS désirent faire appel aux marchés.

En effet, dans la mesure où les actions de la SAS ne peuvent être admises aux marchés réglementés<sup>487</sup>, la transformation en SA est nécessaire. Le délaissement de la forme de la SAS peut d'ailleurs être planifié dès la constitution de la société, lorsque les associés souhaitent bénéficier, pendant les premières années, de la souplesse de la SAS, tout en prévoyant et même en organisant sa transformation en SA en temps voulu<sup>488</sup>.

280. Par ailleurs, la transformation de la SAS peut être motivée par la volonté des associés d'être dispensés de l'obligation d'avoir recours à un commissaire aux comptes. À partir de

---

<sup>485</sup> M. GERMAIN et J.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op. cit., §242, p. 125.

<sup>486</sup> Cass. com., 19 déc 2006, pourvoi n° 17.802, *BJS*, 1<sup>er</sup> avr. 2007, n° 4, p. 506, pourvoi n° 17.802, note. A. Couret, *BJS*, 1<sup>er</sup> avril 2007, n° 4, p. 506 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 51, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 93, note P. Le Cannu ; *LPA*, 20 juill. 2007, p. 14, note M. Cauvin.

<sup>487</sup> Art. L. 227-2 C. com.

<sup>488</sup> M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op. cit., p. 448, §720.

certaines seuils en termes de chiffre d'affaires<sup>489</sup>, il pourra être intéressant de transformer la SAS en SARL. À cet égard, les règles juridiques régissant le fonctionnement de la SAS ne précisent pas de conditions requises pour changer la forme sociale de celle-ci. La détermination de ces conditions est laissée aux statuts. Les associés de la SAS devront cependant respecter tant les modalités de prise de décision qu'ils auront fixées dans les statuts<sup>490</sup>, que les exigences particulières qui existent pour l'entrée dans certaines formes de sociétés (nombre minimal d'associés ou actionnaires, capital minimal<sup>491</sup>, nature des activités permises...etc). L'opération de changement de la forme de la SAS demeure complexe.

281. En effet, selon l'article L. 227-9, alinéa 2 du Code de commerce, la décision de transformation s'intègre à la liste des décisions collectives qui doivent, dans les conditions prévues par les statuts, être prises par la collectivité des associés<sup>492</sup>. Deux questions qui peuvent se poser à cet égard. D'une part, l'exigence de la collectivité des associés se limite à l'adoption de la décision actant le changement de forme sociale ou pourrait-elle s'étendre aux autres décisions concernant la réalisation de cette opération ? D'autre part, la réunion de la collectivité des associés implique-t-elle un vote à l'unanimité ?

Concernant tout d'abord le champ de l'exigence de réunion de la collectivité des associés, il faut noter que dans une SAS, le changement de forme sociale nécessite l'approbation préalable de cette décision par les associés. La décision du changement de forme de la SAS « est assortie de la condition suspensive tenant à l'approbation des statuts de la nouvelle forme sociale ; et la transformation n'est définitive, dans les rapports des associés entre eux, qu'après la réalisation de ces opérations »<sup>493</sup>. La collectivité semble justifiée ici par la

---

<sup>489</sup> Le décret n°2209-134 du 25 février 2009, art 5 a créé un nouvel article R. 227-9-1, le commissaire aux comptes est obligatoire dès lors que la SAS franchira, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants : 1000000€ pour le total de son bilan, 2000000 € de chiffre d'affaires hors taxe, et un nombre moyen de 20 salariés permanents employés au cours de l'exercice. Ces seuils sont calculés d'après les critères définis par l'article R. 123-200 du Code de commerce. Par contre, les seuils pour la SARL sont 1550000 € de bilan, 3100000 € de chiffre d'affaires et 50 salariés (R. 221-5, art R. 223-27 et L. 223-35).

<sup>490</sup> L'article 262-10 al 2 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 ne prévoyait pas que ce genre de décision serait requis pour la transformation.

<sup>491</sup> Si une SAS souhaite changer sa forme sociale en SAS, elle doit disposer d'un capital social au moins de 37000 €.

<sup>492</sup> Art. L. 227-9, al. 2 C. com.

<sup>493</sup> H. LE NABASQUE, "Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS à propos de la suppression des clauses visées par l'article L. 227-19 du Code de commerce", in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, ouv. col., 2017, p. 202.

cohésion des associés d'une société créée « sur mesure » pour répondre aux attentes de ses associés.

Concernant ensuite la question de savoir si la réunion de la collectivité des associés implique un vote à l'unanimité, il faut rappeler que la détermination du sens de la collectivité est complexe et nécessite une lecture combinée des articles en question. À titre d'exemple, si une SAS souhaite changer sa forme en SARL, la « collectivité » peut être interprétée à la lumière de l'article L. 223-30 du même Code selon lequel les décisions modifiant les statuts, autres que celles ayant pour objet le changement de la nationalité de la société, « *sont décidées par les associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Toute clause exigeant une majorité plus élevée est réputée non écrite* »<sup>494</sup>. Ainsi, selon cette lecture, la collectivité peut être établie par la majorité de trois-quarts des associés de la SAS.

282. Néanmoins, un autre article peut être applicable par renvoi à la décision du changement de forme d'une SAS en SARL, à savoir l'article L. 225-245, alinéa 3 du Code de commerce. Selon cette disposition, une telle décision est adaptée « *dans les conditions prévues pour la modification des statuts des sociétés de cette forme [SA]* ». Ce texte trouve une confirmation à l'article L. 223-43 du Code de commerce qui indique que « *la transformation en SA est décidée à la majorité requise pour la modification des statuts* ». La règle de la majorité semble plus adaptée à cet égard que la règle de l'unanimité.

283. Toutefois, dans l'hypothèse d'un changement de forme d'une SAS en société à responsabilité illimitée (SNC, société civile), la collectivité a un sens différent. Si les statuts ne prévoient pas de clause contraire, un renvoi devrait être effectué à l'article L. 225-245, alinéa 1, du Code de commerce qui concerne par principe la SA. La prise de cette décision exige l'accord de tous les associés car une telle décision a pour effet d'augmenter les engagements des associés<sup>495</sup>.

284. En conclusion, que l'on soit dans l'hypothèse de la transformation d'une société en SAS ou dans celle de la transformation de la SAS en une autre forme sociétaire, la règle de vote à l'unanimité ne semble pas appropriée. Elle est peu cohérente avec l'exigence de flexibilité qui

---

<sup>494</sup> Art. L. 223-30 C. com.

<sup>495</sup> Art. 1836, al. 2 C. civ. Voir M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *La société par actions simplifiée- Études-Formules*, op. cit., §727, p. 451.

caractérise la SAS. Il en va de même lorsque l'unanimité s'impose pour l'adoption ou la modification des clauses statutaires.

B. L'extension de la règle de l'unanimité lors de l'adoption, de la modification, ou de la suppression de clauses statutaires

285. Selon l'article L. 227-19 du Code de commerce, « les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ». Cette disposition impose ainsi la règle de l'unanimité pour adopter ou modifier les clauses d'inaliénabilité (art. L. 227-13 C. com.) et de cession de contrôle (art. L. 227-17 C. com.). Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Sapin en 2016, l'adoption et la modification d'une clause d'agrément étaient également soumises à la règle de l'unanimité<sup>496</sup>. En exigeant l'unanimité pour l'adoption ou la modification de ces clauses, le législateur dérogeait au libéralisme qui caractérise la SAS<sup>497</sup>. De même, avant 2019, la clause de cession forcée des actions et la clause d'exclusion étaient concernées par la règle de l'unanimité. Or, la loi de simplification de 2019<sup>498</sup> a étendu le champ d'application de l'article L. 227-19 du Code de commerce aux clauses de cession forcée et d'exclusion.

286. Bien que l'article L. 227-19 du Code de commerce semble avoir un champ d'application limité aux seules clauses statutaires mentionnées, la jurisprudence comme la doctrine se sont interrogées sur la possibilité d'étendre la règle de l'unanimité, non seulement pour adopter ou modifier des clauses statutaires non listées au sein de cette disposition, mais également pour supprimer les clauses statutaires mentionnées. Alors que les juges du fond ont refusé d'étendre la règle de l'unanimité à l'adoption ou à la modification de la clause de préemption

---

<sup>496</sup> L'article 141 de la loi L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », a habilité le gouvernement d'autoriser « à prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois à compter de la promulgation de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi pour faciliter la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des entreprises et encourager le recours aux technologies numériques dans le fonctionnement des organes sociaux : [...] 4° En modifiant l'article L. 227-19 du même code pour supprimer la règle de l'accord unanime des associés de sociétés par actions simplifiées en cas d'adoption ou de modification d'une clause soumettant toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société. ». Par la suite, l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 en vertu de l'article 5 a modifié l'article L. 227-19 en ajoutant un deuxième alinéa qui dispose, en ce qui concerne la clause d'agrément, que « les clauses statutaires mentionnées à l'article L. 227-14 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts ». (Ord. n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, *JORF*, n° 0106, 5 mai 2017, texte n° 89).

<sup>497</sup> L. Godon, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 778, p. 585.

<sup>498</sup> Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, *JORF*, n° 0167, 20 juillet 2019, texte n° 1.

non mentionnée à l'article L. 227-19 du Code de commerce (1), il semble en revanche que cette règle puisse être étendue à la suppression des clauses statutaires listées au sein de cette disposition, mais dans un cas très limité (2).

1. L'absence d'extension aux clauses non visées par l'article L. 227-19: l'exemple de la clause de préemption

287. La clause de préemption se définit comme une clause qui confère à une personne particulière le droit d'acquies en priorité et dans certain délai les actions de la société.

Dans la mesure où la clause de préemption n'est pas incluse dans la liste des clauses statutaires visées à l'article L. 227-19 du Code de commerce, la question se pose de savoir s'il est possible d'exiger un vote à l'unanimité pour l'adoption ou la modification de cette clause. En effet, le législateur ne répond pas expressément à cette question. Pour autant, il accorde une grande importance au consentement des associés. Ces derniers peuvent prévoir dans les statuts des clauses estimées nécessaires pour le bon fonctionnement de la société. Le législateur a dédié des dispositions à certaines clauses, comme les clauses d'agrément, d'inaliénabilité, d'exclusion, de cession forcée et de changement du contrôle, en précisant que l'introduction et la modification de ces clauses doivent se faire par un vote à l'unanimité. D'ailleurs, l'examen des dispositions régissant la SAS conduit à considérer qu'une clause de préemption est la bienvenue dans la mesure où aucune interdiction légale n'est prévue. De surcroît, la liberté laissée aux associés pour adopter ou non les clauses d'agrément, d'inaliénabilité, d'exclusion, de cession forcée et de changement du contrôle conduit à admettre toute clause permettant d'assurer le bon fonctionnement de la SAS en maintenant la cohésion des associés, comme la clause de préemption<sup>499</sup>.

288. Toutefois, admettre l'insertion d'une clause de préemption dans les statuts de la SAS signifie-t-il que cette clause tombe dans le champ d'application de l'article L. 227-19 du Code de commerce qui exige un vote ? Cette question a été posée à la cour d'appel de Limoges<sup>500</sup>. Celle-ci a répondu en adoptant une lecture restrictive du texte susmentionné « *que le statut des associés dans la SAS est très largement dominé par la liberté contractuelle, que la validité des clauses statutaires de préemption est maintenant consacrée et qu'aucune*

---

<sup>499</sup> M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op.cit., §371, p.212.

<sup>500</sup> CA Limoges, 28 mars 2012, n° 10/00576.

*disposition légale ne soumet la clause de préemption à la règle de l'unanimité comme cela est expressément édicté par l'article L. 227-19 du Code de commerce pour certaines clauses restrictives de cession d'actions prévues par les articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du même code ». Ainsi, la cour d'appel ne trouve pas justifié d' « ajouter aux textes, à l'encontre des dispositions statutaires régulièrement adoptées, un vote à l'unanimité pour la suppression d'une clause instituant un droit de préemption au profit des associés, ce qui rend régulière la résolution de cette nature prise conformément aux règles statutaires par l'assemblée générale des associés le 20 novembre 2007 ». Nous souscrivons à la position de la cour d'appel.*

## 2. L'extension limitée à la suppression des clauses statutaires listées à l'article L. 227-19

289. L'article L. 227-19 du Code de commerce ne prévoit pas explicitement d'autre cas que l'adoption et la modification des clauses statutaires. L'exigence d'un vote à l'unanimité pour la suppression des clauses est au cœur du débat doctrinal dans la mesure où la jurisprudence n'a pas encore tranché cette question. L'analyse de cette question amène à distinguer deux hypothèses.

290. La première hypothèse concerne la suppression volontaire de la clause, c'est-à-dire celle qui résulte de la volonté collective des associés. La seconde hypothèse concerne la suppression impérative de la clause, c'est-à-dire celle qui constitue une démarche indispensable pour réaliser une opération juridique, comme la transformation d'une SAS en une autre forme juridique. Quelle que soit la nature de la suppression volontaire ou impérative, la question d'insérer la suppression dans le champ d'application de l'article L. 227-19 du Code de commerce reste pertinente. Pour déterminer si la suppression est concernée par la règle de l'unanimité plusieurs types d'analyse peuvent être suivis.

291. **Analyse téléologique.**- L'analyse téléologique constitue une des méthodes modernes de l'interprétation des textes législatifs. En vertu de celle-ci, l'interprétation d'un dispositif ne se borne pas à la lettre de celui-ci, mais aussi à rechercher la finalité d'une norme ou son objectif social, autrement dit, l'esprit de cette norme. La détermination de la finalité d'une norme, conduirait, selon cette approche, à trancher si l'hypothèse en cause entre ou non dans le champ d'application du dispositif étudié.

Afin de savoir si l'exigence d'unanimité s'étend au cas de la "suppression des clauses statutaires", la précision de l'objectif de cette extension est nécessaire. Selon certains auteurs dont le Professeur Laurent Godon, la finalité attendue de l'existence des clauses statutaires de contrôle de l'actionnariat est de s'assurer "*d'un équilibre fondamental du pacte social [...] il serait bien peu respectueux du consentement des parties que d'autoriser une majorité d'associés à remettre en cause des accords minutieusement négociés et ratifiés à l'unanimité*". Par conséquent, cet argument conduit à dire que la règle d'unanimité a vocation à s'appliquer à l'hypothèse de suppression des clauses visées par l'article L. 227-19 du Code de commerce<sup>501</sup>.

On pourrait se demander à cet égard deux choses. Qu'advient-il si la finalité d'une norme évolue avec le temps et les besoins de la société ? L'approche téléologique basée sur le but final d'une disposition, ne devrait-elle pas prendre en considération l'esprit général des normes dont la disposition en cause fait partie ?

292. **Analyse logique.**- L'analyse logique de l'extension éventuelle du champ d'application de l'article L. 227-19 du Code de commerce a été suivie par beaucoup d'auteurs soucieux de justifier leur opinion. Une méthode d'analyse s'appuyant sur les procédés logiques d'interprétation des dispositions a été proposée par le Professeur Hervé Le Nabasque<sup>502</sup>. On suivra ci-dessous cette méthode en apportant notre observation sur les points analysés. La doctrine basée sur le raisonnement par analogie « *a pari* » a assimilé le cas de la suppression de la clause statutaire au cas de l'adoption de celle-ci. Si la clause ne peut être adoptée qu'à l'unanimité, la suppression de celle-ci doit également recevoir l'accord unanime des associés<sup>503</sup>. La justification se trouve, d'une part, dans la règle du « parallélisme des formes »<sup>504</sup> et d'autre part, dans le droit des contrats. Les fondements susmentionnés ne semblent pas convaincants. D'un point de vue technique, le raisonnement par analogie devrait se fonder sur une analyse de la raison d'être de la règle de l'unanimité. Si cette raison d'être se vérifie au moment de l'adoption ou de la modification des clauses statutaires comme au

---

<sup>501</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 778, p. 586.

<sup>502</sup> H. LE NABASQUE, "Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS à propos de la suppression des clauses visées par l'article L. 227-19 du Code de commerce", in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, ouv. col., 2017, p. 193 et s.

<sup>503</sup> A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, B. MERCADAL, *Mémento Sociétés commerciales*, op. cit., n° 60681.

<sup>504</sup> Le parallélisme des formes se définit comme une « correspondance des formes entre l'acte qui crée un état de droit et celui qui le modifie ou y met fin ». (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V°. "Parallélisme").

moment de leur suppression, il faudra en déduire que la règle de l'unanimité doit s'appliquer lors de l'adoption ou de la modification comme lors de la suppression de ces clauses.

293. Cependant, la raison d'être de la règle de l'unanimité est, conformément au droit commun<sup>505</sup>, de protéger l'associé concerné qui voit ses engagements augmenter en raison des clauses d'inaliénabilité et de cession de contrôle. Au contraire, la suppression desdites clauses pourrait apporter une réduction des engagements de l'associé concerné<sup>506</sup>. De surcroît, la similitude entre la suppression des clauses statutaires visées et la révocation des contrats ne semble pas suffisamment justifiée. Selon la théorie du contrat, le contrat ne peut se former que par l'accord de tous les contractants. En dehors des cas prévus par la loi (la nullité, la résolution et la caducité), la révocation de ce contrat ne peut être réalisable que par l'accord unanime des contractants. La lettre de l'article 1193 du Code civil, régissant la formation et la révocation du contrat, prévoit expressément les deux cas, tandis que la lettre de l'article L. 227-19 du Code de commerce n'évoque que l'adoption et la modification des clauses, et non l'hypothèse de la suppression des clauses. C'est pourquoi, selon nous, il ne faut pas, dans l'interprétation de l'article L. 227-19 du Code de commerce affirmer ce que le législateur n'a pas dit.

294. Il convient d'indiquer que certains auteurs estiment que la règle de l'unanimité est applicable en cas de suppression des clauses statutaires car la modification des clauses visées implique, *a fortiori*, leur suppression<sup>507</sup>. Comme l'a indiqué le Professeur Paul Le Cannu : « la suppression n'est pas exactement une modification, mais l'argument *a fortiori* nous semble devoir jouer en l'occurrence »<sup>508</sup>. Cet argument peut être réfuté dans la mesure où les deux mots, suppression et modification, n'ont pas le même sens. La suppression des clauses signifie la disparition de celles-ci. La modification signifie que la clause demeure malgré le changement opéré<sup>509</sup>. Cela rend le raisonnement *a fortiori* inapproprié<sup>510</sup>. Or, dans

---

<sup>505</sup> Art. 1836, al. 2 du Code civil. *Adde.* Art. L. 225-96 du Code de commerce pour les sociétés anonymes.

<sup>506</sup> P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée*, Joly, 2000, § 518. Voir *infra* n° 535 et s.

<sup>507</sup> A. CHARVERIAT, A. COURET et B. ZABALA, B. MERCADAL, *Mémento, Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 60512.

<sup>508</sup> P. LE CANNU, « La société par actions simplifiée », *Répertoire des sociétés*, fév. 2000.

<sup>509</sup> *Le Littré, dictionnaire de la langue française en un volume*, Hachette, 2000, V° "Modification".

<sup>510</sup> H. LE NABASQUE, "Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS à propos de la suppression des clauses visées par l'article L. 227-19 du Code de commerce", *op. cit.*, 2017, p. 193 et s.

l'hypothèse où l'on peut concevoir qu'une modification ait des conséquences moindres qu'une suppression, s'il faut l'unanimité pour une modification, il faut *a fortiori* l'unanimité pour une suppression. En revanche, un argument relevé par la jurisprudence et justifiant l'exigence d'unanimité mérite d'être discuté.

295. Par un arrêt de la Cour de cassation, la chambre commerciale a annoncé que la suppression d'une clause adoptée à la majorité et visant l'exclusion d'un associé d'une SAS en cas d'exercice d'une activité concurrente « entraîne d'emblée [la] modification [des statuts] »<sup>511</sup>. La haute juridiction étend donc la règle de l'unanimité à la suppression de la clause dans la mesure où cette suppression conduit à une modification des statuts. Toutefois, les associés des SAS peuvent prévoir un vote à la majorité, et non à l'unanimité, pour modifier les statuts. Si le motif de la Cour ne semblait pas s'appliquer à toutes les SAS, aujourd'hui, le législateur n'exige plus la clause d'unanimité pour adopter et modifier la clause d'exclusion, et *a fortiori* pour la supprimer.

296. Par ailleurs, l'utilisation d'une technique d'interprétation, quelle qu'elle soit, ne doit pas ignorer la maxime : *exceptio est strictissimae interpretationis*. La règle de l'unanimité n'a été prévue par la loi, au sein de l'article L. 227-19 du Code de commerce, qu'à titre d'exception. Cette exception doit être interprétée dans des termes littéraux<sup>512</sup>, de manière stricte. Par conséquent, l'exigence de l'unanimité ne devrait pas s'étendre à la suppression car celle-ci n'est pas prévue dans la lettre du texte. Dans cette optique, on voit que la cour d'appel de Limoges a appliqué une lecture restrictive de l'article en refusant d'ajouter une exigence d'unanimité non prévue par les textes<sup>513</sup>.

297. D'un point de vue pratique, l'exigence d'un accord unanime de tous les associés pour supprimer une clause statutaire visée ou non à l'article L. 227-19 du Code de commerce peut poser des difficultés. La société pourrait se trouver dans un cas de blocage à défaut de cet accord unanime. La raison pour laquelle le législateur a formulé cette exigence pour l'adoption et la modification des clauses n'existe pas en cas de suppression de la clause. On peut également se demander quel est l'intérêt de demander l'accord de tous les associés,

---

<sup>511</sup> Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21238, *aff.* Sté Logistics organisation Grimonprez (LOG) c/ B., *Bull.* 2013, IV, n° 124.

<sup>512</sup> Voir à cet égard : M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, Defrénois, 2012.

<sup>513</sup> CA Limoges, 28 mars 2012, n° 10/00576, *aff.* SAS Groupe R., *BJS*, 1<sup>er</sup> sept. 2012, n° 09, p. 623, note M. GERMAIN.

notamment ceux qui sont moins intéressés aux clauses en question. Selon nous, il serait suffisant d'obtenir l'accord de la personne concernée par la clause. Même si cette personne n'est pas d'accord, il faut examiner si cette suppression ne serait pas dans son intérêt.

298. Ainsi, l'insertion du cas de la suppression dans le champ d'application de l'article L. 227-19 du Code de commerce ne nous semble pas justifiée au regard de ses conséquences néfastes sur le bon fonctionnement de la société. Les auteurs qui ont tendance à étendre la règle de l'unanimité en cas de suppression des clauses ne prennent pas en compte la solution pratique, utilisée souvent dans les SA, qui pourrait constituer un contournement à l'article L. 227-19 du Code de commerce. Les associés peuvent, pour éviter toute incertitude, préciser, dans un pacte extra-statutaire, la question de la majorité suffisante pour supprimer une clause d'inaliénabilité ou de cession de contrôle. C'est pourquoi il est préférable que l'interprétation de l'article L. 227-19 du Code de commerce prenne en considération les besoins des entreprises en acceptant la suppression des clauses visées sans recourir à la règle de l'unanimité<sup>514</sup>.

299. Cela pose la question de savoir si la règle de l'unanimité est efficace<sup>515</sup> et suffisante pour répondre aux besoins du monde des affaires. La réponse semble négative. Du point de vue pragmatique, l'établissement de l'unanimité est parfois compliqué, voire impossible, notamment dans les grandes SAS. Cela aurait pour effet de ralentir ou paralyser la prise de décision. La tendance actuelle du législateur est de simplifier la règle d'unanimité. Cela apparaît en matière d'adoption et de modification des clauses d'agrément, de cession forcée et d'exclusion<sup>516</sup>. La simplification devra être étendue aux clauses d'inaliénabilité et à la clause de cession du contrôle.

---

<sup>514</sup> Le Professeur Saleilles a écrit : « le droit est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; c'est à dire qui doit s'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite, et donner satisfaction à toutes les exigences des nécessités pratiques et à tous les desiderata qui en ressortent, et qui se traduisent en conceptions juridiques ». (F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, p. XVIII).

<sup>515</sup> Les pactes extra-statutaires qui prévoient la majorité requise pour supprimer une clause visée par l'article L. 227-19 « conduisent à une dénaturation de la SAS qui, précisément, est venue apporter la sécurité juridique attendue dans un contexte où les pactes extra statutaires de SA fonctionnaient pour répondre aux besoins de la pratique ». (K. GREVAIN- LEMERCIER, «Les malheurs de la SAS », *op. cit.*, 2016, p. 71-99).

<sup>516</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2. *Adde.* Loi n° 2019-744 du 19 juill. 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, *JORF*, n° 0167, 20 juill. 2019, texte n° 1.

## Conclusion du chapitre II

300. Alors que, de manière générale, la technique du renvoi législatif a pour objectif d'assurer une simplification du droit et d'ériger un système juridique cohérent, le rattachement de la SAS à la SA est vecteur de complexité et d'incohérence. Ce mécanisme est donc manifestement inefficace et les défaillances constatées soulèvent des questions fondamentales quant à la qualité et à la pertinence de la législation actuellement en vigueur. Par exemple, la complexité du régime légal de la SAS n'est pas sans conséquence sur le respect du principe de sécurité juridique. Ce principe implique, selon le Conseil d'Etat, « *que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable* »<sup>517</sup>.

301. Pourtant, le foisonnement des normes susceptibles de s'appliquer à la SAS entrave la capacité des usagers du droit à identifier la règle juridique applicable, et donc à être certains de ce qui est autorisé ou non. Dans le même esprit, la complexité qualitative du régime légal de la SAS, qui implique de combiner une pluralité de normes, rend le droit peu intelligible, susceptible d'interprétations divergentes, ce qui porte également atteinte au principe de sécurité juridique<sup>518</sup>. Le cas des actions de préférence est particulièrement révélateur. En plus d'être complexe, le régime actuel de la SAS est incohérent au regard des caractéristiques spécifiques de cette société. Alors que la SAS est conçue pour être flexible et guidée par la liberté statutaire, son rattachement à la SA va à l'encontre de ces éléments significatifs, comme l'a par exemple montré le renvoi inapproprié aux attributions du conseil d'administration. L'ensemble de ces défaillances permettent d'identifier la technique du renvoi législatif comme « l'élément perturbateur » auquel le législateur devrait, selon nous, s'attaquer.

---

<sup>517</sup> Conseil d'État, Rapport public, « Sécurité juridique et complexité du droit », *La documentation française*, 2006, p. 281.

<sup>518</sup> *Idem*.

## CONCLUSION TITRE II.

302. En tant que fondement de l'État de droit, la sécurité juridique constitue un principe essentiel que doit poursuivre le législateur lors de l'élaboration des normes. Ce principe suppose notamment que la norme soit intelligible, ce qui « *implique la lisibilité autant que la clarté et la précision des énoncés ainsi que leur cohérence* »<sup>519</sup>. En raison de ses multiples défaillances, le régime juridique actuel de la SAS ne remplit pas cette exigence d'intelligibilité. Autrement dit, la qualité de la loi n'est pas suffisante et l'état actuel du droit est source d'insécurité juridique.

En effet, le rattachement de la SAS à la SA se caractérise tant par son fort manque de clarté que par son incapacité à répondre aux objectifs de simplification et de cohérence du droit applicable. La technique du renvoi législatif n'a ainsi pas la qualité requise pour donner aux usagers du droit la capacité de « *prendre connaissance, (...) comprendre [et] (...) mémoriser* »<sup>520</sup> la règle de droit applicable. Le rattachement ne permet qu'une connaissance approximative et/ou incertaine de la norme applicable.

Cette insuffisance engendre un double coût pour les investisseurs, à la fois psychologique et financier. D'un point de vue psychologique, l'incertitude sur l'environnement juridique de l'entreprise empêche celle-ci d'élaborer, de manière efficiente, « *une stratégie afin de rendre une décision d'investissement* »<sup>521</sup>. D'un point de vue financier, le manque de clarté et de flexibilité du rattachement législatif de la SAS à la SA impose aux entreprises de consulter des spécialistes du droit avant d'adopter quelque décision concernant la vie de la société.

En définitive, les failles du rattachement de la SAS à la SA ne permettent pas à la SAS d'être la société imaginée au milieu des années 1990, flexible et adaptée aux besoins évolutifs des entreprises. La refonte de son régime juridique s'impose

---

<sup>519</sup> Conseil d'État, Rapport public, « Sécurité juridique et complexité du droit », *op. cit.*

<sup>520</sup> N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à un autre », *op. cit.*, p. 1204.

<sup>521</sup> C. COLLARD et C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, *op. cit.*, § 29, p. 40.

## CONCLUSION DE LA 1<sup>ÈRE</sup> PARTIE.

303. Au milieu des années 1990, la rigidité du régime juridique de la SA ainsi que l'incapacité de cette structure à répondre aux nouveaux besoins des groupes des sociétés, ont amené le législateur à dériver de cette société une nouvelle forme sociale : la SAS. Cette réforme du droit des sociétés n'a pas confié à la SAS une identité juridique propre, dans la mesure où le régime de cette nouvelle société a emprunté la majorité de ses règles à la SA. Ce rattachement législatif du régime de la SAS à celui de la SA répondait à un double objectif : d'une part, rassurer les investisseurs, usagers de cette forme sociétaire nouvelle ; d'autre part, rendre intelligible le phénomène complexe de contractualisation du droit des sociétés.

304. A cette fin, le rattachement de la SAS à la SA a suivi deux méthodes : le rattachement par référence tout d'abord, conditionné par l'exigence d'une compatibilité entre les normes de la SA et les dispositions particulières de la SAS ; le rattachement par assimilation ensuite, consistant à emprunter les normes de la SA et à les appliquer directement à la SAS, de façon inconditionnelle.

305. Si le rattachement semblait justifié lorsque la SAS était encore simplement « une société de sociétés », son ouverture en 1999 à toute personne, physique ou morale, a mis en exergue les insuffisances de la technique du renvoi législatif dès lors que, comme le souligne le Professeur Jean Paillusseau, il appartient aux juristes « *de procéder eux-mêmes à l'inventaire des textes applicables à la SAS et d'en apprécier la portée ! Il n'y a pas de plus mauvaise méthode législative que celle-là ! Les universitaires et les praticiens doivent faire le travail que la législation n'a pas fait !* »<sup>522</sup>. Le manque de clarté et l'inefficacité y associés empêchent actuellement la SAS de revêtir tous les avantages qui avaient motivé sa création, d'être flexible, marquée par la liberté statutaire, et adaptée aux besoins évolutifs des entreprises.

306. Le rattachement de la SAS à la SA, qui s'oppose à ce que la SAS se présente comme une structure juridique autonome, constitue ainsi le mal qu'il convient, selon nous, de combattre. La refonte du régime de la SAS nous paraît nécessaire et la clé réside dans son autonomisation. Seul le détachement législatif de la SAS par rapport à la SA permettra à la première de s'affirmer comme modèle au sein du droit des sociétés.

---

<sup>522</sup> J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle SAS. Le big-bang du droit des sociétés ! », *op. cit.*

## SECONDE PARTIE

### LE DETACHEMENT DE LA SA : CONDITION DE L’AFFIRMATION DE LA SAS COMME MODELE

307. Constituer un modèle nécessite de réunir les deux critères qui sont : la référence et l’imitation impliquant un rapport d’échange.

De ce point de vue, la SAS actuelle ne constitue pas un modèle juridique, elle ne constitue pas non plus un type sociétaire. Cela pour deux raisons. La première : le type sociétaire nécessite de présenter une certaine uniformité permettant de le définir. Or, le fait que le régime de la SAS laisse à la liberté statutaire le soin de déterminer certaines questions essentielles du régime de la SAS, par exemple la direction de la société, cela signifie qu’on ne peut pas savoir préalablement quel régime de direction, les associés vont choisir. La seconde raison : l’ouverture de la SAS pour toute personne, dont la personne morale, a altéré la typicité de cette société dans la mesure où cette société peut utiliser un autre type de société dans l’organisation de son régime. La SAS peut en effet être inspirée par les autres types sociétaires, cela confirme l’atypisme de la SAS. Le Professeur Isabelle Urbain-Parleani considère que la SAS ne constitue pas un type mais une société « sur mesure » et au « *savoir faire contractuel* »<sup>523</sup>.

308. La modélisation de la SAS, c’est-à-dire son affirmation en tant que modèle sociétaire, doit passer par le détachement de son régime de celui de la SA. Cela pose tout d’abord la question de savoir si la SAS dispose déjà à l’heure actuelle des caractéristiques spécifiques lui permettant de s’autonomiser, ou si une telle autonomisation nécessite une amélioration de son régime juridique pour qu’il soit apte à « vivre seul ». Dans les faits, depuis l’introduction de la SAS en 1994 dans le Code de commerce, le régime légal de cette société a été révisé à plusieurs reprises. Nombreuses sont les réformes qui ont contribué à différencier la SAS des autres structures juridiques proposées par le législateur. En comparaison des autres formes sociétaires qui semblent concurrentes sur le marché comme la SARL, la SAS apparaît comme une société unique, incomparable en termes de flexibilité et de souplesse. Cette singularité de

---

<sup>523</sup> I. URBAIN-PARLEANI, « Le statuts de l’associé de la SAS : une originalité affirmée », *Rev. sociétés*, 2016, p. 572).

la structure juridique de la SAS constitue un élément indispensable pour l'ériger comme modèle juridique. Toutefois, cela ne semble pas suffisant. Il faut également supprimer les obstacles qui entravent la réalisation d'une « SAS modèle », à savoir ceux qui découlent du mécanisme du renvoi, et proposer une alternative à même de prendre en compte la particularité de cette société, afin qu'elle puissent être identifiée comme une référence, susceptible d'être imitée.

309. La singularité préexistante de la SAS (**Titre I**) constitue le fondement sur lequel il convient de construire le régime propre de cette société, autonome par rapport aux règles de la SA. Ainsi la SAS pourra s'affirmer comme référence susceptible d'être imitée, c'est-à-dire comme modèle juridique pour l'élaboration ou l'amélioration d'autres régimes sociétaires, au sein ou au-delà du système français (**Titre II**).

## TITRE I. LA SINGULARITE DE LA SAS

310. L'affirmation d'un modèle n'est possible que dans un contexte caractérisé par une pluralité d'institutions<sup>524</sup>. En effet, c'est grâce à l'attention portée aux éléments significatifs d'une institution qu'apparaît sa particularité par rapport aux autres institutions, et par suite sa possible modélisation.

311. La comparaison du régime actuel de la SAS avec celui de la SA, auquel la SAS est rattachée, montre l'éloignement progressif des deux régimes juridiques et met en lumière les atouts que présente la SAS par rapport à la SA. Cela a permis à cette dernière de prendre le pas sur la SA sur le marché. Les données statistiques révèlent également qu'une autre structure juridique occupe une part importante du marché à côté de la SAS : la SARL. En conséquence, avant de modéliser la SAS, il convient de vérifier si cette dernière maintient sa spécificité par rapport à la SARL, et si cette dernière ne constitue pas une structure concurrente susceptible d'empêcher la réalisation de la « SAS modèle ».

312. La comparaison du régime juridique de la SAS avec les règles régissant la SA et la SARL atteste bien de la spécificité de la SAS par rapport à ces formes sociétaires (**Chapitre I**). Au-delà d'une approche comparative, la singularité de la SAS se confirme en raison d'éléments significatifs qui lui sont propres et qui répondent à une exigence de souplesse (**Chapitre II**).

---

<sup>524</sup> S. SOLEIL, « Les modèles juridiques et leur circulation », *op. cit.*



## **Chapitre I. La spécificité de la SAS par rapport aux autres formes sociétaires**

313. Le droit des sociétés se construit à partir d'une pluralité de formes sociétaires, dont chacune des composantes doit être précisément définie<sup>525</sup>. Cette pluralité a pour objet de « *contrebalancer la rigidité résultant des statuts légaux impératifs* »<sup>526</sup>, en offrant aux opérateurs économiques le libre choix entre les formes proposées. La spécificité caractérisant une structure juridique par rapport à une autre oriente ce choix.

314. Au regard des statistiques, on constate que la SAS et la SASU se présentent comme des structures attractives. Cette attractivité s'est renforcée grâce à plusieurs réformes législatives qui ont apporté plus de souplesse au régime de la SAS, en la détachant partiellement de la SA. Ces réformes ont ainsi renforcé la distinction entre ces deux sociétés et posé les premiers jalons de l'autonomisation de la SAS par rapport au régime de la SA (**Section I**). Par ailleurs, la particularité technique de la SAS, qui se caractérise par la flexibilité de son régime et par sa capacité à être un habit juridique pour toute entreprise, permet de distinguer cette société de la SARL (**Section II**).

---

<sup>525</sup> G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial- Les sociétés commerciales*, tome 1, vol 2, *op. cit.*, p. 124.

<sup>526</sup> B. SAINTOURENS, « La flexibilité du droit des sociétés », *RTD com.*, 1987, p. 457.

### **Section 1. La distinction par rapport à la SA**

315. Nombreuses sont les lois qui ont révisé le droit des sociétés depuis l'introduction de la SAS dans le paysage sociétaire français. Parmi les lois qui ont apporté des modifications au régime légal de la SAS et de la SASU, certaines révèlent les prémices d'un détachement du régime légal de la SA<sup>527</sup>. On se limitera à montrer, en premier lieu, les indices d'un détachement dégagés des réformes successives du régime de la SAS (§1) et, en second lieu, l'impact positif de ces réformes sur la performance de la SAS sur le marché, par rapport à la SA (§2).

#### **§1. Les indices du détachement**

316. L'évolution du régime légal de la SAS est le résultat de plusieurs réformes législatives qui se sont succédées depuis l'introduction de cette société dans le paysage sociétaire français. Ces réformes ont permis d'affiner le régime légal de la SAS et de poser les premiers jalons qui permettront à la SAS de s'affirmer comme modèle juridique.

317. En effet, l'analyse des lois et des ordonnances qui ont contribué à réviser le régime juridique de la SAS révèle les indices d'une volonté législative de détacher la SAS de la SA. Ces indices de détachement peuvent être classés en deux catégories. En premier lieu, tout en conservant les exigences particulières empruntées à la SA, le législateur a apporté une simplification au régime légal de la SAS (A). En second lieu, le législateur a supprimé certains renvois aux règles de la SA (B).

---

<sup>527</sup> Les autres lois ne montrent évidemment pas des signes de détachement, c'est pourquoi elles ne feront pas l'objet de notre étude. On cite à titre d'exemple, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, dite « Warsmann I ». Cette loi a déréglementé les conventions courantes conclues et celles qui sont conclues à des conditions normales. Cette loi a été suivie par la loi dite « Warsmann II » portant sur la simplification et l'allègement des démarches administratives. Le législateur a en effet souhaité par la loi Warsmann II simplifier de façon générale le droit des sociétés et, à titre particulier, les règles régissant les petites et moyennes entreprises - qui souffrent tout particulièrement de la complexité de la loi. Dans ce cadre, la loi Warsmann II a étendu le seuil maximal d'attribution gratuit d'actions aux salariés à 15% dans deux conditions : les titres de la société en cause ne sont pas admis sur le marché réglementé et la société en cause est considérée comme une PME au sens de la recommandation n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission européenne. Toutefois, en matière d'augmentation du capital dédié aux salariés, la loi en question a remodifié l'article L. 225-129-6 du Code de commerce en ajoutant des procédures contraignantes aux SA pour les encourager à développer l'actionnariat salarié. (Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF*, n° 0071, 23 mars 2012, p. 5226, texte n° 1).

## A. Le détachement par simplification

318. Après avoir limité l'accès de la SAS aux personnes morales, le législateur a simplifié cet accès en autorisant toute personne, physique comme morale, pluri ou unipersonnelle, à s'y associer. Cette ouverture a révélé le premier indice de détachement par rapport à la SA (1). Le second indice de détachement réside dans la simplification des mesures de contrôle par les commissaires aux comptes et aux apports (2).

### 1. La simplification de l'accès à la société

319. La réforme apportée par la loi de 1999 sur l'innovation et la recherche<sup>528</sup> est considérée comme une innovation majeure dans la mesure où elle a favorisé une « banalisation »<sup>529</sup> de la société par actions simplifiée. Cette rénovation concerne plus particulièrement deux aspects qui participent du détachement de la SAS par rapport à la SA. Il s'agit, en premier lieu, de l'ouverture de la SAS à toute personne. Après avoir été limitée aux personnes morales et dédiée aux filiales communes des grands groupes, la SAS est devenue une société ouverte à toute personne, y compris physique, et à toute entreprise y compris les PME<sup>530</sup>. Grâce à cette modification, la SAS « est devenu[e] désormais le modèle de droit commun des sociétés fermées », indique le Professeur Paul Le Cannu<sup>531</sup> (a). La rénovation de la SAS s'est caractérisée, en second lieu, par l'acceptation de la réforme unipersonnelle pour la SAS (b).

#### **a) L'accès de toute personne à la SAS**

320. En vertu de la réforme apportée par la loi de 1999, les personnes physiques comme les personnes morales sociétaires et non sociétaires, à l'image des GIE, peuvent être associées dans la SAS, ou souscrire à une augmentation de capital de la SAS à la suite d'une décision collective. Cette identité propre de la SAS a été renforcée par la suppression,

---

<sup>528</sup> Loi n° 99-587, 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche. Par un amendement présenté par M. Germain Gengenwin en Commission des affaires culturelles, familiales et sociales. Il s'agit de faciliter la création d'entreprise par les investisseurs. Les dispositions de cet amendement n'ont été l'objet d'aucun débat devant les assemblées. Par opposition à la loi de 1994 qui a instauré la SAS dans le paysage sociétaire, la Chancellerie n'est pas intervenue dans la discussion de la loi de 1999. De même, le conseil des ministres et le Conseil d'État n'ont pas apporté aucune observation, ni précision à cette réforme importante du droit des sociétés. Pour plus de détails voir Rapp. AN, n° 1642, Doc. J.-P. Bert, 1999 ; Amendement de G. Gengenwin, *JOAN (CR)*, 2<sup>e</sup> séance, 4 juin 1999, p. 5423.

<sup>529</sup> J.-J. DAIGRE, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *LSJ. Entrep. Et aff.*, 10/06/1999, n° 23, p. 977.

<sup>530</sup> Voir *supra* n° 68.

<sup>531</sup> P. LE CANNU, « La SAS pour tous (Loi n° 99-587, 12 juillet 1999, art. 3) », *BJS*, 1<sup>er</sup> août 1999, n° 8-9, p. 841.

toujours en 1999, de plusieurs exigences législatives qui commandent l'accès à la SA. Cela inclut également les modifications apportées par le législateur en matière de transformation en SAS.

321. En effet, l'infléchissement de la SAS a encouragé la plupart des groupes à transformer certaines filiales à 100% en SAS. La transformation à cette époque nécessita d'appliquer par renvoi conditionné les articles 236 à 238 de la loi 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales<sup>532</sup> dédiés aux transformations des SA. Il était alors nécessaire de remplir certaines conditions pour que la société anonyme se transforme en SAS, à savoir l'approbation du bilan, l'ancienneté de deux ans, l'existence du rapport du commissaire aux comptes et du rapport du commissaire à la transformation. L'applicabilité certaine des articles susdits avait toutefois été interdite par une réponse ministérielle, laquelle s'appuyait sur l'article 72-1 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Cette réponse indique que « *toute autre interprétation [appliquer les articles de la loi de 1966] conduirait en effet à considérer que la société par actions simplifiée est à la fois une société anonyme et une société d'une autre forme* »<sup>533</sup>. En outre, l'article 73 de la loi de 1966 nécessitait de respecter le chiffre minimum de sept actionnaires. La réponse ministérielle et l'application des textes relatifs aux SA avaient ainsi soulevé des difficultés et justifié une intervention législative. C'est pourquoi, en 1999, le législateur a simplifié l'opération de transformation en SAS.

L'indice du détachement apparaît également en admettant la SASU.

#### **b) L'accès de la personne unique à la SAS**

322. La loi Allègre de 1999 a apporté un autre changement à la SAS. À l'instar de la société à responsabilité limitée unipersonnelle autorisée par la loi de n° 85-697 du 11 juillet 1985, la réforme de 1999 a autorisé la forme unipersonnelle de la SAS<sup>534</sup>.

323. L'unipersonnalité de la SAS, selon le Professeur Paul Le Cannu, a un double intérêt. D'une part, la SAS apparaît comme une nouvelle structure d'entreprise individuelle. D'autre part, elle constitue « *un véhicule tous usages, en raison de sa personnalité juridique complète,*

---

<sup>532</sup> Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, *JORF*. 26 juillet 1966, p. 6402.

<sup>533</sup> Rép. min., n° 19959, *JOAN Q*, 5 déc. 1994, p. 6074.

<sup>534</sup> La proposition d'une société par actions simplifiée unipersonnelle a été suggérée par le rapport Marini.

*puisque'elle comporte une limitation de responsabilité* »<sup>535</sup>. Ce double intérêt constitue un atout pour rendre la SASU compétitive et renforce la différence constatée entre la SAS et la SA dans la mesure où l'unipersonnalité n'étant pas toujours autorisée dans ce dernier cas. Cela révèle, une nouvelle fois, une volonté législative de distinguer ces deux formes sociétaires. L'on pourrait être tenté de déduire de cette distinction une admission implicite de l'autonomisation de la structure juridique de la SAS par rapport à celle de la SA. Un autre indice de cette autonomisation réside dans la simplification des mesures de contrôle par les commissaires tant aux comptes qu'aux apports.

## 2. La simplification des mesures de contrôle par les commissaires

324. Avant la loi Pacte de 2019, la SAS avait bénéficié d'un détachement par rapport à la SA quant à l'obligation de désigner un commissaire aux comptes. Or, la modification récente apportée par la loi Pacte en ce qui concerne les seuils à partir desquels la désignation du commissaire aux comptes est exigée, a remis en cause le détachement prévu par la loi de 2008 relative à la modernisation de l'économie (a). Toutefois, le détachement est maintenu en ce qui concerne le recours aux commissaires aux apports visant à évaluer les apports en nature de la SAS (b).

### **a) Le détachement rejeté en matière de désignation d'un commissaire aux comptes**

325. Un autre indice du détachement de la SAS par rapport à la SA se dégage de l'allègement des mesures de contrôle de la SAS. Avant la loi de 2008 relative à la modernisation de l'économie, la SAS était tenue de désigner un commissaire aux comptes ayant pour mission de vérifier les valeurs et les documents comptables<sup>536</sup>, et de certifier les comptes annuels, sociaux et le cas échéant consolidés<sup>537</sup>. La nomination de ce commissaire dans la SAS était obligatoire et soumise aux règles de la SA. La loi de modernisation de l'économie de 2008 a rendu l'institution d'un commissaire aux comptes facultatifs dans les SAS de petites tailles. Ainsi, conformément à l'article L. 227-9-1, alinéa 2 du Code de commerce, dans les SAS dont le bilan total ne dépasse pas 1 000 000 d'euros, dont le hors taxe n'excède pas 2 000 000

---

<sup>535</sup> P. LE CANNU, « La SAS pour tous (Loi n° 99-587, 12 juillet 1999, art. 3) », *BJS*, 1<sup>er</sup> août 1999, n° 8-9, p. 841.

<sup>536</sup> Art. L. 823-10 C. com.

<sup>537</sup> Art. L. 823-9 C. com.

d'euros, et qui ne comportent pas plus de vingt salariés<sup>538</sup>, les associés peuvent juger eux-mêmes de la nécessité de désigner ou non un commissaire aux comptes<sup>539</sup>. Si le législateur a ainsi détaché le régime de la SAS de celui de la SA, il convient toutefois de noter que la comparaison des seuils exigeant de recourir obligatoirement à un commissaire aux comptes dans le cas de la SARL<sup>540</sup> et dans celui la SAS met en évidence que le législateur avait moins allégé le contrôle au sein de cette dernière qu'au sein de la SARL<sup>541</sup>. Cela justifie la construction juridique de chacune des deux formes sociales. Alors que dans la SARL, la loi encadre le capital engagé et les règles de gouvernance, la SAS est plus libérale et moins encadrée. Donc cela justifie davantage de contrôle. La certification des comptes par le commissaire est susceptible d'assurer plus de confiance à la société expertisée<sup>542</sup>. De fait, « *l'on ne saurait anéantir d'un trait de plume* »<sup>543</sup> l'importance du rôle joué par le commissaire aux comptes en la matière. En revanche, l'allègement de la mesure de contrôle ne remet pas en cause le principe posé par l'article L. 227-9-1, alinéa 3 du Code de commerce qui impose à la SAS contrôlée ou qui assure le contrôle d'une autre société, sans condition de seuil, de désigner un commissaire aux comptes. Le maintien de cette mesure pourrait prévenir tous les abus qui « *peuvent résulter de montages financiers complexes ayant pour objet de contourner les règles protectrices attachées à certaines formes juridiques de sociétés* »<sup>544</sup>.

326. Toutefois, l'indice du détachement observé lors de l'analyse de la question de la désignation d'un commissaire aux comptes dans la SAS par comparaison avec celle de la SA, est remise en cause par la loi Pacte du 22 mai 2019 relative à la croissance et la

---

<sup>538</sup> Selon l'article R. 227-1 du Code de commerce, créé par le décret en Conseil d'État n° 2009-234 du 25 février 2009, « *pour l'application de l'article L. 227-9-1 relatif à la désignation d'un commissaire aux comptes, le total du bilan est fixé à 1 000 000 €, le montant hors taxe du chiffre d'affaires à 2 000 000 € et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice à vingt. Le total du bilan, le montant hors taxe du chiffre d'affaires et le nombre moyen de salariés sont déterminés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article R. 123-200. La société n'est plus tenue de désigner un commissaire aux comptes dès lors qu'elle n'a pas dépassé les chiffres fixés pour deux de ces trois critères pendant les deux exercices précédant l'expiration du mandat du commissaire aux comptes. Dans le cas prévu au quatrième alinéa de l'article L. 227-9-1, le commissaire aux comptes est désigné par ordonnance du président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés* ».

<sup>539</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études et Formules*, op.cit., § 651, p. 408.

<sup>540</sup> À savoir le total du bilan est fixé à 1 550 000 €, le montant du chiffre d'affaire hors taxe à 3 100 000 € et nombre moyen des salariés à 50.

<sup>541</sup> R. MORTIER, « La modernisation du droit des sociétés », *LSJ Entre. et Aff.*, 2008, n°41, p. 35.

<sup>542</sup> Cette réflexion a fait l'objet d'une question écrite posée par le député Elie Aboud au ministère de Justice. (Question écrite n° 41885, *JO AN*, 5 nov. 2013).

<sup>543</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, « Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ? », *JCPE*, 2011, p. 1453.

<sup>544</sup> Rép. min. Justice, n° 41883, *JO AN*, 2 mai 2017.

transformation des entreprises<sup>545</sup>. Afin d'enlever les obstacles qui entravent la croissance des entreprises, surtout les PME, le législateur a rehaussé le seuil d'obligation de la nomination d'un commissaire aux comptes en adoptant les seuils européens<sup>546</sup>, à savoir un bilan de 4 millions d'euros au minimum ; un chiffre d'affaires de 8 millions d'euros au minimum ; un effectif de 50 salariés au minimum. Cette modification ne vise pas seulement la SAS et la SASU, mais aussi les SA, SARL, SNC. Cependant, la désignation d'un commissaire aux comptes devient obligatoire dans le cas où « *les sociétés dont un ou plusieurs associés représentent au moins le tiers du capital* »<sup>547</sup> si ces associés présentent une demande motivée auprès de la société.

Le détachement est également révélé dans l'assouplissement de l'exigence de recourir au commissaire aux apports.

#### **b) Le détachement confirmé quant au recours aux commissaires aux apports**

327. Avant la loi dite « Sapin II »<sup>548</sup>, les apports en nature ainsi que ceux en numéraire, effectués par un ou des associé(s) à la SAS, ne relevaient d'aucune règle propre à cette société<sup>549</sup>. En effet, les règles relatives aux SA<sup>550</sup> étaient applicables aux SAS, par un renvoi prévu par l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce. En vertu de ces règles, la nomination d'un commissaire aux apports était nécessaire, afin d'évaluer la valeur des apports en nature. La loi Sapin II a souhaité assouplir cette mesure dans le cas particulier de la

---

<sup>545</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2.

<sup>546</sup> Dir. 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *op. cit.*

<sup>547</sup> Art. L. 227-9-1 C. com.

<sup>548</sup> La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 déc. 2016, texte n° 2.

<sup>549</sup> L. GODON, *La société par action simplifiée*, *op. cit.*, § 266, p. 202.

<sup>550</sup> Selon l'article L. 225-12, « lorsqu'il n'est pas procédé à une offre au public, les dispositions de la sous-section 1 sont applicables, à l'exception des articles L. 225-2, L. 225-4, L. 225-7, des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 225-8 et des articles L. 225-9 et L. 225-10 ». Dans la mesure où la SAS n'a pas procédé à une offre au public, cet article s'applique à celle-ci s'il est compatible et les statuts sont muets en la matière. L'application de cet article donne application aux autres textes auxquels il fait référence. Ces dispositions sont déclarées compatibles avec la SAS car elles s'inscrivent dans la logique qui veut que dans les sociétés à risque limité comme la SAS, les biens apportés concourent à la formation du capital social qui garantit les droits des créanciers sociaux. C'est pourquoi l'évaluation des biens doit correspondre à la valeur réelle du bien pour que les créanciers sachent la valeur des apports saisissables. (L. GODON, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Jour. Sociétés*, n°111, dossier, sept. 2013, p. 43).

SAS<sup>551</sup>. En vertu du 5<sup>ème</sup> alinéa ajouté à l'article L. 227-1 précité, les associés de la SAS (ou l'associé unique dans le cas d'une SASU) décident à l'unanimité si le recours à un commissaire aux apports est obligatoire. Cela suppose la réunion de deux conditions cumulatives : la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par le décret, à savoir un million d'euros pour le total du bilan, deux millions d'euros pour le chiffre d'affaires et vingt pour le nombre moyen de salariés permanents<sup>552</sup>, et la valeur totale de l'ensemble des apports en nature n'excède pas la moitié du capital. On constate ici que, grâce à cet assouplissement, la SAS s'éloigne du statut de la SA.

328. Néanmoins, la lecture combinée des textes régissant la SARL<sup>553</sup> et de ceux traitant de la SAS (réformés par la loi Sapin II) montre que le législateur a en réalité aligné la SAS sur la SARL eu égard à la nomination d'un commissaire aux apports en cas d'apport en nature. Pour autant, le régime de la SARL n'a, selon nous, constitué qu'une source d'inspiration, cet alignement ne doit pas être considéré comme un emprunt dans la mesure où le législateur n'a pas effectué un renvoi explicite aux textes de la SARL.

Par ailleurs, la flexibilité de la SAS lui permet de s'imposer sur le marché des petites entreprises, ce qui aboutit à ce qu'elle soit en concurrence avec la SARL<sup>554</sup>. L'allègement du formalisme concernant la nomination d'un commissaire aux apports devrait renforcer la compétitivité de la SAS.

329. Au-delà de la désignation d'un commissaire aux apports pour évaluer les apports en nature, le législateur a également détaché le régime de la SAS de celui de la SA en ce qui concerne la sanction en cas de violation des dispositions législatives relatives aux apports en nature. Avant la loi Sapin II, le rattachement par assimilation de la SAS à la SA emportait application de l'article L. 225-249 du Code de commerce qui dispose que le juge peut prononcer la responsabilité solidaire des actionnaires « *dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés* »<sup>555</sup>. La formule utilisant le verbe « pouvoir » indiquait que la

---

<sup>551</sup> B. SAINTOURENS et Ph. EMY, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *Rev. sociétés*, 2017, p. 131.

<sup>552</sup> Art. R. 227-1 C. com.

<sup>553</sup> Art. L. 223-9 C. com.

<sup>554</sup> B. SAINTOURENS et Ph. EMY, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *op. cit.*

<sup>555</sup> Art. L. 225-249, al. 2 C. com.

reconnaissance de la solidarité de la responsabilité était soumise à l'appréciation souveraine du juge de fond, cette appréciation pouvant différer en fonction des faits considérés. La réforme apportée par la loi de Sapin II conduit à ce que, dans la SAS, les associés sont solidairement responsables vis -à-vis des tiers à hauteur de la valeur attribuée aux apports en nature dans deux hypothèses : l'absence de commissaire aux apports désigné ou le non respect de la valeur déterminée par celui-ci. Cette solidarité dure cinq ans à compter de la constitution de la société<sup>556</sup>. Il convient d'indiquer que cette fois encore, le législateur a repris dans la SAS une règle de la SARL en alignant le régime de la SAS sur la responsabilité des associés dans les SARL.

330. Enfin, il faut souligner que, contrairement à ce qui a cours pour la SARL, la réforme s'est cantonnée à modifier le régime des apports en nature en cas de constitution d'une SAS, non par augmentation du capital. Cela semble regrettable<sup>557</sup> et difficilement compréhensible. L'esprit de la loi n'est-il pas de moderniser la vie des entreprises en allégeant le formalisme de la nomination d'un commissaire aux apports lors de la constitution de la SAS ? Un tel allègement serait également bénéfique tout au long de la vie de la société, en particulier en cas d'augmentation du capital d'une SAS au-delà d'un certain seuil. Il aurait vocation à simplifier l'opération d'augmentation du capital qui peut être nécessaire pour la continuité et la pérennité de la société. Un tel allègement n'aurait par ailleurs aucune conséquence négative en termes de sécurité juridique dans la mesure où les associés demeurent solidairement responsables de la valeur attribuée aux apports en nature pendant cinq ans à compter de l'augmentation du capital. Cela peut différencier davantage la SAS par rapport à la SA.

Les indices du détachement législatif apparaissent également à propos de la suppression de certains renvois aux règles de la SA.

### B. Le détachement « par suppression »

331. Le détachement le plus marquant entre le régime de la SAS et celui de la SA s'est traduit par la suppression du renvoi aux règles de la SA en matière de conditions de transformation (1). Le détachement effectif apparaît également avec suppression de l'exigence

---

<sup>556</sup> Art. L. 227-1, al. 7 C. com.

<sup>557</sup> Voir à cet égard B. SAINTOURENS et Ph. EMY, « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *op. cit.*

de capital minimal (2) ainsi qu'en matière de droit de vote lors du recours au financement participatif (3).

1. La suppression des exigences concernant la transformation en SAS

332. La première manifestation du détachement a été réalisée par la loi de 2001 relative aux nouvelles régulations économiques<sup>558</sup>. Avant cette loi, la SAS était rattachée à la SA, par un renvoi basé sur le critère de compatibilité avec la SA en matière de transformation des sociétés. L'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, dédié au rattachement par référence, faisait en effet référence à l'article L. 225-243 du même Code portant sur les conditions requises pour transformer une SA en une autre forme sociale. Ainsi, la SAS ne pouvait se transformer que si elle avait au moins deux ans d'existence et que si elle avait établi le bilan de ses deux premiers exercices, lequel devait être approuvé par les associés.

La loi de 2001 a dispensé les SAS de cette exigence en incluant le texte de l'article L. 225-243 du Code de commerce relatif à la SA au sein des dispositions déclarées inapplicables à la SAS par l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce. Depuis cette réforme, la SAS peut se transformer sans qu'il soit nécessaire de remplir les conditions susmentionnées<sup>559</sup>. La loi de 2001 a libéré la SAS des contraintes imposées en cas de transformation de la société anonyme, la seule exigence maintenue étant celle de nommer un commissaire à la transformation<sup>560</sup>.

333. Ensuite, la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 a assoupli l'opération de transformation de la SAS, en dispensant les SAS dotées d'un commissaire aux comptes de nommer un commissaire à la transformation. Cet assouplissement a pour objet de permettre aux « start-up » de se constituer en adoptant la forme de la SAS et par la suite de se transformer, sans aucune condition, en SA en cas d'introduction en Bourse.

---

<sup>558</sup> Concernant de la SA et à la suite des scandales financiers, la loi NRE du 15 mai 2001 a modifié le mode d'administration dite « moniste » afin de renforcer la transparence dans l'administration des grands groupes qui font une offre au public de titre financiers.

<sup>559</sup> B. SAINTOURENS, « Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Defrénois*, 30 déc. 2001, p. 1465.

<sup>560</sup> Art. L. 225-244, al. 2 C. com.

## 2. La suppression de l'exigence de capital minimal

334. L'attention toute particulière que le législateur a portée à la forme de la SAS s'est manifestée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. L'objectif principal souhaité était alors de rendre la société par actions simplifiée plus adaptée aux besoins des petites et moyennes entreprises. Afin de réaliser cet objectif, le législateur a suivi le chemin de la libéralisation de la SAS en supprimant l'exigence du capital minimum<sup>561</sup>.

335. Avant la réforme de 2008, la loi exigeait, en vue de constituer une SAS, un capital minimum de 1.500 000 F<sup>562</sup>. Malgré l'ouverture de la SAS à toute personne morale comme physique en 1999, l'obligation d'établir ce capital avait à l'époque été maintenue. Dans la mesure où l'exigence d'un capital social minimum de 37000 € s'applique également à la SA<sup>563</sup>, il y avait là un signe de rattachement de la SAS à la SA<sup>564</sup>.

En conséquence, la suppression en 2008 de l'exigence de capital minimum pour la SAS témoigne de la volonté implicite du législateur de détacher cette forme sociale de la SA. La SAS entraine ainsi dans le champ d'application des articles L. 231-1 et suivant du Code de commerce concernant l'accessibilité de la SAS à la variabilité du capital, au contraire de la SA<sup>565</sup>.

Un autre allègement a été apporté au régime de la SAS qui exploite le financement participatif en matière de droit de vote.

## 3. La suppression partielle du renvoi en cas de recours au financement supplémentaire

336. Avant la loi Pacte du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 qui a autorisé la SAS de recourir au financement participatif avait rattaché le régime de la SAS à celui de la SA. Au titre de l'article L. 227-2-1, I, 1° du Code de commerce, « *les articles L. 225-122 à L. 225-125 sont*

---

<sup>561</sup> La suppression du capital minimal a opéré « *un rapprochement sensible avec les sociétés de personnes* », dit le Professeur Laurent Godon. (L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1996*, ouv. col., Dalloz, 2018, p. 44).

<sup>562</sup> Art. 262-1 prévoyait qu'« une société par actions simplifiée peut être constituée entre deux ou plusieurs sociétés ayant chacune un capital de 1 500 000 F au moins »

<sup>563</sup> Art. L. 224-2 C. com.

<sup>564</sup> Voir *supra* n° 63.

<sup>565</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., § 969, p. 681.

*applicables* » à la SAS lorsque celle-ci a procédé aux offres définies au I bis de l'article L.411-2 du Code monétaire et financier. À ce propos, la SAS semblait assimilée à plusieurs reprises à la SA en matière de droit de vote<sup>566</sup>.

**337. Le principe de la proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital.**- Selon l'article L. 225-122 du Code de commerce, le droit de vote attaché aux actions de capital d'une SAS est soumis au principe de proportionnalité du vote à la quotité de capital détenue<sup>567</sup>. Toute clause contraire à ce principe est réputée non écrite. Toutefois, en vertu de l'article L. 225-123, alinéa 1 et 2 du même Code, le droit de vote peut être aménagé dans les conditions prévues par la loi. Les statuts d'une SAS faisant offre non publique, peuvent, en principe, attribuer à toutes les actions entièrement libérées, inscrites au nom d'un actionnaire depuis deux ans au moins, un droit de vote double. Par dérogation à l'exigence d'un délai de deux ans au minimum, le droit de vote double peut être conféré aux actions gratuites nominatives émises en cas d'augmentation du capital par incorporation de réserve, bénéfices ou primes d'émission<sup>568</sup>. L'attribution statutaire de ce droit de vote doit être publiée<sup>569</sup>.

L'article L. 225-123, alinéa 3 prévoit que « *dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les droits de vote double prévus au premier alinéa sont de droit, sauf clause contraire des statuts adoptée postérieurement à la promulgation de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, pour toutes les actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis deux ans au nom du même actionnaire. Il en est de même pour le droit de vote double conféré dès leur émission aux actions nominatives attribuées gratuitement en application du deuxième alinéa* ». Cet alinéa qui a été modifié par la loi du 29 mars 2014<sup>570</sup>, soulève une interrogation sur l'applicabilité de cet alinéa à la SAS dans la mesure où il concerne les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un Marché réglementé et les actions de la société par actions simplifiée ne peuvent être admises à ce marché.

---

<sup>566</sup> Voir *supra* n° 90 et s.

<sup>567</sup> CA Douai, 24 mai 1962, *D.*, 1962, p. 688, note Dalsace.

<sup>568</sup> Voir à ce sens, A. CHARVERIAT, A. COURET, B. ZABALA, *Mémento pratique, Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 47718.

<sup>569</sup> Cela est selon les articles R. 123-105 et R. 210-4 et suivant du Code de commerce.

<sup>570</sup> Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, *JORF*, n°0077, 1 avril 2014, p. 6227, texte n° 3.

Par analogie avec la SA, en principe les actions de la SAS bénéficiant d'un droit de vote double perdent cette prérogative en transférant à un tiers ou en convertissant au porteur<sup>571</sup>. Or, deux exceptions sont admises par la loi à ce principe. En premier lieu, la transmission issue d'une succession, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent. Ces sortes de transmission n'ont aucun effet sur le droit de vote double attaché aux actions en cause. En second lieu, la transmission issue d'une fusion ou d'une scission d'une société actionnaire. Dans ce cas, le droit de vote double se transfère, sauf clause contraire dans les statuts, aux bénéficiaires<sup>572</sup>.

338. **La limitation du nombre de voix.**- L'article L. 225-125, alinéa 1 du Code de commerce autorise une SA et par analogie une SAS, à limiter statutairement le nombre de voix dont peut disposer un même actionnaire. Cette mesure afin qu'elle soit valable, doit être imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie. Les statuts peuvent stipuler à titre d'exemple que le nombre de voix exercé par un actionnaire ne doit pas dépasser de 6% le nombre total des droits de vote. Ils peuvent également stipuler que la clause limitant le nombre de voix devient caduque si l'actionnaire dépasse le seuil de trois quarts du capital à l'issue d'une offre publique d'achat<sup>573</sup>.

339. L'interrogation qui était soulevée eu égard à l'applicabilité d'un texte visant les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé à la SAS, peut être posée à propos de l'article L. 225-125, alinéa 2, visant la possibilité de suspendre le droit de vote lors de la première assemblée générale qui suit la clôture de l'offre.

340. Toutefois, la loi Pacte du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises a révisé l'article L. 227-2-1 du Code de commerce en abrogeant le (1°) de cet article, et en supprimant le renvoi aux dispositions de la SA régissant le droit de vote. Les articles L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce restent donc dans la zone interdite déterminée par l'article L. 227-1, alinéa 3, du même Code. Cette suppression du renvoi révèle

---

<sup>571</sup> Art. L. 225-124, al.1 C. com.

<sup>572</sup> Art. L. 225-124, al. 2 C. com.

<sup>573</sup> Art. L. 225-125, al. 2 C. com. Voir M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 388.

donc un indice du détachement entre les deux sociétés en matière d'aménagement du droit de vote.

341. Les mouvements de détachements successifs du régime de la SAS par rapport à celui de la SA ont contribué à améliorer la qualité juridique du régime de la SAS et, par conséquent, la part de la SAS dans le marché.

## **§2. L'impact positif du détachement progressif sur la performance de la SAS**

342. Les réformes successives du statut de la SAS ont renforcé la prospérité économique de la SAS, bien que de façon inégalé selon les révisions.

Le recensement de l'Insee depuis l'année 1995<sup>574</sup> démontre l'accroissement de la prospérité économique de la SAS, en comparaison des autres formes sociales, en particulier de la SA (A). La lecture de ces données montre la répercussion du détachement progressif à l'évolution de la part de la SAS sur le marché (B).

### **A. Le succès de la SAS confirmée par les données chiffrées**

343. Depuis son institution dans le paysage sociétaire français en janvier 1994, la SAS a attiré l'attention des groupes de sociétés en raison de sa capacité à répondre aux besoins actuels des filiales communes. Cette capacité est confirmée par le nombre de SAS constituées entre 1996 et 2000 selon le tableau suivant<sup>575</sup> :

Année	SAS	SA	SARL
1996	<b>1 756</b>	<b>170 000</b>	<b>450 000</b>
1999	<b>2 370</b>	<b>152 106</b>	<b>751 104</b>
2000	<b>39 950</b>	-	-
2002	<b>70 000</b>	<b>303 841</b>	<b>1024 199</b>

<sup>574</sup> Jusqu'en juillet 2019.

<sup>575</sup> Ces chiffres sont cités par la doctrine : L. ROUZEAU, « Évolution statistique de la SAS », *BJS*, n° 11, p. 1263 et O. DOUVRELEUR, « Enquête sur les utilisations de la SAS », *LPA*, n° 43, p. 7.

344. Ainsi, en 1996, le nombre de SAS constituées était déjà important (1756), bien que très modeste par rapport au nombre de SA constituées la même année (170 000). Une telle différence doit toutefois être relativisée, en raison du caractère alors récent de la SAS et du fait que son accès était limité aux personnes morales. Il faut également noter que parmi les 1756 SAS constituées, 575, soit 37%, étaient issues de la transformation d'une SA<sup>576</sup>.

345. Quelques années plus tard, le nombre de SAS constituées a augmenté, passant à 2 370 en 1999, alors que la même année, le nombre des SA diminuait (152 106).

346. Les chiffres contenus dans le tableau ci-dessus appellent deux observations. Tout d'abord, le premier accroissement massif du nombre de SAS est observé en 2000, suite à la loi du 12 juillet 1999. Le nombre de SAS constituées est en effet passé de 2 370 en 1999 à 39 950 en 2000, ce qui représente une multiplication par plus de 16. Cela atteste l'influence de l'ouverture et de l'unipersonnalité de la SAS, admises par le législateur, sur la prospérité de cette forme sociale. Ensuite, l'augmentation du nombre de sociétés par actions simplifiées ne s'est pas accompagnée d'une diminution du nombre des autres sociétés constituées sous la forme de la SA et de la SARL. Les trois sociétés avaient chacune leur part dans le marché, la SARL ayant, à cette époque, la part la plus grande.

347. L'augmentation du nombre de sociétés constituées sous la forme de la SAS s'est par la suite poursuivie. En 2002, suite à la loi relative aux nouvelles régulations économiques, le nombre de SAS a atteint 70 000. Une comparaison entre l'année 1999 et l'année 2002 révèle clairement que le nombre de SAS a été multiplié par près de trente<sup>577</sup>. Malgré cette multiplication, la forme de la SAS n'était pas encore la forme la plus usitée en France.

348. Avant de continuer la présentation chiffrée de l'évolution de la SAS, il convient d'indiquer que cette présentation va s'appuyer sur le pourcentage de sociétés constituées en France, d'après les indications de l'Insee<sup>578</sup>. Les statistiques proposent une répartition des sociétés créées par forme juridique en 5 catégories : EURL, SARL, SASU, SAS et autres sociétés. La catégorie « autres sociétés » accueille les sociétés anonymes, les sociétés en

---

<sup>576</sup> *Ibid.*

<sup>577</sup> L. ROUZEAU, « Évolution statistique de la SAS », *BJS*, n° 11, p. 1263.

<sup>578</sup> Il n'est pas inutile de préciser que l'Institut national de la statistique et des études économiques prépare des statistiques sous une forme de pourcentages.

commandite simple et par actions, les sociétés en nom collectif et la société européenne selon le tableau suivant<sup>579</sup>.

Année	SASU	SAS	SAS et SASU	Autres sociétés y compris les SA	EURL	SARL	SARL et EURL
2007	1%	3%	4%	5%	21%	70%	91%
2008	1%	3%	4%	5%	21%	70%	91%
2009	2%	8%	10%	6%	17%	67%	84%
2010	5%	8%	14%	5%	24%	57%	81%
2011	6%	9%	15%	5%	30%	60%	79%
2012	8%	11%	19%	4%	29%	48%	77%
2013	15%	15%	30%	4%	24%	42%	66%
2014	20%	19%	39%	4%	23%	35%	58%
2015	27%	21%	48%	4%	19%	29%	48%
2016	33%	23%	56%	4%	16%	24%	40%
2017	37%	24%	61%	3%	15%	21%	36%
2018	37 %	24 %	61 %	3 %	15 %	21%	36 %

Le nombre de SAS constituées a connu une certaine stabilité entre les années 2004 et 2008. Le taux n'a pas dépassé 4% du total des sociétés constituées (toutes formes confondues). C'est à partir de 2008 que la SAS a commencé à élargir sa part dans le marché. Toutefois, jusqu'en 2009, l'augmentation du nombre de SAS constituées ne s'est pas

<sup>579</sup> Ce tableau est reproduit à partir des tableaux préparés par l'Insee. *Insee Première*, n° 1685, janv. 2018 (chiffres 2013- 2017) ; *Insee Première*, n° 1534, janv. 2015 (chiffres 2010- 2014) et *Insee Première*, n° 1334, janv. 2011 (chiffres 2004-2010).

accompagnée d'une diminution du recours aux formes sociales. À l'inverse, depuis l'année 2010, l'augmentation de la part de la SAS dans le marché s'accompagne d'une diminution des parts des autres sociétés dans le marché. On relèvera de façon plus précise le fort recul de la SARL (57 %) et la perte bien plus relative de parts de marché des autres formes de sociétés y compris les sociétés anonymes (5 %), cela permet de déduire que la SAS dispose toujours d'une marge de progression sur le marché. Cette progression de la SAS s'est d'ailleurs récemment confirmée. Selon les dernières données fournies par l'Insee, en 2017 comme en 2018<sup>580</sup>, la SAS (unipersonnelle et pluripersonnelle) a représenté 61% des créations de sociétés, après 56% en 2016.

349. La comparaison des deux schémas ci-dessus relatifs à la répartition des parts entre la SAS, la SARL et les autres sociétés, en 2008 et en 2018, démontre le succès des sociétés par actions simplifiées. La création de la SAS en 2017 comme en 2018 a enregistré son plus haut niveau depuis 2010<sup>581</sup>. Cela invite à une lecture juridique des données chiffrées.

#### B. La lecture juridique des données chiffrées

350. Les données chiffrées laissent à penser qu'il existe un lien direct entre les réformes juridiques successives de la SAS et le succès économique de la SAS. En effet, chaque fois que le législateur a apporté une modification aux règles régissant la SAS, le taux des sociétés adoptant la forme de la SAS a augmenté l'année suivante. Cette sensibilité au changement législatif apparaît clairement après les réformes menées en 1999, en 2001, puis en 2008 et enfin en 2016 par la loi Sapin II.

Ainsi, la loi n° 99- 587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche a ouvert la SAS à toute personne physique ou morale, pluripersonnelle ou unipersonnelle. Cette ouverture a augmenté les choix des investisseurs, mais de certains investisseurs seulement. L'exigence de capital social minimum (37 000 euros suite à la loi de 1999) a en effet conduit à ce que les groupes de sociétés intéressées par la SAS se tournent vers la version unipersonnelle de la SAS qui répondait à leurs besoins.

---

<sup>580</sup> Jusqu'à juillet 2019, le nombre total de création d'entreprises, tous types d'entreprises confondus, est stable. La création d'entreprises classiques augmente légèrement (+0.3% après +3.3 %) (INSEE, *Informations rapides*, n° 2019-213, 27 août 2019).

<sup>581</sup> *Insee Première*, n° 1685, janv. 2018 (Chiffres 2013-2017).

351. La loi relative aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 a, quant à la transformation des sociétés, encouragé les sociétés qui souhaitaient se transformer à le faire, sans avoir besoin de remplir les conditions de durée ou le seuil demandé par la loi. Cela peut justifier l'augmentation du nombre de SAS constituées entre 2000 et 2002, passant de 39 950 à 70 000. L'augmentation du nombre de SAS s'est accompagnée d'une augmentation du nombre de toutes les sociétés constituées en 2002. L'augmentation du nombre de SA constituées en 2002 ne remet pas en cause l'augmentation drastique des effectifs de la SAS. Si on prend en considération l'âge de la formation de la SA et les années d'isolement s'étendant de 1994 à 1999, la SAS « *n'est pas encore ancrée véritablement dans les habitudes et mœurs juridiques des entrepreneurs* »<sup>582</sup>. Cela peut justifier l'écart entre les nombres de sociétés constituées ; d'un autre côté, cela montre la capacité de la SAS à croître. L'effectif de la SAS a connu un certain temps une relative stabilité. L'avènement de la loi de la modernisation de l'économie et le détachement de la SA réalisé ont relancé le statut de la SAS, si bien qu'elle a commencé à se présenter sur le marché comme dotée d'une forme attirante. On se souvient que la loi de modernisation de l'économie a touché non seulement la SAS mais aussi la SA et la SARL. Toutefois, les effets économiques apparaissent clairement à propos de la seule SAS. Il apparaît donc que « *la liberté statutaire exerce un incomparable pouvoir de séduction pour les entreprises qui avaient d'ordinaire recours au véhicule de la société anonyme* »<sup>583</sup>. Ces attraits attachés à la liberté justifient le recours accru à la constitution de la SAS.

352. En définitive, les données chiffrées présentées dans les tableaux ci-dessus permettent de formuler deux observations.

La première tient à la pluralité des formes sociales proposées par le droit français des sociétés. Ce dernier met à la disposition des investisseurs divers instruments juridiques parmi lesquels ils peuvent choisir la forme sociale qui répond le mieux à leurs besoins en termes d'organisation des relations entre les différents associés et qui est adaptée à la nature de l'activité économique<sup>584</sup>. La pluralité des formes sociétaires est issue des mouvements de modernisation et de simplification visant le droit des sociétés. L'instauration de la SAS dans le paysage sociétaire français, qui a connu des évolutions successives vers l'autonomisation,

---

<sup>582</sup> L. ROUZEAU, « Évolution statistique de la SAS », *op. cit.*

<sup>583</sup> E. SCHLUMBERGER, « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, Lexis Nexis, 2015, p. 771.

<sup>584</sup> La diversité des formes sociales a été appréciée au sein du rapport Marini. (Rapport Marini, *La modalisation du droit des sociétés*, élaboré par Philippe Marini, La documentation française, p. 22).

n'est qu'un exemple de la volonté du législateur d'adapter le droit des sociétés. Notons que la pluralité des formes sociales n'apparaît pas toujours efficace. La forme sociale adaptée et souple remplace dans le marché les formes inadaptées et rigides<sup>585</sup>. On est tenté de reprendre l'observation du Professeur Paul Le Cannu lorsqu'il a commenté la loi n° 99-587, du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche en ces termes : « *les caractéristiques de la formule ainsi devenue accessible sont de nature à primer les autres types de sociétés, qui ne devraient conserver, à terme, qu'une zone d'influence limitée* »<sup>586</sup>.

La seconde observation concerne la concurrence visible entre les diverses formes de société, tout particulièrement entre la SAS pluri ou unipersonnelle et la SARL pluri et unipersonnelle. Cette observation amène à se demander si la concurrence entre la SAS et la SARL dans le marché est susceptible d'exercer une influence sur la modélisation de la SAS.

353. Toutefois, les statistiques présentées permettent non seulement de montrer que les réformes du statut juridique de la SAS expliquent le succès de cette société, mais également que la SAS n'est pas une forme sociale en concurrence avec la SARL.

---

<sup>585</sup> Dans un contexte de la diversité des formes sociétaires, « étendre le domaine d'application de l'une d'elles, c'est lui permettre de mordre sur le territoire d'une ou plusieurs autres et c'est risquer de bouleverser les équilibres établis » indiquait le Professeur J-J. Daigre. (Faut-il banaliser la société par actions simplifiée ? », *JCPE*, 1999, p. 977).

<sup>586</sup> P. LE CANNU, « La SAS pour tous (Loi n° 99-587, 12 juillet 1999, art. 3) », *BJS*, 1<sup>er</sup> août 1999, n° 8-9, p. 841.

## **Section 2. La distinction par rapport à la SARL**

354. Selon les statistiques, la SARL et l'EURL apparaissent comme des sociétés populaires. Jusqu'à 2015, elles ont occupé une place importante sur la carte des sociétés. C'est à partir de cette année que le nombre de sociétés constituées en SARL – ou sa version unipersonnelle – a commencé à baisser, en faveur de la SAS et de la SASU. Si les deux formes sociétaires peuvent, de prime abord, apparaître concurrentes, elles se distinguent sur plusieurs points. Une première distinction porte sur la nature des titres (§1) Une seconde distinction porte sur la nature de la société elle-même : alors que la SARL est une forme réglementée prédéfinie par la loi, la SAS se présente comme une forme fondée sur la liberté statutaire (§2).

### **§1. Des distinctions relatives à la nature des titres**

355. La SAS et la SARL se différencient en ce qui concerne la nature des titres représentatifs du capital donnés aux associés en contrepartie de leur apport. Alors que la SARL se caractérise par des parts, la SAS se caractérise par des actions (A). Cette différence implique l'application de deux régimes différents lors de la transmission des titres (B).

#### **A. La différence entre les parts et les actions**

356. Lors de sa constitution ou lors d'une augmentation de son capital, toute société a besoin d'un capital pour réaliser son objet social. A cet égard, il est vrai que la SAS et la SARL se rapprochent sur plusieurs points. Tout d'abord, elles ne requièrent pas de capital minimum<sup>587</sup>. Les statuts de ces sociétés peuvent fixer librement le montant du capital nécessaire pour démarrer l'activité économique. Ensuite, les associés des sociétés en cause ne sont responsables qu'à concurrence de leurs apports dans le capital<sup>588</sup>. Enfin, les apports peuvent être des apports en nature<sup>589</sup>, en numéraire ou en industrie<sup>590</sup>.

357. Malgré ces points communs entre la SAS et la SARL, les différences liées au capital sont également nombreuses. Tout d'abord, le capital de la SAS se divise en actions alors que le capital de la SARL se divise en parts sociales. Cela engendre deux régimes différents, ce

---

<sup>587</sup> L'article L. 210-2 du Code de commerce pour la SAS et l'article L. 223-2 du même Code pour la SARL.

<sup>588</sup> Art. L. 223-1 C. com.

<sup>589</sup> La ressemblance en matière de désignation d'un commissaire aux comptes chargé d'évaluer la valeur de l'apport en nature est issue de la loi Sapin II.

<sup>590</sup> L'article L. 227-1 du Code de commerce pour la SAS et l'article L. 223-7 du même Code pour la SARL.

qu'illustre particulièrement bien la publication de la participation des associés. En effet, contrairement à la SARL, la SAS est régie par le principe d'anonymat de l'actionariat (1), même s'il existe une exception relative à la déclaration du bénéficiaire effectif (2).

### 1. Le principe d'anonymat de l'actionariat au sein de la SAS

358. En effet, les actions de la SAS sont soumises au principe de l'anonymat des associés. Cela signifie que les tiers ne peuvent pas savoir qui détient le capital dans la mesure où la SAS n'est pas tenue de publier les listes de ses associés ou le rapport de gestion, contrairement aux SA. Une question a été posée dans la doctrine<sup>591</sup>, que nous partageons, celle de savoir si les associés de la SAS peuvent avoir accès à toute information relative à la composition du capital<sup>592</sup>. L'article L. 225-116 du Code de commerce relatif au droit des actionnaires de la société anonyme d'obtenir la liste des actionnaires avant chaque assemblée générale, de même que l'article L. 233-8 –I du Code de commerce exigeant la publication du nombre total des droits de vote existant, soit après l'assemblée générale ordinaire, soit lorsque ce nombre varie de 5% entre deux assemblées ordinaires, ne s'appliquent pas à la SAS<sup>593</sup>.

Par contraste, l'article L. 223-7 du Code de commerce indique clairement que « *la répartition des parts sociales [de la SARL] est mentionnée dans les statuts* », en vertu desquels les associés ainsi que les tiers peuvent à tout moment consulter la liste de la répartition. Il convient de souligner à cet égard que la modification apportée à la sanction encourue en cas de violation du devoir de mentionner dans les statuts la répartition des parts sociales soulève une question sur la force obligatoire de cette règle<sup>594</sup>.

Toutefois, le principe de l'anonymat de l'actionariat reçoit, depuis la loi Sapin II, une exception relative à la déclaration du bénéficiaire effectif.

---

<sup>591</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op. cit., § 438, p. 254..

<sup>592</sup> M. GERMAIN, P.-L. PÉRIN et P.-Y. LAGARDE, « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », *Actes pratiques et ingénierie sociétaires*, Dossier, n° 129, mai-juin 2013, p. 13.

<sup>593</sup> Art. L. 227-1, al.3 C. com.

<sup>594</sup> Avant mars 2012, la violation du devoir de mentionner dans les statuts la répartition des parts sociales a été sanctionnée de six mois d'emprisonnement. En vertu de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012, le législateur a dépénalisé la publicité des associés en supprimant la sanction.

2. L'exception au principe d'anonymat : la déclaration du bénéficiaire effectif

359. La distinction entre les deux formes sociétaires semble altérée du fait de la promulgation de la loi Sapin II<sup>595</sup> qui a rapproché les deux sociétés en ce qui concerne la déclaration de bénéficiaire effectif. En vertu de l'article L. 561-46 et suivant du Code monétaire et financier, la SAS, la SARL pluri ou unipersonnelle doivent déclarer dans un registre leur bénéficiaire effectif.

L'identité du bénéficiaire effectif est identique dans toutes les sociétés, à savoir « la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle »<sup>596</sup> sur les organes de direction ou de gestion de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés ou actionnaires de la société<sup>597</sup>. Faute d'avoir pu identifier au moins un bénéficiaire effectif selon les critères précédents, le ou les représentants légaux de la société (le gérant de la SARL, le dirigeant de la SAS) seront présumés bénéficiaires effectifs<sup>598</sup>.

Au-delà des conséquences sur le principe d'anonymat de l'actionnariat, la distinction entre la SAS et la SARL quant à la nature des titres a un impact lors de la transmission des titres de la société.

B. La transmission des titres de la société

360. Dans la SARL, la cessibilité des parts sociales est soumise à une règle civile prévue par l'article 1690 du Code civil. En principe, la cession ou la transmission des parts sociales est

---

<sup>595</sup> L. n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 déc. 2016, texte n° 2. Cette loi a transposé une directive européenne concernant la lutte contre la corruption et le financement du terrorisme. (Dir. n° 2015/849/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JOUE*, n° L.141/73, 5 juin 2015).

<sup>596</sup> Art. R. 561-1 C. mon. fin.

<sup>597</sup> Art. L. 233-3, I, 3° et 4°, C. com.

<sup>598</sup> Décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, *JORF*, n°0092 du 20 avril 2018, texte n° 28. À ce propos, B. DONDERO, « Décret sur le bénéficiaire effectif : ce qui change (D. n° 2018-824 du 18 avr. 2018), *Le blog du Professeur Bruno Dondero*, 20 avr. 2018. Adde. A. COURET et B. DONDERO, *Le bénéficiaire effectif*, 1<sup>er</sup> éd., Joly, 2018.

soumise à un régime d'agrément prenant en considération la personne du cessionnaire<sup>599</sup>. Cet agrément peut être légal ou conventionnel. Lorsqu'un associé souhaite céder ses parts à un tiers étranger à la société, le législateur exige, dans l'article L. 223-14 du Code de commerce, « *le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte* ». L'agrément est donc d'ordre public sociétaire à cet égard. En raison de l'*intuitus personae* de la SARL, toute clause contraire portant sur l'allègement de la majorité, est réputée non écrite<sup>600</sup>.

361. En plus de l'agrément imposé, les associés de la SARL peuvent stipuler une clause d'agrément dans les statuts. Cela peut être envisagé comme une exception à la libre cession des parts sociales en cas de cession faite entre conjoints et entre descendants et ascendants. Sur ce point, la SARL s'éloigne de la SAS et se rapproche de la SA. Ici, l'article L. 223-14 du Code de commerce se trouve appliqué à la SARL pour ce qui est des règles prévues pour la cession aux tiers étrangers. Si elle est faite entre associés, la cession est, par principe, libre. Dans cette optique, la formalité de la cession des parts sociales est allégée à l'instar du transfert de propriété des titres nominatifs. Le simple dépôt de l'acte écrit de cession contre remise d'une attestation de dépôt au siège de la société ou la signification par huissier ou acceptation de la société par un acte authentique, rend cet acte opposable à la société. Toutefois, pour que cet acte soit opposable aux tiers, la loi exige que cet acte soit publié au registre du commerce et des sociétés. Cela révèle la lourdeur inhérente aux cessions des parts, ce qui l'a mise en concurrence avec la SAS<sup>601</sup>.

362. Dans la SAS, l'organisation de la cession des actions est laissée à la liberté des associés. Les associés peuvent les encadrer par des clauses statutaires<sup>602</sup>. Quant à la formalité de la cession, celle-ci est plus simple que celle de la SARL. Aucun acte écrit n'est exigé. Un ordre de mouvement inscrit aux comptes de l'acheteur ou dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé suffit pour rendre cette cession opposable à la société et aux tiers<sup>603</sup>.

363. Par ailleurs, une comparaison semble utile également en matière de droit d'enregistrement. La cession des parts sociales de la SARL est soumise au droit

---

<sup>599</sup> D. VIDAL et K. LUCIANO, *Cours de droit spécial des sociétés*, 2<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2016, § 721, p. 186.

<sup>600</sup> Art. L. 223-14, al. 7 C. com.

<sup>601</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 588.

<sup>602</sup> Voir *supra* n° 464s.

<sup>603</sup> Art. L. 228-1, al. 9 C. com.

d'enregistrement de 3% après « un abattement égal au rapport entre la somme de 23 000 € et le nombre total de parts sociales de la société »<sup>604</sup>, tandis que, en cas de cession des actions de la SAS, le transfert de celles-ci est soumis au droit d'enregistrement de 0,1%. Celui-ci semble plus attractif que celui de la SARL, notamment pour une SARL disposant d'un capital important où la cession des parts sera plus coûteuse que la cession des actions<sup>605</sup>. Dans ce cas, il sera plus avantageux pour une SARL de se transformer en SAS.

En définitive, la distinction relative à la nature des titres de la SAS et de la SARL affecte non seulement la question de l'anonymat de l'actionnariat, mais également le régime de transmission des titres. A cette première distinction, technique, s'ajoute une différence, plus fondamentale, entre la SAS et la SARL, qui porte sur la nature même de ces deux sociétés.

## **§2. Des distinctions relatives à la nature des sociétés**

364. La liberté statutaire absolue qui caractérise le système de gouvernance de la SAS ne permet pas, selon nous, de comparer cette forme sociale avec le système réglementé de la SARL. Par opposition à la SARL où le fonctionnement et le statut de gérance sont prévus par la loi, les associés de la SAS possèdent un libre choix quant à la détermination des méthodes et des conditions de gouvernance de la société.

365. Ainsi, en raison de la philosophie libérale qui s'appuie sur l'idée de créer une société « sur mesure », la SAS se caractérise par sa nature variable, fluctuant en fonction de la créativité et des intentions des associés qui rédigent les statuts<sup>606</sup>. Ces derniers peuvent dessiner leurs statuts de façon à ce qu'ils répondent le mieux à leurs besoins. De la sorte, chaque SAS représente « un cas particulier »<sup>607</sup>. Certaines SAS choisissent une organisation classique – un conseil d'administration par exemple – lorsque d'autres préfèrent inventer une organisation originale. Comment alors comparer la SAS, par nature variable et adaptée à chaque situation spécifique, avec la SARL, caractérisée par des règles constantes et préfixées ? Si une confrontation est sans doute envisageable au cas par cas, en particulier

---

<sup>604</sup> Art. 726, I, 1° bis A, CGI.

<sup>605</sup> M. GERMAIN, P.-L. PÉRIN et P.-Y. LAGARDE, « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », *Actes pratiques et ingénierie sociétaires*, *op.cit.*

<sup>606</sup> L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1996*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>607</sup> M. STORCK, « Les associés de la SAS », *op. cit.*

lorsque la SAS adopte une organisation « classique », une comparaison globale ne nous semble pas possible, justement en raison de l'absence de points de comparaison.

366. En définitive, la confrontation des règles régissant la SAS et la SARL révèle que ces sociétés sont trop différentes pour être mises en comparaison. Certaines distinctions sont techniques, attachées à la nature différentes des titres de chaque société. D'autres sont plus fondamentales, touchant la philosophie même de chaque société. En effet, alors que la SARL est strictement réglementée, la SAS se caractérise par la liberté des associés. Les investisseurs font ainsi face à deux formes sociétaires de nature si distincte qu'en fonction de leurs besoins soit de réglementation, soit de liberté ils n'auront pas à hésiter entre la SARL et la SAS.

## **Conclusion du chapitre I**

367. Les réformes successives du régime juridique de la SAS ont visé à fournir aux entreprises les moyens d'affronter les défis économiques<sup>608</sup> évolutifs et à mieux organiser la vie de la SAS. Elles ont permis d'accentuer la distinction entre la SAS et deux autres sociétés compétitives sur le marché : la SA et la SARL. En détachant partiellement la SAS du régime de la SA, soit en simplifiant le régime de la SAS, soit en supprimant certains renvois aux règles de la SA, le législateur a fortement renforcé l'attractivité de la SAS et a contribué au déclin progressif de la SA. Les statistiques le démontrent. Par ailleurs, la distinction entre la SAS et la SARL est également incontestable, tant en ce qui concerne la question précise de la nature des titres qu'en ce qui concerne la philosophie plus large de chacune de ces sociétés.

En définitive, la SAS se définit par des caractéristiques particulières qui en font déjà, dans une certaine mesure, une société unique et attractive, distincte des autres formes sociétaires en droit français. En d'autres termes, le régime juridique de la SAS renferme déjà des atouts propres à partir desquels cette forme sociale pourra être modélisée. Cette conclusion est renforcée par l'existence des éléments significatifs de la SAS qui méritent d'être identifiés.

---

<sup>608</sup> L. GODON, « L'éclatement des formes sociales », *op. cit.*, p. 44.

## Chapitre II. L'identification des éléments significatifs de la SAS

368. L'identité propre de la SAS se caractérise par un élément significatif principal : la liberté qu'ont les associés de dessiner les contours de leur société. Cette caractéristique spécifique donne aux rédacteurs des statuts une grande marge de manœuvre pour organiser « *sur mesure* »<sup>609</sup> le fonctionnement de la société. L'exercice de cette liberté nécessite un savoir-faire juridique, tant en ce qui concerne l'aménagement de la direction de la SAS qu'en ce qui concerne l'aménagement des droits des associés, et ce dans le but de réaliser l'objet social de la société en cause tout en respectant l'esprit du droit des sociétés. C'est la raison pour laquelle la rédaction des statuts d'une SAS est souvent confiée par les associés à des professionnels en droit des sociétés.

369. La liberté statutaire dont les associés de la SAS bénéficient rend ainsi la structure de cette société particulièrement flexible, apte à évoluer en fonction des besoins des opérateurs économiques. Cette flexibilité permet non seulement de différencier la SAS par rapport aux autres formes sociales en droit français, mais également de distinguer une SAS par rapport à une autre. Finalement, la SAS pourrait se définir par l'expression suivante : « A chacun sa société, à chacun son droit »<sup>610</sup>. Cela se vérifie notamment en ce qui concerne l'organisation de la gouvernance (**Section I**) et de l'actionnariat (**Section II**) de la SAS.

---

<sup>609</sup> P. MERLE, *Droit commercial, sociétés commerciales*, op. cit., § 680, p. 784.

<sup>610</sup> C'est à l'image de l'analyse du droit de la famille faite par le doyen Carbonnier. Voir J. CARBONNIER, « À chacun sa famille, à chacun son droit », in *Essai sur les lois*, LGDJ, 2013, p. 167.

### **Section 1. La souplesse inhérente à l'organisation de la gouvernance**

370. L'organisation de la gouvernance de la SAS est régie par l'article L. 227-5 du Code de commerce qui prévoit que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». La doctrine qualifie cette règle de permissive<sup>611</sup> dans la mesure où elle permet aux statuts de dessiner librement l'architecture de gouvernance de la SAS. Cette liberté statutaire offerte aux associés est évidente lorsqu'il s'agit d'organiser la gouvernance interne de la société (§1). Elle est en revanche davantage encadrée lorsqu'il s'agit d'organiser les relations externes de la société (§2).

#### **§1. L'organisation libérale de la direction de la SAS**

371. Dans la mesure où la loi délègue aux statuts le pouvoir de fixer les conditions dans lesquelles la société est dirigée, l'organisation de la direction doit être détaillée dans ceux-ci, d'autant plus qu'il n'existe aucun texte supplétif à cet égard. Les rédacteurs des statuts de la SAS sont donc tenus de définir concrètement et complètement le régime juridique qui encadre l'organisation interne de la société. À ce titre, les associés ont le libre choix quant aux organes de direction (A) et quant aux modes de direction (B).

##### **A. Le libre choix des organes de direction de la SAS**

372. Contrairement à l'hypothèse de la société anonyme, les associés de la SAS ont une liberté quasi absolue dans la désignation de leur(s) dirigeant(s) (2), ce qui est d'autant plus remarquable que la notion même de « dirigeant » n'est pas fixée et peut recouvrir plusieurs acceptions (1).

##### **1. Les différentes acceptions de la notion de « dirigeant »**

373. La notion de « dirigeant » est relativement récente. Elle est apparue au début du XX<sup>e</sup> siècle en même temps que se développait la fonction du même nom<sup>612</sup>. La loi n'a pas défini cette notion, ce qui en fait un sujet de controverse.

---

<sup>611</sup> Le Professeur Paul Le Cannu lorsqu'il a étudié l'article L.227-5 sous l'angle des « normes permissives ». Voir P. LE CANNU, « La SA : un cadre légal minimal », *Rev. sociétés*, 2014, p. 543.

<sup>612</sup> J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés : juridique-fiscal-social*, 5<sup>e</sup> éd., Groupe revue fiduciaire, 2018, p. 27.

374. *Lato sensu*, la qualité de dirigeant est confiée à toute personne ayant une responsabilité dans le cadre de l'administration, de la gestion ou de la direction d'une entreprise. L'association nationale des sociétés par actions (ANSA) a suivi cette approche<sup>613</sup>. *Stricto sensu*, cette qualité est exclusivement confiée à la personne qui assure la direction de la société et ne s'étend pas à toute personne qui participe à son administration<sup>614</sup>. Selon une troisième conception défendue par la compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC)<sup>615</sup>, les dirigeants sont ceux qui exercent des pouvoirs comparables aux administrateurs d'une société anonyme, à savoir décider de la conduite des affaires sociales en participant activement à la gestion de la société ; fixer les orientations de l'entreprise (activité, organisation, investissement, recrutement) ; disposer des biens sociaux et autoriser le président à engager la société<sup>616</sup>. Si cette dernière définition correspond effectivement bien à la notion de dirigeant dans les sociétés anonymes, elle n'apparaît en revanche pas adéquate dans le cas de la SAS dans la mesure où les articles L. 225-35 et L. 225-37 du Code de commerce font partie des textes exclus de l'application à la SAS, ce qui est prévu par le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du Code de commerce.

375. Du point de vue de la doctrine, le Professeur Philippe Didier favorise, lorsqu'il aborde la notion de dirigeant, une conception large qui donne la qualification de « dirigeant » à tous les organes sociaux prévus par la loi ou par les statuts, sauf à l'assemblée générale, et ce pour plusieurs raisons. La première est textuelle. La formulation générale de l'article L.227-5 du Code de commerce, à travers le verbe « dirige », ne se limite pas à la fonction de direction générale mais peut s'étendre à tout mandataire social ayant la qualité de dirigeant. La deuxième raison est opérationnelle. Définir la notion de dirigeant de façon restreinte, limitée au directeur général, conduit à considérer que les organes de contrôle et de consultation ne sont pas régis par un régime légal, ce qui soulève des incertitudes quant aux règles juridiques qui leur sont applicables. La troisième raison relève de la politique juridique. Le Professeur Didier estime que la bonne gouvernance de la société peut être établie lorsque tous les

---

<sup>613</sup> Selon l'ANSA, la notion de dirigeant peut accueillir les membres des organes de surveillance ou les chargés de missions particulières. Elle recommande de se référer aux dispositions existantes pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, lesquelles prévoient l'application de la procédure de contrôle des conventions réglementées aux membres des conseils de surveillance. [Avis du Comité juridique ANSA, nov-déc 1995, n° 2803].

<sup>614</sup> J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés- juridique- fiscal-social*, op. cit., p. 28.

<sup>615</sup> CNCC, 1997. p. 321.

<sup>616</sup> Dans les SA, toutes les missions de consultation, d'autorisation, d'exécution et de contrôle sont des missions de direction dédiées au conseil d'administration (L. 225- 35 C. com et L. 225-37 C. com).

mandataires sociaux sont soumis aux mêmes dispositions. Ces trois raisons justifient la conception large de la notion de dirigeant retenue par le professeur Didier, conception à laquelle nous souscrivons. À cette conception large de la notion de dirigeant s'ajoute, dans le cas de la SAS, une liberté quasi-absolue des associés quant à la désignation de leur(s) dirigeant(s). Les manifestations de cette liberté sont nombreuses.

## 2. Les manifestations de la liberté dans la désignation du dirigeant

376. La détermination des organes qui disposent de la qualité de « dirigeant » revêt un intérêt particulier dans le cas de la SAS en ce qui concerne l'application des règles juridiques, tant en matière de responsabilité<sup>617</sup> que de contrôle des conventions réglementées<sup>618</sup> ou interdictions<sup>619</sup>.

377. **Les conditions et les modes de désignation.-** Contrairement aux sociétés anonymes, pour lesquelles la qualité de la personne physique, l'âge, le sexe<sup>620</sup> sont des paramètres qui doivent parfois être pris en considération<sup>621</sup>, les statuts des sociétés par actions simplifiées déterminent librement la qualité et les modalités de désignation des dirigeants. Leurs statuts peuvent ainsi exiger du dirigeant qu'il remplisse certaines conditions autres que celles qui sont prévues par le droit commun<sup>622</sup>. Par exemple, ils peuvent exiger une compétence technique particulière, ou étendre le champ de l'incompatibilité de la fonction de dirigeant avec certaines activités.

378. **Le possible cumul avec un contrat de travail.-** Les dirigeants de la SAS ne sont pas salariés, ils n'ont pas de contrat de travail avec la société. Mais comme ceux de la SA ou de la SARL, ils sont assujettis au régime des salariés, ils paient des cotisations sociales comme les salariés. Cependant, ils peuvent cumuler leur mandat social à un contrat du travail.

---

<sup>617</sup> Art. L. 227-7, L. 227-8, L. 244-1 et L. 224-3 C. com.

<sup>618</sup> Art. L. 227-10 C. com.

<sup>619</sup> Art. L. 227-12 C. com.

<sup>620</sup> Les règles relatives à la féminisation des conseils ne sont pas applicables. Voir M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., § 750, p. 323.

<sup>621</sup> Art. L. 225-19 C. com. Voir Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in *La société par actions simplifiée - Bilan et perspective*, ouv. col., Dalloz, 2016, §30, p. 134.

<sup>622</sup> Ce sont : la non-condamnation prévue par l'article 131-6 du Code pénal ; ne pas être soumis aux interdictions attachées à la faillite personnelle prévues par les articles L. 653-1 à L. 653-11 du Code de commerce ; ne pas exercer une activité professionnelle ou élective incompatible avec la fonction de dirigeant de société. (J.-P. CASIMIR et M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés - juridique-fiscal-social*, op. cit., p. 53 et s.

Sauf stipulations contraires des statuts ou d'un acte extérieur, les dirigeants<sup>623</sup> peuvent librement cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail sans que ce contrat doive nécessairement être antérieur à leur désignation comme mandataires sociaux et sans limitation du nombre des dirigeants liés à la société par un contrat de travail, contrairement aux dispositions de l'article L. 225-22 du Code de commerce qui exige une antériorité de deux années au moins à sa nomination. Cet article n'est pas applicable à cet égard<sup>624</sup>.

En outre, les conditions requises pour conclure le contrat de travail doivent être respectées en la matière par rapport à l'existence d'un lien de subordination et d'un emploi effectif<sup>625</sup> qui doivent être appréciés et évalués au cas par cas dans la mesure où les fonctions de dirigeant pourront être très diverses.

**379. Les modes de nomination.-** En principe, les dirigeants des SAS, personnes physiques ou personnes morales, sont désignés par les associés. Rien n'empêche toutefois d'établir d'autres modes de nomination.

Ainsi, les associés auront la liberté de désigner le premier dirigeant au sein des statuts de la société, par acte séparé, ou par décision ultérieure des associés. Quant à l'élection des dirigeants, qui assure un fondement démocratique à l'action de ces derniers, elle peut résulter de la tenue d'une assemblée ou d'une consultation écrite<sup>626</sup>, et peut répondre à différentes modalités de vote (le scrutin majoritaire ou la représentation proportionnelle). En plus d'une liberté de choix quant aux organes de direction de la SAS, les associés peuvent également choisir ou inventer les modes de direction de leur société.

---

<sup>623</sup> « Le cumul d'un contrat de travail avec un mandat social de dirigeant non associé ou de dirigeant associé minoritaire ou égalitaire est possible lorsque les conditions d'un tel cumul sont remplies ». Tandis que le dirigeant associé majoritaire ne peut pas être titulaire d'un contrat de travail puisque, du jour de sa nomination comme dirigeant, il cesse de se trouver, même dans l'exercice de fonctions techniques, dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail. (J.-P. DOM, *Société par actions simplifiée*, *op.cit.*, p. 14).

<sup>624</sup> Seule la procédure de contrôle des conventions réglementées aura vocation à s'appliquer en cas de conclusion d'un contrat de travail au profit du président, du directeur général ou du directeur général délégué ou des autres dirigeants (art. L. 227-10 C. Com.) (J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social*, *op cit.*, p.115).

<sup>625</sup> La notion d'activité effective est l'expression de la prestation de travail caractéristique du contrat de travail.

<sup>626</sup> F. MASQUELIER et N.-S. DE KERGUINIC, *Société par actions simplifiée, création, gestion, évaluation*, 5<sup>e</sup> éd., Delmas, 2007, p. 194.

## B. Le libre choix des modes de direction

380. L'un des éléments significatifs de la SAS transparaît à travers la liberté statutaire offerte aux associés à l'article L. 227-5 du Code de commerce pour choisir le mode de direction de leur société. Ce dernier dépendra en pratique de l'objectif que les associés souhaitent réaliser. À ce propos, ils peuvent reprendre l'un des modes de direction classique utilisés dans la SA (1) ou opter pour un mode d'organisation original (2).

### 1. La reprise des modes de direction classiques

381. Les rédacteurs des statuts de la SAS sont tenus de définir concrètement et complètement le régime d'organisation interne de la société. Ils peuvent volontairement opter pour une des formules de direction connues dans les sociétés anonymes : la formule unifiée (Conseil d'administration avec président, directeur général), la formule dualiste (directoire et conseil de surveillance) et la formule dissociée (CA avec président non directeur général).

382. La jurisprudence reconnaît, d'une manière implicite, la validité d'une organisation statutaire classique pour la SAS<sup>627</sup>. En pratique, la grande majorité des sociétés par actions simplifiées adoptent les modes de direction les plus connus<sup>628</sup>, à savoir :

- un dirigeant unique qui porte le titre de président et qui assure la fonction de représentation de la SAS. Cela équivaut au gérant de SARL.

- la direction collégiale, avec un dirigeant exécutif qui assure la gestion quotidienne de la société tout en faisant partie d'un organe qui prend à titre collégial les décisions relatives à la stratégie et l'administration de la SAS. Dans ce cas, le président équivaut au directeur général de la SA.

- la direction contrôlée : dans ce cas, les fonctions du dirigeant exécutif sont soumises au contrôle d'un organe de surveillance (le conseil de surveillance) qui doit donner son

---

<sup>627</sup> L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 juin 2007 s'est engagé dans la voie d'une nullité pour défaut de l'autorisation préalable du conseil de surveillance. La cour d'appel s'est ainsi prononcée : « *considérant que, selon l'article 1108 du code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle pour la validité d'une convention, considérant qu'en subordonnant dans ses statuts la conclusion des actes qu'ils visent, dont ceux litigieux, à l'autorisation préalable du conseil de surveillance, la SAS CDC entreprise capital investissement a fait de cette autorisation un élément constitutif de son consentement auxdits actes, nécessaire à l'émission d'une volonté juridiquement efficace,....[...]* » (CA Paris 12 juin 2007 : *JCPE* 2007, 2312, note T. Bonneau, *BJS*, 2007, p. 1341, P. Le Cannu).

<sup>628</sup> M. GERMAIN, P.-L. PERIN, *La société par actions simplifiée- Études-Formules*, op. cit., p. 300.

autorisation pour certaines décisions importantes. Il convient de souligner que le choix d'un mode classique peut donner aux dirigeants des points de repère sur le rôle qu'ils doivent jouer. Dans cette optique, les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SAS auront à remplir un acte de mandat proche de celui qui existe dans la SA.

383. En effet, le choix d'un mode de direction classique inspiré de celui qui est appliqué aux SA ne doit pas être compris comme un souhait implicite d'appliquer en la matière l'ensemble du régime de la SA à la SAS. Dans cette situation, on peut distinguer deux hypothèses.

Dans la première hypothèse, les associés de la SAS choisissent la totalité du régime de direction applicable à la SA, en indiquant dans les statuts que les dispositions régissant le conseil d'administration de la SA seront applicables à la SAS. Si les associés font ce renvoi exprès, la totalité des règles régissant le conseil d'administration seront estimées applicables à la SAS. La question de la compatibilité entre les règles concernant la SA et le statut particulier de la SAS ne sera donc pas discutée. La liberté de choisir le mode de direction pourra être exercée également en s'inspirant d'une société autre que la SA, telle que la société civile ou la SARL.

Dans la deuxième hypothèse, la SAS naît d'une transformation d'une SA disposant d'un conseil d'administration. La question qui se pose ici est celle de savoir si la SAS devra garder le conseil d'administration de la SA en cause. Cette question a été posée à la Cour de cassation en 2017<sup>629</sup>. En l'espèce, une personne physique, M. X, actionnaire majoritaire et président du conseil d'administration d'une société anonyme, a cédé 98.81% des actions qu'il détenait dans cette société. Une clause, insérée dans le protocole de cession, prévoyait que « *le prix de cession des actions serait diminué en cas de baisse du chiffre d'affaire au cours des exercices 2005-2006 dans la mesure où [l'actionnaire en cause] serait maintenu à son poste d'administrateur* ». Trois mois après la signature du protocole entre le cédant et le cessionnaire, l'assemblée générale de la SA décide de transformer cette dernière en SAS. Cette dernière et la société cessionnaire ont demandé conventionnellement de mettre en œuvre la clause de réduction susmentionnée figurant dans le protocole. Pour que la clause de réduction de prix de cession des actions figurant dans le protocole soit applicable, il faut remplir deux conditions : la première, la baisse du chiffre d'affaires au cours des exercices 2005-2006 ; la deuxième, le maintien du cédant en cause dans la qualité d'administrateur. Or, dans la mesure où la SAS (issue de la transformation d'une SA) n'est pas dotée

---

<sup>629</sup> Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI, BJS*, note M. Germain et P.-L. Périn.

nécessairement d'un conseil d'administration et donc d'administrateurs, la deuxième condition ne semble pas toujours réalisable. La clause ne serait alors pas applicable.

384. La cour d'appel de Paris a relevé que même si les statuts de la SAS ne font pas référence au conseil d'administration, la SAS maintient ce conseil. Le cédant demeure donc administrateur. Mais, sur le fondement des articles L. 227-1 et L. 227-5 du Code de commerce, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en retenant que « *seuls les statuts de la SAS fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* »<sup>630</sup>. Le raisonnement de la Haute juridiction repose sur une lecture combinée des deux articles faisant partie du cadre juridique de la SAS : l'article L. 227-1 du Code de commerce qui ne soumet pas la SAS aux règles de la SA en matière de direction, et l'article L. 227-5 du Code de commerce qui délègue aux statuts de la SAS le pouvoir de déterminer les conditions dans lesquelles la société est dirigée. Plusieurs conclusions peuvent être déduites de la décision de la Cour de cassation.

385. En premier lieu, la règle prescrite à l'article L. 227-5 du Code de commerce revêt un caractère impératif. Les associés de la SAS ne peuvent pas y déroger. L'impérativité de cette règle a une particularité au sein de la SAS où les rédacteurs des statuts doivent impérativement fixer dans ceux-ci le mode de direction qu'ils ont choisi. Contrairement à la définition de la liberté contractuelle qui implique la liberté de faire et de ne pas faire<sup>631</sup>, les associés de la SAS ne sont donc ici pas libres de fixer ou de ne pas fixer les conditions relatives à la direction de cette société<sup>632</sup>. La loi les oblige à organiser la direction de la société dans les statuts.

La décision de la Cour de cassation nous semble logique et bien justifiée. Toutefois une incertitude demeure quant à sa portée. Si le mode de direction est défini de façon superficielle dans les statuts, les détails insérés dans un pacte extra-statutaire pourront-ils être pris en compte ? La réponse diffère selon l'interprétation de l'article L. 227-5 du Code de commerce qui sera adoptée. Une interprétation restrictive de cet article suggère que le mode de direction choisi par les associés ainsi que l'ensemble des éléments constitutifs du cadre de

---

<sup>630</sup> *Ibid.*

<sup>631</sup> R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lexis Nexis, 2017, V° « Liberté contractuelle ».

<sup>632</sup> Ph. DIDIER, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », *op. cit.*, p. 123 et s.

l'activité de direction figurent dans les statuts. Une telle interprétation, qui ne favorise aucune organisation infra ou extra-statutaire de la direction de la SAS, se justifie par le fait que l'article L. 227-5 du Code de commerce ne fait aucune allusion à un autre support. La décision de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 semble pencher vers cette interprétation<sup>633</sup>. Une interprétation large de l'article L. 227-5 du Code de commerce suppose au contraire que « *les statuts prévoient pour le moins l'existence des organes et leurs principales caractéristiques en termes de pouvoirs et compétence, de composition et de modalités de prise de décisions* »<sup>634</sup>, alors que les détails seront précisés dans des pactes infra ou extra-statutaires. L'examen de plusieurs statuts de sociétés par actions simplifiées laisse apparaître une pratique favorable à l'interprétation libérale de l'article L. 227-5 du Code de commerce.

386. En second lieu, la décision de la Cour de cassation du 25 janvier 2017 démontre la différence de structure entre la SAS et la société anonyme. Le changement de forme sociale d'une SA en SAS n'apporte pas un transfert universel du système de direction adopté dans la société transformée.

387. En définitive, les statuts de la SAS peuvent préciser librement<sup>635</sup> tous les points qui concernent le nombre minimal et/ou maximal de dirigeants, la répartition des postes de direction entre les différents groupes d'associés, la répartition des tâches entre les différents dirigeants, les conditions dans lesquelles l'organe collégial prend ses décisions (modalités de sa convocation, lieu et périodicité de ses réunions, conditions de quorum et de vote, mode de scrutin, possibilité de se faire représenter, tenue d'un registre des décisions, etc.). Les statuts de la société peuvent également créer un nouveau mode d'organisation de la SAS.

## 2. La création des modes de direction sui generis

388. Plutôt que de recourir à un mode de direction classique, les associés de la SAS peuvent choisir de créer eux-mêmes des modalités originales pour ce qui est de la direction de leur

---

<sup>633</sup> Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI : D. actualité*, 14 fév. 2017, note X. Delpech.

<sup>634</sup> Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI, BJS*, note M. Germain et P.-L. Périn.

<sup>635</sup> J.-P. DOM, E. BACCICHETTI, F. COLLIN, et al., *Société par actions simplifiée, dossiers pratiques*, Francis Lefebvre, 2007, p.138.

société<sup>636</sup>. C'est d'ailleurs cette liberté qui caractérise la SAS. Les fondateurs de la SAS peuvent aussi faire preuve d'imagination. Ils peuvent, par exemple, prévoir une séparation sectorielle des pouvoirs ou permettre l'intervention d'organes ayant des pouvoirs très spécifiques de contrôle ou d'arbitrage<sup>637</sup>. Ils ont également la possibilité de conférer un caractère officiel aux comités techniques (comité d'investissement, comité financier) qui existent parfois dans les grandes sociétés anonymes<sup>638</sup>. L'un des avantages principaux de la SAS est ainsi la mise en place d'organes de gestion et/ ou de surveillance adaptés aux besoins propres de chaque société. Cela permet à la SAS, contrairement aux autres formes sociétaires, d'impliquer les associés minoritaires à la gestion ou au conseil de surveillance d'une manière efficace et souple.

389. L'imagination des rédacteurs des statuts peuvent s'étendre jusqu'à la nomination d'un collège de membres étant e-administrateurs. En réalité, d'un point de vue juridique, les règles régissant la SAS ne prévoient pas l'interdiction d'une telle nomination. La liberté statutaire est absolue en matière de choix des modalités pour lesquelles opte la société. Toutefois, d'un point de vue technique, la nomination d'un e-administrateur semble discutable. En effet, selon l'article R. 123-54, 2°, b), du Code de commerce, lors de l'immatriculation de la société, il faut déclarer « *les noms, nom d'usage, pseudonyme, prénoms, date et lieu de naissance, domicile personnel et nationalité des [...] administrateurs, président du conseil d'administration, président du conseil de surveillance, membres du conseil de surveillance et commissaire aux comptes [...]* ». Le CCRCS a affirmé la nécessité suivante : « *dans une société par actions simplifiée, les membres d'un organe statutaire, quel que soit son intitulé, auxquels les statuts confèrent individuellement ou collectivement le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société doivent être déclarés au RCS* »<sup>639</sup>. Or, dans l'hypothèse où, dans une SAS, on opte pour un conseil d'administration contenant un administrateur électronique, le respect des exigences prévues dans l'article R. 123-54, 2°, b) susmentionné ne semble pas possible dans la mesure où l'administrateur électronique ne possède pas la

---

<sup>636</sup> Voir à cet égard, N. THOMASSIN, « L'organisation du pouvoir de direction dans la SAS », Colloque : *La SAS : 25 ans après*, organisé par l'Université de Caen Normandie, le 5 avril 2019 (non publié).

<sup>637</sup> P.-L. PÉRIN, « Direction et représentation de la SAS, état des lieux après la loi de sécurité financière », *LSJ. Entr. et aff.*, n°10, 4, 3, 2004, p. 332.

<sup>638</sup> Aujourd'hui, les grandes sociétés intègrent de plus en plus des comités de diverse nature, à l'image des comités de rémunération, ou des comités de stratégie. Ces comités jouent un rôle en marge des textes, et sont susceptibles, avec le temps, d'être considérés juridiquement comme un mode de direction. (M. GERMAIN, « La SAS », *LSJ*, édition générale n° 12, 23 mars 1994, I 3749).

<sup>639</sup> CCRCS, avis n° 2012-031, 26 septembre et 25 octobre 2012, *BJS*, 2013, p. 84, obs. V. Doucède et P. Etain ; *RTD com.*, 2013, p. 100, obs. B. Dondero et P. Le Cannu.

personnalité juridique permettant de remplir les actes de formalité exigés par le registre du commerce<sup>640</sup>. Cela pourrait entraîner son refus par les juges chargés de la surveillance du RCS. Si l'exigence de dénomination s'inscrit dans l'objectif de protéger les tiers en leur donnant la possibilité de connaître le fonctionnement de la société, une dénomination légale donnée au conseil d'administration pour un administrateur électronique au sein des statuts pourrait alerter les tiers sur la particularité de ce conseil. Cette dénomination qui maintient le mode classique de direction en conseil d'administration de la SA<sup>641</sup> en précisant la particularité de ce conseil, semble apte à satisfaire l'exigence de la déclaration prévue par l'article R. 123-54 du Code de commerce<sup>642</sup>.

390. En tout état de cause, le choix entre les différents modes d'organisation de la direction doit servir l'objet social, tout en respectant les besoins réels des sociétés. Les statuts de la SAS peuvent opter pour le système des « multiples rôles ou fonctions », comme par exemple un conseil d'administration qui est à la fois un organe de direction et de contrôle. Dans un autre cas, les deux fonctions (direction et contrôle) peuvent être réparties entre deux organes : conseil d'administration et conseil de surveillance. Les statuts peuvent également définir les modes d'exercice de ces fonctions de façons très diverses.

391. Il convient de rappeler ici que le choix d'un mode original de direction de la SAS nécessite une vigilance particulière de la part des rédacteurs des statuts afin d'éviter toute incertitude au stade de la mise en place de ce mode d'organisation interne. C'est d'ailleurs pour éviter une telle incertitude que la liberté des associés est davantage encadrée par la loi lorsqu'il s'agit d'organiser les relations externes de la SAS.

## **§2. L'organisation encadrée de la représentation externe de la SAS**

392. Les relations extérieures de la SAS recouvrent l'ensemble des relations que celle-ci entretient avec les tiers. Bien que l'organisation de ces relations soit, de manière générale,

---

<sup>640</sup> T. ALLAIN, « De l'administrateur augmenté à l'administrateur électronique entre réalité et fiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Hovasse, op. cit.*, p. 25.

<sup>641</sup> À ce propos, le Professeur Paul Le Cannu a indiqué : « ceux qui n'ont pas spontanément donné aux organes de leur société une dénomination empruntée à la société anonyme devraient pouvoir continuer à vivre cachés » (P. LE CANNU, « Publicité de la composition d'un conseil de surveillance de SAS », *BJS*, 1<sup>er</sup> sept. 2010, n° 9, p. 716).

<sup>642</sup> T. ALLAIN, « De l'administrateur augmenté à l'administrateur électronique entre réalité et fiction », *op. cit.*, p. 26.

laissée à la discrétion des associés, elle fait l'objet d'un certain encadrement. Ce dernier résulte non seulement des dispositions insérées par le législateur au sein du Code de commerce (A) que des dispositions susceptibles d'être inscrites dans les statuts de la SAS (B).

#### A. La représentation prévue par le législateur

393. La structuration législative du régime juridique de la SAS se traduit, d'une part, dans l'obligation de désigner au sein des statuts un président chargé de représenter la société envers les tiers (1) et, d'autre part, dans les règles concernant l'exercice des pouvoirs de représentation (2).

##### 1. La désignation obligatoire d'un président

394. L'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que « *la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts* ». Contrairement à la SA<sup>643</sup> dont le président est nécessairement une personne physique, les dirigeants de la SAS peuvent être tant des personnes physiques que des personnes morales. Les statuts peuvent prévoir que le président sera choisi parmi des actionnaires ou encore que la présidence sera assurée à tour de rôle par certains associés, ou qu'elle sera assurée par un tiers.

395. Lorsqu'une personne morale est nommée *président* d'une SAS, au terme de l'article L.227-7 du Code de commerce, les dirigeants de la personne morale pourront être son représentant légal. Le terme « dirigeants » utilisé par le législateur ne semble pas suffisamment précis dans la mesure où la personne morale *président* peut être aussi une SAS ayant un président et un ou des dirigeant(s). Cela peut amener à considérer que toutes ces personnes sont habilitées à représenter la SAS *président* et par conséquent, à présider la SAS en cause. Cet état de chose pourrait engendrer certaines difficultés en pratique. Il en va de même lorsque la personne morale *président* est une SARL, auquel cas les pouvoirs de direction sont confiés au gérant. Dans cette hypothèse, ce gérant doit à la fois diriger la SARL et présider la SAS. Si le gérant ne peut pas assurer cette charge supplémentaire, il lui faudra déléguer ses pouvoirs à une autre personne spécialement chargée de le représenter. Mais, dans

---

<sup>643</sup> Art. L. 225-51-1 C. com.

quelle mesure ce gérant de la SARL peut déléguer ses pouvoirs ? Et à quelle personne peut-il déléguer ?

396. En réalité, pour que l'article L. 227-7 du Code de commerce soit plus efficace, cet article doit être plus précis. A l'instar du droit luxembourgeois des sociétés<sup>644</sup>, il est possible de prévoir que la personne morale est tenue de désigner un représentant permanent dont la fonction sera de présider la SAS. À cet égard les statuts de la SAS peuvent choisir le mode de représentation légal, habilité ou permanent, et exiger le remplacement immédiat de la personne désignée lorsque sa fonction ou son mandat permanent prend fin<sup>645</sup>. Selon les articles L. 227-7 du Code de commerce et 1847 du Code civil, le représentant de la personne morale est soumis aux mêmes conditions et obligations que le président personne physique et encourt les mêmes responsabilités, civile et pénale, que s'il était président ou dirigeant en son nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il dirige.

397. Une différence entre les représentants apparaît au niveau de l'immatriculation au RCS : seul le représentant permanent de la personne morale doit être mentionné ; les autres représentants légaux doivent simplement être déclarés au registre et sont identifiés dans les extraits d'immatriculation fournis au vu des pièces justificatives<sup>646</sup>. Si la personne morale n'est pas immatriculée, ou qu'elle relève de la législation d'un État non membre de l'espace économique européen (EEE), le nom, le nom d'usage, les prénoms et le domicile des personnes ayant le pouvoir de diriger la personne morale ou la gérer ou l'engager à titre habituel doivent de plus être déclarées au registre<sup>647</sup>.

398. En pratique, le représentant de la société président de la SAS sera le dirigeant social de la société en question. Il a très souvent les pleins pouvoirs de direction pour engager la société concernée. Donner cette mission à une personne qui n'est pas un dirigeant implique plusieurs

---

<sup>644</sup> L'article 500-5 de la loi luxembourgeoise des sociétés prévoit que « lorsqu'une personne morale est nommée président ou directeur d'une société par actions simplifiée, cette personne morale est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale »

<sup>645</sup> Guides de gestion RF, *Le mémento de la SAS et de la SASU, juridique, fiscal et social*, groupe revue Fiduciaire, Paris, 2009, p. 178.

<sup>646</sup> RSC, *Bull.* n° 30 à 32, 147.

<sup>647</sup> Art. R. 123-54, 3°. Avis, CCRCS, 99-08 du 10 Février 2009, p. 2. [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_rcs\\_avis\\_3.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_rcs_avis_3.pdf)

risques, surtout à l'égard de la délégation légale des pouvoirs de direction (qui conduit parfois à transférer l'intégralité des pouvoirs). C'est pourquoi la personne morale qui préside la SAS ne délègue pas ses pouvoirs de direction. C'est le représentant légal de cette personne morale qui nomme un représentant chargé d'agir au nom de celle-ci<sup>648</sup>.

399. La question de la délégation semble se poser lorsque la personne morale qui préside la SAS n'est pas française. La cour d'appel de Paris a tranché cette question en décidant que le dirigeant légal de la « personne morale président » n'est pas tenu d'obtenir la carte de commerçant étranger lorsque le pouvoir de diriger ou de gérer, ou le pouvoir général d'engager à titre habituel la société a été délégué à un tiers. Seul ce délégataire doit être titulaire de la carte de commerçant étranger<sup>649</sup>. Dans ce cas, il suffira au dirigeant de déléguer à une personne de nationalité française le pouvoir d'engager la société. Néanmoins, certains auteurs considèrent que cette solution n'est pas très convaincante puisque le dirigeant de la personne morale n'a pas perdu ses pouvoirs de diriger la SAS et est toujours responsable<sup>650</sup>.

Finalement, quelque soit l'identité du président de la SAS, une personne physique comme morale, il doit représenter la société à l'égard des tiers.

## 2. L'exercice balisé du pouvoir de représentation

400. Le pouvoir de représentation est un pouvoir institutionnel qui a pour fonction d'engager la personne morale envers les tiers<sup>651</sup>. Ce pouvoir de représentation générale (a) doit être exercé par le président en respectant plusieurs limites (b).

### **a) La représentation générale**

401. Selon l'article L. 227-6 du Code de commerce, la SAS « est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts ». Contrairement à d'autres domaines relatifs à l'organisation de la SAS, la question de la représentation et de l'engagement de cette société n'a pas été laissée à la liberté statutaire. Cette question a été

---

<sup>648</sup> En ce sens, voir ANSA n° 459, comité juridique du 4 mars 1998, n° 2974.

<sup>649</sup> CA Paris (3<sup>e</sup> ch. com.) 28 juin 2002 : *Bull. Joly*, 2002, p. 1235, note Y. Guyon.

<sup>650</sup> J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés, juridique, fiscal, social, op.cit.*, p. 97.

<sup>651</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERIN, « Hors les statuts, point de salut : la primauté exclusive des statuts de SAS pour définir l'organisation de sa direction », *BJS*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 3, p. 170.

traitée par la loi en respectant le droit de l'Union européenne, notamment la directive n° 68/151/CEE du 9 mars 1968<sup>652</sup>.

402. Le pouvoir de représentation se distingue du pouvoir de décision. Le président dispose d'une marge de liberté. Cette dernière est indispensable pour assurer le bon fonctionnement des relations extérieures de la SAS. La règle de base est donc que « *le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social* ». Selon cette règle et sauf clause contraire, le président est l'interlocuteur du comité social et économique<sup>653</sup> prévu au sein de l'article L. 2312-76 du Code de travail qui succède au comité d'entreprise<sup>654</sup>.

### **b) Les limites au pouvoir de représentation**

403. Le président de la SAS ne dispose pas d'un pouvoir de représentation sans restriction. Le législateur a limité ce pouvoir afin de garantir la réalisation de l'objet social de la société (1°). Au surplus, les associés peuvent convenir de limiter le pouvoir de représentation par le biais des clauses statutaires (2°).

#### **1°. Les limites légales au pouvoir de représentation**

404. L'article L. 227-6 du Code de commerce prévoit que « *le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social* ». Cela signifie que la société est engagée par les actions et les actes signés par son président, à condition que ces actes entrent dans l'objet social de la SAS et que les représentants aient agi au nom de la société qu'ils représentent. Conformément à l'article L. 227-6, alinéa 3 du Code de commerce, la SAS est engagée même lorsque le représentant de la société excède ses pouvoirs, à moins que le tiers soit de mauvaise foi lorsqu'il a connaissance de cet excès de pouvoir ou lorsqu'il ne peut l'ignorer compte tenu des circonstances. À cet

---

<sup>652</sup> Dir. n° 68/151/CEE du Conseil, 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées, dans les États membres exigées des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Cette directive est étendue à la SAS par la directive 2003/58/CE du 15 juillet 2003 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés et devenue la directive n° 2009/101 du 16 septembre 2009, *JOUE*, n° L 258, 1<sup>er</sup> oct. 2009, p. 11.

<sup>653</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, § 985, p. 689.

<sup>654</sup> L'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 a remplacé le comité d'entreprise au sein de l'article L. 2323-66 du Code de travail par le comité social et économique dans les entreprises d'au moins 11 salariés. Les entreprises concernées doivent mettre en place d'ici au 31 décembre 2019 ce comité. (Ord. n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF*, n°0223, 23 sept. 2017, texte n° 31).

égard, le législateur a précisé que la seule publication des statuts ne suffit pas pour présumer cette connaissance. Cet excès de protection des tiers semble discutable, dans la mesure où la preuve de la connaissance caractérisant la bonne ou mauvaise foi est difficile en pratique à établir.

## 2°. Les limites conventionnelles au pouvoir de représentation

405. Contrairement à la liberté quasi absolue dont disposent les associés quant au fonctionnement interne de la SAS, ceux-ci ne peuvent pas, dans les rapports avec les tiers, moduler le pouvoir de représentation d'une manière portant atteinte aux tiers. Cela se justifie par le fait que la question fondamentale de protéger les tiers, consacrée par le droit dérivé de la protection des tiers, est en jeu<sup>655</sup>. Cela ne signifie pas que les associés ne peuvent pas limiter le pouvoir de représentation par des clauses statutaires ou dans l'acte de la nomination, bien au contraire. Ils peuvent, par exemple, imposer l'obtention préalable d'une autorisation de l'assemblée générale ou d'une décision collective pour certains actes ou les engagements importants. Ces limites statutaires ou extra ou infra statutaires restent valables et productrices d'effet juridique dans l'ordre interne<sup>656</sup>, c'est-à-dire dans la relation qu'entretiennent les associés avec le président ou le directeur général ou le directeur général (délégué). Dans la mesure où le législateur a admis à l'article L. 227-6, alinéa 3 du Code de commerce que la société est engagée, même lorsque son représentant excède ses limites fixées par la loi, il devrait *a priori* être admis que la signature par ce représentant d'actes excédant les limites conventionnelles engage également la responsabilité de la société. En d'autres termes, ces limites sont inopposables aux tiers conformément à l'alinéa 3 de l'article L. 227-6 du Code de commerce.

406. En définitive, il apparaît que la marge de manœuvre dont disposent les associés pour organiser la gouvernance de la SAS varie selon que l'on s'intéresse aux relations intérieures ou extérieures de cette société. Cette variation ne peut remettre en cause l'ampleur de la liberté statutaire qui caractérise cette société par rapport à la société anonyme. Une seule incertitude apparaît lors de l'application du texte de l'article L. 227-5 du Code de commerce

---

<sup>655</sup> Dir. 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

<sup>656</sup> Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.675, inédit, *D.*, 2014, n° 183, note B. Dondero ; *RTD com.*, 2013, p. 765, obs., P. Le Cannu.

qui confie la liberté aux associés, texte faisant référence à la direction et non à l'organisation. Ce qui limite visiblement son champ d'application et le rend incapable d'englober les modes d'organisation innovants créés par les rédacteurs des statuts de la SAS. Pour cette raison, nous souscrivons à la suggestion du Professeur Paul Le Cannu qui estime que le terme « dirigée » est à remplacer par le terme « organisée » au sein de l'article L. 227-5 du Code de commerce<sup>657</sup>.

407. La structuration du régime de la représentation et son efficacité apparaissent également dans la possibilité de confier conventionnellement le pouvoir de la représentation à une autre personne qu'au président.

### B. La représentation conventionnelle

408. La structure organique actuelle de la SAS permet aux statuts de ne pas se limiter au seul organe de représentation imposé par la loi. Ils peuvent, pour des raisons pratiques, désigner, à côté du président, des directeurs chargés de la fonction de représenter la société (1). Ceux-ci peuvent également déléguer leurs pouvoirs à d'autres personnes (2).

#### 1. L'admission d'un directeur général et/ou directeur général délégué

409. Avant la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003, la Cour de cassation a affirmé que « *la SAS est représentée, à l'égard des tiers, par son seul président* »<sup>658</sup>. Cette position jurisprudentielle s'inscrivait dans une conception prévalant depuis la loi du 24 juillet 1966.

410. La question de l'unicité du président de la SAS était alors un sujet de débat doctrinal. La doctrine majoritaire<sup>659</sup> estimait que le président a la plénitude du pouvoir de représentation de la société et que ce pouvoir ne peut lui être retiré par les statuts, ni être confié à un

---

<sup>657</sup> P. LE CANNU, « Conseil d'administration d'une SAS : quelques données de base », *RTD Com.*, 2014, p. 473.

<sup>658</sup> Cass. Com., 2 juillet 2002, n° 98-23324, *aff. OCP Répartition c/ Blan et autres*, *Bull. Civ.*, 2002 IV, n°112, p.133, *BJS*, 2002, n°8, p. 967, note A. Couret ; *Cf.* Cass. com., 2 juillet 2002, n°1313FS-P, *LSJ*, 19 déc. 2002, n° 51, p. 1844, note B. Dondero.

<sup>659</sup> V. MEDAIL, P. VERGNOLE, « Aspects pratiques sur ... l'exercice du pouvoir de représentation dans la société par action simplifiée », *Droit des sociétés* n°4, avril 2001, chron. 9, P. 2.

coprésident, un directeur général ou à toute autre personne<sup>660</sup>. Cette opinion s'appuyant sur une interprétation restrictive de l'article L. 227-6, a été renforcée par l'avis n° 99-08 du 1<sup>er</sup> avril 1999 rendu par le comité de Coordination du Registre du Commerce et des Sociétés (CCRCS), qui avait indiqué que « la SAS ne peut être représentée à l'égard des tiers que par son président, déclaré seul au registre »<sup>661</sup>. Au contraire, une autre partie de la doctrine fait valoir que l'unicité du président de la SAS aboutit à une certaine rigidité dans l'organisation d'une société qui se veut le symbole d'une liberté contractuelle retrouvée. Afin de maintenir cette liberté, il conviendrait d'accepter la représentation des SAS par d'autres directeurs<sup>662</sup>.

411. L'insuffisance de l'unicité du président en pratique et la divergence doctrinale en la matière ont nourri une préoccupation relayée au Parlement français. Le ministre de la justice a répondu en 2002 que « [...] la SAS peut être dirigée par une ou plusieurs autres personnes [...] lorsque ces dirigeants sont [...] investis du pouvoir de diriger, de gérer ou d'engager à titre habituel la société, ils doivent également être déclarés au RCS et figurer sur l'extrait du registre du commerce et des sociétés, en plus du président »<sup>663</sup>. Face aux besoins de la pratique, par la loi de sécurité financière de 2003, un troisième alinéa a été ajouté à l'article L. 227-6 du Code de commerce, lequel précise que « les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le précédent article ». Depuis cet ajout, deux organes facultatifs - un directeur général et/ou un directeur général délégué - sont autorisés dans la SAS<sup>664</sup>. Cela nécessite que la nomination doive être étayée par une clause statutaire<sup>665</sup> qui précise clairement les pouvoirs

---

<sup>660</sup> J. PAILLUSSEAU, « La nouvelle SAS. Le big-bang du droit des sociétés », *op. cit.* ; J.-J. CAUSSAIN, « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », *JCPE*, 1999, I, p. 1664 ; A. CHARVÉRIAT et A. COURET, *Société par actions simplifiée, nouveau régime*, Francis Lefebvre, 1999, p. 107.

<sup>661</sup> CCRCS, Avis n°99-08.

<sup>662</sup> Dans un avis n°99/77 du 24 octobre 2000, le CCRCS estime qu'une fois satisfaite l'exigence légale de la nomination d'un président, les associés disposent d'une liberté totale pour désigner dans les statuts les organes de direction de leur choix. (CCRCS, Avis n°99/ 77, 24 octobre 2000)

<sup>663</sup> Rep. min. justice, *JO Sénat Q*, 19 déc. 2002, p. 3165. V, J.-P. ROBE, « Des délégations de pouvoirs dans les SAS. Remarques sur quelques arrêts récents », *Semaine Sociale Lamy*, n°1459, 2010, p. 1.

<sup>664</sup> La loi de sécurité financière a donc rendu le régime de la gouvernance de la SAS plus adéquat avec la réalité en assurant une cohérence entre le pouvoir de direction et le pouvoir de représentation. En 1993, l'Assemblée nationale avait proposé que le pouvoir de présentation soit exercé conjointement et concurremment par le président et les autres dirigeants, afin d'assurer une cohérence entre le pouvoir de direction et le pouvoir de représentation. (Rapp. AN n°258 de M. Xavier de ROUX, député, fait au nom de commission des lois, déposé le 2/6/1993, p. 21 ; Rapp. AN, n°688, p. 10)

<sup>665</sup> Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-14457, *BJS*, 2008, p. 876, note P. Le Cannu

qui leur sont attribués par référence aux pouvoirs du président tels que les définissent les autres alinéas de l'article L. 227-6 du Code de commerce. En ce sens, la SAS peut être représentée par une ou plusieurs autres personnes, dont les modalités de nomination et de pouvoir sont fixées par les statuts. Lorsque le pouvoir du directeur général est de représenter la société à l'égard des tiers, il doit également être déclaré au registre du commerce et figurer sur l'extrait Kbis, en plus du président. En conséquence, les statuts ne peuvent pas priver le président du pouvoir de la représentation.

Le pouvoir de représentation peut être également exercé par un autre directeur délégué.

## 2. L'admission d'une délégation conventionnelle des pouvoirs

412. La délégation des pouvoirs est un mandat donné par la société à un tiers, un salarié en général, par l'intermédiaire des mandataires sociaux qui peuvent être le président ou les directeurs généraux. Une délégation limitée peut être également donnée par les statuts. Cette délégation - de nature limitée - n'engage théoriquement la société que dans la limite du mandat qui a été conféré aux bénéficiaires d'une délégation, conformément aux statuts. Toutefois, la question se pose de savoir si le dirigeant délégué peut déléguer ses pouvoirs à d'autres tiers. Cette interrogation a donné lieu à plusieurs décisions jurisprudentielles en matière de licenciement de salariés.

413. Depuis 2002, la jurisprudence requiert, d'une manière unanime, que la personne prononçant le licenciement ne soit pas une personne étrangère à l'entreprise. L'appréciation de ce fait exige, surtout dans les groupes de sociétés, un examen des activités et la position hiérarchique que la personne en cause occupe. À ce propos, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 décembre 2009, avait retenu, sur le fondement de l'article L. 227-6 du Code de commerce, qu'afin que « *les licenciements soient valables, les lettres de licenciement doivent émaner soit du président de la SAS, soit de la personne autorisée par les statuts à recevoir délégation pour exercer le pouvoir de licencier, pouvoir détenu par le seul président et ce, d'ailleurs, conformément au régime légal de la SAS qui, contrairement à celui des autres formes de sociétés, concentre dans les mains du seul président la totalité des pouvoirs, traditionnellement répartis entre divers organes, et renvoie pour d'éventuelles autres*

*dispositions aux statuts* »<sup>666</sup>. Quelques jours plus tard, le 10 décembre 2009, la même cour d'appel reprend *in extenso* cette même décision en prononçant la nullité d'un licenciement, car l'extrait du Registre du commerce et des sociétés relatif à la SAS ne précisait pas que la délégation pouvait être consentie par le directeur général en faveur du directeur des ressources humaines<sup>667</sup>.

414. Par la suite, la chambre mixte de la Cour de cassation, en 2010, reconnaît expressément aux directeurs généraux et directeurs généraux délégués de SAS, à qui les statuts ont conféré le pouvoir de représenter la SAS, le pouvoir de déléguer à leur tour. En d'autres termes la Cour de cassation invalide l'exigence de la cour d'appel de Paris selon laquelle la délégation de pouvoir doit être expressément inscrite dans le registre du commerce et des sociétés (RCS) pour pouvoir être valide<sup>668</sup>. La Cour de cassation constate, sur le fondement des articles L. 1232-6 du Code du travail et 1998 du Code civil, « *qu'en cas de dépassement de pouvoir par le mandataire, le fondement est tenu de l'acte de celui-ci s'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». Ainsi, la Cour définit la délégation de pouvoirs de façon fonctionnelle, comme un mandat au sens des articles 1998 et suivants du Code civil, c'est-à-dire comme un pur contrat. Ce mandat peut être tant tacite qu'explicite, et résulter d'un événement ou des circonstances de fait. Cela conduit à considérer que le DRH a un mandat tacite de licencier et d'engager la société pour licencier. Par ailleurs, la Cour de cassation précise que le mandat peut être ratifié *a posteriori*<sup>669</sup>, conformément à l'article 1998 du Code civil qui règle la délégation irrégulière. Cette dernière ne peut engager la société, sauf si la société a ratifié expressément ou tacitement ces actes dépassant le champ de la délégation<sup>670</sup>. À l'instar de la décision précédente, la chambre sociale de la Cour de cassation avait considéré en 2010 que le directeur général d'une branche d'un groupe de sociétés, tout comme le directeur financier d'une société mère, sont habilités à prononcer le licenciement d'un salarié employé dans une

---

<sup>666</sup> CA du 3 déc. 2009. Deux autres arrêts ont été rendus par la cour d'appel de Versailles sur la question de la délégation de pouvoir et la décision de licencier. Premier arrêt sur le défaut de qualité du signataire de la lettre de licenciement, CA Versailles, (Ch. 6<sup>e</sup>), 24 juin 2008, n°07/02686. Second arrêt sur le licenciement, CA Versailles, (ch. 6<sup>e</sup>), 24 juin 2008, n° 07/03835. Voir A. COURET, « La délégation de pouvoir et la décision de licencier », *Semaine Sociale Lamy*, n°1366, 2008.

<sup>667</sup> CA Paris, 10 décembre 2009, n° 09/04475, *Rev. sociétés*, 2010, p. 226, obs. A. Lienhard ; *BJS*, 2010, p. 338, note M. Germain et P.-L. Périn.

<sup>668</sup> Cass. mix, 19 nov 2010, n°10-10.095S, *Juris. Soc. Lamy*, 2011, n° 291, note S. Michel.

<sup>669</sup> Ex : une personne n'a pas le pouvoir de licencier, mais licencie un employé. En l'espèce, elle n'a pas de mandat implicite ; si l'acte est attaqué, la société va ratifier le mandat en confirmant que cette personne avait bien le pouvoir de licencier.

<sup>670</sup> Cass. civ. (ch.1<sup>er</sup>), 4 mars, 1997, *D.* 1998, p. 179, obs. J.-C. Hallouin.

filiale<sup>671</sup>. À ce propos, la Haute juridiction a retenu dans un arrêt du 13 juin 2018 que le directeur général de la société mère qui supervisait les activités du salarié directeur général d'une filiale, n'était pas une personne étrangère à la société. Cela lui donne le pouvoir de licencier le salarié directeur général sans avoir besoin d'aucune délégation de pouvoir passée par écrit. Cette décision confirme une position constante de la Cour de cassation<sup>672</sup>.

Au-delà de la question du licenciement, la jurisprudence a précisé que, dans le cadre des relations entre le directeur général délégué et un tiers, ce dernier doit vérifier l'étendue des pouvoirs du délégué. Cependant, si les circonstances ne le permettent pas, le tiers devrait pouvoir prouver l'existence de ce mandat en s'appuyant sur la théorie du mandat apparent pour valider l'engagement de la société<sup>673</sup>.

415. Les arrêts évoqués précédemment appellent quelques observations. Tout d'abord, l'utilisation par la Cour de cassation du terme « mandat » pour qualifier la « délégation » ne nous paraît pas appropriée. En effet, l'usage du terme « mandat » pour désigner la délégation entraîne une confusion au niveau des effets attachés à chaque terme, surtout quant à la responsabilité. En réalité, les deux termes ont des sens bien distincts.

Le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire pour elle un ou plusieurs actes juridiques<sup>674</sup>. Le mandataire agit au nom de son mandant. Les actes conclus par celui-ci n'engageront que ce dernier qui supportera seul les éventuelles responsabilités pénales et/ou civiles en cas de difficulté. À ce stade, le mandant maintient toujours la possibilité de s'immiscer dans les domaines de gestion délégués, sans que son intervention exclut celle de son mandataire. Ainsi, le mandat de gestion est bien une délégation de pouvoirs mais pas de responsabilités, son intérêt étant de permettre à d'autres que ceux que la loi désigne d'engager la société auprès des tiers. À l'inverse, la délégation de pouvoirs suppose un dessaisissement total par le délégant de ses pouvoirs, la moindre immixtion dans le ou les domaines délégués rendant la délégation purement et simplement

---

<sup>671</sup> Cass. soc., 15 déc. 2010, deux arrêts, n° 09-40492 et n° 09-42642, *Rev. sociétés*, 2011, p. 100, obs. A. Lienhard.

<sup>672</sup> Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45675, *aff. Sté Railtech International*, *BJS*, n°6, p. 719, note H. Le Nabasque.

<sup>673</sup> J-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés- juridique. fiscal. social, op.cit.*, p. 162.

<sup>674</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Mandat ».

caduque<sup>675</sup>. C'est précisément en raison de l'autonomie du délégataire que la délégation de pouvoirs est aussi une délégation de responsabilités, pénales et/ou civiles.

Une autre différence peut être trouvée entre le mandat de gestion et la délégation de pouvoir. Il s'agit de la ratification *a posteriori*. D'une part, le mandat de gestion a une dimension contractuelle. Il peut être tant explicite qu'implicite et peut être ratifié *a posteriori* par la société. D'autre part, la délégation de pouvoirs n'est qu'une simple délégation de signature. Par cette dernière, le délégant va uniquement habiliter le délégataire à signer, en lieux et places, un acte juridique déterminé. À aucun moment le délégant n'aura, par la délégation de signature, investi le délégataire d'un quelconque pouvoir de décision, de sanction, et encore moins une responsabilité. La particularité de la délégation de pouvoir tient à sa double fonction : délégation de pouvoir et délégation de responsabilité.

416. Une deuxième observation est appelée par les arrêts précédemment mentionnés. L'article L. 227-6 du Code de commerce (complété par l'art R. 123-54 du Code de commerce) prévoit que la société est représentée par un président et éventuellement par un directeur général ou un directeur général délégué qui doit être mentionné au greffe pour avoir un pouvoir de représentation. En conséquence, le licenciement qui a été initié par une personne non mentionnée au greffe devrait être déclaré sans cause réelle et sérieuse. Une telle sanction, qui sera également appliquée en cas de défaut de pouvoir prononcer une décision<sup>676</sup>, constitue une dérogation à la sanction de nullité prévue par le droit commun de la représentation.

417. Enfin, les arrêts précédemment mentionnés appellent une dernière remarque. Dans la mesure où l'article L. 227-6 du Code de commerce est consacré aux relations du président ou de ses délégataires avec les tiers, les arrêts fondés sur cet article considèrent que le salarié d'une société est un tiers à la société.

---

<sup>675</sup> Une autre distinction entre « délégation simple de pouvoirs » et « délégation statutaire de pouvoirs » porte sur une fraction, plus ou moins importante, des pouvoirs du chef d'entreprise, transférée par ce dernier au bénéficiaire de la délégation soit directement, soit indirectement, via un supra-délégué (subdélégation). Elle opère un transfert de responsabilité, et plus particulièrement de responsabilité pénale, dans le domaine délégué, exonérant corrélativement le délégant dans ce même périmètre. Alors que les délégations de pouvoirs « générales » ou « statutaires » ne sont pas à proprement parler des délégations de pouvoirs dans la mesure où elles portent sur la totalité des pouvoirs du chef d'entreprise et où il s'agit, dans ce cas, d'une réplique des pouvoirs du représentant légal, le délégataire disposant des mêmes pouvoirs que le chef d'entreprise à l'égard des tiers et non de pouvoirs transférés. Voir G. JOLIVET, « Les délégations de pouvoirs au sein des SAS », *LSJ*, Edition générale, n° 13, 29 mars 2010, p. 367.

<sup>676</sup> Cass. soc., 30 sept. 2010, n° 09-40114, *Bull. civ.* V, n° 208 ; *JCP E* 2010, 1997, note F. Duquesne.

418. Au sein de la doctrine, cette question a été l'objet d'une controverse, certains auteurs considérant les salariés comme des tiers à la société, d'autres refusant une telle interprétation<sup>677</sup>. La dernière position doctrinale a été confirmée par la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, il est vrai que les salariés ne sont pas étrangers à l'entreprise car « *la notion de tiers doit être prise dans son sens commun et non dans une acception juridique étroite, visant nécessairement les relations externes de l'entreprise, en tant qu'entité économique* »<sup>678</sup>. Néanmoins, la Cour considère que le salarié est bien un tiers par rapport à la structure sociétaire dans la mesure où seuls les associés et dirigeants sont partie au contrat de société. L'article L. 227-6 du Code de commerce est donc applicable. Cet argument ne nous semble pas convaincant lorsque la situation concerne un salarié directeur général.

419. En tout état de cause, ce débat n'est plus d'actualité. En effet, les décisions de la chambre mixte de 2010 ainsi que la décision de la chambre sociale rendue en juin 2018 considèrent que les salariés, y compris le directeur général d'une filiale, sont bien des tiers à la société mère. Cette reconnaissance de la qualité de tiers est déduite de l'application de l'article L. 227-6 du Code de commerce. La position de la Cour de cassation montre à quel point le mécanisme de la délégation de pouvoir est flexible et simple à établir car, par opposition aux exigences légales demandées pour valider l'acte de délégation de pouvoir dans les sociétés anonymes, aucune formalité n'est demandée au sein de la SAS. En plus de cette souplesse, le mécanisme actuel de délégation de pouvoir facilite et sécurise la gestion du personnel.

420. Pour conclure, l'harmonisation réussie entre les deux volets de la direction (interne et externe) paraît significative dans la mesure où d'une part, elle va dans le sens de la volonté des opérateurs économiques de choisir librement la gouvernance adaptée à leurs besoins et d'autre part, conforte l'assurance de sécurité juridique des tiers. Au-delà de l'organisation de la gouvernance, l'organisation de l'actionnariat répond également à une exigence de souplesse, combinée à la garantie de sécurité juridique.

---

<sup>677</sup> Cass. soc, 19 nov. 2010, n° 10-10.095, *aff. Whirlpool France*.

<sup>678</sup> F. BROUD et S. USUNIER, « La validité des lettres de licenciement au sein des SAS », *JCPE*, n°1205, 25 févr. 2010, p. 35.

## **Section 2. La souplesse inhérente à l'organisation de l'actionnariat**

421. Le législateur a maintenu l'autonomie de la SAS par rapport à la SA en ce qui concerne l'organisation de l'actionnariat. En effet, il a écarté toutes les règles législatives et réglementaires relatives aux assemblées d'actionnaires de la SA et a conféré aux associés de la SAS la liberté de fixer dans les statuts le ou les modes de prise de décisions. Cela met en exergue l'originalité de cette forme sociétaire (§1). Au surplus, l'originalité de la SAS apparaît dans la possibilité d'introduire dans les statuts des clauses diverses permettant de moduler la coalition des associés (§2).

### **§1. La libre délimitation des prérogatives des associés**

422. Soucieux de contractualiser le droit des sociétés en introduisant la SAS, le législateur a confié aux rédacteurs des statuts une liberté remarquable pour aménager leurs prérogatives. Cette liberté est évidente en ce qui concerne les décisions collectives. Cette notion est rarement utilisée dans le Code de commerce. Par comparaison avec les SA pour lesquelles s'applique le terme d'« assemblée générale », la notion de « décision collective » constitue une spécificité qui distingue le régime de la SAS des autres formes sociétaires. Le législateur, avec la création de la SAS, a donc remis en cause la souveraineté actionnariale en faveur de la collectivité des associés<sup>679</sup>, entendue comme un ensemble de personnes (associées) unies par un contrat de société<sup>680</sup> (A). Le législateur a donné aux associés de la SAS une remarquable liberté pour aménager, à partir des clauses statutaires, leurs droits sociaux (B).

#### **A. La singularité de la collectivité des associés**

423. Le législateur délègue au sein de l'article L. 227-9 du Code de commerce aux statuts le pouvoir d'organiser les décisions collectives des associés. En vertu de cette disposition « *les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». Les associés d'une SAS pluripersonnelle déterminent ainsi librement les décisions qui doivent être prises par l'ensemble des associés (1). Toutefois, dans une SAS unipersonnelle, la prise de décisions dite collectives relève

---

<sup>679</sup> J.-C. PAGNUCCO, « Le modèle de la SAS : retour sur la perte de souveraineté programmée de la collectivité des associés », Colloque : *La SAS : 25 ans après*, organisé par l'université de Caen Normandie, 5 avril 2019 (non publié).

<sup>680</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « collectif ». Voir également, L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 414, p. 314.

d'une technique particulière, adaptée à la philosophie de l'unipersonnalité de la personne morale (2).

1. L'exercice de la collégialité dans la SAS pluripersonnelle

424. L'exercice de la collégialité n'est pas univoque. Il est manifeste que l'article L. 227-9 du Code de commerce offre aux associés une marge de manœuvre étendue pour déterminer les modalités d'adoption des décisions collectives (a). Cette liberté ne concerne toutefois que la détermination des conditions permettant d'adopter les décisions légalement collectives dans plusieurs cas prédéterminés par le législateur (b).

**a) Le libre choix**

425. En vertu de l'article L. 227-9 du Code de commerce, les associés de la SAS bénéficient d'une marge de manœuvre étendue à deux niveaux. Ils peuvent tout d'abord identifier librement les décisions qui doivent être adoptées collectivement au-delà des décisions collectives déjà identifiées par la loi. Ils peuvent ensuite déterminer librement les modalités d'adoption de ces décisions collectives. À ce propos, les rédacteurs des statuts doivent alors s'efforcer non seulement de choisir les décisions concernées par la collectivité des associés, mais également déterminer les modalités de prise de décisions.

426. **La liste des décisions collectives.-** Les statuts doivent énumérer les actes qui doivent être adoptés par décision collective. Ils peuvent, par exemple, classer les décisions en deux catégories : ordinaires et extraordinaires.

427. **La forme et les conditions de la prise de décision.-** La tenue d'une assemblée n'est pas obligatoire dans la SAS, elle peut être remplacée par une consultation prédéfinie par les associés dans les statuts. Les statuts définissent librement les personnes compétentes pour provoquer la décision collective et pour organiser une consultation préalable à la prise de décision<sup>681</sup>. Cet organe peut être le président ou le dirigeant. Dans cette hypothèse, les actes du dirigeant peuvent être soumis à l'approbation des associés ou à l'approbation d'un comité spécial qui contient certains associés<sup>682</sup>. Les statuts peuvent autoriser un tiers à convoquer la

---

<sup>681</sup> CA Paris (ch. 14<sup>e</sup>), sect. A, 18 juin 2008, n° 08/06315, *aff. Mizrahi c/ Sitbon*, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 226, note R. Mortier ; *BRDA*, 2008, n° 23, p. 2 ; *BJS*, 2009, p. 385, note L. Godon. *Adde* Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.831 ; *Dr. sociétés*, 2009, comm. 138, note D. Gallois-Cochet.

<sup>682</sup> CA Paris, 16 juin 2015, *RJDA*, 11/2015, n° 252.

collectivité des associés, à savoir un commissaire aux comptes ou un comité spécifique. Ce tiers peut également, au choix des statuts, faire partie de la collectivité avec voix consultative<sup>683</sup>. Les statuts doivent préciser également les informations inhérentes à chaque décision qui doivent être communiquées aux associés, les modalités d'exercer le droit de vote (par tête ou par actions, plural ou non). Dans la mesure où aucun quorum n'est imposé à la SAS, il incombe aux statuts de déterminer le quorum pour adopter telle ou telle décision collective. Cela pourrait assurer la participation effective de certains associés, comme dans le cas de la SAS familiale<sup>684</sup>. Il convient d'indiquer qu'aucune obligation légale n'impose de déterminer le quorum, or, cette détermination pourrait pourtant éviter certaines difficultés pendant la vie de la société.

428. De surcroît, les statuts peuvent définir le mode de la convocation (par courrier, par télécopie, ou par voie électronique). De même, les modes de consultation des associés peuvent être variés.

La décision peut être prise lors de la réunion des assemblées<sup>685</sup>. Les statuts peuvent stipuler que la consultation doit être écrite. Dans cette situation, les procédures doivent être mises en place par le dirigeant ou le président de la société. Dans les limites du délai prévu par les statuts, chaque associé doit prendre un temps suffisant pour réfléchir et répondre par écrit à la proposition. L'adoption des décisions collectives peut, au choix des associés (fondateurs de la SAS), être votée à l'unanimité (authentique ou sous seing privé). Cet acte contient un préambule explicatif, puis la formulation de la décision et enfin l'annexe. Les associés doivent signer cet acte pour que la décision en cause soit prise de manière collective.

La consultation verbale est encore une autre façon de procéder à une consultation, mais est moins utilisée en pratique. Dans ce cas-là, il est recommandé que les associés signent un acte de confirmation de la décision prise verbalement<sup>686</sup>.

La liberté de choisir la modalité d'exercice de la collégialité reçoit toutefois certaines atténuations prévues par le droit commun.

---

<sup>683</sup> A. BURLAUD, V. BASSAC et F. ROUAIX, *Droit des sociétés et autres groupements d'affaires*, Foucher, Vanves, 2011, p. 298.

<sup>684</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 426, p. 327.

<sup>685</sup> V. MAGNIER, *Droit des sociétés*, 5 éd, Dalloz, 2011, p.385.

<sup>686</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERIN, « Sociétés par actions simplifiées, L'organisation des pouvoirs », *J.-Cl. Sociétés*, Fasc. 155-20, 5 juillet 2015, n° 115 et s. [Mise à jour : 22 Nov. 2017]

## b) Le choix encadré

429. La liberté de choisir les formes et les conditions d'exercer la collégialité afin de prendre les décisions statutairement collectives est encadrée par diverses dispositions de droit commun. Ainsi, selon l'article 1844 du Code civil, les statuts ne peuvent priver un associé de son droit de participer aux décisions collectives. Ils ne peuvent non plus déroger à l'exigence d'un vote des associés à l'unanimité pour prendre les décisions relatives notamment à l'augmentation des engagements des associés<sup>687</sup>, à l'introduction et à la modification des clauses statutaires, l'adoption du régime de la société à capital variable, ou encore à la transformation de la société<sup>688</sup>.

430. Par ailleurs, quelle que soit la formule choisie pour la prise des décisions collectives, par exemple la signature d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique, les droits à l'information et à la réflexion des associés<sup>689</sup>, du commissaire aux comptes<sup>690</sup> ou des représentants du comité économique et social si ce dernier existe<sup>691</sup>, doivent être respectés. Toujours dans le même esprit, les statuts doivent respecter toutes les exigences législatives en cas de recours au financement participatif<sup>692</sup>.

431. Enfin, la liberté de définir le contenu des décisions qui doivent être prises collectivement est limitée par des considérations d'efficacité et de simplicité. Les rédacteurs auront à cœur de développer des systèmes simples, sûrs et respectueux des intérêts de chacun. À titre illustratif, l'encadrement de la liberté des associés apparaît évident eu égard aux décisions collectives, qui sont énumérées dans le deuxième alinéa de l'article L. 227-9 du

---

<sup>687</sup> Art. 1836 C. civ.

<sup>688</sup> À propos de la nécessité et de l'adaptabilité de l'exigence de l'unanimité, voir *supra* n°275.

<sup>689</sup> CA Limoges (ch. civ.), 28 mars 2012, n° 10/00576, *aff.* SAS Groupe Rambaud c/ M. Claude Rambaud, *BJS*, 2012, p. 623, note M. Germain et P.-L. Périn.

<sup>690</sup> Art. L. 823-17 C. com.

<sup>691</sup> Le comité d'entreprise a été régi par l'article L. 2323-66 du Code de travail qui prévoit que « dans les sociétés par actions simplifiées, les statuts précisent l'organe social auprès duquel les délégués du comité d'entreprise exercent les droits définis par la présente sous-section ». Cet article laisse aux associés la liberté d'instaurer la structure sociale de leur entreprise. Cet article est abrogé par le premier article de l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. En vertu de l'ordonnance, les entreprises ayant au moins 50 salariés, sont tenues à remplacer le comité d'entreprise par le comité social et économique d'ici jusqu'à 1<sup>er</sup> janvier 2020. À propos du comité d'entreprise, voir J. PAILLUSSEAU, « L'organisation du pouvoir dans la SAS », *Rev. Droit et patrimoine*, mars 2003, n°113, p. 26 et s. et O. GARY et N. HARRIS, « L'évolution récente des prérogatives du comité d'entreprise dans le cadre des dispositions statutaires des SAS », *Dr. Sociétés*, avr. 2003, p. 5.

<sup>692</sup> Art. L. 227-2-1 C. com.

Code de commerce. Il s'agit des décisions portant sur les comptes annuels et celles relatives aux bénéficiaires. Il s'agit également des décisions portant sur la nomination des commissaires aux comptes, les opérations portant sur le capital (augmentation, amortissement et réduction), les opérations de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actif et la dissolution. Dans les cas précités, les statuts ne peuvent pas supprimer le caractère collectif de ces décisions. Les associés peuvent en revanche préciser les conditions dans lesquelles ces décisions doivent être adoptées par la collectivité des associés. Ils ne sont ainsi pas tenus d'exiger l'unanimité ni d'appliquer les modalités prévues par les règles régissant la SA.

Toutefois, lorsque l'associé est unique dans la société, cet associé exerce à titre singulier les pouvoirs réservés à la collectivité des associés dans la SAS pluripersonnelle.

## 2. La prise de décisions collectives par l'associé unique

432. Dans les sociétés par actions simplifiées unipersonnelles (SASU), l'associé unique exerce l'ensemble des pouvoirs « sans avoir besoin de confronter ses vues avec quiconque »<sup>693</sup>. Ainsi, le législateur prévoit clairement au sein du deuxième alinéa de l'article L. 227-1 du Code de commerce, que dans une SASU, l'associé unique a le pouvoir de prendre une décision collective. L'article L. 227-9, alinéa 3 du même Code procède, quant à lui, à des aménagements dans ce cas particulier. La lecture de ce dernier article permet de dégager deux questions principales. La première concerne la nécessité d'approuver les comptes par l'associé unique (a), et la seconde porte sur l'interdiction de la délégation des pouvoirs (b).

### **a) L'approbation des comptes**

433. Selon l'article L. 227-9, alinéa 3 du Code de commerce, la décision concerne les comptes annuels. Le commissaire aux comptes doit être informé de la décision et doit participer à son processus d'adoption. En effet, l'associé unique de la SASU doit transmettre en amont le projet des comptes au commissaire aux comptes afin que ce dernier puisse élaborer son rapport. Le rapport du commissaire aux comptes doit être rendu avant l'adoption de la décision sur les comptes annuels. C'est la rédaction de ce rapport qui assure la participation effective du commissaire aux comptes<sup>694</sup>. Dans ce cas, l'associé unique dans un délai de dix mois à compter de la clôture de l'exercice, doit approuver ces comptes. Le délai de dix mois s'est inspiré de l'article L. 225-100 du Code de commerce applicable aux sociétés

---

<sup>693</sup> Cass. com., 19 février 1991, n° 89-17357, *BJS*, 1991, p. 413, note P. Le Cannu.

<sup>694</sup> ANSA, Comité juridique, 7 fév. 2001, n° 3089.

anonymes<sup>695</sup> qui conformément à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce n'est par principe pas applicable à la SAS<sup>696</sup>. Il convient de noter que dans la SASU, le simple envoi du projet de comptes par correspondance n'est pas suffisant pour prouver le respect de ce principe, ce qui semble sévère dans la mesure où l'on accepte statutairement ce mode de communication entre les associés.

Les pouvoirs attribués à l'associé unique ne peuvent toutefois pas faire l'objet de délégation d'autres tiers.

### **b) Le rejet de la délégation de pouvoirs**

434. L'article L. 227-9, alinéa 3, troisième phrase du Code de commerce prévoit que « *l'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs* ». La lecture combinée de cet alinéa avec l'alinéa 4 du même article qui dispose que « *les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* » permet de déduire que la délégation des pouvoirs faite par l'associé unique peut être annulée à la demande de tout intéressé. Une question mérite d'être posée à cet égard, celle de savoir si la nullité porte seulement sur la décision de compte annuel ou s'étend aux autres décisions qui doivent être prises uniquement par l'associé unique.

435. **Interprétation littérale.**- en retenant une interprétation littérale de la troisième phrase de l'article L. 227-9, alinéa 3 du Code de commerce, il convient de noter que l'interdiction de la délégation des pouvoirs de l'associé est prévue dans le contexte précis de la décision des comptes annuels, ce qui laisse à penser que cette interdiction se borne à ce cas spécifique. Par déduction, la délégation des pouvoirs de l'associé unique devrait être autorisée pour les autres décisions qui relèvent du pouvoir exclusif de cet associé. Il serait peut-être possible d'optimiser la visibilité de cette phrase portant sur la délégation du pouvoir de l'associé unique.

436. Une comparaison de l'article L. 227-9, alinéa 3 du Code de commerce consacré à la SASU avec l'article L. 223-31, alinéa 2 et 3 du même Code dédié à l'EURL a confirmé cette

---

<sup>695</sup> Selon lequel « *l'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de prolongation de ce délai par décision de justice. Si l'assemblée générale ordinaire n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir le président du tribunal compétent statuant en référé afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux dirigeants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder* ».

<sup>696</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 704 et s.

interprétation. Dans le cas de l'EURL (l'article L. 223-31 du Code de commerce), le législateur consacre un alinéa entier, isolé du précédent alinéa, pour prévoir l'interdiction de délégation des pouvoirs de l'associé unique de la société à responsabilité limitée unipersonnelle. Autrement dit, cette interdiction n'est pas rattachée à la décision des comptes annuels. L'interdiction de délégation des pouvoirs de l'associé unique a donc ici un sens général et couvre l'ensemble des décisions, au-delà des décisions portant sur les comptes annuels. À l'inverse, dans le cas de la SASU, le législateur a inséré l'interdiction de délégation des pouvoirs dans le deuxième alinéa, c'est-à-dire qu'il l'a intégré dans le paragraphe qui régit la décision relative aux comptes annuels. Cela favorise une interprétation de délégation des pouvoirs, limitée aux décisions relatives aux comptes annuels. Il faut ajouter ici que l'examen de la loi de modernisation de l'économie de 2008, qui modifie l'article L. 227-9 du Code de commerce, montre que l'alignement du régime de la SASU sur celui de l'EURL s'est limité à la question du dépôt au greffe de l'inventaire et des comptes annuels comme moyen de preuve de l'existence de ces derniers<sup>697</sup>. L'alignement n'évoque pas la question de la délégation des pouvoirs de la personne unique. Au regard de ces différents éléments, il nous semble incorrect de généraliser l'interdiction de délégation des pouvoirs de l'associé d'une SASU à l'ensemble des décisions.

437. **Interprétation téléologique.-** Cependant, la prise en considération de l'objectif de l'interdiction de la délégation des pouvoirs comme dans l'indication du professeur Laurent Godon, à savoir « *préserver le pouvoir décisionnel de l'associé unique en conjurant le risque qu'un président non associé parvienne à concentrer la totalité des pouvoirs au moyen d'un acte de délégation* »<sup>698</sup>, pourrait conduire à étendre le champ de l'interdiction à toutes les décisions. Une telle interprétation téléologique ne semble toutefois pas appréciable car elle ignore complètement la volonté de l'associé unique. Si celui-ci souhaite volontairement déléguer à une autre personne un pouvoir qui lui appartient, le délégataire prendra la décision au nom et pour le compte de l'associé. Dans cette hypothèse, le président n'exerce pas son pouvoir de représentation mais il exerce son pouvoir issu de l'acte de la délégation, qui lui permet de prendre une décision en dehors de celle des comptes annuels à la place de l'associé. Néanmoins, le comité juridique de l'ANSA a admis qu'une délégation du pouvoir d'appliquer

---

<sup>697</sup> Concernant la loi de modernisation de l'économie, voir A. LIENHARD, « Modernisation de l'économie : droit des sociétés », *D. actualité*, 4 juillet 2008 ; A.-S. ALGADI, « La SAS dans la loi de modernisation de l'économie », *Deffrénois*, 15 avr. 2009, n° 7, p. 721.

<sup>698</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 416, p. 315.

l'opération de l'augmentation du capital d'une SASU faite par un associé unique à son organe de direction ne s'oppose pas à l'article L. 227-9 du Code de commerce<sup>699</sup>.

438. Même si nous sommes enclins à refuser l'idée d'une interdiction générale de délégation des pouvoirs, nous ne soutenons pas non plus un acte de délégation générale qui porterait sur toutes les décisions réservées à l'associé unique. En effet, cela pourrait porter atteinte à la logique de la société unipersonnelle elle-même. Ainsi l'acte de délégation devrait, selon nous, être signé pour une ou plusieurs décision(s) précise(s), et être limité dans le temps. Dans tous les cas, l'associé unique devrait pouvoir maintenir son contrôle après l'adoption des décisions prises en vertu de l'acte de la délégation.

439. Il convient de noter enfin que le régime de nullité de décision est aussi significatif dans la SAS et la SASU par rapport à la SA. Dans la SA, la violation des dispositions régissant les compétences de l'assemblée, les modalités de vote ou le quorum<sup>700</sup>, est sanctionnée par la nullité<sup>701</sup>. C'est par exemple le cas d'une décision adoptée sans avoir été inscrite à l'ordre du jour<sup>702</sup>. Cette nullité automatique doit toutefois être nuancée dans deux hypothèses : lorsqu'une décision porte sur la révocation des administrateurs ou membres du conseil de surveillance ; lorsque les questions diverses ne disposent pas d'une importance particulière<sup>703</sup>. À côté de la nullité automatique, l'article L. 225-121 du Code de commerce prévoit une autre sorte de nullité, dite facultative, soumise à l'appréciation souveraine du juge<sup>704</sup>.

Par ailleurs, dans la SAS où le législateur a détaché la SAS de la SA en matière de prise des décisions collectives, le détachement touche également la sanction qui les concerne. C'est la raison pour laquelle la nullité prévue au quatrième alinéa de l'article L. 227-9 du

---

<sup>699</sup> ANSA, Comité juridique, 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 546.

<sup>700</sup> Ce sont les articles L. 225-96, L. 225-79, L. 225-98, des troisième et quatrième alinéas de l'article L. 225-99, du deuxième alinéa de l'article L. 225-100 et de l'article L. 225-105 du Code de commerce.

<sup>701</sup> Art. L. 225-121 C. com.

<sup>702</sup> Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17256, *aff. SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F*, *Rev. sociétés*, 2013, p. 158, note H. Le Nabasque ; *BJS*, n° 12, 1<sup>er</sup> déc. 2012, p. 847, note R. Mortier ; *Gaz. Pal.*, 2013, p. 35, note B. Dondero. *Adde* Cass. com., 14 févr. 2018, n° 15-16525, *BJS*, n° 4, 01avr. 2018, p. 214. Dans cet arrêt, la chambre commerciale se prononce sur l'irrégularité de la délibération de l'assemblée générale d'une SARL qui est intervenue sur une résolution nouvelle proposant la nomination d'un commissaire aux comptes et d'un suppléant autres que ceux figurant dans la résolution adressée avec l'ordre du jour tendant aux mêmes fins de désignation.

<sup>703</sup> Art. R. 225-66 C. com.

<sup>704</sup> Pour aller plus loin au sujet de la nullité des décisions, voir E. GUEGAN, *Essai de réforme des nullités des décisions collectives*, *op. cit.* Voir également A.-L. IBRAHIM, *La nullité des décisions sociales*, Thèse, Univ. Rennes I, 2014.

Code de commerce diffère de celle prévue à l'article L. 225-121 du même code. Par opposition à la SA, la SAS ne connaît qu'une seule cause expresse de nullité, celle ressortant de l'article L. 227-9, alinéa 4 du Code de commerce. Cet article prévoit que les décisions prises en violation des dispositions de l'article L. 227-9 du Code de commerce « *peuvent être annulées à la demande de tout intéressé* ». Ce bref article mérite une analyse particulière.

Du point de vue textuel, la lettre de cette disposition permet de conclure que les décisions prises en violation, d'une part des règles relatives à la compétence collective des associés, et d'autre part, des règles relatives aux formes et aux conditions déterminées dans les statuts peuvent être entachées de nullité. Cette nullité est une nullité facultative, prononcée à la demande de tout intéressé.

440. Toutefois, ce régime de nullité semble lacunaire dans la mesure où en dehors d'une violation des dispositions légales, les associés de la SAS ne peuvent contester la décision prise en demandant l'annulation de la décision prise en violation d'une clause statutaire. Dans un arrêt *Larzul* rendu par la Cour de cassation le 18 mai 2010, la chambre commerciale rejeta le pourvoi formé par un associé pour demander l'annulation d'une réunion du conseil d'administration n'ayant pas respecté les modalités de prise de décision déterminées par les statuts et dans les règlements intérieurs de la SAS. Elle a précisé que conformément à l'article L. 235-1, alinéa 2, du Code de commerce « *la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats ; que, sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d'aménager conventionnellement la règle posée par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité* »<sup>705</sup>. Cela est regrettable dans la mesure où les statuts jouent un rôle primordial dans l'organisation du fonctionnement de la société. C'est pourquoi une intervention législative<sup>706</sup>

---

<sup>705</sup> Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.855 P+B+I+R, *aff. Sté Française de gastronomie c/ SAS Larzul*, *BJS*, 2010, p. 651, note H. Le Nabasque ; *JCP G*, 2010, p. 900, note A. Couret et B. Dondero ; *Dr. sociétés*, 2010, comm. 156, note M.-L. Coquelet.

<sup>706</sup> Le Professeur Hervé Le Nabasque préconise de compléter l'article L. 227-5 du Code de commerce avec la même clause que celle que l'on retrouve à la fin de l'article L. 227-9 du même Code prévoyant que tout intéressé peut demander l'annulation des décisions prises en violation des stipulations statutaires.

semble indispensable en la matière. Celle-ci aurait pour objectif d'étendre le champ de la nullité à toute violation, tant des règles impératives que des stipulations statutaires<sup>707</sup>.

Malgré un certain encadrement par le législateur, la liberté offerte aux associés en ce qui concerne la détermination des décisions collectives est incontestable. Elle coexiste avec une autre liberté, celle d'organiser dans les statuts les droits des associés.

## B. L'aménagement statutaire des droits des associés

441. Les obligations des associés de la SAS ne se distinguent pas des obligations imposées par le droit commun des sociétés, à l'image de l'obligation de participer aux activités de la société. Aux obligations légales s'ajoutent des obligations conventionnelles nées des statuts ou des pactes signés par les associés. Le respect d'une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose par un associé constitue un droit pour l'autre associé.

Dans les SAS, les associés peuvent, en raison de la liberté statutaire, délimiter dans les statuts le contenu de leurs droits et les modalités de leur exercice. Les droits des associés de la SAS se regroupent de façon classique, en deux catégories : les droits politiques (1) et les droits pécuniaires (2).

### 1. L'aménagement statutaire des droits politiques

442. Au-delà des restrictions imposées par le droit commun à propos des droits politiques des associés<sup>708</sup>, le législateur n'a imposé aucune limitation à ces droits dans le régime de la SAS. La définition du droit d'information est laissée à la liberté des associés (a). Il en est tout autant du droit de vote (b).

#### **a) La définition du droit d'information**

443. En principe, le droit d'information n'est régi par aucune disposition législative particulière dans la SAS<sup>709</sup>. Cela laisse aux statuts le soin de déterminer les contenus,

---

<sup>707</sup> A l'instar du droit allemand des GmbH qui prévoit qu'en droit allemand des GmbH, chaque associé peut contester une résolutions des associés, si celle-ci viole soit la loi soit simplement les statuts. (T. RAISER et R. VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5 éd. 2010, p. 72. Cité par H. FLEISCHER, « La SAS au regard du droit allemand », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspective*, op. cit., p. 167 et s).

<sup>708</sup> Voir *infra* n°525.

<sup>709</sup> Contrairement à la SA où la loi nécessite de communiquer aux actionnaires dans les quinze jours précédant toute assemblée les documents qui leur permettent de voter. Parmi ces documents nous en citons certains : l'ordre du jour, le texte des résolutions ; l'inventaire, les comptes annulés, les comptes consolidés s'il en existe (L. 225-100-2 C. com) ; le rapport de gestion des dirigeants (L. 225-100 C. com) et celui des commissaires aux

l'étendue et les modalités d'exercice de ce droit. La seule exception à ce principe réside dans l'hypothèse d'un recours au financement participatif par une SAS. Dans cette hypothèse, les investisseurs bénéficient du même droit d'informations que celui dont bénéficient les actionnaires d'une SA<sup>710</sup>. Pour le reste, malgré l'absence de dispositif législatif relatif au droit d'information, ce droit naît de sources multiples et jouit d'une importance particulière dans la mesure où il contribue à l'exercice des autres droits. Pour cette raison, les rédacteurs des statuts doivent préciser d'une manière claire le contenu et les modalités de l'exercice.

L'examen du droit d'information des associés de la SAS nécessite de mettre en exergue tout d'abord l'utilité de ce droit pour les associés (1°), ensuite, la nécessité d'une stipulation statutaire (2°).

### **1°. L'utilité du droit d'information.**

**444. L'importance de l'information.-** Les associés ont le droit d'être informés des démarches de la société. Ce droit résulte de la construction générale du droit des sociétés. L'associé ne peut exercer certains droits, comme celui de participation aux décisions collectives, s'il ne dispose pas d'informations suffisamment claires sur le contenu de cette décision. L'absence de dispositif législatif dédié au droit d'information n'affecte pas son importance en pratique et ne signifie pas non plus que l'on peut priver l'associé de ce droit.

**445. Le lien étroit entre le droit d'information et le droit de vote.-** La jurisprudence affirme l'importance de ce droit en avançant « *un principe général du droit des sociétés qui impose de donner connaissance aux associés des sujets sur lesquels ils seront amenés à voter des résolutions lors de la réunion de l'assemblée de telle sorte qu'ils soient en mesure d'apprécier la portée de leur vote et d'exprimer un choix de leur part* »<sup>711</sup>. Cet arrêt montre la place qu'occupent les informations dans l'exercice du droit de vote des associés. En conséquence, la responsabilité du dirigeant pourrait être engagée du fait d'un manquement au

---

comptes ; les listes des dirigeants sociaux et des actionnaires titulaires de titres nominatifs (L. 225-116 et R. 225-90 C. com.)...etc.

<sup>710</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 369, p. 269.

<sup>711</sup> CA Limoges (ch. civ.), 28 mars 2012, n°10/00576, *aff. SAS Groupe R*, *BJS*, n° 09, p. 623, note M. Germain et P.-L. Périn.

devoir de loyauté ou de la dissimulation de certaines informations susceptibles d'influencer la réflexion des associés<sup>712</sup>.

Quant à la doctrine, les opinions relatives au droit d'information sont diverses. Une partie de la doctrine affirme que chaque associé bénéficie d'un droit d'information minimum<sup>713</sup>, quelle que soit la forme sociale. Cette position, selon laquelle les dirigeants doivent fournir aux associés les informations nécessaires à l'exercice de leur droit de vote sous peine d'invalidité des décisions pour défaut de consentement<sup>714</sup>, s'appuie sur le premier alinéa de l'article 1844 du Code civil. Une autre partie de la doctrine estime que certaines prérogatives reconnues aux actionnaires d'une SA, telles que la communication aux associés des comptes sociaux ou du rapport de gestion, prévues au sein de l'article L. 225-232 du Code de commerce, devraient revenir également de plein droit aux associés de la SAS<sup>715</sup>. Quelle que soit la tendance doctrinale, le droit d'information n'est certes pas d'ordre public, mais demeure un droit inhérent à la qualité d'associé et contribue à l'exercice du droit de vote.

## 2°. L'intérêt des stipulations statutaires

**446. L'absence d'application des dispositions de la SA.-** La plupart des dispositions relatives à l'information dans la SA, notamment la distinction entre l'information occasionnelle et l'information permanente, ne sont pas transposables à la SAS, de sorte que si rien n'est prévu dans les statuts de la SAS, aucune protection du droit d'information des associés ne sera assurée. De plus, il n'existe pas de disposition de principe à l'instar de l'article L. 225-108 du Code de commerce, inapplicable à la SAS<sup>716</sup>, qui impose d'adresser ou de mettre à la disposition des actionnaires « *les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société* ». Néanmoins, la doctrine reste divisée quant au contenu de cette disposition. Selon une partie de la doctrine, cette dernière impose tout

---

<sup>712</sup> Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 (n° 12810 F-P+B), *D.*, 2013, p. 288 ; *D. actualités*, 8 janv. 2013, note A. Lienhard.

<sup>713</sup> Comme par exemple, l'ordre du jour et les textes de résolution, une information chiffrée, un exposé clair et précis de « *l'activité de la société et le cas échéant, de ses filiales au cours de dernier exercice écoulé, les résultats de cette activité, les progrès réalisés ou les difficultés rencontrées et les perspectives d'avenir* » (art. R. 225-102 C. com.)

<sup>714</sup> J.-J. DAIGRE, « Décisions collectives » in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly 1994, § 95, p. 37.

<sup>715</sup> D. STUCKI, « Société par actions simplifiée - Clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs », *J.-Cl sociétés formulaire*, 08, 2000.

<sup>716</sup> Art. L. 227-1, al. 3 C. com.

d'abord trop de contraintes lorsque les associés n'ont pas de besoins d'information, notamment lorsqu'ils ont directement accès à l'information grâce à leur fonction de dirigeant, et ceci particulièrement dans les SAS unipersonnelles. Par ailleurs, cet article ne confère pas assez de droits aux associés qui souhaitent avoir un accès approfondi aux informations relatives à la situation de la société, surtout lorsque ces associés sont des investisseurs financiers ou des partenaires industriels ou commerciaux. C'est pourquoi, afin d'éviter ces écueils, il sera très utile de compléter l'information par des clauses statutaires adaptées, en organisant tout ce qui n'existe pas dans les dispositions légales. De ce point de vue, « *la transparence sera de rigueur* »<sup>717</sup> et les particularités de la SAS devront être prises en compte.

**447. Les particularités de la société.-** En effet, la rédaction des statuts variera selon les besoins de l'entreprise ainsi que des associés. D'une part, les statuts peuvent prévoir un droit d'information approfondi ou gradué selon le domaine de l'activité sociétaire. D'autre part, en prenant en compte les besoins des associés, les statuts peuvent circonscrire les informations concernant le bilan, ou construire un mécanisme d'information particulier. Les statuts peuvent également moduler l'information en fonction des destinataires. Il est par exemple possible de prévoir, pour un associé important en capital risque, une meilleure information en termes de qualité, de quantité et de périodicité. Enfin, il est possible de rompre l'égalité d'information entre les associés par le biais des actions de préférence. Dans cette hypothèse, les titulaires d'actions de même catégorie bénéficient de la même information, mais aux différentes catégories d'actions sont attachées des informations différentes.

**448. Les modalités d'exercice du droit d'information.-** L'absence de dispositif légal régissant le droit d'information des associés de la SAS leur donne une liberté de déterminer les modalités d'exercice du droit d'information. Les associés peuvent préciser ces modalités dans les statuts de la société ainsi que dans les règlements intérieurs qui complètent les statuts. Ces derniers peuvent déterminer les organes compétents (dirigeant ou président) chargés de communiquer les informations aux associés. Ils peuvent préciser les conditions d'accès aux informations en exigeant la détention d'un minimum d'actions. Les statuts peuvent limiter l'exercice du droit d'information dans le temps, en stipulant des délais pour demander des renseignements. La détermination des modalités d'exercice du droit d'information ainsi que le

---

<sup>717</sup> D. RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux entreprises : la société par actions simplifiée », *JCPN*, 1994, I, 69.

contenu de ce droit éviteront toutes les difficultés qui pourront être envisagées dans l'avenir suite à un vide statutaire.

449. Enfin, quelle que soit la source de son droit à l'information (statutaire, légale ou dérivée d'un principe général), l'associé ne peut en abuser. « *Il y aurait détournement si l'associé tentait de s'immiscer dans la gestion de la société, qui est normalement du ressort des dirigeants* »<sup>718</sup>, c'est-à-dire si les informations demandées par l'associé ne sont pas nécessaires à l'exercice éclairé de son droit de vote. En conséquence, le droit à l'information est un élément fondamental du droit de vote qui lui est consubstantiel, ceci parce que « *le droit de vote postule que celui qui l'exerce a été informé* »<sup>719</sup>.

### **b) L'aménagement du droit de vote**

450. Jusqu'à présent, dans toutes les sociétés, le droit de vote est régi par deux principes : d'une part, celui de la connexion des prérogatives financières avec les prérogatives décisionnelles et, d'autre part, le principe de proportionnalité, consacré par l'article L. 225-122 du Code de commerce, selon lequel les actionnaires possédant le même nombre de titres auront les mêmes droits de vote. Or, ces principes reçoivent des exceptions dans les SAS. Le législateur a en effet exclu l'application à la SAS du principe de proportionnalité inscrit à l'article L. 225-122 du Code de commerce. Les rédacteurs des statuts de la SAS ont une grande marge de manœuvre pour aménager le droit de vote (1°). Ils peuvent également le plafonner (2°).

#### **1°. Les modalités d'aménagement du droit de vote**

451. Contrairement à la SA<sup>720</sup>, les actions de la SAS peuvent recevoir un droit de vote double ou multiple et même plus. Les statuts peuvent également créer des actions ayant des valeurs nominales différentes, disposant toutes du même droit de vote<sup>721</sup>. La SAS ne connaît donc ni la limite du droit de vote double ni l'obligation pour les actions d'être nominatives, intégralement libérées et inscrites depuis au moins deux ans au nom du même actionnaire<sup>722</sup>.

---

<sup>718</sup> M. GREMAIN, P.-L. PERIN, A. BOUGNOUX, « Sociétés par actions simplifiées organisation des pouvoirs-Fonctionnement », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 155-20, n°79.

<sup>719</sup> H. AZARIAN, « Sociétés par actions simplifiées- Fonctionnement », *J.-Cl. Com.*, Fasc. 1534.

<sup>720</sup> Sauf le cas d'émettre des actions de préférence avec un droit de vote multiple. (Art. L. 228-11 C. com.)

<sup>721</sup> V. CAVROIS-FOURNIER, *La liberté contractuelle et l'organisation de la SAS*, Mémoire, Faculté de droit, Univ de Lille II, 2011, p. 76.

<sup>722</sup> Art. L. 225-123 C. com.

Cela résulte de l'inapplicabilité des articles L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce du régime légal de SA.

452. Le droit de vote dans la SAS peut varier en fonction de divers paramètres. Il peut tenir compte de la masse des titulaires. Dans ce cas, le droit de vote dépend de la catégorie d'associé. Il est possible également de proposer le vote par tête. Cela signifie que chaque associé aura droit à une voix. Ce dernier cas soulève une interrogation sur la validité de cette modalité dans la SA. Pour les uns rien n'interdit l'insertion d'une telle disposition. À l'inverse, pour les autres, une telle disposition est illicite dans la mesure où cela ignore le principe de proportionnalité imposé par l'article L. 225-122 du Code de commerce<sup>723</sup>. Même si les associés de la SA veulent renforcer l'*intuitus personae*, il faut toujours garder la nature du groupement en respectant le principe de proportionnalité<sup>724</sup>. Dans la mesure où l'*intuitus personae* n'apparaît pas dans la SAS, rien n'interdit de prévoir une clause instaurant le vote par tête, notamment pour les décisions requérant l'unanimité. Il est possible aussi d'attribuer aux associés des droits de vote différents selon la qualité des associés, fondateurs ou autres. L'attribution d'un droit de veto semble enfin possible. À bien considérer ce droit, il s'agit d'une prérogative particulière, celle de s'opposer à une décision. En parallèle, les statuts peuvent prévoir un autre type de stipulations limitant le potentiel de vote, comme par exemple la clause d'ajustement des droits de vote, selon laquelle chaque associé dispose d'un pourcentage de voix exprimables de façon identique à celui que sa participation financière représente au regard du nombre total des droits de vote. Cette technique permet de neutraliser les effets de l'abstention dans les assemblées. Par voie de conséquence, ce type de clause assure aux majoritaires en capital la certitude d'emporter la décision lors de réunions de l'organe délibérant<sup>725</sup>. Il est possible également de créer deux catégories d'actions : la première donne le droit de participer aux décisions collectives fonctionnelles, la deuxième donne le droit de participer aux décisions financières, ou le droit de participer aux décisions

---

<sup>723</sup> J.-M. HAUPTMANN, *Le droit de vote de l'actionnaire en droit français et en droit allemand*, thèse, Strasbourg III, 1986, p. 117.

<sup>724</sup> Voir également Y. GUYON, *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, 2<sup>e</sup> éd, LGDJ, 1999, p.169.

<sup>725</sup> J.-J. DAIGRE, D. BOMPOIT, F. BASDEVANT, « La prise de contrôle rampante- Définition du contrôle rampant. Politique de harcèlement. Mesures préventives », *Dr. Sociétés*, actes prat., mai-juin 2000.

stratégiques. Les actions à droits de vote multiple peuvent constituer une catégorie spécifique<sup>726</sup>. Les statuts peuvent également prévoir le plafonnement du droit de vote.

## 2°. Le plafonnement du droit de vote

453. Considérons les clauses de plafonnement (clauses « anti-dilution » ou « pari passu »<sup>727</sup>), les associés peuvent également stipuler dans les statuts de leur SAS, une clause de plafonnement de participation qui leur permettra de limiter le pourcentage d'actions pouvant être détenu par un seul associé ou par personnes interposées. Cela diffère de la clause qui fixe un seuil maximal de participation, ce qui ne pose pas de problèmes particuliers au regard du droit de vote (cette clause a pour but d'éviter qu'un associé puisse se retrouver majoritaire en capital et que les droits de vote correspondants lui permettent de prendre les décisions dans la société<sup>728</sup>).

454. La clause de plafonnement peut s'appliquer à certaines catégories d'actions. L'objectif de cette clause est d'éviter qu'un actionnaire majoritaire ait le pouvoir de prendre seul une décision. Ainsi cette clause peut favoriser les dirigeants qui ne sont pas majoritaires en capital<sup>729</sup>.

En réalité, le plafonnement des voix ne se rencontre que dans les sociétés civiles<sup>730</sup>. À l'inverse, dans les SA<sup>731</sup>, cette clause apparaît comme une dérogation légale à la règle de proportionnalité de droit de vote « une action = une voix », consacrée par l'article L. 225-122 du Code de commerce. Il est à ce titre régi et strictement encadré par l'article L. 225-125 du code de commerce qui assure le renforcement de l'*affectio societatis* et « l'égalité

---

<sup>726</sup> L'article L. 228-11, al. 1 du Code de commerce, M.GERMAIN, P-L. PÉRIN, *La société par action simplifiée- Études- Formules, op, cit*, § 448, p. 259. Voir *infra* n° 212 et s.

<sup>727</sup> La clause anti-dilution est une clause qui permet aux actionnaires d'obtenir un droit de priorité lors d'une recherche de financement, tandis que la clause « pari passu » signifie que toutes les parties sont traitées équitablement.

<sup>728</sup> Cité par le site internet L'entreprise, « SAS (SAS) - clause de plafonnement de participation », publié le 6 avril 2010, <http://m.lentreprise.com/statut-creation-entreprise/sas-societe-par-actions-siimpli>. [Date de la consultation : 15/01/2015].

<sup>729</sup> Spécialistes du Groupe Revue fiduciaire, *Mémento de la SAS et de la SASU- juridique, fiscal et social*, Groupe Revue Fiduciaire, 2009, p. 241.

<sup>730</sup> M. BRILLAT et S. GUILLAUD- BATAILLE, *La société civile*, Gualino, 2013, p. 119 et s.

<sup>731</sup> Les clauses de plafonnement de vote peuvent se trouver dans certaines sociétés cotées. Ces clauses redonnent un certain dynamisme démocratique qui permet d'éviter le poids d'un bloc majoritaire. Pour mémoire prenons l'exemple de l'OPA : dans la SA, l'investisseur qui veut réaliser l'OPA ne pourra pas prendre toutes les décisions qu'il souhaite puisque, même s'il détient la majorité des titres, il n'aura pas la majorité des votes. Le plafonnement du droit de vote peut être exigé pour détenir un certain nombre d'actions, par exemple 10 actions pour avoir une voix.

*arithmétique* » entre les actionnaires<sup>732</sup>. Pour ce qui est de la SAS, le rédacteur des statuts de cette société, au moment de créer celle-ci, peut insérer la clause de plafonnement du droit de vote dans les statuts. En ce cas, cette clause sera une clause statutaire qui nécessite l'unanimité des associés pour la modifier. Cependant, lorsque la clause de plafonnement du droit de vote est introduite au cours de la vie de la société, on se demande si cette clause sera adoptée à la majorité ou à l'unanimité. On estime que la majorité pourrait suffire pour adopter cette clause, sous condition d'obtenir le consentement du titulaire des actions concernées par ce plafonnement, dans la mesure où cette clause peut augmenter les obligations de l'associé amené par ce biais à perdre une partie de son droit de vote.

455. En tout état de cause, le droit de vote n'est pas le seul droit susceptible d'être aménagé au sein des statuts. En effet, au-delà des droits politiques, les associés peuvent également aménager les droits pécuniaires.

## 2. L'aménagement statutaire des droits pécuniaires

456. Les droits pécuniaires des associés se définissent comme le droit de participer aux profits (bénéfices et boni de liquidation), aux pertes, ainsi que les droits sur le capital (droit préférentiel de souscription). La loi ne dispose pas de dispositifs particuliers relatifs aux droits pécuniaires dont les associés d'une SAS disposent, c'est le droit commun qui fixe le régime de ces droits. Dans la SAS, les droits pécuniaires admettent une adaptation, en l'occurrence un bon fonctionnement de la société.

457. **La SAS, un outil de répartition inégale des bénéfices ou des pertes.**- L'égalité entre les associés est un principe de valeur constitutionnelle<sup>733</sup>. Cette égalité n'implique pas une égalité de traitement. Cela est justifié par le principe de proportionnalité prévu par l'article 1844-1 du Code civil, selon lequel « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part*

---

<sup>732</sup> Ph. BISSARA, P. DIDIER, Ph. MISSEREY, « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *Cah. Dr. Entr.*, 5/1994, p. 18. En effet, ce mécanisme apparaît comme un moyen de défense anti-OPA, qui n'existe pas dans la SAS. Cette clause a un effet dissuasif, car le détenteur des actions ne peut pas obtenir plus de voix que le maximum statutaire, quel que soit le nombre de titres acquis. (R. KADDOUCH, « La clause statutaire de plafonnement des voix », *LSJ Entreprise et Affaires*, n°15, 14 Avril 2005, 620).

<sup>733</sup> Cons. const. n° 87-232 DC, 7 janv. 1988, « Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole », *Rev. sociétés*, 1988, p. 229, note Y. Guyon.

de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire ». En droit des sociétés, le principe de proportionnalité est plus important que l'égalité elle-même<sup>734</sup>. Cela ne signifie pas que l'égalité n'est pas du tout exigée. Celle-ci doit être assurée entre les actions de la même catégorie.

458. L'exercice du principe de proportionnalité au sein de la SAS est très flexible dans la mesure où ce principe n'est pas d'ordre public. Cela conduit à admettre une répartition non proportionnelle aux apports. Cette admission est conditionnée au fait de ne pas attribuer à un associé la totalité des profits ou de ne pas l'exonérer de la totalité des pertes<sup>735</sup>. À ce propos, une clause statutaire qui stipule une répartition inégale des dividendes en attribuant une très grande part à un associé n'est pas une clause léonine<sup>736</sup>. Cependant, conformément à l'article L. 232-15 du Code de commerce, la stipulation d'un intérêt fixe, qui ne prend pas en compte l'état financier de la société, est réputée non écrite. Cet effet ne s'étend pas au cas des clauses de promesses de cession d'actions prévoyant un prix égal au prix d'acquisition majoré d'un taux d'intérêt, dans la mesure où cette promesse n'engage que le promettant et non la société<sup>737</sup>. En dehors des interdictions limitées dans la loi, les statuts d'une SAS peuvent prévoir des droits pécuniaires particuliers à certaines actions.

459. En réalité, la question de l'aménagement des droits financiers n'est pas réservée à la SAS dans la mesure où cet aménagement est issu d'un texte commun, celui du 1844-1 du Code civil, applicable à toutes les sociétés. C'est pourquoi, il est uniquement nécessaire d'énumérer ces droits<sup>738</sup>.

460. **Droit aux dividendes.**- Il s'agit du droit à la participation aux bénéfices. Ce droit est un droit relatif, aléatoire, car il n'y a aucune garantie que les associés percevront des bénéfices dans le cas où ils veulent les réaliser alors que les organes ont décidé de les distribuer.

---

<sup>734</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op. cit., p. 243.

<sup>735</sup> C'est la clause léonine prévue au sein de l'article 1844-1 du Code civil et confirmée par la jurisprudence constante.

<sup>736</sup> H. HOVASSE, « De la liberté statutaire dans la SAS : comment démembrer des actions sans constituer un usufruit ? », *Dr. sociétés*, n° 12, déc. 2006, repère 11.

<sup>737</sup> Cass. com., 27 sept. 2005, *aff. BSA Bourgoin/c. CDR Participations*, *BJS*, janv. 2006, p. 92, note A. Couret.

<sup>738</sup> Pour le sujet des droits pécuniaires, voir à titre d'exemple : M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires – Les sociétés commerciales*, op. cit. Add. M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, op. cit., p. 260 et s.

461. **Droit au remboursement de son apport.**- Il s'agit de traduire la question de la contribution aux pertes. Pour les apports en numéraire, il faut que la société ait assez pour rembourser tous les associés. Il peut y avoir une préférence prévue pour le remboursement d'un apport en nature. En revanche, pour le remboursement des apports en numéraires, les règles de droit commun sont applicables.

462. **Droit au boni de liquidation.**- À cet égard, on transpose les règles applicables aux dividendes, avec la limite de la clause léonine. Le boni de liquidation est forcément un bénéfice qui reste après le remboursement des apports, c'est pourquoi il semble normal qu'il soit traité de la même manière que le droit au dividende<sup>739</sup>.

463. En définitive, les associés de la SAS ont donc une grande marge de manœuvre pour définir leurs droits dans les statuts. Cette liberté représente une souplesse remarquable qui permet à la SAS de s'adapter aux besoins de l'entreprise et à la volonté des investisseurs. Toutefois, les associés ne doivent pas abuser de leurs pouvoirs. L'exercice de leur liberté doit être loyal et justifié par l'intérêt social de la société<sup>740</sup>. Par ailleurs, la souplesse de la SAS se traduit par la possibilité laissée aux clauses statutaires de moduler l'actionnariat. Ces dernières peuvent en effet aménager le droit de faire partie de la société et de contrôler les cessions d'actions.

## **§2. Les clauses statutaires comme technique de modulation de l'actionnariat**

464. La grande innovation de la SAS est de permettre aux associés d'insérer dans les statuts des clauses conventionnelles. Le législateur a déjà prévu certaines clauses, notamment en matière d'agrément<sup>741</sup>, d'inaliénabilité<sup>742</sup>, et de cession forcée des actions<sup>743</sup>. Les associés ont la possibilité d'aller au-delà et de fixer des clauses concernant notamment l'admission /le retrait des associés, les mutations de capital, etc. L'enjeu est essentiel car ces clauses conventionnelles ont la même valeur juridique que les clauses prévues par la loi. En effet, leur

---

<sup>739</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, p. 266 et s.

<sup>740</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 134 et s.

<sup>741</sup> Art. L. 227-14 C. com.

<sup>742</sup> Art. L. 227-13 C. com.

<sup>743</sup> Art. L. 227-16 C.com.

violation entraîne leur nullité, avec mauvaise foi présumée,<sup>744</sup> en vertu de l'article L. 227-15 du Code de commerce qui dispose que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* ». Ces clauses statutaires peuvent se classer en deux catégories : les clauses renforçant l'*intuitus personae* (A) et les clauses permettant de maintenir une forte liaison entre les associés (B).

#### A. Les clauses renforçant la cohésion des associés

465. La SAS est qualifiée de société « personnalisée » en raison de l'importance accordée à la personnalité des associés<sup>745</sup>. Certaines clauses autorisées par le législateur contribuent à renforcer la coalition des associés. Deux clauses statutaires méritent une attention particulière : la première, la « clause d'agrément », subordonne la sortie d'un associé à l'assentiment des autres associés (1) ; la seconde, la « clause d'inaliénabilité », limite la libre circulation des actions en interdisant à l'associé en cause de sortir de la société avant la date convenue dans les statuts (2).

##### 1. La clause d'agrément

466. La clause d'agrément est une « *clause insérée dans les statuts d'une société qui subordonne la cession des parts ou actions à l'assentiment d'un organe social* »<sup>746</sup>. Cette clause a pour objectif de contrôler la mobilité des associés. La nature de la clause d'agrément dans la SAS est différente de celle de la SA dans la mesure où son champ d'application est plus large que la clause d'agrément autorisée au sein de la SA (a) et où ses procédures peuvent faire l'objet d'aménagements statutaires (b). La liberté statutaire s'étend également à la détermination du prix des actions en cas de refus d'agrément (c).

##### **a) Le champ d'application de la clause d'agrément**

467. **Le champ d'application étendu de l'article L. 227-14 du Code de commerce.**- La clause d'agrément est régie par l'article L. 227-14 du Code de commerce, selon lequel « *les*

---

<sup>744</sup> Art. L. 227-15 C. com.

<sup>745</sup> Y. GUYON, *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, 12<sup>ème</sup> éd., Economica, 2003, § 635, p. 689.

<sup>746</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V<sup>o</sup>. « agrément ».

*statuts peuvent soumettre toute cession d'action à l'agrément préalable de la société* »<sup>747</sup>. La lecture de ce texte appelle deux observations.

468. La première concerne la formule « *toute cession* » utilisée par le législateur. Une lecture restrictive de cette formule conduit à considérer que le champ d'application de l'agrément est limité au cas d'une cession d'actions, ce qui écarte tous les autres modes de mutation des actions, et ce qui est limité à certains cessionnaires<sup>748</sup>. Alors que dans l'article L. 228-23 du Code de commerce, le législateur autorise la clause d'agrément dans toutes les sociétés par actions dans l'hypothèse d'une cession des actions qui ne sont pas admises à la négociation sur un marché réglementé. Par ailleurs, cet article vise dans son troisième alinéa les cas dans lesquels la clause d'agrément n'est pas permise, à savoir la succession, la liquidation du régime matrimonial ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant<sup>749</sup>. Cette lecture restrictive laisse penser qu'il convient de limiter le champ d'application de l'article L. 227-14 du Code de commerce à la cession des actions. Cette impression ne semble pas pertinente pour deux raisons. D'une part, l'article L. 228-23 du Code de commerce a fait l'objet de deux modifications législatives : l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière. Ces deux ordonnances ont visé initialement les SA. Dans ces dernières, l'*intuitus personae* n'existe pas (sauf exception statutaire) entre les associés<sup>750</sup>. Dans la mesure où la considération de la personne de l'associé n'a aucune place dans les SA, il semble logique d'interdire l'exigence de l'agrément en cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux<sup>751</sup>, et de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant. Cette interdiction ne semble en revanche pas pertinente dans l'hypothèse d'une SAS où l'*intuitus personae* est admis et plus fort que dans la SA. Cela explique pourquoi l'article L. 227-14 du Code de commerce ne mentionne pas la qualité du cessionnaire. D'autre part, l'article L. 227-14 du Code de commerce institue une règle spéciale qui devrait déroger à la règle générale, celle de l'article L. 228-23 du même

---

<sup>747</sup> Voir *supra* n° 180s.

<sup>748</sup> M. GERMAIN et P.-L. PERIN, « Sociétés par actions simplifiées. – Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions », Fasc. 155-30, *J.-Cl. Com*, 25 Janvier 2016, §11. [Mise à jour : 07/08/2017].

<sup>749</sup> M. GERMAIN, P.-L. PÉRIN et P.-Y. LAGARDE, « Avantages financiers composés de la SAS et de la SARL », *op. cit.*, p. 13.

<sup>750</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, § 11, p. 40

<sup>751</sup> C. BARREAU, « Société entre époux », *Répertoire des sociétés*, jan. 2019, p. 30 et s.

Code. Ce dernier n'a donc pas vocation à s'appliquer aux SAS. En conséquence, les interdictions imposées par l'article L. 228-23 du Code de commerce ne s'appliquent pas à la SAS<sup>752</sup>. Ainsi, le domaine de la clause d'agrément des SA demeure, selon nous, étendu à tout type de cessionnaire sans aucune distinction.

469. La seconde observation appelée par l'article L. 227-14 du Code de commerce est que l'expression « *toute cession* » conduit à conclure que son champ d'application s'étend à tous les types d'opérations de transmission des actions. L'ajout de l'adjectif « toute » avant le mot « cession » marque « *la totalité dans l'unité* »<sup>753</sup>. Le mot « cession » à cet égard a un sens large et dépasse la simple opération de cession des actions par une vente-achat. Le sens général du mot « cession » en droit civil est la transmission d'un droit<sup>754</sup>. Par comparaison avec la société européenne qui s'est inspirée des règles régissant la SAS en matière de clauses d'agrément et d'inaliénabilité, on constate que le législateur utilise au sein de l'article L. 229-11 du Code de commerce l'expression « tout transfert d'actions » pour parler de la possibilité de restreindre statutairement la libre négociation des actions. Ensuite, il utilise dans le deuxième alinéa du même article l'expression « toute cession » pour indiquer la sanction encourue en cas de violation des clauses restrictives. Cela veut dire que les deux expressions sont synonymes, que la formulation « toute cession d'actions » n'est pas moins étendue que celle de « tout transfert », comme le soulignent certains auteurs<sup>755</sup>. L'expression actuelle de l'article L. 227-14 du Code de commerce favorise également une application étendue de la clause d'agrément en cas de fusion.

470. **Une extension à l'opération de fusion.**- La question de l'extension du champ d'application de l'article L. 228-23 du Code de commerce aux opérations de restructuration des SA s'est posée à plusieurs reprises devant la Haute juridiction. S'il est vrai que la Cour de

---

<sup>752</sup> Le domaine concerne donc « toutes les cessions, y compris les cessions entre associés, ou les cessions entre parents ou époux (art. 227-14). Par un raisonnement a fortiori, on peut considérer qu'elle peut aussi fonctionner en cas de changement de contrôle d'une société actionnaire (art. L. 227-17) » (P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 718)

<sup>753</sup> J.-L. DE BOISSIEU, « L'emploi du mot « tout » dans les livres VII à XII des *Fables* de la Fontaine », *L'information grammaticale*, n° 52, 1992, p. 10 et s.

<sup>754</sup> S. Guinchard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24<sup>e</sup> éd., 2017, V° « cession ». Adde. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « cession » ; R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2018, 9<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, V°. « cession ».

<sup>755</sup> A. LE RUYET, *L'agrément en droit des sociétés - Contribution à une simplification du Droit*, Thèse, Univ. Rennes 1, 2017, §256, p. 212.

cassation a admis la licéité de la clause d'agrément depuis 1986<sup>756</sup>, un doute demeurerait présent jusqu'en 2003 quant à l'applicabilité de cette clause aux cas de fusion de SA.

Par une décision rendue le 6 mai 2003 par la chambre commerciale, la Cour de cassation a levé ce doute en affirmant que « *la fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément est interdite* »<sup>757</sup>. Cela a confirmé la validité des clauses soumettant à agrément les fusions-absorptions. Par un arrêt de rejet<sup>758</sup> du 15 mai 2007, la Cour de cassation a confirmé cette position en rappelant « *par motifs propres et adoptés, que rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts et que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité* »<sup>759</sup>. La Haute juridiction ne s'est en revanche pas prononcée sur le cas précis de la SAS. Pour autant, dans la mesure où la jurisprudence a admis l'extension de la clause d'agrément à l'opération de fusion-absorption dans une société qui se caractérise par une réglementation impérative comme celle de la SA, cette extension devrait *a fortiori* pouvoir être admise dans le cas d'une société dotée d'une considérable liberté statutaire, la SAS.

Toute cession en violation de la clause d'agrément entraîne, selon l'article L. 227-15 du Code de commerce, la nullité de la cession.

## **b) Le possible aménagement statutaire de la procédure d'agrément**

471. L'indétermination législative des procédures d'agrément démontre, selon la doctrine unanime<sup>760</sup>, que le législateur a laissé aux associés de la SAS le soin de déterminer ces

---

<sup>756</sup> Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12657, *Bull. civ.* IV, n° 115 ; *RTD com.* 1987, p. 209, obs. Y. Reinhard ; *D.*, 1987, p. 85, note J.-J. Daigre.

<sup>757</sup> Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03172, *aff. SA Financière de laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ SA Sanofi Synthélabo*, *BJS*, 2003, p. 812, note commune en chron. A. Constantin, p. 742 ; *JCPE*, 2003, p. 1485, note M. Cohen ; *D.*, 2003, p. 1438, obs. A. Lienhard. Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13484, *aff. SA Eurofog c/ SAS Ixsea*, note M. Menjuq, *BJS*, n° 10, p. 1075. La Cour de cassation dans l'arrêt du 2007 a rejeté le pourvoi en confirmant la décision de la cour d'appel de Paris retenue le 9 février 2006.

<sup>758</sup> La décision de la cour d'appel de Paris a fait l'objet de beaucoup de commentaires par la doctrine. A ce propos voir CA Paris (3<sup>e</sup> ch. secte. B), 9 fév. 2006., *aff. SA Eurofog c/ SAS Ixsea* ; *Rev. sociétés*, 2006, p. 431, note I. Urbain- Parleani ; *RTD com.*, 2006, p.429, obs. P. Le Cannu.

<sup>759</sup> Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *aff. Société Eurofog c/ SAS Ixsea*, *BJS* 2007, p. 1075, note M. Menjuq. *Op. cit.*

<sup>760</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité, voir H. LE NABASQUE, « La flexibilité contractuelle dans la SAS », *op. cit.*, p. 85. Il convient d'indiquer que les travaux parlementaires portant sur le domaine d'application de l'article L. 227-14 (art. 262-15 ancien) considéraient que le régime du rachat « *relève clairement des statuts et non de la loi* ». Par conséquent, « *l'article L. 227-14 aurait donc dû, pour prévoir une obligation de rachat, être complété par une disposition impérative, qui n'a pas été ajoutée sciemment par le législateur* ». (Rapp. AN., n° 258, p.

procédures dans les statuts. Par opposition à la SA, les associés de la SAS peuvent donc aménager ces procédures dans des conditions prévues par les dispositions propres à la SAS.

472. Par exception au principe d'exigence de l'unanimité pour introduire ou modifier les clauses prévues par l'article L. 227-19 du Code de commerce, à savoir la clause d'inaliénabilité, de cession forcée et de changement de contrôle, la clause d'agrément peut être introduite ou modifiée par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et les formes prévues par les statuts.

473. La liberté confiée aux associés afin de déterminer les procédures d'agrément nécessite une vigilance lors de la rédaction des statuts. Ceux-ci doivent préciser clairement la procédure d'agrément, notamment celle qui concerne le délai dans lequel les associés ou l'organe prévu dans les statuts, doivent prononcer l'agrément. En ce qui concerne l'engagement de racheter des actions, par exemple, suite à un refus d'agrément, dans la mesure où le législateur n'a pas permis ni autorisé explicitement la clause de rachat, les associés peuvent compléter l'article L. 227-14 du Code de commerce par une stipulation statutaire en précisant les procédures à suivre en cas de refus d'agrément. Ils peuvent prévoir une obligation de rachat ou à l'inverse une clause écartant expressément l'obligation de rachat des actions. Dans cette dernière hypothèse, l'associé titulaire des actions concernées par la clause d'agrément se doit de reclasser ses actions dans la société<sup>761</sup>.

Il en résulte que toute forme de transfert d'action peut être soumise statutairement à l'agrément des associés. La SAS bénéficie de cette possibilité. Elle contribue à renforcer la cohésion entre les associés de la SAS et par ricochet protège la société. La clause d'agrément dans celle-ci est donc le résultat de l'autonomie de cette société par rapport à la SA. Afin d'éviter toutes les incertitudes nées de l'interprétation de l'article L. 227-14, les rédacteurs des statuts doivent préciser dans ceux-ci le domaine de la clause d'agrément ainsi que le prix de rachat d'actions si l'agrément est refusé.

### **c) La liberté de déterminer le prix de rachat en cas de refus d'agrément**

474. Le régime propre de la SAS contient un dispositif régissant la question de la détermination du prix de rachat d'actions, précisé dans l'article L. 227-18 du Code de

---

14 ; Rapp. Sénat, n° 35, p. 31 ; *JO Sénat CR*, 22 oct. 1993, p. 3360 ; *JOAN CR*, 23 nov. 1993, p. 6141. Cité dans M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 369, p. 202).

<sup>761</sup> A. LE RUYET, *L'agrément en droit des sociétés - contribution à une simplification du Droit*, *op. cit.*, p. 98.

commerce. Ce texte dispose en effet que « *si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause introduite en application des articles L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil* », en vertu duquel les associés disposent de deux modalités pour exprimer leur volonté en matière de fixation du prix : d'après les statuts ou par l'accord des parties (1°). À défaut des deux modalités précédentes, on se réfère à une norme commune visant les sociétés, contenue dans l'article 1843-4 du Code civil (2°).

### **1°. Le principe de la libre fixation du prix de rachat**

475. Selon l'article L. 227-18 du Code de commerce, le législateur donne aux associés de la SAS la liberté de fixer les modalités d'évaluation du prix dû lorsqu'on se propose de racheter les actions d'un associé, en raison du refus d'agrément, d'une cession forcée et/ou d'une exclusion de cet associé. La précision des modalités de calcul du prix permet aux associés de déterminer le prix. Ces modalités peuvent porter sur un moyen de calcul qui prend en compte le bilan de la société contenant les plus-values latentes et les résultats de l'exercice en cours<sup>762</sup> ou le pouvoir conféré par les actions cédées. Le prix peut donc être déterminé dès le jour de la rédaction des statuts ou déterminable en fonction des résultats de l'exercice. En cas de silence statutaire à propos des modalités du prix, les parties (cédant et cessionnaire) doivent se mettre d'accord sur le prix du rachat des actions.

476. Cependant, la lecture de l'article L. 227-18 du Code de commerce pose deux questions.

Premièrement, on peut comprendre à la lecture de l'article L. 227-18 du Code de commerce que la précision des modalités du prix doit figurer dans les statuts. À ce propos, on se demande si la précision à propos des modalités d'évolution du prix est limitée aux stipulations statutaires, en cela écartant les modalités de détermination d'origine extra-statutaires. La réponse à cette question présente un intérêt particulier dans la mesure où elle a une influence sur l'application de la deuxième partie du premier alinéa de l'article en cause. Pour le dire autrement, l'admission des modalités d'évaluation du prix fixées par un pacte extra-statutaire évince le recours à l'étape suivante : l'accord des parties et le renvoi fait à l'article 1843-4 du Code civil. Le texte de l'article n'expose que le cas d'une détermination

---

<sup>762</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., § 1064, p.450.

prévue dans les statuts. Cela conduit à refuser l'extension du champ d'application de cet article lorsque le prix est déterminé dans un pacte extra statutaire.

En effet, la Cour de cassation a admis, dans une société civile, les modalités à même de calculer le prix, modalités prévues par un pacte extra-statutaire en à partir acceptant la demande de recourir à l'expertise pour évaluer le prix<sup>763</sup>. Or, quelques années plus tard la Cour de cassation a remis en cause les modalités d'évaluation du prix situées en dehors des statuts<sup>764</sup> en décidant le recours à l'expertise à partir de l'article 1843-4 du Code civil. Cette position a été confirmée par la jurisprudence postérieure<sup>765</sup>. Quant à la SA, la délocalisation d'une clause de cession forcée hors des statuts, rend l'article 1843-4, en cas de contestation, inapplicable sauf dans le cas où les actionnaires l'ont prévu. À défaut d'un renvoi exprès dans le pacte extra-statutaire à l'article en cause et en cas de contestation, la cession sera nulle pour défaut de prix<sup>766</sup>. Si la Cour de cassation a apporté une réponse claire en matière de détermination extra-statutaire des modalités d'évaluation du prix du rachat des parts sociales des sociétés civiles, la question demeure sans réponse en ce qui concerne la SAS. D'un point de vue téléologique, l'objectif souhaité par l'article, exprimé par la limitation de cet article aux stipulations statutaires, est double. En premier lieu, il convient d'assurer une protection maximale du cédant dans la mesure où les statuts sont publiés, le cédant sera informé des modalités d'évolution de son droit social. En second lieu, il s'agit de vaincre tout essai visant à contourner le caractère impératif de l'article 1843-4 du Code civil en prévoyant, par exemple, des promesses de vente des droits sociaux dans les pactes extra-statutaires. L'élimination des modalités d'évaluation du prix précisées dans les pactes extra-statutaires n'empêche pas les associés de faire volontairement référence à l'article 1843-4 du Code civil. Or, dans la mesure où cet article est d'ordre public<sup>767</sup>, le renvoi, même s'il est partiel à celui-ci, s'impose en intégralité aux associés.

---

<sup>763</sup> Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17465, *aff. Société civile de Mousquetaires*, *D.*, 2009, p. 2195, note B. Dondero.

<sup>764</sup> Cass. com., 4 décembre 2012, n° 10-16280, *D.*, 2013, p. 147, note A. Couret. *Adde.* Cass. com., 26 février 2013, *JCPE*, 2013, n° 1, p. 1519, obs. B.-O. Becker ; *BJS*, 2013, p. 385, note B. Dondero.

<sup>765</sup> Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26915, *D.*, 2014, p. 759, note B. Dondero ; *JCPE*, 2014, p. 1159, note A. Couret ; *D.*, 2014, p. 759, note A. Lienhard.

<sup>766</sup> A. CHARVÉRIAT, M.-É. SÉBIRE, A. COURET et B. ZABALA, *Mémento Sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 16760.

<sup>767</sup> Cass. com. 4 décembre 2007, n° 06-13912, *Bull.*, 2007, IV, n° 258 ; *JCPE*, 2007, p. 1159, note H. Hovasse ; Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.465, *D.*, 2009, p. 2195, note B. Dondero. *Adde.* J. MOURY, « Réflexions sur l'article 1843-4 du Code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2009, p. 503. Ces jurisprudences affirment que le régime de l'article 1843-4 du Code

Deuxièmement, l'article L. 227-18 du Code de commerce est certes applicable en cas de refus d'agrément, mais il s'applique également lors de la mise en œuvre des clauses de cession forcée des actions et d'exclusion. Il ne vise pas les autres clauses créées par les associés, comme par exemple les clauses de contrôle de l'actionnariat ou la mise en œuvre de la clause *bad leaver* (qui engage le salarié de céder ses actions s'il est licencié pour faute ou s'il démissionne) ou *good leaver* (qui s'applique lorsque le salarié quitte la société à la suite d'invalidité, retraite ou décès). La question qui se pose ici est de savoir si l'application de l'article L. 227-18 du Code de commerce peut être étendue aux rachats issus des clauses non prévues par l'article.

477. L'interprétation stricte de l'article L. 227-18 du Code de commerce conduit à limiter son application aux clauses visées. En ce qui concerne les clauses non visées, il faut revenir au régime commun prévu dans l'article 1843-4 du Code civil. Dans cette optique, la figuration de ces clauses dans les statuts ne rend pas l'article L. 227-18 du Code de commerce automatiquement applicable<sup>768</sup>. Une autre interprétation peut être donnée à ledit article en considérant que l'article L. 227-18 du Code de commerce s'inscrit dans un ensemble de règles dominé par la liberté contractuelle, l'esprit<sup>769</sup> contractuel peut donc s'étendre à toute clause. Pour éviter toute incertitude pouvant découler de l'interprétation du texte en cause, une précision statutaire semble à cet égard indispensable. Les associés peuvent prévoir que l'article L. 227-18 sera applicable à toute clause statutaire en déterminant, d'une manière supplétive, la mise en œuvre de l'article 1843-4 du Code civil. On peut également réfléchir à une modification législative de l'article L. 227-18 du Code de commerce en ouvrant son champ d'application afin d'inclure toute clause statutaire.

En somme, la mise en œuvre de l'article L. 227-18 du Code de commerce confirme la primauté des clauses statutaires en matière de détermination des modalités d'évaluation du prix de cession des actions. En cas de défaut de ces clauses, l'article 1843-4 aura vocation à s'appliquer.

---

civil est d'ordre public. Ce caractère d'ordre public a été également confirmé par un arrêt rendu par la chambre de commerce le 20 décembre 2017 (Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-17.587) Voir à cet égard, P. PISONI, « Désignation de l'expert de l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2018, p. 249.

<sup>768</sup> A. CHARVÉRIAT, M.-É. SÉBIRE, A. COURET et B. ZABALA, *Mémento sociétés commerciales*, op. cit., n° 16790.

<sup>769</sup> G. CORNU, *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrétien, 11<sup>ème</sup> éd., 2003, p. 141.

## 2°. L'application par défaut des normes civiles du droit commun

478. L'omission de prévoir dans les statuts des modalités d'évaluation du prix du rachat ainsi que l'absence d'un accord des parties sur ce prix, rend applicable l'article 1843-4 du Code civil, lequel dispose que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ».

479. L'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 a modifié profondément l'ancien article 1843-4 du Code civil. Désormais, de façon générale, l'application de cet article est imposée en deux cas : le premier en cas de renvoi législatif à cet article, comme le cas du refus d'agrément ; le second, en cas de silence statutaire à propos de la modalité de détermination du prix de rachat, comme dans le cas du rachat des actions de l'associé exclu. Si cela est envisagé pour toutes les sociétés, dans la SAS, le recours au régime prévu par l'article 1843-4 s'applique en l'absence de deux choses : une précision statutaire et aussi l'accord des associés. En vertu de l'article 1843-4 du Code civil, la désignation de l'expert doit être faite par les parties. En cas de désaccord entre elles, le régime diffère selon la norme applicable.

Premièrement, si l'article 1591 du Code civil est applicable, le contrat est valable dès lors que le prix est déterminé ou déterminable. Mais ce texte souffre d'insuffisance. Si l'expert décède avant d'avoir rendu son rapport ou refuse de faire l'expertise, l'expertise ne sera pas rendue. Dans ce cas et conformément à l'article 1592 du Code civil, le contrat ne sera pas formé ; de plus le juge ne pourra pas le remplacer<sup>770</sup>. En effet, ce texte n'est pas d'ordre public. Pour cette raison, il faut qu'il soit complété dans le contrat en reprenant l'idée de l'article 1843-4 et en prévoyant conventionnellement que par exception à l'article 1592, la désignation d'un nouvel expert pourra être décidée par l'accord des parties, ou par le président du Tribunal de commerce statuant en la forme des référés.

Deuxièmement, pour que l'article 1843-4 du Code civil soit applicable, deux conditions doivent être remplies. Tout d'abord, la clause désignant le tiers expert devra être la plus explicite possible, dans ce cas-là, le tiers n'intervient pour fixer le prix que dans le cas prévu par la loi, c'est à dire lorsque l'acquéreur des droits sociaux s'est heurté à un refus d'agrément. La seconde condition, en cas d'absence d'un accord sur le prix, l'expert désigné

---

<sup>770</sup> A. CONSTANTIN, *Cours d'ingénierie juridique*, (non publié), *op. cit.*

par les parties ou, à défaut d'accord entre elles, par le Président du tribunal de commerce, a la mission de déterminer le prix de rachat des titres selon les critères qu'il juge opportuns<sup>771</sup>. Il faut remarquer que cet article de droit commun ne précise pas la date à laquelle l'expert doit finir sa mission. L'on doit alors considérer que le délai est raisonnable.

Il convient d'indiquer qu'une clause des statuts fixant un prix déterminé ou déterminable ne peut écarter la désignation de l'expert en justice. Une fois l'expert désigné, les éventuelles clauses de prix ou d'évaluation du prix insérées dans les statuts ne s'imposent pas à l'expert : celui-ci est libre de s'inspirer de la méthode prévue, mais il n'y est pas obligé. S'il ne le fait pas, son expertise reste valable. La seule remise en cause possible de l'expertise de prix repose sur la preuve que l'expert a commis une erreur grossière qui résulte d'une faute objective d'évaluation<sup>772</sup>.

En plus de la clause d'agrément, les associés de la SAS ont la possibilité de moduler l'organisation de l'actionnariat en ayant également recours à la clause d'inaliénabilité.

## 2. La clause d'inaliénabilité

480. L'inaliénabilité se définit, de manière générale, comme « l'impossibilité de transférer volontairement, à titre gratuit ou à titre onéreux, une chose ou un droit »<sup>773</sup>. En droit des sociétés, la clause d'inaliénabilité fait exception au principe de la libre cessibilité des actions et signifie qu'il est interdit, pour les actions qui sont l'objet de cette clause, de procéder à toute forme d'aliénation, ce qui inclut non seulement la cession, mais aussi l'échange, la donation, et la vente. Cette clause permet ainsi de verrouiller le capital mais rend, dans le même temps, l'actionnaire prisonnier de ses titres.

Avant de pouvoir affirmer l'efficacité de la clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une SAS (b), il est tout d'abord nécessaire d'établir la validité de celle-ci (a).

---

<sup>771</sup> Cass. com. 19 janvier 2005 n° 663, *aff. torlai c /Sté KPMG, RJDA 8-9/05 n°986*.

<sup>772</sup> Cass. com., 6 juin 2001, *Dr. sociétés*. 2001, n° 170, obs. Bonneau ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 18, note J. Moury, *JCPE*, 2013, p. 1129, note B. Dondero (faute grossière pour n'avoir pas déterminé le prix à la date la plus proche du remboursement de droits sociaux) ; Cass. civ. (ch.1<sup>er</sup>), 25 janv. 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 608, note Y. Chartier.

<sup>773</sup> C. FERRY, « Portée des clauses d'inaliénabilité ayant pour objet des actions », *Dr. Sociétés*. 2010, étude 12 ; R.-N. SCHUTZ, « L'inaliénabilité », *Rép. Civ Dalloz*, oct. 1999. En droit commun, l'inaliénabilité a été prévue dans le cadre successoral, pour maintenir certains biens dans la famille (Art. 900-1 Code civ.).

### a) La validité de la clause d'inaliénabilité

481. Jusqu'à la loi instituant la SAS<sup>774</sup>, l'inaliénabilité des actions était interdite dans la mesure où cela porte atteinte au principe de libre disposition des biens par le propriétaire, consacrée par l'article 544 du Code civil, et au principe de libre cessibilité des actions constitutif « *de l'essence des sociétés anonymes* »<sup>775</sup> selon la jurisprudence. L'introduction d'une telle clause dans le cas de la SAS<sup>776</sup>, et non dans la SA, est évidemment une « *manifestation de la liberté contractuelle [caractéristique de cette société] qui permet aux contractants, sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs, de modeler la convention à leur convenance* »<sup>777</sup>. Dans la SAS, l'inaliénabilité est consacrée par l'article L. 227-13 du Code de commerce, qui énonce que « *les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans* ». Cet article offre ainsi un fondement légal à la clause d'inaliénabilité. Il n'exige pas la preuve d'un intérêt sérieux et légitime de cette clause, contrairement au droit commun (à l'article 900-1 du Code civil)<sup>778</sup>, ce qui révèle une nouvelle fois l'originalité de la SAS<sup>779</sup>. La loi exige en revanche que la durée de cette inaliénation soit limitée, à dix ans au maximum<sup>780</sup>. Cette exigence est d'ordre public car la clause d'inaliénabilité constitue une limite à la libre cessibilité des actions, elle ne doit pas être indéterminée. Au vu de ces éléments, trois questions méritent d'être soulevées.

---

<sup>774</sup> Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la SAS, *JORF*, n°2, 4 janvier 1994, p.129.

<sup>775</sup> Cass. com, 22 oct. 1969, *Bull. civ.*1969, IV, n°307, p. 290, cité par H. AZARIAN, « Sociétés par actions simplifiées- fonctionnement », *J.-Cl. Com*, Fasc, 1534.

<sup>776</sup> Après la SAS, les clauses d'inaliénabilité ont été admises dans la société européenne (Art. L. 229-11 C. com.).

<sup>777</sup> T. FAVARIO, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *BJS*, 2010, p. 100.

<sup>778</sup> Le législateur français n'oblige pas, pour l'insertion d'une clause d'inaliénabilité d'une société européenne, à mentionner l'intérêt sérieux et légitime. (Art. 229-11 Cod. Com).

<sup>779</sup> I. URBAIN-BARLEANI, « Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée », *Rev. sociétés*, 2016, p. 572.

<sup>780</sup> Malgré la variété du domaine de l'inaliénabilité entre le droit civil et le droit commercial, les conditions de droit commun sont malaisément transposables à l'inaliénabilité en droit des sociétés, en laissant aux statuts la liberté de déterminer les conditions de ses applications. La clause doit répondre à un intérêt sérieux, légitime. En droit des successions, il est facile de trouver un intérêt légitime, mais en droit des sociétés, l'intérêt n'est pas toujours évident. La clause doit être limitée dans le temps : en droit commun, le législateur n'a rien prévu, la jurisprudence a dû déterminer ce qu'était une durée admissible en matière de clause d'inaliénabilité. Les juges estiment qu'une inaliénabilité de 30 ans est un maximum admissible. Le législateur a transposé la clause d'inaliénabilité dans le domaine de la SAS, mais en ne conservant que ce point : la durée ne doit pas excéder 10 ans. Concernant l'intérêt légitime et sérieux, il a été supprimé car cet intérêt, selon certains auteurs, se présume dans la SAS, cette présomption est irréfragable. Voir G. BAFFOY, R. LE NENAN, « Les pactes restreignant la cession de titres sociaux », *J.-Cl. Fasc. 1534* ; P. DELEBECQUE, « La société par actions simplifiée, les pactes d'actionnaires », in *Société par actions simplifiée, op. cit.*, n° 132 ; M. JEANTIN, « Les associés de la SAS », *Rev. sociétés*, 1994, n° 32.

482. La première est de savoir s'il est toutefois possible de transmettre l'objet inaliénable d'une autre manière que par la vente, à l'image de la transmission universelle du patrimoine par fusion, succession ou donation. À cet égard, la doctrine est divisée. Une partie estime que cette transmission est, sauf stipulations contraires dans les statuts, interdite, car l'inaliénabilité prévue par la loi ne concerne que les cessions isolées à l'exclusion des transferts d'actions résultant de la transmission universelle de patrimoine<sup>781</sup>. À l'inverse, une autre partie de la doctrine estime que « *la clause d'inaliénabilité, [...] ne peut suffire à bloquer l'effet dévolutif et maintenir en vie une société absorbée ou liquidée : la SAS et ses associés se trouvent donc forcément confrontés à un nouveau détenteur des actions, l'associé initial ayant disparu* »<sup>782</sup>. Ainsi, selon cette dernière opinion, la notion d'« aliénation » prévue par l'article L. 227-13 du Code de commerce a un sens plus large que la notion de « cession » prévue pour l'agrément à l'article L. 227-14 du même Code. En conséquence, la portée de l'inaliénation s'étend à d'autres opérations comme celles de la fusion ou de la liquidation. Ainsi, les associés de la SAS absorbante ou en liquidation seront détenteurs des actions inaliénables. On ne peut que souscrire à cette opinion, en soulignant la nécessité de préciser dans les statuts la portée exacte de la clause d'inaliénabilité et les cas auxquels la clause sera applicable. Une telle précision contribuera à éviter l'incertitude que pourrait engendrer l'application de cette clause.

483. La deuxième question est de savoir si l'on peut considérer les actions stipulées inaliénables comme des actions de préférence. Les avis sont également divisés sur ce point. D'une part, les professeurs Michel Germain et Véronique Magnier estiment que l'action de préférence<sup>783</sup> peut exister avec des droits amoindris<sup>784</sup>. Dans cette optique, et conformément à l'article L. 228-11 du Code de commerce, les actions inaliénables ne doivent pas dépasser la moitié du capital de la SAS. À l'inverse, le professeur Renaud Mortier estime que la stipulation d'une charge dans les statuts, comme le cas de la clause d'exclusion qui prive du droit de vote et le cas de la clause d'inaliénabilité, ne peut constituer en elle-même une préférence<sup>785</sup>.

---

<sup>781</sup> J. MESTRE. D. VELARDOCCHIO, *BJS* 2002, p. 1204, obs. LE CANNU, cité par C. FERRY, *op. cit.*

<sup>782</sup> M. GERMAIN, P.-L. PERIN, « Société par actions simplifiée- organisation des rapports entre associés.- clauses statutaires relatives à la cession d'actions », in *J.-Cl sociétés*, n°5, 2009.

<sup>783</sup> Voir *supra* n° 212 et s.

<sup>784</sup> M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit commercial, op. cit.*, § 2082, p. 370.

<sup>785</sup> R. MORTIER, « L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés », *Actes prat. et ing. Sociétaire*, mars-avril 2008, n° 2, p. 1.

484. La troisième question est de savoir si l'action inaliénable peut être saisissable. La doctrine majoritaire refuse l'idée que l'action inaliénable soit insaisissable car cette idée porte atteinte aux droits des tiers et facilite considérablement les comportements frauduleux<sup>786</sup>. De surcroît, la clause d'inaliénabilité ne figure pas parmi les cas pouvant être conventionnellement déclarés insaisissables conformément à l'article L. 112-2 du Code de procédures civiles d'exécution.

485. Malgré ces arguments tout à fait pertinents, cette opinion majoritaire ne nous semble pas complètement adaptée. Quel serait en effet l'intérêt de saisir une action inaliénable si la vente forcée ne peut intervenir qu'après l'expiration du délai de l'inaliénation<sup>787</sup> ? Cela peut rendre l'exécution sur l'action en cause suspensive. À l'inverse, la doctrine minoritaire admet que l'inaliénabilité des actions entraîne l'insaisissabilité, tout en précisant que l'insaisissabilité ne signifie pas l'interdiction de donner en gage ou le nantissement, sauf stipulation contraire dans les statuts. Si les statuts peuvent interdire la constitution du nantissement ou le gage, cela conduit à s'interroger sur le sort du nantissement et du gage contracté en violation de l'interdiction statutaire concernant les actions inaliénables. De façon générale, le nantissement sera nul. En ce sens, le créancier gagiste ne saurait être privilégié par rapport à d'autres créanciers car la publication des statuts constitue une présomption de sa connaissance des limites des droits du débiteur associé.

Dès que la clause d'inaliénabilité est valable, elle commence à produire un effet. L'effet de cette clause dont l'objet est de stabiliser l'actionnariat démontre son efficacité dans la vie de la société.

#### **b) L'efficacité de la clause d'inaliénabilité**

486. L'insertion d'une clause d'inaliénabilité dans les statuts d'une SAS apparaît en elle-même utile et efficace à plusieurs égards. Cela n'empêche pas toutefois de renforcer son efficacité, soit par des stipulations statutaires précises, soit par une intervention législative.

487. **L'efficacité actuelle.** – En lui-même, le mécanisme de l'inaliénabilité apparaît tout d'abord efficace et utile en ce qu'il contribue à la stabilisation du capital de la société,

---

<sup>786</sup> M. JEANTIN, « Les associés de la SAS », *Rev. sociétés*, 1994, p. 223. *Adde.* Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, Economica, 2003, §471-11, p. 524. *Adde.* P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2003, § 952, p.581.

<sup>787</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 793, p. 597.

essentiellement à son succès, et en ce qu'il permet de maintenir dans la société le ou les associé(s) opérationnel(s)<sup>788</sup> qui est/sont les pierres angulaires du développement de la société. Il en est de même dans le cas du capital-risque ou LBO<sup>789</sup>.

Par ailleurs, l'efficacité de la clause d'inaliénabilité réside dans la sanction attachée à sa violation. L'article L. 227-15 du Code de commerce<sup>790</sup> prévoit à cet égard que « *toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle* ». La nullité constitue, selon nous, une sanction adéquate de la violation d'une clause d'inaliénabilité, plus efficace que les sanctions prévues par l'article 1217 du Code civil en cas d'inexécution d'une obligation, à savoir « *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution* »<sup>791</sup>.

Ainsi, les sanctions en droit des contrats n'incluent pas la nullité. Même s'il semble possible de provoquer la résiliation du contrat, cette possibilité est limitée aux parties au contrat, à savoir dans le cas qui nous occupe, l'associé et l'acheteur de l'action inaliénable. Au surplus, la résiliation du contrat ne produit d'effets que pour l'avenir<sup>792</sup>. Cela rend cette résolution inefficace pour le passé. Pour ce qui est des clauses d'inaliénabilité, la relation se déploie entre la SAS et l'associé. Aussi est-il difficile pour la société de demander la résolution d'un contrat conclu entre l'associé et les tiers auxquels il a acheté les actions, sans nier la possibilité de demander des dommages et intérêts. La sanction de la nullité des actes de cession conclus en violation d'une clause statutaire d'inaliénabilité est efficace et simple. La nullité en tant que sanction légale peut être accompagnée statutairement d'une autre sanction, par exemple l'exclusion de l'associé qui n'a pas respecté la clause d'inaliénabilité.

**488. Les moyens possibles de renforcer l'efficacité.**- Le renforcement de l'efficacité de la clause d'inaliénabilité peut se traduire de deux façons.

---

<sup>788</sup> I. URBAIN-BARLEANI, « Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée », *op. cit.*

<sup>789</sup> Le LBO est une technique financière au service de la transmission d'entreprises (familiales) dont il s'agit d'assurer la pérennité au profit de leur propre développement et de l'ensemble des parties prenantes qui bénéficient de leur succès : salariés, fournisseurs, collectivités locales... (Y. BRUN, « Mesures susceptibles de limiter l'attractivité des LBO et de favoriser la transmission familiale des entreprises », *Journée d'étude LBO*, organisée par FORDE, IGR, 7 oct. 2016 (non publié).

<sup>790</sup> Par analogie à l'article L. 229-11 du Code de commerce qui vise la clause d'inaliénabilité de la société européenne.

<sup>791</sup> Ces sanctions peuvent être cumulées afin de demander des dommages et intérêts.

<sup>792</sup> L. ANDREU et N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Gualino, 2018, § 905, p. 328.

La première réside dans la bonne rédaction de la clause d'inaliénabilité, laquelle doit assurer le respect des prescriptions légales impératives d'une part, anticiper certaines difficultés d'interprétation susceptibles de naître de l'application de cette stipulation d'autre part. Ainsi, les rédacteurs des statuts de la SAS doivent préciser minutieusement tout ce qui concerne l'inaliénabilité des actions, en incluant l'identité des actions visées, ainsi que le délai et le point de départ de l'inaliénabilité. Sur ce dernier point, les rédacteurs disposent d'une certaine latitude, le point de départ résidant, à titre supplétif, dans la date de signature des statuts ou de l'insertion de la clause statutaire<sup>793</sup>. Les rédacteurs des statuts doivent également délimiter la portée exacte de l'inaliénabilité des actions en précisant les hypothèses dans lesquelles s'applique la clause, comme par exemple la fusion.

La seconde façon de renforcer l'efficacité de la clause d'inaliénabilité a fait l'objet d'une modification législative du délai de 10 ans prévu par l'article L. 227-13 du Code de commerce. Si ce délai, d'ordre public, vise à protéger les associés, il est tout de même permis de se demander pourquoi il a été fixé à dix ans, ni plus ni moins.

489. En conclusion, qu'il s'agisse de la clause d'agrément ou de la clause d'inaliénabilité, les clauses statutaires qui renforcent l'*intuitus personae* permettent de moduler l'organisation de l'actionnariat dans la SAS et constituent un témoin de la souplesse qui caractérise cette forme sociétaire. Un autre témoin de cette flexibilité réside dans les clauses qui sauvegardent la cohésion des associés.

## B. Les clauses sauvegardant la cohésion des associés

490. Les clauses d'exclusion (1) ainsi que les clauses de changement de contrôle (2) sont des clauses efficaces dans la mesure où elles assurent la continuité de l'actionnariat et les idées coopératives.

### 1. La clause d'exclusion

491. Dans la SA, particulièrement marquée par l'*intuitus pecunia*, la possibilité d'exclure un associé demeure incertaine<sup>794</sup>, en raison du droit de l'associé à faire partie de la société<sup>795</sup>. À

---

<sup>793</sup> T. FAVARIO, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *BJS*, 1<sup>er</sup> oct. 2010, n° 1, p. 100.

<sup>794</sup> L'hypothèse de l'exclusion d'un actionnaire de la SA peut être déduite de l'article L. 235-6 du Code de commerce qui dispose qu'en cas d'une demande de nullité de la société fondée sur un vice du consentement ou

l'inverse, dans les sociétés par actions simplifiées, l'associé peut être tenu de céder ses actions et être exclu de la société<sup>796</sup>. L'article L. 227-16 du Code de commerce prévoit en effet que « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts [de la SAS] peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Les statuts peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ». Ainsi, il ne fait aucun doute qu'un associé d'une SAS peut voir ses droits politiques suspendus (droit d'être informé ou de voter), voire être exclu.

492. Pour autant, les statuts doivent être extrêmement précis en ce qui concerne les causes de l'exclusion, l'organe compétent pour décider l'exclusion, le déroulement de la procédure d'exclusion, et les motifs et délais doivent être précisés dans les statuts<sup>797</sup>.

Concernant tout d'abord les causes d'exclusion, ces dernières peuvent être objectives, lorsque elles correspondent à la société (par exemple en l'absence d'intérêt pour la vie sociale), ou subjectives, correspondant alors à l'associé lui-même (par exemple en cas de faute de l'associé). Plusieurs motifs d'exclusion peuvent être insérés dans les statuts<sup>798</sup>, à l'image de la responsabilité en cas de mésentente grave entre associés interdisant la poursuite de l'activité sociale, l'exercice d'une activité concurrente, soit directement soit par l'intermédiaire d'une société filiale ou apparentée, toute action qui porte atteinte aux intérêts, à la réputation ou à l'image de marque de la société, l'interdiction faite à un associé de la SAS de participer à l'activité de celle-ci, la responsabilité d'une faute de gestion dans le cas où l'associé occupe des fonctions de direction dans la société<sup>799</sup>, le prononcé d'une condamnation pénale à l'encontre d'un associé, etc. Quelle(s) que soi(en)t la/les cause(s) d'exclusion retenue(s), il convient de souligner à nouveau que ces dernières doivent être déterminées précisément dans les statuts pour éviter tout contentieux.

---

l'incapacité d'un actionnaire, la société ou un actionnaire peut saisir le tribunal dans le délai de six mois, à peine de forclusion, afin de proposer toute mesure susceptible de supprimer la nullité de la société, « notamment par le rachat de ses droits sociaux ».

<sup>795</sup> Ph. MERLE, *Sociétés commerciales*, Dalloz, 2018, § 370, p. 399 et s.

<sup>796</sup> Art. L. 227-16 C. com.

<sup>797</sup> P. BAUVERT, N. SIRET, *Droit des sociétés et autres groupements*, op. cit., p. 322

<sup>798</sup> J.-P. DOM, *Société par actions simplifiée - guide juridique, fiscal et social*, op.cit., p. 273.

<sup>799</sup> Cass. civ (ch.1<sup>er</sup>), 8 nov. 1976, n° 75-12405. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu qu' « il ne suffirait pas à la cour d'appel de rechercher si l'exclusion résultant d'une décision prise par les organes compétents était régulière en la forme, mais qu'elle était encore tenue de constater si, conformément au pacte social accepté par les parties et qui leur tenait lieu de loi, l'exclusion du demandeur procédait d'un motif grave légitimant la mesure disciplinaire prise contre lui ».

Concernant ensuite l'organe compétent pour décider l'exclusion d'un associé, les statuts peuvent le déterminer librement. Il peut s'agir du président, de la collectivité des associés, d'une commission *ad hoc* ou encore d'un tiers arbitre dans la mesure où la décision d'exclusion ne fait pas partie des décisions collectives<sup>800</sup>.

Concernant enfin la procédure d'exclusion, les statuts doivent préciser les formalités à respecter pour prononcer une telle mesure, surtout en ce qui concerne l'information de l'associé concerné (délai, exposé des motifs), et les conditions dans lesquelles celui-ci peut exercer sa défense. Sur ce point, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de considérer comme abusive une décision par laquelle l'assemblée générale d'un groupement d'intérêt économique (GIE) avait exclu l'un de ses membres sans que celui-ci ait pu, avant le vote, obtenir l'information à laquelle il avait droit et s'exprimer sur les faits qui lui étaient reprochés<sup>801</sup>.

## 2. La clause de changement de contrôle

493. Aux termes de l'article L. 227-17 du Code de commerce, spécifique à la SAS, les statuts peuvent donner aux associés la possibilité d'exclure un associé passant sous le contrôle d'un nouvel actionnaire prévu au sein de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>802</sup>. Cela permet d'interdire l'introduction d'une personne étrangère qui peut être concurrente à la société. Cette mesure permise par le législateur a un double intérêt : en premier lieu, elle sauvegarde l'équilibre entre les associés ; en second lieu, elle évite tout risque pouvant entraver le fonctionnement de la SAS, notamment en cas de changement de contrôle au profit d'un concurrent.

Le changement de contrôle peut être la conséquence de plusieurs opérations. Il peut résulter d'une action de concert. C'est lorsque le contrôle est exercé, d'une manière directe ou

---

<sup>800</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 828, p. 623.

<sup>801</sup> Cass. com. 7 juillet 1992, n°1308, *RJDA*, 11/92, n° 1036. Cité par J-P. DOM, *Société par actions simplifiée - guide juridique fiscal et social*, *op. cit.*, p. 275.

<sup>802</sup> L'article L. 233-3 du Code de commerce prévoit que « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ».

indirecte, de droit ou de fait, par une société tierce sur l'associé de la SAS. Il peut également découler d'une fusion, d'une scission, d'une dissolution, d'un apport, d'une augmentation ou réduction du capital, ou de cession de titres.

494. La figuration d'une clause de changement de contrôle au sein des statuts nécessite que les associés déterminent les procédures de la mise en œuvre de cette clause<sup>803</sup>. Ils doivent déterminer statutairement le délai dans lequel l'associé en cause doit informer la société de ce changement ainsi que l'organe qui doit être informé : président, dirigeant ou autre. Le défaut d'information pourrait être considéré comme une cause d'exclusion. De plus, les statuts doivent préciser également les conséquences pour l'associé en cas de changement de contrôle (exclusion ou/et suppression du droit de vote) ainsi que les modalités de notification à l'associé de la décision d'exclusion. Dans cette hypothèse, l'associé exclu devra, dans le délai fixé par les statuts, céder ses actions. À ce propos, les statuts doivent également déterminer les personnes autorisées à racheter les actions<sup>804</sup>. Enfin, la précision statutaire sur tous les points susmentionnés aura pour effet d'assurer l'efficacité de la clause de changement de contrôle.

495. En définitive, comparée aux autres formes sociétaires de droit français, en particulier à la SA, la SAS se caractérise par une souplesse qui fait son originalité. D'une part, les statuts peuvent librement délimiter les prérogatives des associés, en particulier pour ce qui concerne les décisions collectives. D'autre part, les associés peuvent choisir d'inclure des clauses statutaires renforçant la cohésion et/ou sauvegardant la cohésion des associés, afin de moduler l'organisation de l'actionnariat. Cette souplesse propre à la SAS constitue ainsi un élément essentiel de l'attractivité de cette forme sociale.

---

<sup>803</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, *op. cit.*, § 844, p. 635.

<sup>804</sup> L. ROUZEAU, *La société par actions simplifiée- Vecteur de transformation du droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 128.

## **Conclusion du chapitre II**

496. Le régime juridique de la SAS se caractérise par sa particulière souplesse à plusieurs niveaux. Cette dernière affecte tant la détermination du régime de gouvernance de la société que l'organisation de son actionnariat. Cette flexibilité témoigne de la place centrale laissée à la liberté statutaire, inégalée dans les autres formes sociétaires, et permettant d'identifier conventionnellement les outils juridique ayant pour objectif d'assurer le bon fonctionnement de la société. Certes, cette liberté statutaire est, dans une certaine mesure, encadrée par la loi. Cela se vérifie tout particulièrement au stade de l'organisation de la représentation externe de la SAS. Pour autant, cet encadrement ne fait pas obstacle, bien au contraire, à la structuration du régime flexible de la SAS, et assure une certaine harmonie entre la liberté et l'exigence de sécurité juridique.

Ainsi, la souplesse découlant de la liberté statutaire, qui permet de créer à chaque fois une SAS unique, constitue incontestablement un élément significatif qui distingue la SAS des autres sociétés par actions.

## CONCLUSION DU TITRE I

497. La SAS est une société singulière en droit français. En premier lieu, elle se distingue, sur de nombreux points, de la SA et de la SARL. Ces divergences contribuent à mettre en lumière les atouts de la SAS par rapport aux autres sociétés et expliquent le succès de cette forme sociale. En second lieu, la SAS se caractérise par des éléments significatifs qui lui sont propres et qui montrent la singularité de la SAS en tant que société fondée sur une liberté statutaire structurée par la loi, en matière de direction comme en matière d'organisation de l'actionnariat. C'est cette flexibilité qui constitue l'atout principal de cette société<sup>805</sup>.

498. Au regard de ces éléments, la singularité de la SAS semble indéniable dans la mesure où actuellement, en droit des sociétés par actions, la SAS est la seule société qui dispose d'un régime flexible laissant aux associés l'opportunité d'organiser la direction ainsi que de concevoir l'actionnariat en fonction de leurs besoins. Cela signifie que les SAS n'auront pas les mêmes statuts ni le même fonctionnement, en fonction des attentes différenciées des associés. Or, cette particularité de la SAS en tant que société « *sur mesure juridique* »<sup>806</sup> ne semble pas en adéquation avec le mécanisme du renvoi aux règles concernant la SA qui est, quant à lui, vecteur d'un manque de lisibilité, de complexité, et d'incohérence.

En conséquence, la solution réside, selon nous, dans la suppression du renvoi et dans l'autonomisation du régime juridique de la SAS. Seule une telle autonomisation juridique permettra à la SAS de s'affirmer en tant que modèle juridique.

---

<sup>805</sup> E. MASSET, « Une société sur mesure : illustrations pratiques », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 50 et s.

<sup>806</sup> *Ibid.*

## TITRE II. LA CONSTRUCTION SOUHAITABLE DU MODELE

499. De manière générale, l'affirmation d'un modèle juridique suppose deux éléments : d'une part la constitution d'une référence, et d'autre part l'imitation de ce modèle par les autres institutions.

Dans cette perspective, la réalisation de la SAS comme référence passe, selon nous, par la suppression de tout renvoi aux règles concernant la SA, et par la création d'un modèle juridiquement autonome. En effet, si la fonction de modèle est de rendre une réalité complexe intelligible<sup>807</sup>, il faut que la référence qui l'incarne soit en elle-même intelligible. La modélisation de la SAS doit donc passer par la simplification du régime légal régissant la SAS, ce par le biais d'un détachement législatif du régime de la SA. Le détachement législatif de la SAS par rapport à la SA comporte, à cet égard, un double enjeu. En premier lieu, il conduira à la libéralisation du droit des sociétés par l'intermédiaire d'une extension de la place de la liberté contractuelle. En respectant les règles impératives, les associés pourront en effet remplacer le renvoi par des dispositions conventionnelles statutaires ou extra-statutaires, utiles et adaptées aux besoins de leur entreprise. En second lieu, le détachement législatif contribuera à la clarté et à l'intelligibilité de la loi. La création d'un modèle autonome contractualisé permettra au sujet de droit de connaître les questions régies par des règles législatives et celles qui sont laissées à la liberté contractuelle.

500. L'affirmation du modèle juridique résulte également du rapport d'échange qui s'établit entre la référence et les autres institutions. L'inspiration, l'imitation et l'importation sont des opérations révélatrices de ce rapport. À cet égard, le régime juridique de la SAS a déjà constitué une source d'inspiration lors de réformes visant la modernisation du droit français des sociétés. Au-delà, la version actuelle de la SAS a fait l'objet d'une exportation réussie au Luxembourg. Ainsi, la SAS a déjà, dans une certaine mesure, servi de modèle pour certaines formes sociétaires, en France comme à l'étranger. Cette imitation de la SAS pourrait être renforcée une fois le régime de cette société autonomisé.

---

<sup>807</sup> S. SOLEIL, « Les modèles juridiques et leur circulation », Formation de l'ED DSP, Univ. Rennes1, (non publié), nov. 2017.



## Chapitre I. La construction de la SAS comme référence

501. La modélisation consiste à représenter de façon simplifiée une réalité souvent complexe, ce qui aide à la rendre compréhensible. Afin d'atteindre cet objectif, il faut donc que le modèle considéré comme référence soit lui-même simple et compréhensible. Ce n'est, à l'heure actuelle, pas le cas de la SAS. En effet, malgré plusieurs mouvements de simplification, le régime légal de cette société reste complexe, notamment en raison de la technique de la législation par référence qui aboutit à une connaissance incertaine de la règle de droit applicable. C'est la raison pour laquelle la construction du modèle que nous proposons vise à simplifier le régime de la SAS. Cette simplification favorisera le passage de la logique - actuelle - dogmatique du législateur, reposant sur l'utilisation du régime légal préexistant et reconnu (ici la SA), à une logique pragmatique reposant sur la nécessité d'un droit simple, intelligible, adapté et efficace. Ce changement de logique nécessite ainsi une refonte du régime actuel de la SAS, qui permettra de répondre davantage aux besoins des entreprises du XXI<sup>e</sup> siècle.

502. Une telle entreprise peut, selon nous, se réaliser à travers deux adaptations.

Tout d'abord, en dépit du fait que la SAS a été créée par le législateur, les parties (ici les fondateurs ou les associés selon le cas) aux conventions sont les plus à même de déterminer leurs besoins et les moyens de les satisfaire. C'est pourquoi la reconnaissance accrue des conventions, d'origine statutaire ou extra-statutaire, conclues entre les associés (fondateurs) de la SAS, dans les limites permises par la loi, paraît adaptée à la pratique. Ces conventions pourraient constituer un élément simplificateur, permettant de construire un modèle légal à contenu conventionnel (**Section I**). Par ailleurs, l'évolution progressive de la place des titres de la SAS permet de s'affranchir de la réalité de la SAS en tant que société fermée, et invite à réfléchir à la possible ouverture de cette société (**Section II**).

**Section I. L'établissement souhaitable d'un modèle fondé sur un régime conventionnel**

503. Proposer d'effectuer un détachement législatif nécessite en parallèle de proposer une alternative à la technique actuelle du renvoi : l'élaboration conventionnelle du régime de la SAS (§1). Toutefois, un tel essai d'autonomisation doit s'accompagner de mesures protectrices en ce qui concerne les droits des parties prenantes (§2).

**§1. La suppression du renvoi législatif**

504. Plusieurs supports sont révélateurs des aménagements contractuels relatifs au fonctionnement et à la vie de la société, y inclus aux droits sociaux des associés. À côté des statuts, qui constituent la charte de la société, certains pactes extra-statutaires ou pactes d'associés peuvent être conclus. Au-delà même de cette *summa divisio* traditionnelle, figurent d'autres supports. Parmi ceux-ci se trouvent notamment les règlements intérieurs<sup>808</sup> qui existent dans la pratique, malgré l'absence de précision à leur égard au sein du régime légal de la SAS<sup>809</sup>. La jurisprudence a également reconnu la qualité de support d'aménagement à une lettre prévoyant la conclusion d'un pacte d'actionnaire<sup>810</sup>.

505. La pratique montre un recours accru aux pactes extra-statutaires afin d'aménager la mutation des droits sociaux ou le statut salarié du dirigeant. Cela met en exergue deux supports qui jouent un rôle très important dans l'organisation de la vie des sociétés et qui pourraient remplacer le renvoi législatif basé sur le critère de la compatibilité. Il s'agit, d'une part, des statuts qui mériteraient d'être renforcés (A) et, d'autre part, des pactes extra-statutaires qui sont particulièrement efficaces (B).

---

<sup>808</sup> A. VIANDIER, « Le règlement intérieur du conseil d'administration », *RJDA*, 2003, p. 1003.

<sup>809</sup> S. SCHILLER, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. sociétés*, 2011, p. 331.

<sup>810</sup> Dans un arrêt de la Cour de cassation, la chambre commerciale a consacré la force obligatoire de la lettre prévoyant la conclusion d'un pacte d'actionnaires en affirmant qu'elle ne peut être rompue brutalement que si des circonstances précises le justifient (Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-12.097, *RJDA*, juin 2010, n° 636, p. 973).

### A. Le renforcement souhaitable des statuts

506. Contrairement au formalisme de la SA, la SAS se caractérise par sa nature contractuelle<sup>811</sup>. La contractualisation de la SAS et la liberté contractuelle confiée aux associés donnent aux statuts de celle-ci une importance indéniable pour organiser à la fois la structure et le fonctionnement de la société<sup>812</sup>, et pour régler « *des questions pour lesquelles une réglementation impérative n'impose pas une solution préétablie* »<sup>813</sup>. C'est pourquoi la rédaction des statuts doit être soignée dans la mesure où ils constituent la charte de la société. En effet, l'autonomisation de la SAS par le biais d'un détachement législatif par rapport au régime de la SA, nécessite un renforcement du champ des statuts pour qu'ils puissent remplacer le renvoi aux dispositions de la SA. Le renforcement souhaité des statuts implique, en plus du maintien des dispositions devant impérativement figurer en leur sein (1), de permettre d'ajouter des stipulations variées afin de dessiner un régime conventionnel « sur mesure » adapté à chaque SAS (2).

#### 1. Le maintien du domaine réservé aux statuts

507. Dans les SAS, le législateur a donné une importance significative aux statuts afin de déterminer et d'organiser certaines questions. Cela se déduit de la formulation des textes législatifs composant le régime propre de la SAS. On distingue deux formulations en la matière, celles qui sont de nature impérative (lorsque le législateur indique ce que les statuts déterminent, fixent, etc.) et celles qui sont d'ordre facultatif (lorsque « *le législateur n'a eu la prétention de les imposer à personne* »<sup>814</sup> en laissant aux associés le choix entre faire et ne pas faire).

---

<sup>811</sup> Les statuts constituent l'acte générateur de la société, en offrant à la société la possibilité de vivre. Ces statuts peuvent suivre un des modèles disponibles à partir d'une formule-type comme c'est le cas habituellement des statuts de la SA et de la SARL, ou être instaurés par les fondateurs de la SAS.

<sup>812</sup> Les rédacteurs des statuts de la SAS démarrent avec un papier blanc, sur lequel doivent figurer les droits et les obligations de chaque participant. En plus, les statuts doivent prévoir tous les cas de mentions obligatoires telles l'imposition de désigner un président (art. L. 227- 6 C. com), les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés (art. L. 227-9 C. com), etc. A côté de ces mentions obligatoires, les statuts peuvent faire figurer également les mentions facultatives, comme par exemple les conditions de la cession des actions d'une société actionnaire, les conditions de la suspension des droits pécuniaires ou de l'exclusion d'un actionnaire dont le contrôle a changé, etc. (P. LE CANNU, « La société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, fév. 2000.)

<sup>813</sup> P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, § 276, p. 187.

<sup>814</sup> G. BAUDRY- LACANTINERIE , *Précis de droit civil- Contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une seconde les questions de détail et les controverses*, t.1, Larose et Forcel, 1882, §92, p.54.

508. Ainsi, doivent impérativement figurer au sein des statuts la détermination des décisions qui doivent être prises collectivement par les associés<sup>815</sup>, la désignation d'un président de la société<sup>816</sup>, les conditions de l'exercice collectif par les associés, les attributions dévolues aux assemblées générales<sup>817</sup>, la détermination des modalités de souscription et de répartition des actions relatives aux apports en industrie<sup>818</sup>, la détermination des modalités du prix de cession des actions et la fixation des conditions de direction de la société<sup>819</sup>. À propos de ce dernier point, la jurisprudence a confirmé l'importance exclusive des statuts de la SAS pour définir l'organisation de sa direction<sup>820</sup>. Cela confirme le caractère d'ordre public sociétaire de cette règle.

509. Néanmoins, les obligations imposées par l'article L. 227-5 du Code de commerce n'empêchent pas les associés de compléter les statuts ou de prévoir les détails de l'organisation de la direction de la SAS, ainsi que l'organisation du fonctionnement de la société, dans les règlements intérieurs<sup>821</sup>. Ceux-ci ont une valeur inférieure aux statuts. En cas de contradiction, les statuts priment<sup>822</sup>. Pour préciser, les règlements intérieurs ne sont pas, contrairement aux stipulations statutaires, opposables aux tiers dans la mesure où ils ne font pas l'objet d'une publication officielle comme les statuts des sociétés. Ils sont opposables, en revanche, aux salariés de la société, même à ceux qui ont intégré la société après la mise en œuvre du règlement, si le sujet en débat concerne l'organisation de la vie des salariés dans la société<sup>823</sup>. En revanche, si le sujet concerne l'organisation des relations entre les associés, ils ne disposent d'une force obligatoire que vis-à-vis des associés signataires.

---

<sup>815</sup> Art. L. 227-9, al.1 C. com.

<sup>816</sup> Art. L. 227-6, al. 1 C. com.

<sup>817</sup> Art. L. 227-9, al. 2 C. com.

<sup>818</sup> Art. L. 227-1, al. 4 C. com.

<sup>819</sup> Art. L. 227-5 C. com.

<sup>820</sup> Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS-PBRI, BJS*, note M. Germain et P.-L. Périn. *Adde.* CA Paris, 27 nov. 2018, RG n° 16/16446. La cour d'appel de Paris a prononcé la nullité des assemblées générales non convoquées par ce dernier du fait qu'elles sont contraires aux modalités de convocation prévues par les statuts.

<sup>821</sup> M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, « Société par actions simplifiée – organisation des pouvoirs. Fonctionnement », Fasc. 155- 20, *J.-Cl. Com.*, 25 janv. 2016 [ Mise à jour : 07//08/2017 ]

<sup>822</sup> P. LE CANNU, « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, p. 723.

<sup>823</sup> Il convient d'indiquer que les sociétés qui ont moins de 20 salariés ne sont pas obligées d'établir un règlement intérieur.

510. Par ailleurs, en ce qui concerne certaines clauses statutaires (d'inaliénabilité, d'agrément, de cession forcée, d'exclusion), la formulation des articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce, qui utilisent le verbe « pouvoir », permet de considérer que ces stipulations font certes partie du domaine des statuts, mais non du domaine réservé aux statuts. En effet, la formulation considérée n'est ni permissive, ni impérative, ni supplétive, mais simplement facultative dans la mesure où la société a la faculté de faire ou de ne pas faire. Elle peut fonctionner sans que lesdites clauses soient stipulées<sup>824</sup>.

Il en résulte que l'inclusion de stipulations réservées aux statuts au sein du règlement intérieur ou des pactes extra-statutaires, soulève une interrogation sur leur validité et leur capacité à produire un effet juridique. En dehors des domaines réservés, on se demande si les associés peuvent inclure dans leurs statuts des règles relevant du régime de la SA sous condition de leur compatibilité avec le statut particulier de la SAS.

## 2. L'ajout de stipulations statutaires variées

511. La technique de la législation par référence a pour objectif de compléter les silences laissés par le législateur quant au régime propre d'une société. Dans le cas de la SAS, cette technique a été utilisée pour les règles relatives à la constitution<sup>825</sup>, aux modifications du capital social et de l'actionnariat des salariés<sup>826</sup>, au contrôle<sup>827</sup>, à la transformation<sup>828</sup> (sauf les conditions), à la dissolution<sup>829</sup>, à la responsabilité civile<sup>830</sup> et au régime de la société à participation ouvrière<sup>831</sup>. Dès lors, afin de créer un régime autonome de la SAS, il serait nécessaire d'abandonner la méthode du renvoi et de créer, sur les questions susmentionnées, des dispositions propres à cette société. Cela pose la question de savoir si de telles dispositions pourraient être incluses dans les statuts. Ces dernières pourront être déterminées par les associés en fonction de leurs besoins de deux façons : des dispositions *sui generis* (a)

---

<sup>824</sup> Cette qualification s'est inspirée du Professeur Guyon qui l'a utilisée dans le cadre de la distinction entre les conventions en relation avec la société. (Y. GUYON, *Traité des contrats - Les sociétés, op. cit.*, § 198, p. 258).

<sup>825</sup> Section première du chapitre V (art. L. 225-2 à L. 225-11-1 C. com.)

<sup>826</sup> Section IV du chapitre V (art. L. 225-127 à L. 225-217 C. com.). Cette section vise les opérations de l'augmentation, de l'amortissement, et de la réduction du capital ainsi que la souscription, le rachat d'actions par les salariés et la prise en gage par les sociétés de leurs propres actions.

<sup>827</sup> Section V du chapitre V (art. L. 225-218 à L. 225-235 C. com.)

<sup>828</sup> Section VI du chapitre V (L. 225-243 à L. 225-245-1 sauf L. 225-243 C. com.)

<sup>829</sup> Section VII du chapitre V (art. L. 225-246 à L. 225-248 C. com.)

<sup>830</sup> Section VIII du chapitre V (art. L. 225-249 à L. 225-257 C. com.)

<sup>831</sup> Section IX du chapitre V (art. L. 225-258 à L. 225-270 C. com.)

ou des dispositions empruntées volontairement au régime légal de la SA (b), voire un mélange des deux.

**a) Des dispositions statutaires *sui generis***

512. Examiner la possibilité de remplacer les dispositions législatives applicables à la SAS par des dispositions statutaires suppose de s'arrêter sur deux volets : le premier est juridique, et le second est pragmatique.

513. D'un point de vue juridique, l'exigence législative de la compatibilité des règles régissant la SA avec les dispositions particulières prévues par le chapitre (VII) visant la SAS nous laisse croire à la supériorité de ces derniers règles sur les règles régissant la SA. Or, admettre l'idée de ne pas appliquer les règles de la SA en cas d'incompatibilité signifie que la SAS pourrait rencontrer des difficultés liées au vide législatif. C'est pourquoi il nous semble opportun de remplacer les dispositions législatives opérant un renvoi au régime de la SA par des dispositions statutaires propres à la SAS. Cependant, ce remplacement ne saurait être absolu. Il est en effet nécessaire de prendre en considération le caractère impératif ou supplétif de chaque règle en cause. La règle est impérative lorsque sa violation est sanctionnée par la nullité d'après les articles L. 225-18, al. 3<sup>832</sup>, L. 225-121 du Code de commerce, ou réputée non écrite comme l'indiquent les articles L. 225-37, L. 225-44, L. 225-47, al.3, L. 225-85, L. 225-96 et L. 225-113 du Code de commerce. L'impérativité de ces règles se limite seulement à la SA et non à la SAS dans la mesure où les textes susmentionnés sont écartés expressément de l'application à cette société<sup>833</sup>.

En revanche, la règle est supplétive lorsque son énoncé prévoit la possibilité d'y déroger<sup>834</sup>. Par exemple, l'article L. 225-110, alinéa 4 du Code de commerce prévoit que « *les statuts peuvent déroger aux dispositions du premier alinéa [le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires]* ». Dans une telle hypothèse, l'exigence de la compatibilité entre les règles de la SA et le statut particulier de la SAS peut s'exprimer. Cela conduit à considérer que le renvoi basé sur le critère de compatibilité prévu par l'article L. 227-1, alinéa 1 du Code de commerce est supplétif, et par extension, l'alinéa qui énonce ce

---

<sup>832</sup> Nullité d'une nomination d'un administrateur

<sup>833</sup> Art. L. 227-1, al. 3 C. com.

<sup>834</sup> Comme par exemple les articles 1836, al. 1<sup>er</sup>, 1844, al. 4, 1844-1, al. 1<sup>er</sup> du Code civil.

renvoi bénéficie du même caractère. En conséquence, la volonté des parties (ici les associés) peut déroger au contenu de l'article susmentionné. En conséquence, la volonté des parties (ici les associés) peut déroger au contenu de l'article susmentionné.

Pourtant, les associés de la SAS ont besoin d'une réglementation applicable par défaut et mobilisable en cas de lacune. Logiquement, le texte de l'article L. 227-1, alinéa 3 doit représenter cette réglementation. Or, l'absence de définition claire du critère de compatibilité entre les règles de la SA et le statut particulier de la SAS<sup>835</sup> rend la réalisation de l'objectif à atteindre incertain en raison des lacunes. Ici, l'intérêt de l'existence des dispositions supplétives apparaît manifeste. Cela va contribuer à la sécurisation du régime juridique de la SAS, d'une part, et d'autre part, à l'autonomisation de la SAS en tant que modèle.

514. D'un point de vue pragmatique, l'examen de la trame historique de la SAS<sup>836</sup>, nous a montré que l'existence du rattachement du régime légal de la SAS à la SA était justifié par le fait que la SAS était une société dérivée d'une autre, la SA, pour réaliser un objectif précis, fournir une structure juridique permettant de constituer des « joint-ventures » entre entreprises. Or, la SAS n'est plus une société dérivée de sa « grande sœur » car au fil des années, elle s'est détachée de la SA. De surcroît, la SAS, à partir de ses formes uni et pluri personnelles, a constitué la forme la plus adéquate pour les sociétés d'exercice libéral et les entreprises familiales. L'évolution de la pratique a montré l'aptitude de cette société à recevoir les nouveaux types d'entreprises, comme par exemple les entreprises à missions<sup>837</sup>.

---

<sup>835</sup> Voir *supra* n°72s.

<sup>836</sup> Voir *supra* n° 43s.

<sup>837</sup> L'article 1833 du Code civil a été modifié par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises. Il prévoit actuellement que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Certains auteurs ont déduit de la nouvelle rédaction dudit article que la constitution d'une société à objet social étendu est désormais admise en droit français. Cette admission pourrait s'étendre à admettre la forme des entreprises à missions. À ce propos, toute entreprise, quels que soient la taille ou le secteur, peut se transformer en entreprise à missions. Toute mission d'intérêt collectif ou général peut être figurée dans les statuts. Or, l'admission de la forme des entreprises à missions en France nécessite l'existence d'une structure juridique en mesure d'accueillir la forme de l'entreprise à missions. La flexibilité et la souplesse du régime de la SAS autonomisée permettront d'édifier un régime particulier à cette entreprise à missions non régie par la loi. En ce sens, les statuts peuvent par exemple désigner un organe spécifique chargé de définir les missions de l'entreprise et de déterminer statutairement les mesures de transparence. Voir la contribution de l'avocat E. MASSET, « Vers les sociétés à missions », au colloque : *La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ?*, organisé par l'université de Paris Descartes, le 28 juin 2018 (à paraître). Voir également sur le sujet : J. LE BOLZER, « Les entreprises à missions défendront un intérêt collectif ou général », *Les Echos Entrepreneurs*, 10 janv. 2019, [https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/0600391856457-les-entreprises-a-mission-defendront-un-interet-collectif-ou-general-326117.php#formulaire\\_enrichi::bouton\\_facebook\\_inscription\\_article](https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/0600391856457-les-entreprises-a-mission-defendront-un-interet-collectif-ou-general-326117.php#formulaire_enrichi::bouton_facebook_inscription_article). [Date de la consultation : 08/08/2019]

De plus, la place importance qu'occupe la SAS dans le marché depuis des années amène à refuser le lien juridique entre les deux sociétés. La pratique démontre que la SAS dispose de la capacité pour vivre seule, sans tutelle de la SA. On peut également dire, d'un point de vue sociologique, que l'acceptation de confier aux statuts, le pouvoir de dessiner le régime juridique de la SAS peut nous montrer à nouveau une preuve d'imagination inédite par rapport à la réglementation législative. Laisser place à la liberté d'imaginer afin d'organiser la vie de la société d'une manière adaptée aux besoins de chaque entreprise, pourrait fournir de nouveaux éléments non encore envisagés par le législateur. Cela peut même enrichir la pensée juridique.

515. Ainsi, le renforcement de l'autonomie de la volonté au sein de la SAS au détriment du renvoi basé sur le critère de compatibilité donne aux rédacteurs des statuts en collaboration avec les associés la mission d'organiser toutes les questions relatives à la constitution, aux opérations du capital, au contrôle, etc., en créant « sur mesure » le régime juridique de leur société. Les rédacteurs des statuts peuvent, s'ils le souhaitent, au lieu d'inventer, emprunter aux règles régissant la SA.

#### **b) Des dispositions statutaires empruntées**

516. Actuellement, afin de composer les statuts, le rédacteur (associé ou praticien juriste) des statuts peut faire un emprunt au régime juridique de SA. Dans une telle hypothèse, il est intéressant de s'interroger sur les limites qui peuvent être posées lors de l'élaboration des statuts.

517. En effet, l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, qui prévoit un renvoi basé sur le critère de compatibilité amène à distinguer deux cas. Le premier lorsque le rédacteur emprunte aux règles des SA qui ne sont pas exclues. Un tel renvoi semble légitime et produit un effet juridique si la compatibilité avec le régime de la SAS est établie. Or, la pratique du renvoi statutaire pur et simple ne suffit pas pour déterminer, de manière claire, les règles de la SA applicables au cas d'espèce<sup>838</sup>. Il est donc nécessaire « *de prendre point par point dans les*

---

<sup>838</sup> Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, n° 11, p. 214.

*statuts de la SAS les règles des sociétés anonymes que l'on entend retenir* »<sup>839</sup>. Le second cas méritant d'être considéré recouvre les hypothèses dans lesquelles les statuts empruntent une ou plusieurs règles exclues pour l'application à la SAS en vertu de l'article L. 227-1, alinéa 4 susmentionné, ou des dispositions incompatibles. Dans cette hypothèse, l'emprunt se présente sous deux formes : il s'agit, d'une part, d'un renvoi exprès lorsque les statuts prévoient directement et expressément, par la voie des clauses statutaires, que les dispositions régissant l'organisation des conseils d'administration des sociétés anonymes sont applicables à la SAS ; il s'agit, d'autre part, d'un renvoi implicite lorsque les statuts font référence à une disposition qui n'est pas exclue expressément par la loi, alors que cette disposition fait à son tour renvoi à une autre qui est exclue par l'article L. 227-1, alinéa 2 du Code de commerce. On trouve une telle situation dans le renvoi en cascade qui rejoint un renvoi aux dispositions exclues. Plus largement, on pourrait imaginer en la matière l'hypothèse dans laquelle le rédacteur des statuts de la SAS emprunte un mot ou une expression utilisé par le législateur dans le régime légal de SA. La position du législateur à cet égard n'est pas nette. Il n'autorise pas de tels emprunts statutaires, mais il ne les interdit pas non plus.

518. La jurisprudence ne s'est également pas prononcée à ce propos. Or une jurisprudence concernant le bail commercial vient attester que la soumission volontaire à un statut impératif implique une extension volontaire à l'ensemble de ce statut. Les parties ne peuvent pas en éliminer certains éléments<sup>840</sup>. Il est vrai que cette position de la Cour en matière de bail commercial répond à ce que l'élaborateur du rapport Field a écrit à propos de l'application automatique à la SAS, en cas de silence des statuts, « *de tout corps légal et jurisprudentiel définissant le régime du conseil d'administration et de son président, du directoire et du conseil de surveillance, ou de l'assemblée des actionnaires* »<sup>841</sup>. Cependant, l'application de la position de la Cour de cassation à la SAS paraît discutable.

---

<sup>839</sup> J.-Ph. DOM, *Société par actions simplifiée – Guide juridique fiscal et social*, Dossier pratique F. Lefebvre, 4<sup>e</sup> éd., 2007, § 1000, p. 135.

<sup>840</sup> La Cour de cassation a retenu que « [...] qu'en cas de soumission conventionnelle au décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, sont nulles les clauses contraires aux dispositions impératives du texte susvisé relatives à la forme du congé ». En l'espèce, une société anonyme avait vendu des appartements dans un immeuble ayant une destination hôtelière en vertu des contrats de vente, chaque acquéreur s'engage à louer les appartements à la société venderesse. Les baux conclus visant le décret du 30 septembre 1953 relatif au bail commercial, stipulent que le congé pouvait être donné par une lettre recommandée au contraire de la lettre de l'alinéa 5 de l'article L.145-9 du Code de commerce. (Cass. ass. Plén., 17 mai 2002, n°.00-11664, *D.*, 2002, p. 2053, obs. Y. Rouquet ; *D.*, 2003, p. 333, n. S. Becqué-Ickowicz ; *JCPG*, 2002, II, 10131, note J. Monéger ; obs. P.-H. Brault et P. Pereira-Osouf ; *RTD civ.*, 2003, p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages).

<sup>841</sup> Rapport Field, « La société anonyme simplifiée. Structure des rapprochements d'entreprises », CNPF, oct. 1990.

519. Du point de vue de la doctrine, le Professeur Michel Germain et Pierre-Louis Périn estiment que le renvoi statutaire aux dispositions exclues est licite dans la mesure où ces dispositions régissent une question purement mécanique, ayant un caractère certainement compatible avec les dispositions spécifiques à la SAS. C'est le cas par exemple du renvoi aux dispositions portant sur les assemblées de masse des obligataires et des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital. Dans cet exemple, le renvoi opère une reprise pure et simple des conditions de la majorité prévue par les articles L. 225-96 du Code de commerce (la majorité de deux tiers), L. 228-65 II pour les obligataires et L. 228-103 pour les valeurs mobilières. Au contraire, si le renvoi est « fonctionnel » comme c'est le cas du renvoi aux dispositions régissant le droit de vote, un tel renvoi serait interdit car il ne semble pas compatible avec le régime spécifique de la SAS<sup>842</sup>. Il est inutile de prévoir statutairement le renvoi aux corps législatifs contenant des dispositions inapplicables à la SAS ou contradictoires avec le régime spécifique de celle-ci<sup>843</sup>. Les deux professeurs estiment que le renvoi pur et simple à une loi ne produit pas les mêmes effets que la loi elle-même<sup>844</sup>. À titre d'exemple peut être mentionné l'octroi des cautions, avals et garanties prévu par l'article L. 225-35 du Code commerce, qui est exclu légalement par l'article L. 227-1 du même Code. L'article L. 225-35 susmentionné soumet l'octroi de ces cautions à une autorisation préalable du conseil d'administration de la société anonyme concernée. Si l'on admet le renvoi statutaire à ce dispositif, cela signifie que l'exigence d'autorisation devra être respectée par le conseil d'administration de la SAS. Or, l'absence d'une telle autorisation dans le cas de la SAS ne produit pas le même effet que dans le cas de la SA. Tandis que, dans le cas de la SA, le défaut d'autorisation constitue une violation de la loi, ce qui rend l'acte de garantie inopposable à la société, l'inopposabilité aux tiers d'un tel acte n'est, dans le cas de la SAS, pas automatique lorsque il y a une violation des limites statutaires des pouvoirs des représentants des SAS. Notons que la cour d'appel de Chambéry a retenu qu'un acte de caution conclu par un dirigeant de la SAS, contrairement à une stipulation statutaire qui reproduit le deuxième

---

<sup>842</sup> M.GERMAIN, P.-L.PERIN, *La société par actions simplifiée - Études - Formules*, op. cit., § 113, p. 63.

<sup>843</sup> M.GERMAIN, P.-L.PERIN, « Société par actions simplifiée.-organisation des pouvoirs. Fonctionnement », *J.-Cl. Sociétés*, fasc.155-20, 5 juillet 2015, §6. [Mise à jour : 22/11/2017]. Le Professeur Hervé Le Napasque a partagé cette opinion, il confirme que la liberté contractuelle contenant l'article L. 227-1 a vocation à régir, aussi minutieusement que possible, le fonctionnement et l'organisation de la SAS et à le faire en place et lieu des dispositions L. 225-17 de l'article L. 225-126 du Code de commerce. (H. LE NAPASQUE, « La flexibilité contractuelle dans la SAS », *La société par actions simplifiées - Bilan et perspective*, ouv. col., 2016, p. 78.)

<sup>844</sup> M.GERMAIN et P.-L.PERIN, « Société par actions simplifiée.-organisation des pouvoirs. Fonctionnement », op. cit., §6.

alinéa de l'article L. 225-35 du Code de commerce, n'est pas opposable à la SAS<sup>845</sup>. La cour d'appel reconnaît ainsi la possibilité du renvoi statutaire à un texte exclu.

À l'inverse, concernant la possibilité d'opérer un renvoi statutaire aux dispositions exclues par l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce, le Professeur Bruno Dondero estime qu'elle est envisageable dans la mesure où les statuts peuvent organiser le fonctionnement de la SAS, y compris en reproduisant les textes applicables à la SA. Il ajoute qu'« *un simple renvoi à ces textes ne serait pas différent de la reproduction de l'organisation de la SA* »<sup>846</sup>. Nous souscrivons à cette opinion en précisant que le renvoi ou l'emprunt aux règles exclues est reconnu dans la pratique.

520. Certains praticiens adoptent la technique du renvoi statutaire aux dispositions exclues du champ d'application de la SAS, notamment en ce qui concerne l'augmentation du capital. Ils ne distinguent pas les textes auxquels la stipulation statutaire fait référence et les textes exclus, ce qui montre un décalage entre la théorie et la pratique. Une observation née lors des entretiens avec les praticiens en est révélatrice<sup>847</sup>. Certains d'entre eux se bornent à effectuer un renvoi statutaire au texte régissant la SA en prévoyant le nombre d'articles en cause, sans citer le contenu de ce texte. D'autres praticiens font un renvoi en reproduisant l'intégralité de la règle régissant la SA, transformant le texte cité en une stipulation statutaire. Cette façon de faire est appréciable car elle évite tout risque qui pourrait découler des modifications législatives ultérieures. On estime que lorsque le renvoi aux règles régissant la SA est prévu par les statuts, l'examen de la compatibilité des règles auxquelles les statuts font référence avec les dispositions particulières régissant la SAS n'a pas lieu dans la mesure où le critère de la compatibilité, déduit de l'article L. 227-1, alinéa 3, du Code de commerce, se limite au renvoi législatif et non statutaire<sup>848</sup>.

521. En définitive, l'importance significative qu'ont les statuts de la SAS conduira à admettre la capacité des stipulations statutaires à remplacer le renvoi législatif en dessinant le

---

<sup>845</sup> CA Chambéry, 1<sup>re</sup> ch., civ., 18 janv. 2011, n° 10/00185, *aff. Sté Banque Populaire des Alpes c/ SAS MC Motors*. La cour d'appel a apprécié que « *la Banque Populaire ne pouvait ignorer, lorsqu'elle l'a proposé à la signature du dirigeant de cette Société, qu'un tel acte dépassait, au sens dudit texte, son objet social qui consiste dans le négoce automobile et non dans la garantie de tiers comme l'était la Société Pes exerçant alors une activité de garagiste* ».

<sup>846</sup> B. DONDERO, « SAS : attention aux textes applicables », *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2016, n° 38, p. 81.

<sup>847</sup> Entretien avec Frédéric Pitron, Juriste, *Cabinet Droit & Lois.*, réalisé le 25 avril 2018.

<sup>848</sup> *Ibid.*

régime juridique de la SAS. Toutefois, dans la mesure où « *les statuts ne sont pas l'unique source des relations sociétaires* »<sup>849</sup>, les associés au sein de la SAS peuvent conclure des pactes d'associés afin d'organiser certains points entre eux en complétant, voire en infléchissant les statuts<sup>850</sup>. Cela amène à étendre les effets de ce support extra-statutaire en donnant plus importance au renvoi législatif.

## B. L'efficacité des pactes extra-statutaires

522. Les pactes extra-statutaires, en d'autres termes les pactes d'associés<sup>851</sup>, représentent les accords intervenus entre associés lors de la création de la société ou en cours de vie sociale. Ils sont relatifs à l'organisation de la société ou/et à l'aménagement de l'exercice et à la mutation des droits des associés<sup>852</sup>.

En réalité, en dehors du domaine réservé aux statuts, les stipulations incluses dans les pactes extra-statutaires produisent un effet juridique. Toutefois, certains pactes extra-statutaires conclus entre les associés ou entre la société et les associés, peuvent venir détailler ou compléter une question déjà traitée par les statuts. Si l'on prend en considération un critère reposant sur le degré d'interdépendance entre les statuts et les pactes extra-statutaires, il semble légitime de classer les pactes d'associés en deux catégories : d'une part des pactes primaires ayant pour objet d'organiser une question non prévue par les statuts (1), d'autre part des pactes complémentaires ayant pour objet de compléter les statuts (2). L'efficacité dépend de cette classification.

### 1. L'efficacité des pactes primaires

523. Dans l'hypothèse où le pacte est primaire, les associés peuvent prévoir des stipulations ou des clauses non mentionnées par les statuts. On distingue à cet égard deux types de stipulations.

---

<sup>849</sup> Y. GUYON, *Traité des contrats*, op. cit., p. 257

<sup>850</sup> Par opposition aux règlements intérieurs qui viennent compléter ou détailler les statuts. Y. GUYON, *Traité des contrats*, op. cit., p. 294 et s.

<sup>851</sup> La conclusion des pactes d'associés au sein de la SAS présente un intérêt particulier dans la mesure où ce mécanisme est très utilisé en pratique. Selon l'indication d'un praticien, le recours à la conclusion des pactes d'associés se trouve accru au sein des entreprises et en particulier au sein des entreprises familiales. (Cette information a été révélée par une praticienne Maître Delphine Bariani lors du colloque portant sur « la gouvernance des entreprises familiales », qui a eu lieu le 13 juin 2019 à Rennes).

<sup>852</sup> D. VELARDOCCIO- FLORES, *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, § 204, p. 189.

524. En premier lieu, les stipulations qui sont régies par le régime légal propre à la SAS, par exemple les clauses organisant la mutation des droits sociaux. Le caractère facultatif des règles régissant les clauses considérées révèle que le législateur n'impose pas aux associés de prévoir dans les statuts des clauses d'agrément, des clauses d'inaliénabilité ou celles concernant la cession forcée. Les associés peuvent les prévoir ou non dans les statuts, sans interdiction non plus de les intégrer dans des pactes d'associés<sup>853</sup>. La question qui se pose dans cette hypothèse est celle de savoir dans quelle mesure ces pactes sont soumis aux règles de la SAS. Si l'on prend l'exemple de la clause d'inaliénabilité prévue par l'article L. 227-13 du Code de commerce, le législateur limite sa validité à 10 ans au maximum si la clause est statutaire. Si la clause est extra-statutaire on peut se demander si elle reste soumise à la même interdiction prévue par l'article L. 227-13 du Code de commerce ou si elle sera régie par le droit commun, à titre particulier l'article 900-1 du Code civil.

En effet, si l'on part de l'hypothèse que le pacte organise une situation qui concerne une SAS, on devrait appliquer l'interdiction prévue par l'article L. 227-13 du Code de commerce. L'application de cet article implique par extension l'application de l'article L. 227-19, alinéa 1<sup>er</sup>, qui exige l'unanimité pour adopter ou modifier la clause d'inaliénabilité. Cela semble inexact, car si les associés entendent appliquer l'article L. 227-19, alinéa 1er au pacte d'associé, on peut se demander pourquoi ils y accordent une préférence au lieu d'une clause statutaire opposable de recours au pacte d'associé. La clause d'inaliénabilité extra-statutaire échappe donc à l'application des règles en relation avec la clause d'inaliénabilité statutaire. La clause d'inaliénabilité extra-statutaire peut être valide pour une durée supérieure à 10 ans, à condition que cette durée ne soit pas illimitée. D'ailleurs, on estime que la clause d'inaliénabilité extra-statutaire doit être conforme à l'article 900-1 du Code civil, c'est-à-dire justifiée « *par un intérêt sérieux et légitime* ». Dans cette optique, l'application du droit commun ne peut être écartée quand on se réfère au principe *specialia generalibus derogant* car le champ d'application de l'article L. 227-13 du Code de commerce est limité à la clause d'inaliénabilité statutaire, alors que l'article 900-1 du Code civil paraît applicable à la clause extra-statutaire. L'exigence de la présence d'un intérêt légitime paraît en adéquation avec la sécurité juridique.

---

<sup>853</sup> La validité d'une clause d'inaliénabilité extra-statutaire est reconnue depuis longtemps. (CA Paris (3<sup>e</sup> ch. A), 4 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 1982, jur. 152). À propos de la doctrine, voir à titre d'exemple : J. MESTRE, *Lamy sociétés commerciales 2008*, n° 4562, p. 2128; A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN, « Chronique de droit des sociétés », *JCPE*, 1987, 16644, n° 24 ; Y. GUYON, *L'inaliénabilité en droit commercial*, Litec, 1997, p. 274.

Il résulte de cet exemple que le pacte d'associé peut constituer un moyen d'échapper aux contraintes imposées aux clauses statutaires en fournissant aux signataires du pacte des réglementations simples et plus adaptées à leurs besoins.

525. En second lieu, les stipulations prévues par le pacte d'associés peuvent traiter un point non régi par le régime légal propre de la SAS.

Par exemple, les règles de la SA régissant la question des options de souscription ont vocation à s'appliquer à la SAS, dans la mesure où elles sont compatibles avec le régime propre de la SAS<sup>854</sup>. La suppression du renvoi basé sur le critère de compatibilité laisse aux associés, si les questions en cause ne sont pas prévues par les statuts, la possibilité de les organiser en concluant un pacte d'associés. À ce propos, il est possible de distinguer deux procédures d'organisation. La première est classique. Selon celle-ci, les signataires du pacte d'associés empruntent aux règles régissant la SA dans la mesure où aucun texte n'interdit d'emprunter conventionnellement au régime législatif de celle-ci. De même, le troisième alinéa de l'article L. 227-1 du Code de commerce, portant sur le renvoi législatif conditionné, n'abordant pas la question de l'emprunt conventionnel, statutaire ou extra-statutaire, il est possible de considérer que l'extra-statutaire est possible sans rechercher la compatibilité des articles L. 225-177 à L. 225-186-1 du Code de commerce avec le régime de la SAS. Cette solution peut également s'étendre à l'emprunt des textes exclus, par principe, de l'application à la SAS. Dans cette optique, les règles de la SA perdent leur caractère normatif par rapport de la SAS et revêtent un caractère conventionnel. La seconde est originale. Selon celle-ci, les associés organisent conventionnellement cette question sans aucun emprunt aux règles de la SA. Cela pose la question de savoir quelle est la portée de ces stipulations extra-statutaires. À cet égard, deux éléments doivent être pris en compte : d'une part, l'existence d'une stipulation statutaire portant sur la même question ou la mention de ce pacte au sein des statuts ; d'autre part, la validité des stipulations au regard du droit des contrats, dans la mesure où le pacte d'associés est, à la base, un contrat. Ainsi, quant au premier aspect, s'il existe une contrariété entre plusieurs supports de niveaux différents (statuts, règlement intérieur<sup>855</sup> et pacte d'associés), cela peut poser un problème. En effet, aucun texte législatif ne prévoit de

---

<sup>854</sup> Ce sont les articles L. 225-177 à L. 225-186-1 du Code de commerce.

<sup>855</sup> Le règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises dont l'effectif est supérieur ou égal à 20 salariés. Il reste facultatif pour les entreprises de moins de 20 salariés. Le règlement intérieur s'impose à tous les salariés de l'entreprise, même s'ils ont été embauchés avant sa mise en application. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1905> [Date de la consultation: 23/06/2019].

hiérarchisation entre ces trois supports. De même, la jurisprudence qui a traité la question de la contradiction entre les statuts et les règlements intérieurs<sup>856</sup> n'a pas envisagé le cas de la contradiction entre les statuts et les pactes extra-statutaires. Le Professeur Sophie Schiller a distingué, dans son étude basée sur la jurisprudence, les conventions statutaires et règlements intérieurs d'un côté, des pactes extra-statutaires de l'autre<sup>857</sup>. Elle considère, tout d'abord, que lorsque les supports concernent les prises de décisions dans les organes sociaux, les statuts disposent d'une supériorité réelle sur le règlement intérieur, et ce pour deux raisons. La première découle de l'objectif de chaque support. Alors que les statuts sont dédiés à organiser le fonctionnement de la société, le règlement intérieur se limite à organiser la relation entre associés. La deuxième raison est liée à la publication des actes. Alors que les statuts de la SAS font l'objet d'une publication, la publication du règlement intérieur est très modeste, pouvant se borner à un simple affichage au local de la société. Par ailleurs, le professeur Schiller considère que les statuts et les règlements intérieurs ont une position supérieure à celle des pactes d'associés en cas de contrariété, dans la mesure où l'article L. 227-9 du Code de commerce laisse aux statuts le soin de déterminer les décisions sociales et les modalités de prise des décisions. Nous souscrivons fortement à ce résultat dans la mesure où il semble adéquat à la distinction faite au début de notre démonstration<sup>858</sup>.

526. Afin de renforcer l'effectivité du pacte d'associés non mentionnés dans les statuts, il est possible de faire participer la société à ce pacte en le lui faisant signer, en lui permettant d'y intervenir, ou en le lui notifiant<sup>859</sup>. Cela soulève la question de savoir si la société est considérée partie au pacte ou non. En effet, selon le Professeur Jacques Ghestin<sup>860</sup>, les parties

---

<sup>856</sup> Dans un arrêt rendu le 13 avril 2010, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que la simple violation des statuts de la société civile immobilière n'est pas sanctionnée par la nullité. (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 13 avr. 2010, n° 09-65.558, *BJ*, 2010, note A. Couret et B. Dondero). Quelque mois plus tard, la Chambre commerciale a posé un principe selon lequel « la nullité des actes ou délibérations pris par les organes d'une société commerciale ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre II du même code ou des lois qui régissent les contrats ». La Cour suprême a retenu que « le non respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans les règlements intérieurs n'est pas sanctionné par la nullité ». (Cass. com. 18 mai 2010, n° 0914,855, *D.* 2010, p. 2405, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés*, 2010, p. 374, note P. Le Cannu ; *RTD civ.*, 2010, p. 553, obs. B. Fages)

<sup>857</sup> S. SCHILLER, « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. sociétés*, 2011, p. 331.

<sup>858</sup> Voir *supra* n° 522.

<sup>859</sup> P. MOUSSERON, *Les conventions sociétaires*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014, § 367, p. 263. Cf. B. DONDERO, « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev. sociétés.*, 2011, p. 535.

<sup>860</sup> Nombreux sont les définitions données à la notion des « parties » du contrat. Le doyen Carbonnier considérait comme parties, les personnes qui « ont émis les déclarations de volonté dont l'accord a fait le contrat » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. 2, PUF, 2000, § 1032). Une autre définition des parties du contrat a été donné

à un contrat sont « *les personnes qui ont conclu le contrat par un accord de volontés ou qui ont acquis le droit de le modifier ou d'y mettre fin par un autre accord de volontés* »<sup>861</sup>. En ce sens, la société peut intervenir en prenant une décision sociale visant à anéantir un pacte d'associés jugé contraire à l'intérêt social de celle-ci, c'est-à-dire qu'elle peut mettre fin au pacte conclu. C'est la raison pour laquelle la société peut être considérée comme partie dans le pacte en cause, notamment si la faculté de mettre fin au contrat ou de le modifier est indispensable à la qualification de partie.

Ainsi, assurer l'intervention de la société au pacte d'associé utilisé par les praticiens semble avantageux et rend le pacte d'associés opposable à cette société. Cela peut s'approcher de l'hypothèse relative aux pactes d'associés mentionnés dans les statuts.

## 2. L'efficacité des pactes complémentaires

527. Lorsque le pacte d'associés est mentionné dans les statuts, il vient compléter ou détailler un point déjà évoqué par les statuts. Dans cette optique, le pacte d'associés a la même force que les statuts, ce qui a été confirmé par la Cour de cassation. En l'occurrence, un salarié-associé (manager) d'une SAS holding avait conclu un pacte d'associés comportant, d'une part, une incessibilité de leurs actions durant dix ans et, d'autre part, une promesse de vendre leurs actions aux autres associés pour une durée de dix ans en cas de cessation de leurs fonctions de salarié au sein de la holding et d'une société du groupe. Quelques années plus tard, le salarié a cédé ses actions en violation du pacte. Le dirigeant de la société a refusé l'enregistrement des ordres de mouvement. Le salarié a assigné la holding pour obtenir sa signature des ordres de mouvements des titres. Le juge du fond a donné droit à la demande du salarié en s'appuyant sur la résiliation de la promesse de vente faite par le salarié. Au visa de l'article 1134 du Code civil (devenu l'article 1193)<sup>862</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré la décision du juge du fond au motif que « *la révocation unilatérale de la promesse et, par suite, la cessation litigieuse constituaient une violation du pacte d'associés entraînant la nullité de la cession en application de l'article 11.3 des statuts de la société*

---

par Fages, les parties sont « *les personnes qui, par leurs déclarations de volonté concordantes, s'engagent à exécuter les obligations qu'il contient* » (B. FAGES, « Etude les parties contractantes et les tiers absolus », *Lamy Droit du contrat*, sp. n° 305-7).

<sup>861</sup> J. GHESTIN, *RTD civ.* 1994, p. 777, n° 9.

<sup>862</sup> L'article 1134 de l'ancien Code civil prévoyait « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». La version actuelle de cet article (devenu 1193) du code civil prévoit que « *les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise* »

*Financière Amplegest, la cour d'appel a violé le texte susvisé»<sup>863</sup>. L'arrêt en cause soulève deux points essentiels à propos du pacte d'associé. Le premier concerne la durée du pacte, et le second l'efficacité de ce pacte.*

528. **Quant à la durée du pacte d'associé**, cette question se pose souvent en pratique. En effet, l'article 1212 du Code civil dispose que *«lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme»*. Cependant, lorsque les contrats sont conclus à durée indéterminée, *«chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable»*. Dans la mesure où les pactes sont des contrats, ces articles ont vocation à s'appliquer. Toutefois, certains pactes ne permettent pas de préciser si leur durée est déterminée ou non. Dans cette optique, la mise en œuvre des articles susmentionnés semble incertaine. Par exemple, en ce qui concerne des effets de la perte de la qualité d'associé après la signature d'un pacte d'associés, dans une décision rendue par la cour d'appel de Lyon, le juge du fond a considéré que si les parties à un pacte d'associés n'ont pas clairement entendu fixer un terme extinctif, *«la perte de la qualité d'actionnaire formant le «Groupe majoritaire» ne présente aucun caractère de certitude pas plus que la radiation du registre de commerce et des sociétés dépendant de la volonté des actionnaires»<sup>864</sup>*. En l'espèce, un associé minoritaire d'une SAS avait conclu avec les associés majoritaires un pacte d'associés comportant une clause anti-dilution<sup>865</sup> à effet jusqu'au 31 décembre 2009. Celle-ci permettait à l'associé en question de souscrire à toute future augmentation du capital social afin de maintenir le pourcentage de 25% qu'il détenait alors dans ce capital, et de sortir de la société en vendant ses actions au groupe majoritaire. Ce pacte comportait une autre clause stipulant que *«sauf en cas de décision contraire de toutes les parties, le pacte durerait jusqu'à la radiation du registre de commerce et des sociétés ou tant qu'un des membres du groupe majoritaire resterait associé de la société»*. Or, malgré ces clauses extra-statutaires, un associé majoritaire a résilié le pacte avant la date d'extinction de la clause anti-dilution, en

---

<sup>863</sup> Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14. 097, inédit : *RTD Civ.*, 2018, p. 892 note H. Barbier ; *BJS*, 1<sup>er</sup> mars 2018, n° 03, p. 154, note J.-J. Moulin. Cet arrêt confirme la position de la Cour de cassation en matière du pacte d'associé. Dans un arrêt du 6 décembre 2017, la chambre civile a retenu que toute obligation est nulle quand elle est contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige, notamment lorsqu'un pacte d'associés prévoit qu'un salarié-associé s'engage à céder ses parts à la société, notamment, en cas de licenciement pour faute grave ou lourde. (Cass. civ (ch 1<sup>ère</sup>), 6 déc. 2017, n° 16-17588, ECLI-FR : CCASS-2017 : C101271, F-D : *BJS*, mars 2018, n° 117, p. 160, note B. Saintourens).

<sup>864</sup> CA Lyon (ch. 3<sup>e</sup>.), 2 mars 2017, n° 11/04726 : *AJ Contrat* 2017, p. 239, note M. De Ravel d'Esclapon.

<sup>865</sup> La clause anti-dilution permet aux associés de préserver leur pourcentage de participation dans le capital de la société.

effectuant par la suite une réduction de capital à zéro par annulation de la totalité des actions, suivie d'une augmentation par l'émission de nouvelles actions. L'associé concerné par la clause anti-dilution a assigné la société en faisant valoir que la résiliation du pacte et l'opération d'accordéon avait pour objectif de l'évincer frauduleusement, sans respecter la promesse d'achat prévue dans le pacte.

529. La position du juge du fond n'est pas surprenante. Elle s'inscrit dans la lignée de la position exprimée par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 2007, selon laquelle « *les dispositions du présent pacte s'appliqueront aussi longtemps que [ses parties] demeureront ensemble actionnaires* » et « *la perte, par l'un ou l'autre des cocontractants, de la qualité d'actionnaire ne présente aucun caractère de certitude, quand bien même l'un ou l'autre peut-il à tout moment céder ses actions* »<sup>866</sup>. C'est pourquoi le pacte peut être résilié à tout moment. Cette décision, qui constitue un revirement de jurisprudence, affirme de manière claire que la perte de la qualité d'associé ne constitue pas un terme pour le pacte d'associé<sup>867</sup>.

530. **Quant à la violation du pacte d'associé**, Si le pacte ne contient en lui-même aucune sanction actuelle, il est possible de distinguer deux cas. Le premier lorsque le pacte extra-statutaire est mentionné dans les statuts. Dans ce cas, les statuts revêtent ce pacte d'une « *force instante* »<sup>868</sup>. Dans cette optique, la violation du pacte d'associés sera régie par l'article L. 227-15 du Code de commerce qui exige la mauvaise foi des tiers pour annuler l'acte conclu en violation d'une stipulation extra-statutaire. Le deuxième cas, lorsque le pacte d'associés n'est pas mentionné dans les statuts. En cas de violation de ce pacte, les règles du droit des contrats seront applicables dans la mesure où le pacte est à l'origine un contrat. En ce sens, conformément à l'article 1124, alinéa 3 du Code civil, l'acte conclu sera annulé, peu importe la bonne ou la mauvaise foi des tiers.

531. Au regard de la souplesse et de l'efficacité qui caractérisent les pactes d'associés, on peut retenir que les stipulations extra-statutaires pourraient jouer dans une SAS un rôle

---

<sup>866</sup> Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub. : *RTD civ.*, 2008, p. 104, obs. B. Fages ; *D.*, 2008, p. 1024, note B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2008, p. 89, note J. Moury ; *JCP E* 2008, p. 1829, note A. Constantin ; *JCPE*, 2008, p. 1280, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *BJS*, 2008, p. 125, note X. Vamparys.

<sup>867</sup> Car la position antérieure de la Cour de cassation considère que le pacte conclu sans préciser la durée est réputé conclu pour la durée de la société qui constituait un terme. (Cass. com., 10 mars 1981, n° 79-10.729, *BJS*, 1981, p. 449 ; CA Angers, 20 sept. 1988, *BJS*, 1988, p. 851).

<sup>868</sup> Ce terme a été utilisé par le Professeur H. Barbier commentant l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 27 juin 2018, *op. cit.*

révélateur des règles susceptibles d'être appliquées à un cas précis, malgré l'absence de réglementation législative. La valeur supérieure que nous nous proposons de donner tant aux statuts qu'aux pactes extra-statutaires pour qu'ils puissent remplacer le renvoi législatif aux dispositions de la SA en créant un régime conventionnel propre à chaque SAS, nécessite d'être accompagnée de certaines mesures protectrices permettant de protéger les parties prenantes de possibles abus résultant de l'exercice de la liberté contractuelle.

## **§2. La protection des droits des parties prenantes**

532. L'autonomisation du régime légal de la SAS par rapport à celui de la SA suppose que le régime de la première ait les moyens d'être pleinement indépendant d'un autre régime, tel que celui de la SA. La liberté individuelle, statutaire comme contractuelle, peut certes créer une norme conventionnelle applicable à la SAS, cependant, le silence pourrait créer des risques. Le régime juridique actuel se composant de deux catégories de règles, les règles impératives d'une part, et les règles supplétives et, par extension, permissives d'autre part, il s'ensuit qu'il est possible de dégager deux garanties accompagnant l'autonomisation de la SAS. La première garantie, existant déjà, vient de l'intervention législative. En ce sens, le législateur « *canalise et restreint les initiatives individuelles par une réglementation impérative* »<sup>869</sup>. Cette réglementation doit être respectée par tous les associés lors de l'exercice de leur libre volonté (A). La seconde garantie vient de notre proposition d'insérer des dispositions supplétives au sein du régime de la SAS, en remplacement du renvoi basé sur le critère de la compatibilité entre les règles concernant la SA et le statut particulier de la SAS (B).

### **A. La mise en œuvre des règles impératives protectrices**

533. Le droit commun des sociétés impose des principes essentiels auxquels les associés ne doivent pas déroger. Dans « *le souci d'assurer la suprématie de l'intérêt général sur les intérêts particuliers* »<sup>870</sup>, toutes les sociétés, y compris la SAS, doivent respecter les règles de caractère impératif constituant l'ordre public sociétaire. Toutefois, l'identification des règles qui constituent l'ordre public sociétaire est parfois délicat. En effet, d'une part, l'impérativité d'une règle n'implique pas nécessairement que cette règle soit d'ordre public sociétaire ;

---

<sup>869</sup> J.-V. ZUYLEN, « Les rapport entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté », in *Les sources du droit revisitées*, vol.2, Arthemis, 2012, p. 852.

<sup>870</sup> M. GERMAIN et V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t.2, Les sociétés commerciales, LDGJ, 20<sup>e</sup> éd., 2011, n° 1585.

d'autre part, de nombreuses règles de droit ne donnent pas d'indice quant à leur nature, impérative ou supplétive. C'est pourquoi les règles constituant l'ordre public sociétaire méritent, avant tout, d'être déterminées afin de dessiner le champ dans lequel la liberté contractuelle peut être exercée<sup>871</sup>.

534. Les règles composant le droit commun des sociétés ont, par principe, un caractère supplétif<sup>872</sup>. Cependant, le législateur octroie un caractère impératif à trois règles. Il s'agit tout d'abord de l'interdiction de la clause léonine<sup>873</sup>. Cette règle est claire et ne pose pas de difficultés. En conséquence, il convient de se concentrer sur les deux règles impératives qui consacrent des droits inhérents à la qualité d'associé, à savoir le droit d'intervenir dans les affaires sociales (1) et le droit à l'intangibilité des engagements des associés (2).

### 1. Le droit d'intervention dans les affaires sociales

535. L'expression « droit d'intervention » est définie comme « le droit, pour l'associé, de demander des comptes aux dirigeants sociaux et de contribuer à la définition des objectifs de la société »<sup>874</sup>. Le droit d'intervention des associés dans les affaires sociales est un droit consacré par la loi. Il ne se cantonne pas au droit essentiel de participer aux décisions collectives (a), mais il s'étend également aux divers droits d'intervention, comme par exemple le droit d'interpeller les dirigeants et le droit de demander la nomination d'un expert de gestion. Il se rattache à titre particulier au droit de chaque associé de voter pour ce qui est des décisions prises dans la société (b).

#### **a) Le droit de participer aux décisions collectives consacré par la loi**

536. Le droit des associés<sup>875</sup> de participer aux décisions collectives, en tant que droit politique, est consacré par l'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, qui dispose que « *tout*

---

<sup>871</sup> Dans cette étude, nous écartons les règles régissant la SA considérées d'ordre public sociétaire en raison de la limitation de l'impérativité de ces règles à cette société. On se focalise sur l'ordre public sociétaire issu du droit commun des sociétés.

<sup>872</sup> Cela résulte de l'article 1834 du Code civil qui prévoit que « *les dispositions du présent chapitre sont applicables à toutes les sociétés s'il n'en est autrement disposé par la loi en raison de leur forme ou de leur objet* ».

<sup>873</sup> Les associés d'une SAS ne peuvent pas convenir d'attribuer la totalité des bénéfices à certains associés, en privant par voie de conséquence d'autres associés de la répartition de ces bénéfices (art. 1844-1, al. 2 C. civ)

<sup>874</sup> A. VIANDIER, *La notion d'associé*, Librairie générale de droit de la jurisprudence, 1978, p. 168.

<sup>875</sup> La Cour de cassation ne reconnaît pas le droit du non-associé de participer aux décisions collectives. Cela limite l'exercice de ce droit à qui a la qualité d'associé. (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2015, n° 13-27248, *Bull. III*, n° 76 ; *Rev. sociétés*, 2016, p. 175, note L. Godon ; *Gaz. Pal.*, 27 sept. 2015, p. 13, note B. Dondero).

associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Cet article, qui s'applique à toute société, vient se greffer à la norme applicable à la SAS, qu'elle soit propre à cette dernière ou empruntée à la SA.

537. Tout bien considéré, la formulation de l'article 1844 du Code civil soulève plusieurs interrogations sur la possible dérogation à ce droit par des réglementations contractuelles. Concernant le champ considéré, dans la mesure où le deuxième et le troisième alinéa de cet article régissent une question précise concernant le droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux, il convient d'être attentif. Le troisième alinéa de l'article 1844 du Code civil prévoit que « *les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent* ». A contrario, cela conduit à considérer que le premier alinéa, concernant le droit de participer aux décisions collectives, ne peut être dérogé par des statuts. Par conséquent, cette règle est une règle impérative. Cela est confirmé par la jurisprudence constante<sup>876</sup>.

538. Par ailleurs, la règle régissant le droit des associés de participer aux décisions collectives peut être qualifiée d'ordre public sociétaire par rapport à la SAS, car elle institue d'une part un droit inhérent à la qualité d'associé, d'autre part l'exercice de ce droit nécessaire pour valider les décisions ayant un intérêt particulier et devant être prise collectivement. L'affirmation du caractère impératif de cette règle ne signifie pas que la liberté statutaire ne puisse pas intervenir pour définir le champ et les modalités d'exercice de ce droit<sup>877</sup>. Ainsi, le droit de participer aux décisions collectives constitue une protection minimale des associés. Les statuts de la SAS ainsi que les pactes extra-statutaires ne peuvent donc pas priver un associé d'exercer ce droit.

539. L'impérativité de la règle prévoyant le droit de l'associé de participer aux décisions collectives nécessite que n'importe quel associé puisse contester la validité d'une délibération irrégulière et les décisions prises sans que ce droit soit respecté. En effet, l'article 1844 du Code civil n'apporte pas d'éclairage en la matière. La jurisprudence a refusé à plusieurs reprises le droit d'agir en nullité pour violation du droit de participer aux décisions

---

<sup>876</sup> Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. Civ.* 1994, IV, n° 94 ; *JCPE*, 1994, I, 363, n° 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *BJ*, 1994, p. 279, § 68, comm. J.-J. Daiger ; *Defrénois*, 30 avr. 1994, n° 8, p. 556, Obs. P. Le Cannu. Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 353, note Le Cannu ; *D.*, 2005, comm. p. 1430, obs. B. Thullier ; *JCPE*, 2005, 968, note R. Kaddouche ; *JCPE*, 2005, 1046, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker. Cass. 2° civ., 13 juill. 2005, n° 02-15. 904. V. à cet égard, Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux », *LSJ*, n° 21, 24 mai 2006, I. 142.

<sup>877</sup> Art. L. 227- 9 C. com.

collectives. Concernant le démembrement des droits sociaux prévu dans les alinéas deux et trois dudit article, la chambre commerciale ainsi que la chambre civile n'ont pas reconnu le droit d'agir en nullité pour les associés ayant participé à la réunion contestée<sup>878</sup>. De même, en ce qui concerne l'irrégularité d'une convocation à l'assemblée, la Cour de cassation a refusé le droit d'agir en nullité d'un associé qui n'a volontairement pas participé à l'assemblée<sup>879</sup>.

La position de la Haute juridiction exprimée dans la jurisprudence précitée semble limitée aux cas particuliers dont le sujet figure des affaires en cause. En effet, l'associé qui démontre que l'irrégularité affectant la convention a compromis son droit de participer aux décisions collectives peut contester cette décision en demandant l'annulation<sup>880</sup>. Ce droit d'agir en nullité est un droit attaché à celui de participer aux décisions collectives. Afin d'éviter toute incertitude pouvant découler de l'interprétation de l'article 1844 du Code de commerce, il faut que le législateur refonde cet article.

Une illustration toute particulière en ce qui concerne le droit de vote de l'associé d'une SAS semble opportune. Malgré une ambiguïté au sein du Code civil, et malgré des désaccords entre les juges, la jurisprudence désormais établie consacre le droit de vote en tant qu'un droit essentiel, est ainsi conforté le droit de participer aux décisions collectives.

## **b) La reconnaissance par le juge du lien étroit entre le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives**

540. La nature juridique du droit de vote n'a pas fait l'objet d'un texte législatif. C'est la jurisprudence qui a affirmé le caractère essentiel du droit de vote<sup>881</sup> ainsi que son lien avec le

---

<sup>878</sup> Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 ; *Rev. sociétés.* 2005, p. 353, note Le Cannu ; *D.* 2005, comm. p. 1430, obs. B. Thullier ; *JCP E* 2005, 968, note R. Kaddouche ; *JCP E* 2005, 1046, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker. Cf. Cass. 2° civ., 13 juill. 2005, n° 02-15. 904. V. à cet égard, Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux », *LSJ*, n° 21, 24 mai 2006, I. 142. Voir à ce propos, P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018, § 152, p. 130.

<sup>879</sup> Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-21928, Bull. IV, n° 106 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. n° 167, note R. Mortier ; *BJS* 2011, p. 670, note J.-F. Barbière.

<sup>880</sup> E. GUEGAN, *Essai de réforme des nullités des décisions collectives*, *op. cit.*, p. 477.

<sup>881</sup> La position initiale du juge a été arrêtée dans deux arrêts. Le premier est daté du 7 avril 1932 : la Chambre civile a considéré que « le droit de vote aux assemblées générales est l'un des attributs essentiels de l'action ; [...] si [...] son exercice peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé ». L'arrêt en question considérait que le droit de vote est un droit individuel et propre dont l'associé minoritaire ne peut être privé par la majorité des associés. (Cass. civ., 7 avr. 1932, *DH*, 1932, 1, p. 153, note Cordonnier. Cité dans J.-J. DAIGRE, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *LSJ Entr. et Aff.*, n° 28, 11 juillet 1996, p. 575). Le deuxième arrêt date du 23 juin 1941 : la Chambre des requêtes a rappelé que « l'assistance et le vote des actionnaires aux délibérations constitue un attribut essentiel de l'actionnaire ». Elle considère que, d'une part, le droit de vote est « la charge et la garantie inséparables des droits pécuniaires entrés dans le patrimoine personnel de l'actionnaire avec la propriété de l'action » ; et que d'autre part, il « constitue un attribut essentiel de l'actionnaire et l'exécution d'une obligation contractée par lui envers la société à raison de son titre » (Cass. Req., 23 juin 1941, *Aff. Sommer/ la société « La Manufacture des*

droit de participer aux décisions collectives. La confirmation prétorienne du lien entre les deux droits essentiels (1°) empêche de priver un associé de la SAS de son droit de vote (2°).

### 1°. La confirmation par le juge du droit de vote comme droit essentiel

541. La Haute juridiction dans l'arrêt du *Château d'Yquem* du 9 février 1999 avait rattaché le droit de participer aux décisions collectives à celui de voter. Sous le visa de l'article 1844 du Code civil, elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel en retenant que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions* »<sup>882</sup>. Par opposition à la position antérieure de la Cour de cassation<sup>883</sup>, la Haute juridiction reconnaît le caractère essentiel du droit de vote et la nécessité de l'exercer conjointement au droit de participer aux décisions collectives. Cela semble logique. D'un point de vue pragmatique, quel est l'intérêt d'assister<sup>884</sup> à une délibération sans pouvoir voter ? Et comment l'associé peut-il exercer son droit de vote s'il n'assiste pas à la délibération ? On partage l'avis du Professeur Jean-Jacques Daigre en la matière qui estime que « *l'expression «droit de participer aux décisions» comprend nécessairement les deux : droit de participer aux délibérations et droit de voter* »<sup>885</sup>. De manière plus précise, certains auteurs estiment que « *si l'attribution du droit de vote implique normalement celle du droit de participer, l'inverse n'est pas vrai* »<sup>886</sup>.

---

feutres de Mouzon », *Jour. Soc.*, 1943, p. 209, note R. D. Cité dans R. HOUIN, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, T. 2, 1976, Sirey, p. 263).

<sup>882</sup> Cass. com., 9 févr. 1999, n° 398 P, *aff. SCA du Château d'Yquem c/ De Chizelle et autres*, Joly Sociétés, *Traité*, v° « Commandite par actions (société en), n° 58 à 60 par G. Baranger ; *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1999, n° 5, p. 566, note. J.-J. Daigre.

<sup>883</sup> La Cour de cassation, dans l'arrêt de *Gaste* du 4 janvier 1994, a distingué, de manière audacieuse par rapport à la jurisprudence antérieure, le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives en assimilant le nu-proprétaire à l'associé. Cette assimilation lui a permis de maintenir le droit de participer aux décisions collectives en affirmant que « *si, selon l'article 1844, alinéa 4, du Code civil, il peut être dérogé à l'alinéa 3 du même article qui est relatif au droit de vote, et qu'il était donc possible aux statuts litigieux de prévoir une dérogation sur ce point, aucune dérogation n'est prévue concernant le droit des associés et donc du nu-proprétaire de participer aux décisions collectives tel qu'il est prévu à l'alinéa 1<sup>er</sup> dudit article* ». La Cour suprême affirme le caractère essentiel du droit de participation aux décisions. La distinction faite par la Cour de cassation a laissé croire que le droit de vote n'est pas un droit essentiel. Or, l'admission du raisonnement de la Cour de cassation qui porte sur la notion d'associé, conduit à croire que l'usufruitier n'est pas associé. Ce qui n'est pas tout à fait logique. L'ambiguïté de cet arrêt a justifié l'existence d'une divergence doctrinale en matière de démembrement de propriété. (Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. Civ.*, 1994, IV, n° 94 ; *JCPE*, 1994, I, 363, n° 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *BJ*, 1994, p. 279, § 68, comm. J.-J. Daiger ; *Deffrénois*, 30 avr. 1994, n° 8, p. 556, obs. P. Le Cannu)

<sup>884</sup> L'assistance à la délibération peut être physique ou par une vidéo conférence.

<sup>885</sup> Cette opinion a été citée à partir de la note faite pour l'arrêt de *Château d'Yquem*. Cass. com., 9 févr. 1999, n° 398 P, *aff. SCA du Château d'Yquem c/ De Chizelle et autres*, *BJS* 1<sup>er</sup> mai 1999, n° 5, p. 566, note. J.-J. Daigre.

<sup>886</sup> J. HEMARD, F. TERR et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Dalloz, t. 2, p. 178.

542. La reconnaissance du lien qui relie le droit de vote à celui du droit de participer aux décisions collectives a été confirmé par la jurisprudence postérieure à plusieurs reprises. Dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 22 février 2005, la Cour de cassation a reproché au juge de fond d'avoir méconnu le lien entre droit de vote et droit de la participation aux décisions collectives en annulant la clause établie pour les associés nu-proprétaires au motif que la clause susmentionnée prévoit « *non pas une restriction mais la suppression du droit de vote et qu'elle contrevient aux dispositions impératives de l'article 1844, al. 1, peu importe la faculté ouverte par l'alinéa 4 de déroger à la répartition du droit de vote prévue par l'alinéa 3 entre le nu-proprétaire et l'usufruitier, laquelle ne peut s'exercer que dans le respect du principe d'ordre public posé par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1844 du code civil* ». Elle rappelle que même si les statuts peuvent déroger au droit de vote de nu-proprétaire, ils ne doivent pas déroger à son droit de participer aux décisions collectives<sup>887</sup>.

Dans un autre arrêt rendu la même année, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a refusé également la conjonction entre les deux droits en retenant, en matière d'usufruit, que la clause statutaire stipulant que l'usufruitier représente valablement le nu-proprétaire et exerce seul le droit de vote pour toutes décisions collectives, n'a pas pour effet de priver le nu-proprétaire de son droit de participer aux décisions collectives, tel que prévu dans le premier alinéa de l'article 1844 du Code civil<sup>888</sup>.

Ainsi, le lien étroit existant entre le droit de participer aux décisions collectives et le droit de vote, rend difficile d'admettre la possible privation du droit de vote et de considérer que ce dernier n'est pas un droit essentiel inhérent à la qualité d'associé.

## **2°. Le rejet de la suppression du droit de vote**

543. Les dispositifs composant le chapitre I du titre IX du Code civil visant les sociétés peuvent être contredits par une norme spéciale qui en écarte l'application pour telle ou telle forme de société. L'article 1834 du Code civil affirme l'autorité théorique de la règle « *Specialia generalibus derogant* » en droit des sociétés. Cela signifie que nous devons bien vérifier - avant d'appliquer les dispositifs du chapitre susmentionné du Code civil - qu'il n'y a pas un dispositif spécial écartant cette application. En ce qui concerne la SAS, l'article L.

---

<sup>887</sup> Cass. Com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 ; *Rev. sociétés*. 2005, p. 353, note Le Cannu ; *D.* 2005, comm. p. 1430, obs. B. Thullier ; *JCP E* 2005, 968, note R. Kaddouche ; *JCP E* 2005, 1046, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

<sup>888</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2005, n° 02-15. 904. V. à cet égard, Y. PACLOT, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux », *LSJ*, n° 21, 24 mai 2006, I. 142.

227-16 du Code de commerce prévoit la possibilité de stipuler, dans les statuts, la cession forcée des droits sociaux. Ces statuts peuvent également stipuler la suspension des droits non pécuniaires de l'associé concerné par la cession forcée, si celui-ci ne procède pas à cette opération. En parallèle, en matière de changement de contrôle, l'article L. 227-17 du même Code indique que les statuts peuvent prévoir, en cas de violation du droit d'information, d'exclure et suspendre l'exercice du droit non pécuniaire de l'associé en cause.

544. Toutefois, l'existence des dispositifs précités soulève une question concernant l'applicabilité du premier alinéa de l'article 1844 du Code civil à la SAS.

En réalité, les statuts pourraient prévoir des prérogatives accordées aux associés qui remettraient en cause le dispositif de l'article 1844 du Code civil. De prime abord, on peut penser que l'application, dans la SAS, de l'adage selon lequel le spécial déroge au général, rend l'article 1844 du Code civil inapplicable à la SAS. Or, la réponse ne devrait pas être si simple en raison de l'ambiguïté de l'article 1844 du Code civil et de la limitation du champ d'application des articles L. 227-16 et L. 227-17 du Code de commerce. Dans cette optique, nous estimons que la Cour de cassation n'a pas admis dans l'arrêt du 23 octobre 2007<sup>889</sup> de déroger à l'article 1844 du Code civil en réaffirmant le caractère essentiel du droit de vote de l'associé de la SAS.

En l'occurrence, une société par actions simplifiée avait été constituée par deux époux et une autre personne, M. X, laquelle détenait près des deux tiers des actions composant le capital social. L'article 16 des statuts prévoyait la possibilité d'exclure M.X, sans la possibilité pour ce dernier de voter sur la décision d'exclusion. Se conformant à cette clause statutaire, les deux époux avaient décidé d'exclure l'associé majoritaire sans l'appeler à voter. Devant la cour d'appel de Douai, l'associé exclu, prétendant que cette clause portait atteinte au droit de vote reconnu par l'article 1844 du Code civil, sollicitait l'annulation de la décision d'exclusion. La cour d'appel a débouté la demande de l'associé exclu, en se fondant sur la liberté contractuelle qui caractérise la société par actions simplifiée. Une stipulation permettant de priver l'associé exclu de son droit de vote dans une délibération concernant la décision d'exclusion est, selon la Cour, nécessaire pour régler certaines situations qui touchent à des conflits d'intérêt entre la société et l'associé en cause. Le juge du fond a jugé en premier lieu, que le principe posé par l'article 1844, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil n'est pas

---

<sup>889</sup> Cass. com., 23 oct. 2007, *D.*, 2007, AJ, 2726, obs. Lienhard ; *JCPE*, 2007, p. 2433, note Viandier ; *Dr. Soc.* 2007, n° 219, note H. Hovasse ; *Rev. sociétés.* 2007, p. 814, note Le Cannu ; *RTD com.* 2007, 791, obs. Le Cannu et Dandero ; *BJ*, 2008, p. 101, note Schmidt ; *RJ com.*, 2008, p. 37, obs. Monsiérié-Bon ; *Defrénois*, 2008, p. 674, note Gibirila.

absolu et peut connaître des dérogations législatives expresses ou implicites, en deuxième lieu, que précisément, la SAS s'appuie sur la dissociation du pouvoir financier et du pouvoir décisionnel, et en troisième lieu, que la liste limitative des décisions collectives prévues dans le deuxième alinéa de l'article L. 227-9 du Code de commerce n'implique pas la décision d'exclusion. De plus, l'article L. 227-16 du même Code n'en dispose pas autrement. Ce raisonnement n'est pas apparu convaincant<sup>890</sup> pour la Cour de cassation. Cette dernière a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel en confirmant dans son attendu, au visa du premier alinéa de l'article 1844 et de l'article L. 227-16 du Code de commerce, le caractère essentiel du droit de vote. Au-delà des cas prévus par la loi, les statuts ne peuvent pas déroger à un attribut d'ordre public. Cette solution prétorienne, semble, selon le Professeur Jean Paillusseau, en accord avec la notion de société<sup>891</sup>. La privation du droit de vote relèverait probablement d'une autre organisation juridique<sup>892</sup>, et l'associé privé de son droit de vote peut être qualifié, selon le Professeur Jean Claude Hallouin, d'obligataire<sup>893</sup>.

Même en cas de la signature des conventions de vote entre les associés de la SAS qui exercent la liberté confiée par le législateur, ces conventions demeurent soumises à l'ordre public sociétaire et ne peuvent pas déroger aux principes consacrés par la loi. Même si ces conventions semblent en apparence simplement concerner des relations interindividuelles échappant à l'ordre public sociétaire, cependant, elles concernent, en réalité, une problématique sociétaire, et doivent, dès lors, rester soumises à l'ordre public sociétaire<sup>894</sup>.

545. En définitive, il résulte que l'article 1844 du Code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence, affirme le principe concernant le droit de la participation aux décisions collectives, droit qui comporte le droit de vote. Par ailleurs, la particularité de la SAS en tant

---

<sup>890</sup> Le motif objectif sur lequel le juge de fond repose, celui de conflit d'intérêt, ne suffit pas pour justifier la privation de l'associé en cause de la décision d'exclusion, de son droit de vote.

<sup>891</sup> Le Professeur Jean Paillusseau s'interroge en la matière : « *que serait en effet une société dans laquelle on pourrait décider dans les statuts ou dans un pacte extra-statutaire que seuls certains associés auraient le droit de voter et que les autres ne l'auraient jamais* » ? (J. PAILLUSSEAU, « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.* 2008, § 18, p. 1563).

<sup>892</sup> L. SCHRYVE, *L'ordre public et le droit des sociétés*, Thèse, Univ. Lille II, 2009, § 331, p. 176.

<sup>893</sup> J.-C. HALLOUIN, « Sociétés et groupements », *D.*, 2009, p. 323. Le Professeur Hallouin a fait référence au droit comparé qui distingue entre la « société » et la « compagnie ». Dans celle-ci, ses membres ne bénéficient pas de la qualité d'associé comme celle qui est consacrée dans la « société » par le droit français. C'est la raison pour laquelle la compagnie peut être privée de son droit de vote.

<sup>894</sup> M. GERMAIN, « Pactes, statuts et ordre public », in *Mélange en l'honneur de P. Merle*, Dalloz, 2013, p. 313.

que société bénéficiant d'une liberté contractuelle importante « *n'échappe pas au droit commun des sociétés* »<sup>895</sup> dont le droit d'intangibilité des engagements des associés.

## 2. Le droit à l'intangibilité des engagements des associés

546. L'article 1836 du Code civil, dans son deuxième alinéa, dispose qu'« *en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci* »<sup>896</sup>. En vertu de cet article, chaque associé doit savoir, dès l'entrée dans la société, quels sont ses droits et ses obligations. Ses obligations peuvent être augmentées sans son consentement préalable. Ce principe s'intéresse aux rapports entre associés, contrairement à l'obligation aux dettes qui s'intéresse aux rapports à la société. Il s'applique à toutes les formes sociétaires<sup>897</sup>, y compris les sociétés empreintes de liberté contractuelle comme la SAS. Le principe d'intangibilité des engagements des associés a été confirmé, depuis toujours, par la jurisprudence.

547. Néanmoins, la qualification des décisions entraînant ou non une augmentation des engagements est parfois délicate. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé<sup>898</sup> le caractère d'ordre public de l'article 1836 en rappelant la possibilité de demander l'annulation de la décision en cause par tout intéressé<sup>899</sup>. De façon générale, l'application du principe de l'intangibilité des engagements des associés s'inscrit dans le cadre des conditions requises afin d'effectuer une ou plusieurs modifications(s) statutaire(s), ou afin d'adopter une décision ayant pour effet d'augmenter les engagements des associés. Toutefois, la détermination des décisions qui apportent une augmentation des engagements des associés n'est pas si simple, dans la mesure où ce n'est pas toute modification des engagements de l'associé entraîne nécessairement une augmentation de ceux-ci. Au contraire, certaines décisions pourront abaisser ces engagements. Ce qui nous laisse confondre les

---

895 Cité par C. Champaud, note sous l'arrêt du 23 oct. 2007, *RTD Com.*, 2008, p. 566.

<sup>896</sup> Ce principe a été formulé par l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 et repris par la loi du 24 juillet 1966 (l'article 60, alinéa 2 de cette loi). La loi n° 78-9 du 4 janvier 1978, qui a modifié le titre IX du livre III du Code civil, a apporté une modification à ce principe en élargissant son champ d'application aux sociétés de personnes par le biais du formulaire ajouté au début de l'article : « *en aucun cas, [...]* ».

<sup>897</sup> En ce qui concerne les sociétés civiles. Voir. Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-21123 (FD), *aff. Sté Monceau* 89, note L. Godon, *BJS*, n°5, p. 474.

<sup>898</sup> La Cour de cassation a déjà reconnu que le principe d'intangibilité des engagements de l'associé constitue un droit propre irréductible de l'associé. A propos de cet arrêt, l'auteur Thaller considère que l'associé devait disposer d'un certain nombre de droits irréductibles lui permettant de contrebalancer la brutalité des effets de la loi de la majorité. [E.-E. THLLER, note sous Cass. civ., 30 mai 1892, *DP* 1983, 1, p. 107].

<sup>899</sup> Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-20.646, *Bull. civ.*, IV, n° 171, *JCP E* 2004, p. 377, note B. Saintourens.

décisions ayant pour effet de modifier les engagements de l'associé avec celles susceptibles d'alourdir ces engagements.

548. En réalité, la Cour de cassation dans un arrêt du 27 octobre 2009 a suivi une méthode pour déterminer si la décision apporte une augmentation ou non des engagements des associés : il faut, en premier lieu, vérifier si cette décision ne concerne pas une application pure et simple des statuts, pour apprécier, dans un second temps seulement, si ladite résolution a pour effet de faire peser sur les associés des obligations qui ne résultaient pas des statuts auxquels chacun d'entre eux avaient adhéré<sup>900</sup>. Même si les deux étapes de la vérification suivie par la Cour ont été faites à l'occasion d'un arrêt qui concerne une société civile, on estime que cette méthode peut être suivie lorsque le contentieux concerne une SAS.

Par ailleurs, certains auteurs distinguent les décisions portant sur l'évolution des engagements et celles qui portent sur l'allègement de ces engagements. Quant aux premières décisions, l'unanimité est exigée. Tandis que, en cas d'allègement des engagements de l'associé, l'exigence du consentement de celui-ci « est écartée, sous réserve qu'une telle stipulation ne présente pas un caractère léonin »<sup>901</sup>. L'admission totale de cette opinion ne semble pas pertinente car elle confond l'exigence du consentement de la personne concernée et celle de l'unanimité. L'exigence de l'unanimité nous rappelle une décision rendue par la Cour de cassation le 19 décembre 2006. La Chambre commerciale de cette Cour a énoncé, au vu de l'article L. 227-3 du Code de commerce, qu'« aux termes de ce texte, la décision de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés, qu'il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée »<sup>902</sup>. La Haute juridiction a motivé sa décision en considérant que le seul passage pour l'associé d'un statut légal à un statut négocié, constitue une augmentation des engagements. Par voie de conséquence, le deuxième alinéa de l'article 1836 du Code civil est applicable à cet égard. Certes, la Cour de cassation a exigé l'unanimité pour l'adoption de la décision de fusionner d'une société par une SAS en considérant que cette décision entraîne une augmentation des engagements des associés. Cependant, il ne faut pas confondre cette décision avec le consentement demandé par l'article 1836, alinéa 2 du Code civil, car en vertu de l'article L. 227-3 du Code de commerce, cette décision doit être prise à l'unanimité quelle

---

<sup>900</sup> Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-21123 (FD), *aff.* Sté Monceau 89, note L. Godon, *BJS*, n° 5, 1<sup>er</sup> mai 2010, p. 474.

<sup>901</sup> F. DUQUESNE, *Droit des sociétés commerciales*, 3<sup>e</sup> éd., Larcier, 2016, § 119, p. 73.

<sup>902</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17802, *aff.* Sté Residia Ile-de-France et Consort XI/ A, *Bull* 2006, IV, n° 268, p. 292. *Adde.* CA Versailles, 27 janv. 2005, note P. Le Cannu, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557.

que soit la modification apportée aux engagements qu'il s'agisse d'une augmentation ou non. Il en va de même des cas prévus par l'article L. 227-18 du même Code relatifs à l'adoption ou la modification des clauses statutaires d'exclusion<sup>903</sup>, d'inaliénabilité<sup>904</sup> et de cession forcée des actions<sup>905</sup>. Au-delà de ces cas particuliers où le législateur exige l'unanimité pour prendre la décision, l'interprétation de l'article 1836, alinéa 2 reste restreinte à l'exigence du consentement de la personne qui voit son engagement augmenté. Il en résulte que la décision en cause peut être prise valablement par la majorité des associés si l'associé ou les associés en cause est/sont d'accord.

549. En définitive, le droit d'intervention dans les affaires sociales ainsi que le droit d'intangibilité des engagements des associés qui font partie du droit commun des sociétés inscrit dans le Code civil, témoigne de la volonté du législatif de maintenir une protection minimale de l'associé. Cette volonté est confrontée par la jurisprudence. La position jurisprudentielle dominante en la matière se caractérise en effet par la protection des droits fondamentaux des associés car d'une part, « ces droits ne sont pas attribués dans un but strictement égoïste, mais dans la vue du fonctionnement harmonieux de la société »<sup>906</sup> et, d'autre part, la négation de ces droits « contribuerait à une véritable dénaturation du contrat de société »<sup>907</sup>. Le caractère d'ordre public de ces droits constitue une limite à la liberté contractuelle confiée aux associés de la SAS, mais garantit la sécurité juridique.

Bien que « les normes impératives au sens large limitent, dans une mesure variable, les manifestations des libres volontés »<sup>908</sup>, elles sont aussi mises au service des règles supplétives<sup>909</sup> dont la protection des parties prenantes justifie leur existence.

---

<sup>903</sup> Art. L. 227-17 C. com.

<sup>904</sup> Art. L. 227-13 C. com.

<sup>905</sup> Art. L. 227-16 C. com.

<sup>906</sup> M. JEANTIN, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 160.

<sup>907</sup> D. RANDOUX, « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. sociétés*, 2000, p. 9.

<sup>908</sup> J.- V. ZUYLEN, « Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté », in *Les sources du droit revisitées*, ouv. col., Vol. 2, Anthemis, 2012, p. 853.

<sup>909</sup> C. PÉRÈS- DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, § 594, p. 579.

## B. La nécessaire d'instaurer des dispositions supplétives

550. La proposition d'effectuer un détachement législatif entre le régime légal de la SAS et celui de la SA nécessite, en cas d'absence de réglementation contractuelle, l'existence d'une ou plusieurs alternatives pouvant combler les deux vides d'ordre légal et contractuel. L'édification de dispositions supplétives applicables à la SAS semble pertinente à cet égard<sup>910</sup>, tant d'un point de vue théorique que pratique (1). Le contenu de ces dispositions supplétives doit alors être discutable (2).

### 1. L'intérêt théorique et la nécessité pratique de prévoir des dispositions supplétives

551. À l'instar des règles supplétives qui se définissent comme des règles auxquelles il est possible d'y déroger en substituant « à la réglementation légale une réglementation personnelle »<sup>911</sup>, les dispositions supplétives empruntent le même caractère. Elles seront applicables en cas d'absence d'une manifestation de volonté des parties.

552. En effet, le régime légal actuel de la SAS ne comprend pas de règles de nature supplétive. Cela est valable même pour les règles régissant, par principe, la SA qui sont susceptible d'être appliquées à la SAS. Ces dernières ne sont pas considérées non plus comme des règles supplétives dans la mesure où leur application est conditionnée par la compatibilité de ces règles avec les règles composant le régime légal spécifique de la SAS<sup>912</sup>. Cela permet donc de considérer que le régime légal actuel de la SAS comprend seulement deux sortes des règles : impératives et permissives. Ces dernières recouvrent les règles qui, soit autorisent certaines actes ou certaines clauses statutaires dont la validité aurait autrement pu être discutée, soit renvoient aux statuts pour l'organisation du fonctionnement de la société, comme par exemple les articles L. 227-9-1, L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16, L. 227-17, L. 227-18 du Code de commerce. Au regard de ces éléments, il nous semble utile et important

---

<sup>910</sup> Le projet CNPF prévoyait que les règles relatives à la direction et à l'administration de la société, ainsi que celle applicables aux décisions collectives des actionnaires, étaient fixées par les statuts et, dans le silence de ceux-ci, par les articles 89 à 177-1 qui régissaient la direction et la prise des décisions dans la SA. cette proposition n'avait pas abouti et ces articles susmentionnés ont disparu de l'article 262-1, alinéa 2 de la loi de 1966 ( devenu L. 227-1, al. 3). Voir à ce propos, Y. GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *op. cit.*, 212.

<sup>911</sup> G. BRETHER DE LA GRESSAYE et M. LABORDE-LACOSTE, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, p. 211.

<sup>912</sup> Voir *supra* n° 73s.

d'ajouter à ce régime des dispositions supplétives ayant pour objectif de remplacer le renvoi basé sur le critère de compatibilité.

553. L'insertion dans le régime légal de la SAS des dispositions supplétives semble juste et utile pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'existence de dispositions supplétives produit un effet psychologique contribuant à la maîtrise de la liberté contractuelle. Les rédacteurs des statuts ont le soin d'envisager dans les statuts tous les points nécessaires qui à la fois assurent le bon fonctionnement de la société et répondent à leurs besoins. Les dispositions supplétives pourraient à cet égard constituer une source d'inspiration pour ces rédacteurs. A l'inverse, les rédacteurs des statuts peuvent stipuler des stipulations statutaires contraires si les dispositions supplétives sont considérées par eux inadaptées aux besoins de la société.

Ensuite, l'élaboration de ces textes propres à la SAS non applicables à la SA réduit fortement l'incertitude découlant de l'interprétation du critère de compatibilité<sup>913</sup> et, par ricochet, l'incertitude découlant de l'applicabilité d'une règle de droit. En ce sens, les dispositions supplétives se cantonneront aux règles qui sont compatibles avec le régime propre de la SAS. Dans cette optique, le sujet de droit connaîtra de façon précise la règle qui sera applicable en l'espèce en cas d'absence des stipulations statutaires ou extra-statutaires, et ce, sans avoir besoin de faire un test de compatibilité. Cela contribue au renforcement de l'intelligibilité de la loi.

Par ailleurs, l'existence des règles susceptibles d'être appliquées en cas de silence législatif et/ou contractuel répond à l'exigence de sécurité juridique. Car, certes, la règle supplétive n'est évidemment pas une règle impérative, mais elle n'en est pas moins obligatoire tant que les statuts n'y ont pas dérogé<sup>914</sup>. Cela signifie que la lacune conventionnelle serait résolue par l'application d'une règle spécifique.

Enfin, l'élaboration des dispositions spécifiques à la SAS remplaçant le renvoi basé sur le critère de compatibilité datée de 1994, rendra le régime légal de la SAS plus adapté aux besoins actuels du monde des affaires dans la mesure où la rédaction des dispositions supplétives prendra en compte toutes les nouvelles problématiques soulevées en pratique ainsi que les évolutions jurisprudentielles et législatives qui ont visé le régime légal de la SAS.

---

<sup>913</sup> *Idem.*

<sup>914</sup> M. BUCHBERGER, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Lexis Nexis, 2015, P. 188.

Ainsi, l'effectivité des dispositions supplétives paraît par le biais d'une « obligation faite à l'interprète de la solliciter, c'est-à-dire de la mobiliser au soutien de son jugement et ce, y compris pour en inférer qu'il n'y a pas lieu, au cas d'espèce, de suppléer une volonté qui s'est valablement exprimée »<sup>915</sup>.

554. Par ailleurs, la présence des dispositions supplétives présente également des intérêts pratiques. Tout d'abord, elles offrent aux jeunes investisseurs des règles prédéfinies, permettant de les décharger de la nécessité de prévoir explicitement tous les détails dans les statuts. Par ailleurs, la présence de ces dispositions contribue à diminuer le coût de transaction qu'ils devront payer pour obtenir des conseils juridiques. Enfin, la présence des dispositions supplétives favorise l'innovation chez les investisseurs courageux et ambitieux, en suscitant leur imagination. Cela apparaît dans leur motivation de créer une SAS sur mesure qui possède des réglementations contractuelles innovantes et différentes des autres SAS. Les dispositions supplétives constituent pour eux, soit des standards à éliminer lors de la rédaction des statuts, soit des bases à améliorer.

Au regard de l'utilité à la fois juridique et pratique des dispositions supplétives, nous proposons qu'elles soient ajoutées au régime légal régissant la SAS et remplacent l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code de commerce.

## 2. L'édification des dispositions supplétives

555. L'élaboration des dispositions supplétives peut recouvrir deux modalités.

La première repose sur l'emprunt des règles préexistantes, comme celles de la SA. Une telle technique pourrait être critiquée dans la mesure où reproduire des dispositions préexistantes peut, à première vue, sembler revenir au même que la technique du renvoi. Toutefois, l'emprunt des dispositions préexistantes doit être accompagné d'une mise en conformité préalable de ces dispositions avec les spécificités de la SAS. Cette mise en conformité nécessite une révision globale avant de s'inspirer des règles empruntées pour construire les dispositions supplétives en éliminant les règles jugées inadaptées ou incompatibles.

La deuxième modalité qui paraît originale consiste à construire des dispositions supplétives innovantes, « sur mesure » pour la SAS. Par exemple, des règles renforçant le

---

<sup>915</sup> C. PÉRÈS- DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, § 154, p. 127.

devoir de loyauté des associés et des dirigeants pourraient être ajoutées<sup>916</sup>. Cela présenterait un double avantage. Premièrement, ces règles motiveront les fondateurs de la société qui souhaitent échapper à l'application de ces dispositions, à bien régir statutairement les points qui assurent l'équilibre entre la protection des associés minoritaires et l'exercice de la liberté contractuelle. Ensuite, ces règles garantiront un principe de sécurité juridique en cas de conflit d'intérêt et d'absence de stipulation statutaire. Cela pourrait renforcer la protection par rapport à celle issue de l'application de l'abus de majorité<sup>917</sup>.

Bien que ce renouveau législatif soit séduisant, sa réalisation nécessitera une sincère volonté politique et législative, ce qui n'est pas évident. De même, il requiert une maturité juridique permettant de concevoir l'actualité du régime actuel de la SAS, son évolution historique et sa capacité à évoluer encore dans le temps. La tâche n'est donc pas aisée.

556. En définitive, le renforcement de la contractualisation de la SAS à travers la consolidation de la volonté des fondateurs et associés de la société, et de leur aptitude à créer des rapports contractuels justes ainsi qu'utiles économiquement et socialement<sup>918</sup>, aura pour effet de produire une SAS, modèle contractualisé. Si la volonté est « *créatrice du droit* »<sup>919</sup>, l'exercice de ce droit se limite aux contractants, voire aux associés. C'est la raison pour laquelle, le modèle contractualisé de la SAS devrait, pour l'instant, rester fermé pour assurer une protection maximale des tiers. Mais cela ne remet pas en cause la possibilité d'évoluer, dans l'avenir, vers un modèle ouvert, sous certaines conditions.

---

<sup>916</sup> Sur le sujet du devoir de loyauté, voir K. GRÉVAIN-LEMERCIER, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », *Rev. française de Gouvernance d'entreprise*, n°12, p. 53.

<sup>917</sup> Cela est à l'image de la jurisprudence allemande qui a développé l'obligation de loyauté des associés au sein de la GmbH pour assurer une protection maximale des associés. Voir H. FLEISCHER, « La SAS au regard du droit allemand », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspective*, *op. cit.*, p.172.

<sup>918</sup> Car « *la loi de l'offre et de la demande répond à l'intérêt général, en assurant spontanément la prospérité et l'équilibre économique* » indique les auteurs Étienne Montero et Marie Demoulin (E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, ouv. col., La Charte, 2004, p. 61).

<sup>919</sup> H. DE PAGE, « Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. XXXVI, Palais des académies, 1950, p. 576.

## **Section 2. L'évolution possible vers un modèle ouvert**

557. Dès 1999, certains auteurs estimaient que l'interdiction pour la SAS de faire une offre au public de ses titres constituait un obstacle à son développement<sup>920</sup>. Dans un contexte où les allègements progressifs du statut de la SAS ont contribué à son succès croissant, une réflexion relative à l'ouverture de la SAS s'impose. Cette réflexion nécessite, tout d'abord, d'expliquer l'état des lieux actuel à propos du régime de la SAS en la matière (§1), avant d'imaginer ce que devrait être sa place dans l'avenir (§2).

### **§1. L'ouverture actuelle limitée**

558. Depuis l'instauration de la SAS dans le paysage sociétaire français, cette société apparaît « *comme l'archétype de la société fermée* »<sup>921</sup> dans la mesure où, pendant longtemps, il lui était interdit de faire un appel public à l'épargne. L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public a certes modifié l'article L. 227-2 du Code de commerce, mais a maintenu l'interdiction pour la SAS de faire une offre au public de ses titres financiers et de procéder à l'admission de ses titres sur un système multilatéral.

L'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 susmentionnée a remplacé l'expression « *appel public à l'épargne* » par « *offre au public de titres financiers* ». La définition de cette expression a été calquée sur celle qui est retenue par la directive « Prospectus »<sup>922</sup>. Selon l'article L. 411-1 du Code monétaire et financier l'offre au public de titres financiers « *est constituée par l'une des opérations suivantes : 1° Une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers ; 2° Un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers* ». Le changement de l'expression a permis de donner à la SAS plus de potentialité, soit par le biais du recours à des

---

<sup>920</sup> P.-L. PÉRIN, « Quelles utilisations pour la nouvelle SAS ? », *LPA*, 15 sept. 2000, n°185, p. 14.

<sup>921</sup> B. FRANCOIS, « Le financement de la SAS : l'appel au marché ? », in *La société par actions simplifiées, Bilan et perspectives*, *op. cit.*, p. 137 et s.

<sup>922</sup> Art. 2. 1 (d), Dir. n° 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive n° 2001/34, *JOUE*, 31 déc. 2003, n° L. 345, p. 64. Voir également la directive : Dir. n° 2010/73/UE du 24 nov. 2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2010 modifiant la directive n° 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, *JOUE*, n° L. 327/1, 11 déc. 2010.

placements privés de titres financiers, soit par le biais de l'admission sous certaines conditions de titres sur un système multilatéral de négociation (A). L'ouverture progressive de la SAS conduira à compléter cette ouverture (B).

#### A. Les offres permises par la loi

559. De manière progressive, le législateur a permis à la SAS de procéder à certaines opérations. Sous condition de remplir certains seuils, la SAS peut procéder aux offres concernant les placements privés (1). Le législateur a également ajouté en 2019 qu'il est permis à la SAS de procéder aux offres d'acquisition ou de souscription aux dirigeants ou aux salariés (2).

##### 1. Le recours aux placements privés de titres financiers

560. La version actuelle issue de la loi Pacte de l'article L. 227-2 du Code de commerce autorise expressément la SAS à recourir aux offres définies aux 2 et 3 du I, concernant les placements *wholesale* pour lesquels le montant exigé de chaque investisseur ou « par titre financier » est supérieur à 100 000 €. Sont concernés également par l'autorisation les offres adressées exclusivement à des gestionnaires pour compte de tiers et aux investisseurs qualifiés, ou à un cercle restreint de moins de 150 personnes, sous réserve que ces investisseurs agissent pour leur propre compte.

561. Avant la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite PACTE<sup>923</sup>, les titres financiers de la SAS dont le montant total - soit n'était pas inférieur à 100 000, ou compris entre 100 000 et 5 000 000 euros - ne pouvaient procéder à une offre sauf dans le cas où l'offre portant sur des instruments ne représentait pas plus de 50 % du capital de l'émetteur<sup>924</sup>. Dans cette situation et quel que fût le destinataire de l'offre, la SAS n'avait pas l'obligation d'établir un prospectus<sup>925</sup>. Si la SAS souhaitait lever des fonds de moins de 5 millions, elle devait recourir à un autre type de placement privé comme par exemple les offres adressées aux investisseurs qualifiés prévues par l'article L.

---

<sup>923</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2.

<sup>924</sup> Art. L. 411-2 I, 1 Cod. mon. fin.

<sup>925</sup> J.-J. DAIGRE et B. FRANCOIS, « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », *Rev. sociétés*, 2010, p. 11.

411-2 II, 2 du Code monétaire et financier. Or, dans l'article 3, alinéa 2, b du règlement européen dit Prospectus 3 du 14 juin 2017<sup>926</sup>, l'exonération d'établir un prospectus s'étend au-delà de 8 millions d'euros.

Toutefois, lorsque le montant est inférieur à un million d'euros, dans la mesure où aucun prospectus n'est exigé, les États membres peuvent imposer « *d'autres obligations d'information au niveau national, dès lors qu'elles ne constituent pas une charge disproportionnée ou inutile* »<sup>927</sup>. La règle s'applique lorsque la SAS recourt à une plate-forme à des fins de financement participatif.

Il convient de souligner que l'Autorité des marchés financiers (AMF) a mis son règlement général en conformité avec le règlement européen Prospectus 3. Depuis l'arrêté du 11 juillet 2018, l'AMF a révisé l'article L. 211-2 de son règlement selon lequel ne constitue pas une offre au public « *une offre de titres financiers présentant l'une des caractéristiques suivantes : 1. Son montant total en France et dans l'Union est inférieur à 8 000 000 euros ou à la contre-valeur de ce montant en devises ; [...]* ». En cas de dépassement de ce seuil, l'AMF détermine « *les règles de pratique professionnelle qui s'imposent aux émetteurs lorsqu'ils procèdent à une offre au public, à une offre mentionnée au I du I de l'article L. 411-2 ou à une offre ne donnant pas lieu à la publication du document d'information mentionné au premier alinéa du I de l'article L. 412-1 et réalisée par l'intermédiaire d'un prestataire de services d'investissement ou d'un conseiller en investissements participatifs au moyen de son site internet, ou dont les instruments financiers, des unités mentionnées à l'article L. 229-7 du code de l'environnement sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi que les règles qui doivent être respectées lors d'opérations sur des instruments financiers et des actifs mentionnés au II de l'article L. 421-1 admis aux négociations sur une plate-forme de négociation* »<sup>928</sup>. Cela concerne le cas de recours au financement participatif.

562. La loi PACTE a modifié les seuils en adoptant également le seuil de 8 millions d'euros afin d'imposer l'établissement du prospectus. De surcroît, avec pour objectif de simplifier l'accès des entreprises au marché financier, le législateur a supprimé de l'article L. 411-2, I,

---

<sup>926</sup> Règlement (UE) n° 2017/1129 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE, *JOUE*, 30 juin 2017, n° L.168/12. (Entrant en vigueur dans tous les États membres de l'Union européenne le 21 juillet 2019).

<sup>927</sup> Art. 1<sup>er</sup>, al. 3, Règ. UE., *ibid.*

<sup>928</sup> Art. L. 621-7 C. mon. fin.

1° du Code monétaire et financier la phrase : « *ou à un montant et une quotité du capital de l'émetteur fixés par le règlement général* ».

## 2. L'offre d'acquisition ou de souscription aux dirigeants ou aux salariés

563. La loi PACTE a modifié les articles L. 227-2 et L. 227-2-1 du Code de commerce<sup>929</sup> en autorisant la SAS, dans les conditions déterminées par l'AMF, d'adresser une offre d'acquisition ou de souscription de ses titres à ses dirigeants ou salariés. La modification apportée par la loi Pacte appelle plusieurs observations.

Tout d'abord, l'admission de la participation des dirigeants ou des salariés dans le capital de la société répond aux besoins d'innovation et de croissance des entreprises. Certes, le principe demeure selon lequel la SAS est soumise à l'interdiction de procéder à une offre publique de titres financiers ou de négocier ses actions sur un marché réglementé. Cependant un allègement semble admis à propos des offres adressées aux dirigeants, salariés, et anciens salariés de la société. Cette offre, encadrée par le règlement de l'AMF, échappe aux seuils fixés pour les autres offres, notamment celui de 150 personnes bénéficiaires. La réponse aux besoins des entreprises actuelles est évidente dans le cas où les sociétés exploitent d'anciennes activités d'une SAS dans la procédure de *leveraged buy-out* (« achat à effet de levier »). Ces sociétés ont fréquemment fait appel à leurs managers afin de les faire participer au capital. Lorsque ceux-ci atteignent le seuil de 150 personnes bénéficiaires, la SAS n'a plus qu'à se transformer en une SA ou en une SCA<sup>930</sup>.

Ensuite, la deuxième phrase, ajoutée à l'article L. 227-2 du Code de commerce, précise que les titres faisant l'objet de l'offre adressée aux dirigeants ou aux salariés « *ne peuvent être soumis à des dispositions statutaires spécifiques prises en application des articles L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-16* » du Code de commerce. L'interprétation de l'adjectif « spécifiques » mérite d'être mise en exergue. Selon le Professeur Hervé Le Nabasque, l'utilisation de cet adjectif révèle l'intention du législateur de ne pas interdire « *que les titres acquis ou souscrits par les salariés échappent aux clauses d'inaliénabilité,*

---

<sup>929</sup> L'article L. 227-2 du Code de commerce relève directement du champ d'application de la directive Prospectus et du règlement Prospectus 3. Ce règlement est intégralement et directement applicable à compter du 21 juillet 2019. C'est pour cette raison que le législateur français a révisé systématiquement le droit français afin de le rendre plus clair et lisible pour les investisseurs internationaux. (Rapp. AN, n° 1088, Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, présenté par E. Philippe et B. Lemaire).

<sup>930</sup> Source de l'exemple cité : l'article écrit par le Professeur Hervé Le Nabasque. (H. LE NABASQUE, « Les incidences de la loi PACTE sur le financement des sociétés par actions », *BJS*, n° 6, p. 70).

*d'agrément ou d'exclusion que ces trois articles autorisent. Elle est de faire en sorte que ces clauses ne s'appliquent pas « spécifiquement » aux salariés devenus actionnaires »<sup>931</sup>.*

Enfin, l'élargissement des listes des offres auxquelles la SAS peut procéder révèle une intention législative d'ouvrir « *un peu plus largement les portes de l'offre au public aux SAS* »<sup>932</sup>.

En plus des offres que la SAS est autorisée à faire, les titres de la SAS peuvent faire l'objet d'une négociation.

## B. La possible négociation des titres financiers

564. La SAS peut négocier ses titres sur un système multilatéral (1). Cependant lorsque la négociation des titres a lieu sur un marché règlementé, les actions de la SAS ne peuvent pas être admises (2).

### 1. La négociation sur un système multilatéral

565. L'article L. 227-2 du Code de commerce ne prévoit pas expressément que les titres de la SAS soient admis sur un système multilatéral de négociation. En conséquence, se pose une question sur cette admission.

En effet, depuis la directive n° 2004/39/CE sur les marchés d'instruments financiers<sup>933</sup>, le système multilatéral de négociation (SMN) concurrence les marchés réglementés<sup>934</sup>. Ce système autorise l'exploitation des titres par un prestataire de services d'investissement ou une entreprise de marché. En ce sens, un SMN assure la rencontre, en son sein et selon des règles définies, de la demande et de l'offre d'instruments financiers<sup>935</sup>. Les systèmes multilatéraux de négociation sont considérés organisés (SMNO)<sup>936</sup> lorsqu'ils se

---

<sup>931</sup> H. LE NABASQUE, « Les incidences de la loi PACTE sur le financement des sociétés par actions », *op. cit*

<sup>932</sup> *Ibid.*

<sup>933</sup> Dir. 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *JOUE*, 30 avr. 2004, n° L. 145/1.

<sup>934</sup> Voir J.-J. DAIGRE et B. FRANÇOIS, « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », *Rev. sociétés*, 2010, p. 11.

<sup>935</sup> Art. L. 424-1, al. 1<sup>er</sup> Cod. mon. fin.

<sup>936</sup> Selon l'article 524-1 du Règlement général de l'AMF, « *sont des systèmes multilatéraux de négociation organisés les systèmes multilatéraux de négociation : 1. dont les règles de fonctionnement mentionnées à*

soumettent « aux dispositions législatives et réglementaire visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de cours et la diffusion de fausses informations ». On pense à cet égard au marché Alternext géré par Euronext.

566. De façon générale, l'admission sur l'Alternext peut suivre une des trois procédures suivantes<sup>937</sup> : une offre au public donnant lieu au montant d'au moins 2,5 millions d'euros<sup>938</sup>, un placement privé dont « les ordres représentatifs d'un montant d'au moins 2,5 millions d'euros ont été reçus pour ces Titres au cours de l'année précédant la date prévue de première admission aux négociations des Titres en question sur le Marché Euronext Growth concerné »<sup>939</sup>, ou une admission directe aux négociations pour les émetteurs dans un autre marché qui justifie « une diffusion des Titres dans le public pour une valeur d'au moins 2,5 millions d'Euros par le biais de leur admission à la cote ou aux négociations sur le marché d'origine au sens de l'Annexe I (Marchés éligibles) »<sup>940</sup>. Concernant la SAS spécifiquement, la première procédure d'admission sur Alternext n'est pas possible dans la mesure où l'article L. 227-2 du Code de commerce dans sa première phrase interdit à la SAS de procéder à une offre au public de titres financiers. Les deux autres procédures semblent, en revanche, possibles. Les titres de la SAS, y compris les actions, peuvent être admis sur Alternext. Les titres financiers de la SAS peuvent également être admis sur un système multilatéral de négociation non organisé<sup>941</sup>.

## 2. La négociation sur un marché réglementé

567. L'article L. 227-2 du Code de commerce précise que seules les actions de la SAS ne peuvent pas être admises sur les marchés règlementés. La limitation de l'interdiction aux actions conduit à considérer que les autres titres financiers, notamment les obligations, peuvent être proposés aux marchés règlementés. Toutefois, l'interprétation extensive de

---

*l'article 521-7 sont approuvées par l'AMF à leur demande ; 2. qui rendent compte quotidiennement à l'AMF des ordres portant sur les instruments financiers admis sur son système reçus des membres du système ; et 3. qui prévoient une procédure d'offre publique obligatoire en application de l'article 235-2 lorsque les instruments financiers admis sur ces systèmes sont les instruments mentionnés au 1° du II de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier».*

<sup>937</sup> Art. 3.1.1 Règles des marchés Euronexte Growth. <https://www.euronext.com/fr/regulation/euronext-growth>. Ces règles ont été publiées le 07 juin 2019 et sont entrées en vigueur le 10 juin 2019.

<sup>938</sup> Art. 3.2.1 (i) Règles des marchés Euronexte Growth.

<sup>939</sup> Art. 3.2.1 (ii) Règles des marchés Euronexte Growth.

<sup>940</sup> Art. 3.2.1 (iii) Règles des marchés Euronexte Growth.

<sup>941</sup> ANSA, Comité juridique, « Société par actions simplifiée et offre au public de titres financiers », Avis n° 09-027, Réunion du 6 mai 2009, p. 9.

l'article L. 227-2 susmentionné pose la question de savoir si admettre l'insertion des titres financiers autres que les actions sur des marchés réglementés ne revient pas à faire une offre au public. En réalité, au sein du marché réglementé, les entreprises de marché ont la possibilité de créer un compartiment destiné aux admissions sans offre préalable au public<sup>942</sup>. En ce sens, la SAS peut faire admettre ses titres financiers autres que les actions dans les compartiments d'Euroliste<sup>943</sup>, à savoir le compartiment « A » qui regroupe les émetteurs dont la capitalisation boursière est supérieure à 1 milliard d'euros ; le compartiment « B » qui regroupe les émetteurs dont la capitalisation est comprise entre 1 milliard et 150 millions ; le compartiment « C » qui regroupe les émetteurs dont la capitalisation est inférieure à 150 millions. La diffusion des titres exigée par les règles de marché d'Euronext ne contribue pas à la constitution d'une offre au public, interdisant à la SAS de le faire<sup>944</sup>.

568. Toutefois, l'admission de procéder des titres (sauf les actions) sur ces compartiments soulève une interrogation relative au champ de cette admission. Si l'on écarte les actions, cela amène à déterminer les titres financiers qui sont concernés par l'article L. 227-2 du Code de commerce. En effet, au terme des articles L. 211-1 et L. 212- 1, A du Code monétaire et financier, les titres financiers sont : les titres de capital émis par les sociétés par actions qui « comprennent les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote »; les titres de créance; les parts ou actions d'organismes de placement collectif. La lecture combinée de ces articles et de l'article L. 227-2 du Code de commerce conduit à considérer que la SAS devrait, en écartant les actions, faire admettre sur un marché réglementé tous les titres qui sont mentionnés au sein de ces articles dans la mesure où ces titres ne sont pas eux-mêmes des actions. Cependant, l'ANSA a considéré que l'admission des titres ayant pour objectif d'avoir accès au capital sur un marché réglementé constitue un contournement de l'interdiction prévue par l'article L. 227-2 du Code de commerce.

---

<sup>942</sup> AMF, « Synthèse des réponses à la consultation publique portant sur le projet de règlement général permettant la mise en place sur le marché réglementé d'un compartiment destiné aux admissions sans offre préalable au public », publié le 1 oct. 2007, <https://www.amf-france.org/Publications/Consultations-publiques/Archives?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F21432bb2-01d6-4f55-985b-f6338cc24b3e&docVersion=1.0>

<sup>943</sup> B. FRANCOIS, « Le financement de la SAS : l'appel au marché ? », in *La société par actions simplifiée*, op. cit., p. 141.

<sup>944</sup> J.-J. DAIGRE et B. FRANCOIS, « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », op. cit.

569. En ce qui concerne les titres de créance<sup>945</sup>, l'admission de ces titres, notamment les obligations, sur un marché réglementé peut constituer une source importante de financement pour la SAS, surtout au sein des groupes des sociétés dans la mesure où grâce à cette faculté, les filiales peuvent lever des fonds plus facilement. La SAS procédant à l'admission de ses titres de créance sur un marché réglementé aura ainsi le statut de « société dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ». Elle sera soumise dans ce cas à toute contrainte liée à cette admission.

*In fine*, la question de l'admission aux négociations sur un marché réglementé des titres de la SAS autres que les actions, et du recours au financement participatif au sein de l'article L. 227-2-1 du Code de commerce, peut chevaucher la question de l'ouverture complète de la SAS au public. Les modalités de cette ouverture semblent discutables.

## **§2. Les modalités d'ouverture de la SAS**

570. L'évolution de la SAS vers un modèle ouvert devrait, selon nous, passer par deux aménagements. Le premier consiste à élargir le champ d'application de l'article L. 227-2 du Code de commerce afin qu'il puisse inclure les actions (A). Le second consiste à autoriser la SAS de procéder à une offre au public des titres financiers. Toutefois, cela nécessite de créer un modèle qui serait une variante de la SAS fermée (B).

### **A. Admettre les actions de la SAS sur un marché réglementé**

571. Dans la mesure où la SAS constitue une exception légale au principe de l'égalité entre actionnaires<sup>946</sup>, le souci de protéger des parties prenantes a poussé le législateur à interdire la négociation des actions de la SAS sur le marché réglementé. Toutefois, l'ouverture progressive des titres de la SAS ainsi que l'admission de recourir au financement participatif montre la possible ouverture de la SAS en admettant l'insertion de ses actions sur un marché réglementé.

572. Pour assurer une protection maximale des tiers, la SAS, dont les actions sont admises sur un marché réglementé, doit se soumettre à des règlements rigoureux. Le législateur

---

<sup>945</sup> « Les titres de créance représentent chacun un droit de créance sur la personne morale ou le fonds commun de titrisation qui les émet ». (Art. L. 213-1, A. Cod. mon. fin.)

<sup>946</sup> M. GERMAIN, « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. Didier*, Economica, 2008, p. 189.

interviendra pour dessiner les règles juridiques applicables en la matière. Il pourra envisager deux façons.

La première façon que nous retenons consiste à mettre des règlements particuliers concernant la SAS ouverte. Pour que ces règlements soient adaptés à l'esprit libre de la SAS, le législateur pourra confier aux statuts le soin de régir les points qui semblent nécessaires pour protéger la partie prenante. Le législateur édifie à cet égard des règles dédiées à la SAS déterminant les points qui nécessitent un complément statutaire<sup>947</sup>. Ce complément doit comporter une détermination d'un droit renforcé à l'information, l'égalité du droit des actionnaires<sup>948</sup>, un devoir de loyauté renforcé, des modalités de désignation et de révocation du dirigeant, etc. Si malgré tout, les statuts ont omis ces points, le législateur pourra faire figurer dans les dispositions supplétives qu'on a proposées auparavant, des dispositions particulières à l'insertion des actions de la SAS sur un marché réglementé. Le choix de cette façon de faire semble adapté à l'idée de l'autonomisation de la SAS et pourra rendre la SAS ouverte un modèle attractif aux investisseurs.

La seconde façon consiste à emprunter aux règles de la SA cotée. À ce propos, la SA cotée sert de modèle pour la SAS ouverte. Il convient de souligner que l'emprunt fait aux règles régissant la SA cotée ne devra pas être soumis à l'établissement de la compatibilité entre les règles empruntées et le statut particulier de la SAS. Sinon la protection des parties prenantes sera altérée. Certes, cette façon de faire semble classique et facile à réaliser dans la mesure où le législateur ne sera pas obligé à édifier de nouvelles règles juridiques. Cependant, l'emprunt aux règles juridiques institutionnelles concernant la SA cotée pourra également emprunter la rigidité de la SA en la matière. C'est la raison pour laquelle un compromis pourrait apparaître à cet égard, celui de penser à créer une variante de la SAS.

## B. Créer souhaitable d'une catégorie particulière de SAS

573. Si l'on revient à l'origine même de la SAS en tant que variante de la SA visant à réaliser un objectif précis, à savoir la fourniture d'un instrument technique fruit d'une collaboration opérationnelle entre entreprises existantes sous forme de filiales communes, il est possible d'imaginer la création d'une variante de la SAS pour répondre aux besoins particuliers du monde des affaires. Le critère de distinction entre la SAS originale et celle qui deviendrait

---

<sup>947</sup> C'est la proposition du Professeur Bénédicte François à laquelle nous souscrivons. Voir B. FRANÇOIS, « Le financement de la SAS : l'appel au marché ? », in *La société par actions simplifiée*, op. cit., p. 158.

<sup>948</sup> En cas d'insertion des actions de la SAS dans la Bourse, nous préférons utiliser le terme « actionnaire » au lieu et à la place d'« associé ».

une variante, serait l'ouverture ou non au marché. Sur la base de ce critère, le modèle de la SAS se diviserait alors en deux catégories : d'une part, la SAS fermée et contractualisée, d'autre part la SAS ouverte et encadrée.

574. La réflexion portant sur la création d'une catégorie particulière de SAS ouvertes ou qui procèdent aux offres autorisées en vertu de l'article L. 227-2 du Code de commerce, n'est pas dépourvue de fondement. La possibilité depuis l'ordonnance 2014-559 du 30 mai 2014, de recourir au financement participatif conformément à l'article L. 227-3 du même Code<sup>949</sup>, ainsi que l'élargissement progressif de la liste des offres autorisées, constituent la base de cette réflexion. S'inspirant de l'expérience législative en matière de financement participatif, le législateur, dans l'objectif de protéger les tiers, a retiré la liberté statutaire confiée aux associés en assimilant à cet égard la SAS à la SA<sup>950</sup>. Certes, certains auteurs estiment que l'encadrement légal de la SAS contribue à supprimer l'avantage de cette société, conçue à l'origine comme une société libérale et contractualisée<sup>951</sup>, mais cela doit être nuancé.

Le refus d'envisager toute ouverture sous prétexte de ne pas affaiblir le caractère libéral de la SAS, empêche cette société de se développer. La création d'une catégorie particulière de la SAS ouverte et encadrée semble utile pour deux raisons. L'une est juridique et l'autre est pragmatique. D'un point de vue juridique, la catégorisation contribuera à l'intelligibilité des droits applicables dans la mesure où l'on distinguera clairement les deux sortes de SAS, l'une contractualisée et l'autre encadrée. Dans cette perspective, la SAS contractualisée continuera de se caractériser par la liberté contractuelle tandis que la SAS encadrée, qui englobera toute SAS ouverte ainsi que la SAS qui fait appel au financement participatif, sera soumise aux règles juridiques prédéfinies par le législateur. Ces règles pourront être empruntées aux règles applicables à la SA qui sert de modèle pour des sociétés ouvertes et institutionnelles.

Le législateur peut également édifier des règles particulières à la SAS ouverte et encadrée, ou demander expressément un complément statutaire afin d'intégrer certaines règles protectrices des associés ou du droit des tiers.

---

<sup>949</sup> Nous avons certes abordé la question du financement participatif auparavant pour démontrer l'existence de l'emprunt aux règles régissant de la SA, mais dans ce développement l'utilisation du sujet de financement participatif sera dédié à démontrer l'évolution de la vision législative s'adaptant à la réalité économique.

<sup>950</sup> Voir *supra* n° 96.

<sup>951</sup> P.-H. CONAC, « Le nouveau régime français du financement participatif (crowdfunding) », *Rev. sociétés*, 2014, p. 461.

575. D'un point de vue pratique, l'évolution des besoins de l'économie exige un droit des sociétés évolutif pour répondre à ces besoins. L'ouverture successive du régime de la SAS renforcera tout d'abord son adaptabilité et ensuite sa compétitivité aux dépens de la SA.

### **Conclusion du chapitre I**

576. La construction de la SAS comme référence suppose, d'une part, l'affaiblissement voire la suppression du rapport qui lie actuellement le régime de la SAS à celui de la SA et, en contrepartie, le renforcement du domaine des pactes statutaires et extra-statutaires. Ce renforcement doit être accompagné de mesures protectrices au bénéfice des parties prenantes, permettant de garantir l'exercice d'une liberté contractuelle renforcée. Les règles impératives constituant l'ordre public ainsi que l'édification des dispositions supplétives peuvent assurer cette protection. L'ensemble de ces éléments contribueront à renforcer la singularité de la SAS vers un modèle fondé sur un régime contractuel.

577. La modélisation de la SAS en tant que société fermée et contractualisée conduit toutefois à une réflexion supplémentaire quant à la possible ouverture de la SAS au marché. Pour des raisons liées à la sécurité juridique, cette ouverture devrait être limitée à l'existence des réglementations précises afin de protéger les destinataires des offres, à l'instar de celles applicables à la SA cotée. Aussi la modélisation de la SAS doit-elle, selon nous, recouvrir deux variantes : d'une part la SAS fermée et contractualisée, d'autre part la SAS ouverte et encadrée par la loi. L'imitation de ces deux variantes, au sein et au-delà du système juridique français, contribuera alors à la diffusion de la SAS et, en conséquence, à l'affirmation de cette société comme modèle juridique.

## Chapitre II. La diffusion du modèle

578. La définition classique du modèle implique l'imitation de la référence. Celle-ci constitue l'un des deux critères d'affirmation du modèle<sup>952</sup>.

La SAS, avant de devenir le modèle autonome que nous proposons, a déjà été source d'inspiration. La diffusion de cette forme sociétaire s'est faite à deux niveaux. Au premier niveau, la SAS s'est diffusée au sein du système français. Depuis son introduction en 1994 dans le paysage sociétaire français, elle sert de modèle à imiter. Le législateur français s'est en effet inspiré à plusieurs reprises des éléments significatifs du régime de la SAS<sup>953</sup> afin de moderniser et de simplifier certaines formes sociétaires préexistantes, notamment la SA non cotée. D'ailleurs, le législateur a emprunté certaines règles de la SAS pour créer une forme sociale française à dimension européenne : la société européenne. Par ailleurs, le succès de la SAS sur le territoire français a contribué à exporter spontanément cette forme sociale dans d'autres systèmes juridiques, comme celui de Luxembourg.

L'imitation déjà existante de la SAS, au sein du droit français comme à l'étranger, laisse à penser que, une fois autonomisée, la SAS pourrait constituer un modèle plus séduisant encore, exportable vers d'autres systèmes juridiques.

Dans cette perspective, la première étude sera consacrée à présenter l'imitation de la SAS au sein du système juridique français (**Section I**), la deuxième étude abordera le mouvement de l'exportation de la SAS vers d'autres systèmes juridiques (**Section 2**).

---

<sup>952</sup> Voir *supra* n° 6s.

<sup>953</sup> Voir *supra* n° 368.

### **Section 1. L'imitation de la SAS au sein de système juridique français**

579. Le régime légal flexible de la SAS ainsi que sa singularité au sein du droit français des sociétés ont amené le législateur français à s'inspirer de cette forme sociale afin de moderniser, d'une part, les SA non cotées (§1), et d'autre part, de moderniser les sociétés fermées (§2).

#### **§1. La SAS, source d'inspiration pour la SA non cotée**

580. La SAS est apparue comme une source d'inspiration pour le développement d'autres formes de sociétés, ce à deux niveaux. Tout d'abord, avant la réforme de 1999 qui a changé radicalement la forme sociale de la SAS, le rapport Marini proposait de réformer le droit des sociétés en s'inspirant de la SAS, modèle de liberté contractuelle (A). Par ailleurs, le succès de la SAS a incité le législateur à simplifier en 2019 le régime des sociétés anonymes non cotées afin de les rendre plus attractives pour les investisseurs (B).

##### A. L'esprit de la SAS présent dans le rapport Marini

581. Quelques années après la naissance de la SAS, un essai de modernisation du droit des sociétés a été lancé par le sénateur Marini<sup>954</sup>. Son rapport publié en 1996 reposait sur la contractualisation du droit des sociétés, avec pour objectifs le renforcement de la liberté d'entreprendre, l'amélioration du fonctionnement des sociétés en prenant en compte la réalité des entreprises, et la promotion d'un meilleur équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise. Si ce rapport ne visait pas la société par actions simplifiée, l'esprit de la SAS était toutefois bien présent, notamment dans les propositions relatives à l'organisation de l'actionnariat dans les SA.

Les solutions permettant la réalisation de ces objectifs sont explicites au sein du rapport. Ce dernier préconisait, tout d'abord, d'abandonner la dissociation radicale du droit applicable aux sociétés cotées de celui applicable aux sociétés non cotées. Deux critères pouvaient permettre de distinguer ces deux types de sociétés, à savoir la cotation sur un marché réglementé ou l'appel public à l'épargne<sup>955</sup>. Ensuite, le rapport Marini suggérait de donner aux sociétés anonymes non cotées une grande liberté dans l'organisation de leur mode

---

<sup>954</sup> Rapport Marini, *La modalisation du droit des sociétés*, élaboré par Philippe Marini, La documentation française, 1996.

<sup>955</sup> Dans la loi de 1966, deux définitions existent pour la notion d'appel public à l'épargne.

de fonctionnement interne, en laissant par exemple les associés choisir un mode de direction plus léger que les deux modes de direction traditionnels, moniste et dualiste<sup>956</sup>.

En outre, le rapport Marini soulignait l'avantage de la diversité des formes sociales proposées par le droit français, laquelle « *met à disposition des entrepreneurs et des investisseurs un ensemble d'instruments juridiques au sein desquels il leur est loisible de choisir celui qui convient le mieux aux relations entre différents partenaires, à la nature de l'activité et aux modalités du financement de celle-ci* »<sup>957</sup>.

Enfin, le rapport proposait de laisser aux statuts de la société anonyme non cotée la liberté de fixer les règles de quorum et de majorité applicables aux assemblées générales, ordinaires et extraordinaires<sup>958</sup>. Cette proposition visait à renforcer la sécurité des associés et des tiers, dans la mesure où la loi qui était en vigueur à l'époque n'octroyait aux associés aucune marge de manœuvre pour modifier la répartition du capital et les conditions de la majorité<sup>959</sup>. Cela les a poussés à recourir aux pactes d'actionnaires. Dans le même esprit, le rapport Marini a proposé d'étendre le champ d'application des clauses statutaires, comme celui de la clause d'agrément<sup>960</sup> et des clauses de préemption, et a proposé de reconnaître des clauses d'indemnisation. Par ailleurs, ce rapport a proposé d'admettre dans certaines conditions les conventions de vote en tant que pacte d'actionnaires<sup>961</sup>. Pour ne prendre qu'une dernière illustration, l'une des propositions a pour objet de donner aux SA non cotées la possibilité de prévoir statutairement l'expression de la volonté des actionnaires par voie de consultation écrite.

Au vu de ces éléments, on perçoit que certaines propositions du rapport Marini était fortement inspirées du régime de la SAS. La contractualisation de l'organisation juridique de l'actionnariat de la SA en constitue un exemple éloquent. D'ailleurs, la SAS a été évoquée à plusieurs reprises dans les commentaires portant sur ce rapport. Le libéralisme du régime de la SAS a bien servi d'exemple pour la personne qui a élaboré le rapport.

582. Bien que le rapport Marini ait été considéré novateur, il n'a pas pu aboutir pour deux raisons. La première découle du rapport lui-même. Les propositions du rapport Marini ne

---

<sup>956</sup> Rapport Marini, *La modalisation du droit des sociétés*, op. cit. p. 22.

<sup>957</sup> *Ibid.*

<sup>958</sup> Proposition n° 36 du rapport Marini. Rapport Marini, op. cit., p. 122.

<sup>959</sup> Art. 153 et 155 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

<sup>960</sup> Proposition n° 34 du rapport Marini. Rapport Marini, op. cit.

<sup>961</sup> Proposition n° 77 du rapport Marini. *Ibid.*

concernaient qu'une partie très modeste de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales. Une telle limitation de la portée des propositions tenait au fait que le rapporteur était convaincu que « la loi de 1966 était une bonne loi », qu'elle avait besoin d'une réforme plutôt que d'un ajustement. La deuxième raison est politique. Au moment de la réception du rapport, le gouvernement n'a pas voulu réformer le droit des sociétés commerciales, considérant que ce n'était pas une priorité absolue. La conjugaison des deux raisons a contribué au rejet de ce rapport.

583. En somme, la volonté de réformer le droit des sociétés s'est incarnée dans plusieurs propositions avancées par le législateur dans les années 1990<sup>962</sup>. Pour autant, ces propositions n'ont guère atteint cet objectif. Certains souhaitaient une réforme d'ensemble<sup>963</sup> du droit des sociétés, d'autres privilégiaient la méthode « des petits pas »<sup>964</sup> en vue d'une réforme. Il a donc fallu attendre la loi portant sur l'innovation et la recherche, en 1999, qui a profondément réformé la SAS. Au-delà du rapport Marini, l'esprit de la SAS a constitué une source d'inspiration pour simplifier la société anonyme non cotée.

#### B. L'alignement de la SA non cotée sur la SAS

584. Selon l'ancien<sup>965</sup> article L. 228-11 du Code de commerce, les sociétés (sans préciser lesquelles) peuvent créer des actions de préférence, « avec ou sans droit de vote », « le droit de vote peut être aménagé pour un délai déterminé ou déterminable. Il peut être suspendu pour une durée déterminée ou déterminable ou supprimé ». Toutefois, la création des actions de préférence doit respecter les règles prévues par les articles L. 225-10, L. 225-122 à L. 225-125 du Code de commerce. Ces règles portent sur la proportionnalité du droit de vote attaché aux actions par rapport à la quotité du capital qu'elles représentent ; la possibilité de confier, à titre maximal, un droit de vote double aux actions entièrement libérées pour lesquelles il est justifié d'une inscription nominative depuis 2 ans au moins<sup>966</sup> et la faculté de limiter le

---

<sup>962</sup> À titre d'exemple, la loi du 2 juillet 1998 relative aux diverses dispositions d'ordre économique et social. Cette loi offre aux sociétés cotées qui souhaitent optimiser l'allocation des flux d'épargne au sein de l'économie française, une possibilité d'acheter et d'annuler un nombre d'actions représentant au maximum 10% de leur capital social.

<sup>963</sup> A. COURET, « Le gouvernement d'entreprise », *D.*, 1995, 22<sup>e</sup> cahier, p. 164 et s.

<sup>964</sup> J.-J. DAIGRE, « Le rapport Esambert, propositions pour libéraliser le rachat par les sociétés de leurs propres actions », *JCP Entre.et Aff.*, n° 6, 5 fév. 1998, p. 193.

<sup>965</sup> La version qui était en vigueur le 26 juin 2004 au 1<sup>er</sup> janvier 2009.

<sup>966</sup> Art. L. 225-123 C. com.

nombre de voix de chaque actionnaire « sous la condition que cette limitation soit imposée à toutes les actions sans distinction de catégorie, autres que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote »<sup>967</sup>.

585. La nouvelle version de l'article L. 228-11 du Code de commerce, qui a été modifiée par l'article 100 de la loi n° 2019- 486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises<sup>968</sup>, admet que les SA puissent émettre des actions de préférence avec un droit de vote multiple ou double dans les conditions prévues par l'article L. 225-123 du Code de commerce. L'admission des actions de préférence avec un droit de vote multiple pour les sociétés non cotées rapproche ces actions des actions de la SAS.

Il en résulte que le législateur emprunte aux règles de la SAS pour améliorer la qualité d'un autre régime, celui des actions de préférence. Par conséquent, la SAS en tant que société non cotée a servi de modèle d'imitation à cet égard.

L'alignement des autres catégories juridiques sur la SAS pourrait être perçu comme révélateur d'une perte de singularité de cette forme sociétaire. Néanmoins, l'alignement doit être perçu comme affirmation de l'attractivité du régime de la SAS et de sa capacité à moderniser le régime juridique des autres sociétés.

## **§2. La SAS, modèle suivi pour moderniser les sociétés fermées**

586. Le mouvement de modernisation qui a pour objectif de simplifier le régime de la SA fermée s'est inspiré de la SAS, en tant que forme sociétale simplifiée (A). Les caractéristiques de la SAS ont également été prises en compte lors de la création des règles juridiques régissant les sociétés européennes (B).

### **A. Un modèle pour la SA non cotée**

587. Depuis quelques années, la SAS a inspiré à plusieurs reprises le législateur français pour réviser les règles, particulièrement lourdes, régissant la SA non cotée. Le recul massif et inattendu du nombre de SA constituées a justifié ces révisions. En 2015 par exemple, le nombre de SA constituées depuis moins de 5 ans était de 871, soit 3.2% du nombre total de sociétés constituées en France, contre 50 216 de SAS, soit 48.5% constituées en 2015. Pour

---

<sup>967</sup> Art. L. 225-125 C. com.

<sup>968</sup> Loi n° 2019- 486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 119, 23 mai 2019, texte n° 2.

autant, le choix de la SAS « sur mesure » ne convient pas à tous les profils d'investisseur. Une mauvaise utilisation de celle-ci pourrait être source d'insécurité juridique. « *Utiliser l'habillage de la SAS tout en reprenant les règles de fonctionnement de la SA pose des problèmes de contentieux* »<sup>969</sup>. Compte tenu de ces difficultés, le gouvernement a souhaité apporter certaines modifications au régime de la SA afin de la rendre plus attractive que la SAS<sup>970</sup>. Dans cette optique, l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015, portant sur la réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, a modifié l'article L. 225-1 du Code de commerce en faisant passer le nombre d'actionnaires nécessaires pour constituer une SA non cotée de sept à deux<sup>971</sup>.

Toutefois, cette réforme dédiée à la simplification de la vie des entreprises n'a pas pu complètement « rafraîchir » la SA. La SAS restait la forme la plus attractive dans le paysage sociétaire français<sup>972</sup>.

## B. Un modèle pour la société européenne française

588. Le législateur français s'est inspiré des règles de la SAS pour traiter certaines questions relatives à la société européennes (SE). En effet, dans l'exposé des motifs de la proposition de la loi du 19 janvier 2004 portant statut d'une société anonyme fermée<sup>973</sup>, qui avait pour objet de répondre au règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE)<sup>974</sup>, certains sénateurs<sup>975</sup> ont privilégié l'idée d'une « société anonyme simplifiée » et ont précisé que le chemin d'accès à cette version de la société anonyme devait, à partir de la SAS, offrir une procédure allégée de transformation afin de simplifier la

---

<sup>969</sup> « Vers une diminution du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes fermées », Réponse de la CCI Paris à une consultation de la Chancellerie, mars 2015.

<sup>970</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 sep. 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF*, n° 0210 du 11 sept. 2015, p. 15850, n° 5.

<sup>971</sup> Ord. n° 2015-1127 du 10 sept. 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF*, n° 0210 du 11 septembre 2015, p. 15851, n° 6.

<sup>972</sup> Voir *supra* n° 338.

<sup>973</sup> Proposition de la loi du 19 janvier 2004 portant statut d'une société anonyme fermée, Sénat, n° 438. <https://www.senat.fr/leg/pp103-152.html> [Date de la consultation: 22/03/2019]

<sup>974</sup> Règlement (CE) n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE*, 10 nov. 2001, I. 294/1.

<sup>975</sup> Jean-Guy Branger et Jean-Jacques Hiest ont déposé le 19 janvier 2004 une proposition de loi portant sur la mise en œuvre des dispositions de renvoi en droit interne contenues dans le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et sur la transposition concomitante de la directive n° 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs. (Proposition de la loi, Sénat, 19 janv. 2004, n° 152, session ordinaire 2003-2004).

transformation de la SA simplifiée en société européenne<sup>976</sup>. En appliquant le règlement CE n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif à la société européenne, le législateur français a intégré plusieurs éléments de la SAS au sein du statut juridique de la société européenne qui ne fait pas d'offre au public. À l'instar de la société par actions simplifiée, la société fermée européenne se caractérise par une grande liberté contractuelle visant à aménager les pouvoirs et coordonner les intérêts des associés au sein de cette société. Concernant par exemple la mutation des actions, on remarque que, par comparaison avec les articles L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-15 du Code de commerce, l'article L. 229-11, alinéa 1 du Code de commerce, dispose que « *les statuts d'une société européenne qui n'entend pas offrir au public ses actions peuvent soumettre tout transfert d'actions à des restrictions à la libre négociabilité sans que ces restrictions ne puissent avoir pour effet de rendre ces actions inaliénables pour une durée excédant dix ans. Toute cession réalisée en violation de ces clauses statutaires est nulle* ». Cette disposition s'inspire à l'évidence des normes régissant la société par actions simplifiée (articles L. 227-2, L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-15 du Code de commerce). De même, l'article L. 229-12 et L. 229-13 du Code de commerce donne à la SE la possibilité de prévoir, comme dans le cas de la SAS, une clause de cession forcée et une clause d'exclusion en cas de modification du contrôle d'un actionnaire. Il permet également de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de ce même actionnaire<sup>977</sup>. Par ailleurs, en ce qui concerne la détermination du prix de cession en cas d'application des articles susmentionnés, une comparaison des articles L. 227-18 et L. 228-14 du Code de commerce démontre que le législateur a recopié mot pour mot l'article L. 227-18 consacré à la SAS, afin d'élaborer la norme applicable au calcul du prix de cession dans les sociétés européennes<sup>978</sup>.

589. Toujours dans le même esprit, le législateur a repris le contenu de l'article L. 227-19 du Code de commerce applicable à la SAS afin d'exiger l'unanimité pour adopter ou modifier les clauses statutaires au sein de la société européenne (article L. 229-15 C. com). Toutefois, la révision de l'article L. 227-19 du Code de commerce apportée par la loi Sapin II en 2016, laquelle supprime l'exigence d'unanimité pour l'adoption et la modification de la clause

---

<sup>976</sup> J. DEMAISON, « La société européenne « à la française » un pas important vers une modernisation de la société anonyme ? », *RLDA*, n° 12, 1<sup>er</sup> janv. 2007.

<sup>977</sup> J.-M. MOULIN, *Droit des sociétés et des groupes*, mémentos LMD, 9<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 183.

<sup>978</sup> Les articles L. 227-18 et L. 228-14 du Code de commerce sont libellés comme suit : « *si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause introduite en application des articles L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 (L.229-11 à 229-13 pour la SE), ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil. Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler* ».

d'agrément, n'a pas été intégrée au sein de l'article L.228-15 du Code de commerce régissant la SE en la matière.

590. Enfin, il convient de mentionner que la contractualisation d'une partie de la société européenne « française » a rendu cette forme sociale compétitive par rapport aux structures existant dans d'autres droits nationaux des sociétés<sup>979</sup>. Néanmoins, la Commission européenne a observé que la majorité des sociétés constituées en Europe étaient des petites et moyennes entreprises (dont 8% avaient des activités transfrontières<sup>980</sup>). Or, le capital minimal demandé pour constituer une société européenne, soit 120 000 euros<sup>981</sup>, a dissuadé les petites et moyennes entreprises de recourir à la SE<sup>982</sup>. L'insuffisance, la complexité, et la rigidité de la société européenne ont justifié une réflexion sur une autre forme sociale européenne plus souple que la SE, adaptée aux PME. Le fruit de cette réflexion fut l'établissement d'une société privée européenne (SPE).

Malgré le retrait en 2014 du projet du règlement de la SPE par une décision de la commission européenne, la visibilité de la SAS issue de son succès au niveau national, contribue à la circulation de la forme de la SAS en Europe.

---

<sup>979</sup> N. LENOIR, P. THOUROT, O. DILLENCHNEIDER et R. DAMMANN, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE et la SPE », *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 37, 1<sup>er</sup> avril 2009.

<sup>980</sup> Les chiffres sont cités de M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 713.

<sup>981</sup> Art. 4 du règlement n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE*, 10 nov. 2001, I. 294/1

<sup>982</sup> Rép. min. n° 103879, *JOAN Q*, 6 août 2011, p. 8873.

## **Section 2. L'exportation du modèle au-delà du système juridique français**

591. Rares sont les études qui abordent la question de la circulation du droit français des sociétés. La majorité des études ont abordé le transfert du droit français dans le monde. En raison de son prestige, le Code civil de Napoléon a été adopté de manière partielle ou intégrale dans les autres systèmes juridiques étrangers<sup>983</sup>. Dans une moindre mesure, le prestige de la SAS pourrait contribuer à la réception de ce modèle dans de nouveaux systèmes juridiques. Ainsi dans « *un univers où le droit circule librement, il est souhaité qu'il existe toujours quelqu'un qui ait quelque chose à proposer* »<sup>984</sup>. D'ailleurs, la SAS, dans sa version actuelle, a été importée avec succès dans le droit luxembourgeois<sup>985</sup> (§1). L'autonomisation de la SAS que nous proposons pourrait rendre cette forme sociétaire apte à être exportée vers d'autres systèmes juridiques qui ne contiennent pas de forme équivalente, en particulier la Belgique. Elle pourrait également constituer la base d'un projet d'un droit supranational (§2).

### **§1. L'exportation réussie : l'exemple du droit luxembourgeois**

592. Dans un contexte de modernisation du droit luxembourgeois des sociétés, le législateur luxembourgeois a, en vertu de la loi du 19 août 2016<sup>986</sup>, introduit la SAS dans le paysage sociétaire luxembourgeois. Le législateur luxembourgeois n'a pas été innovant à cet égard. Il s'est contenté de chercher un modèle à imiter. La réussite de la SAS française a motivé le législateur dès 2007 à l'importer lors de l'élaboration du projet de loi. L'importation de cette forme sociétaire a impliqué deux emprunts : le premier concerne la méthode de législation par référence utilisée par le législateur français afin de composer le régime légal de la SAS (A); le second concerne le contenu même des règles de la SAS française (B).

---

<sup>983</sup> La réception du Code civil français a été totale en Belgique. Au Japon la réception s'est faite d'une manière indirecte. L'élaboration du projet du code civil pour l'Empire du Japon avait été confiée au juriste français Boussonade, qui s'est inspiré du Code civil français. (G. BOUSSONADE, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, XXIII<sup>e</sup> Année de MEIJI, 1890).

<sup>984</sup> R. SACCO, Rapport de synthèse, in *La circulation du modèle juridique français*, ouv. col., Litec, 1994, p. 14

<sup>985</sup> Avant le droit luxembourgeois, la SAS a été importée en 2014 par l'OHADA. Voir à ce propos, L. YONDO BLACK et A. TIENMFOLTEN TRAORÉ, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », in *Dossier droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investisseurs en Afrique*, *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 239 ; Ph. MERLE, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », *ibid.*, p. 239 ; A. RABANI, « La nouvelles sociétés par actions simplifiée de l'OHADA », *B.D.E.*, 2014, 2 et Ph. DUPICHOT, « SAS en zone OHADA », *BJS*, 2 nov. 2014, n° 11.

<sup>986</sup> Règlement Grand-Ducal du 5 décembre 2017 portant coordination de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *JO Grand-Duché de Luxembourg*, Mémorial A, n° 1066, 15 déc. 2017.

### A. L'emprunt de la méthode du renvoi législatif

593. La composition du régime légal de la société par actions simplifiée suit la technique de la législation par référence utilisée par le législateur français en 1994 afin d'élaborer le régime légal de la SAS français. En effet, l'emprunt de la méthode de la législation par référence au législateur français se manifeste à trois égards.

594. En premier lieu, cela concerne l'article 101-18 (devenu 500-1), alinéa 3 de la loi luxembourgeoise<sup>987</sup>, emprunté à l'article L. 227-1, alinéa 3 du Code français des sociétés, le mécanisme du renvoi. En vertu de cet article, le régime légal de la SAS luxembourgeoise consiste en la combinaison d'un renvoi général à la quasi-totalité<sup>988</sup> des règles régissant la SA luxembourgeoise et d'une série de règles spécifiques à la SAS. À ce propos, l'application des règles de la SAS est conditionnée à l'établissement de la compatibilité des règles de la SA avec les règles particulières régissant la SAS<sup>989</sup>. Par ailleurs, la deuxième phrase de l'alinéa 3 du Code de commerce qui prévoit que « *pour l'application de ces règles, les attributions du conseil d'administration ou du ou des délégués à la gestion journalière sont exercées par le président de la société par actions simplifiée ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet* », révèle la similitude entre les deux SAS, luxembourgeoise et française. Cette similitude apparaît en matière de détermination du lien qui relie les organes de direction de la SA dirigée par le conseil d'administration et les délégués journaliers. Toutefois, il existe tout de même une différence entre le droit luxembourgeois et le droit français. Dans le droit luxembourgeois, le système de désignation des délégués à la gestion journalière est inspiré du droit belge, non du droit français.

595. En deuxième lieu, les règles de la SA qui ne s'appliquent pas à la SAS, à savoir, à l'instar du droit français, l'ensemble des règles concernant l'organisation de la direction et

---

<sup>987</sup> Cet article prévoit que « *Dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par le présent titre, les règles concernant les sociétés anonymes, à l'exception des sections 1<sup>re</sup> et 2 du chapitre IV du titre IV, sous réserve de ce qui est dit à l'article 500-6, ainsi que des articles 444-3 à 450-4, 450-8 à 450-10, sont applicables à la société par actions simplifiée* ».

<sup>988</sup> Sont exclues les articles des sections 1<sup>re</sup> et 2 du chapitre IV du titre IV, sous réserve de ce qui est dit à l'article 500-6, ainsi que des articles 444-3 à 450-4, 450-8 à 450-10 de la loi luxembourgeoise des sociétés commerciales.

<sup>989</sup> Le Professeur André Prüm estime que l'emprunt de la technique de la législation par référence au législateur français implique un emprunt de l'incertitude qui découle de l'absence d'une interprétation législative précise du mot « comptable ». Du fait que l'introduction de la SAS au droit luxembourgeois est récente, la jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. (A. PRÜM, « La transplantation de la société par actions simplifiée (SAS) dans le droit des sociétés luxembourgeoises », in *Mélanges en l'honneur de J.-J. Daigre*, Joly, 2017, p. 245).

l'implication des associés. Le législateur a confié aux statuts le soin d'organiser et de moduler les points régis par ces règles. En réalité, la confiance du législateur luxembourgeois dans le modèle de la SAS française semble absolue à cet égard. Cela apparaît clairement lorsque le législateur luxembourgeois a exclu les règles de la SA qui assurent certaines souplesses, à l'image des articles qui régissent la validité des conventions de vote entre actionnaires<sup>990</sup> ou la possibilité pour un actionnaire de renoncer à l'exercice de son droit de vote<sup>991</sup>.

596. En troisième lieu, le législateur luxembourgeois a emprunté la logique suivie par le législateur français lors de l'élaboration du régime légal de la SAS qui repose sur l'idée de modèle, idée selon laquelle les règles de la SA luxembourgeoise sont un modèle pour la SAS<sup>992</sup>.

Il en résulte que, du point de vue de la méthode légistique, la SAS luxembourgeoise emprunte à deux formes modèles : la SA luxembourgeoise et la SAS française. Au-delà de la méthode, le législateur luxembourgeois a également repris le contenu des règles régissant la SAS.

### B. La reprise du contenu des règles

597. L'imitation du droit français par le Luxembourg a consisté à reprendre des éléments du corps législatif visant la SAS. La comparaison entre les textes concernant les deux SAS, luxembourgeoise et française, montre une similitude. L'article 500-4 de la loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales a reproduit textuellement l'article L. 227-5 du Code de commerce français visant la libre détermination des modalités de direction par les statuts. De même, l'article 500-5 de la même loi, en ce qui concerne la représentation de la société envers les tiers, a recopié tous les alinéas de l'article L. 227-6 du Code des sociétés en ajoutant deux phrases. La première étend le pouvoir du président de représenter la société en

---

<sup>990</sup> L'article 450-2 de la loi luxembourgeoise des sociétés commerciales prévoit que « 1. L'exercice du droit de vote peut faire l'objet de conventions entre actionnaires. Toutefois, sont nulles : 1° les conventions qui sont contraires aux dispositions de la présente loi ou à l'intérêt social ; 2° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage à voter conformément aux directives données par la société, par une filiale ou encore par l'un des organes de ces sociétés ; 3° les conventions par lesquelles un actionnaire s'engage envers les mêmes sociétés ou les mêmes organes de la société [...] ».

<sup>991</sup> Voir I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, Bruylant, 2017, p. 449 et s., *Adde.* A. PRÜM, « La transplantation de la société par actions simplifiée (SAS) dans le droit des sociétés luxembourgeoises », *op. cit.*, p. 248.

<sup>992</sup> À l'instar du droit français des sociétés, dans le droit luxembourgeois, les règles de la SA ont servi de modèle pour la société en commandite par actions. (Art. 103 de la loi modifiée de 1915)

justice. La deuxième donne aux dirigeants le même pouvoir de représentation envers les tiers. Dans le même esprit, l'article 101-22 de la loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales, qui concerne la possibilité de désigner une personne morale comme président et la responsabilité civile et pénale des représentants de celle-ci, a été reproduite depuis l'article L. 227-7 du Code de commerce français, de façon même plus claire.

598. L'alignement des règles consacrées à la gouvernance de la SAS luxembourgeoise sur le modèle français fait bénéficier cette société du même niveau de flexibilité quant à l'architecture et quant aux mandats sociaux. L'emprunt aux règles de la SAS semble également manifeste en ce qui concerne certaines décisions qui doivent être prises collectivement. À l'instar de la SAS française, au-delà des décisions collectives prévues par le législateur, les statuts de la SAS luxembourgeoise déterminent librement la liste des décisions qui doivent être prises ou non collectivement, ainsi que les modes de consultation<sup>993</sup>.

En dépit de ces nombreux alignements, certaines règles françaises n'ont pas été reprises dans le droit luxembourgeois. On notera, par exemple, la sanction qui frappe de nullité les décisions prises en violation des dispositions de l'article L. 227-9 du Code de commerce français.

599. L'examen des textes composant le régime propre de la SAS luxembourgeoise appelle trois observations. En premier lieu, si le législateur luxembourgeois a importé la SAS de la loi française, cette importation s'est toutefois limitée à la SAS « d'origine », sans prendre en compte les modifications législatives progressives<sup>994</sup> du régime français. La SAS luxembourgeoise est donc soumise à l'exigence de capital minimal, à l'obligation d'un commissaire aux comptes, et à l'interdiction des apports en industrie. De surcroît, la SAS luxembourgeoise ne peut se financer en recourant au financement participatif, ce qui est regrettable<sup>995</sup>. En deuxième lieu, le législateur luxembourgeois a apporté certaines nuances aux règles empruntées. Par exemple, la clause statutaire d'inaliénabilité doit être, à l'image du

---

<sup>993</sup> Art. 500-7 de la loi luxembourgeoise des sociétés commerciales.

<sup>994</sup> Par exemple, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne ; de la simplification n° 2011-525 du 17 mai 2011 et n° 2012-387 du 22 mars 2012 et l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative aux financements participatifs...etc.

<sup>995</sup> I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *op. cit.*, p. 456.

droit français<sup>996</sup>, déterminée dans le temps, mais le droit luxembourgeois ne prévoit pas un plafond de 10 ans. En dernier lieu, le législateur luxembourgeois a renoncé à une exigence considérée comme précieuse par le législateur français, celle de l'unanimité. Par opposition à la SAS française<sup>997</sup>, l'adoption et la modification des clauses statutaires<sup>998</sup> ainsi que la transformation de la SAS n'exigent pas l'unanimité, sauf si ces opérations impliquent une augmentation des engagements des associés.

600. Si l'exportation du régime de la SAS française a d'ores et déjà pu être un succès dans certains cas, il n'en va pas toujours ainsi. Dans certaines hypothèses, la SAS, dans son état juridique actuel, ne semble pas transposable, pour des raisons juridiques et/ou politiques. Et pourtant la conception d'un modèle de SAS contractualisée pourrait faciliter l'exportation.

## **§2. L'exportation envisageable du modèle de la SAS vers d'autres systèmes juridiques**

601. L'étude de l'exportation du modèle de la SAS conduit à évaluer la capacité de ce dernier à s'insérer dans d'autres systèmes juridiques, et ainsi à mettre en évidence ses atouts par rapport aux autres formes sociétaires, son attrait en tant que modèle. Pour cela, il importe d'abord de déterminer s'il existe, dans le système juridique tiers, une forme de société équivalente ou proche de la SAS, ou le besoin d'une forme sociétaire nouvelle, flexible et attractive, auquel le modèle de la SAS contractualisée pourrait répondre. Il convient ensuite, dans la mesure du possible, de concevoir dans quelle mesure le modèle est susceptible d'être repris dans le système juridique.

602. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, on montrera ici que le questionnement quant à l'exportation du modèle de la SAS se révèle pertinent vis-à-vis du système juridique d'un autre État, et l'on retiendra le cas de la Belgique (A), mais aussi plus ambitieusement, au niveau de l'Union européenne, au sein de laquelle l'originalité du modèle de la SAS pourrait relancer une réflexion sur un droit supranational relatif à une société privée européenne (B).

---

<sup>996</sup> Art. L. 227-13 C. com.

<sup>997</sup> Sauf en ce qui concerne l'adoption et la modification de la clause d'agrément, le législateur français, en vertu de l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, rejoint le législateur luxembourgeois en renonçant à l'exigence de l'unanimité. (Art. L. 227-19, al. 2 C. com).

<sup>998</sup> Art. L. 227-19, al. 1 C. com

A. L'exportation vers le droit belge : une réponse à la rigidité persistante de son droit des sociétés

603. Le droit belge des sociétés a été réformé en 2019<sup>999</sup>. L'attractivité et les caractéristiques spécifiques de la SAS en tant que société simple et flexible ont été signalées dans les travaux dédiés à réviser l'ancien code des sociétés<sup>1000</sup>. Toutefois, la réforme n'a pas importé la structure actuelle de la SAS française. Cela ne doit cependant pas conduire à considérer que l'exportation du modèle de la SAS dans le droit belge des sociétés n'est pas pertinente. Au contraire. De la refonte, il résulte en effet un droit belge des sociétés toujours rigide (1), dont l'inadaptation aux besoins évolutifs des entreprises pourrait être compensée par la reprise du modèle de la SAS basé sur un régime conventionnel (2).

1. La rigidité persistante du droit belge des sociétés

604. Avec la réforme de 2019, trois formes sociétaires dotées de la personnalité juridique sont maintenues par le législateur belge dans le nouveau CSA<sup>1001</sup>, à savoir la société à responsabilité limitée (SRL), la société anonyme (SA) et la société coopérative (SC). Pourtant, l'évolution législative ne réduit pas significativement la rigidité du droit belge des sociétés pour deux raisons.

605. En premier lieu, la rigidité du droit belge des sociétés et, partant, son inadaptation, semblent assez largement issues de l'utilisation abusive de la technique de la reproduction des textes par la redite, mécanisme reposant sur les emprunts à des textes législatifs d'une société pour construire le régime d'une autre société. En effet, les emprunts aux règles régissant la SA pour construire une SRL mieux adaptée aux besoins du monde entrepreneurial contemporain

---

<sup>999</sup> Avant l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2019 du nouveau Code belge des sociétés et des associations (CSA), les formes sociétaires proposées par l'ancien droit des sociétés n'ont pas réussi à rendre ce droit compétitif par rapport aux formes sociétaires proposées par les autres systèmes, dont la France. Cette insuffisance a entraîné une réflexion sur un projet de simplification et de modernisation du droit belge des sociétés.

<sup>1000</sup> H. BRAECKMANS, G. HORSMANS et NELISSEN GRADE, « Finalité et perspectives », in *La modernisation du droit des sociétés – A l'initiative du Centre belge du droit des sociétés*, Larcier, 2014, p. 10

<sup>1001</sup> L'ancien droit belge des sociétés régissait quatre formes de sociétés de capitaux à responsabilité limitée : la SA, la société privée à responsabilité limitée (SPRL), la société privée à responsabilité starter (SPRL-S) et la société coopérative à responsabilité limitée (SCRL) (Code belge des sociétés, Loi du 7 mai 1999). Le nouveau Code des sociétés et des associations a certes réduit le nombre des sociétés en quatorze formes, mais derrière ces sociétés se trouvent plusieurs variantes des sociétés, comme la société en nom collectif, la société en commandite, la SC agréée, l'entreprise sociale et l'entreprise agricole. Le législateur belge y a ajouté une autre société, la société simple, qui n'est toutefois pas dotée de la personnalité juridique (Art. 1 : 5 CSA).

apparaissent à plusieurs reprises. Tout d'abord, à l'instar de la SA<sup>1002</sup>, les statuts peuvent déterminer si la SRL peut être conçue comme une société fermée ou ouverte<sup>1003</sup>. Les associés peuvent, de leur propre gré, aménager cette clause d'agrément en la renforçant, mais sans pouvoir l'atténuer. L'atténuation de cette clause constituerait une violation de l'article 7 :18 du CSA qui dispose explicitement que, « *sauf dispositions plus restrictives des statuts, [...]* », l'agrément requis exige au moins une majorité qualifiée. Ledit agrément n'est plus requis lorsque la cessibilité est effectuée, soit entre les associés, soit au bénéfice d'un conjoint du cédant, des ascendants ou descendants en ligne directe, ou d'autres personnes agréées par les statuts<sup>1004</sup>.

606. Ensuite, l'alignement de la SRL sur la SA est également évident en ce qui concerne la cession des actions non libérées. Le nouveau CSA a assimilé la SRL et la SA à cet égard en prévoyant que la cession d'actions non libérées est nécessairement nominative. Il a également indiqué qu'en cas de cession d'une action non libérée, le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement de la libération envers la société et les tiers<sup>1005</sup>.

---

<sup>1002</sup> Art. 7 : 78 CSA. Il prévoit que « *Les statuts, les conditions d'émission de titres ou des conventions peuvent limiter la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des actions, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant accès à des actions. [...] Toutefois, lorsque la limitation résulte d'une clause d'agrément ou d'une clause prévoyant un droit de préemption, l'application de ces clauses ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de six mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption. Lorsque les clauses visées à l'alinéa 3 prévoient un délai supérieur à six mois, ou lorsque le transfert des titres qui font l'objet du droit de préemption n'est pas intervenu dans les six mois conformément au droit de préemption, ce délai est de plein droit limité à six mois* ».

<sup>1003</sup> Art. 5 : 63 CSA. En doctrine belge, l'adjectif « ouverte » doit être compris dans le sens portant sur la cessibilité des titres, non l'ouverture de ces titres au marché. Les juristes belges utilisent l'expression « société publique » pour indiquer les sociétés qui font publiquement appel à l'épargne. Voir à ce propos, X. DIEUX et H. DE WULF, « Les sociétés publiques versus les sociétés privées : la nécessité de rationaliser et de simplifier la réglementation », in *La modernisation du droit des sociétés*, ouv. col., Larcier, 2014, p. 89.

<sup>1004</sup> Art. 249 al 2 ancien C. Soc. Concernant la SARL française, pour exiger ou non l'agrément, il faut distinguer entre deux hypothèses. La première, si la cession est effectuée aux tiers, conformément aux articles L. 223-14, alinéa 2 et R. 223-11 du code de commerce, l'associé cédant est obligé d'obtenir l'agrément de la société et des autres associés - la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales - sinon il y a nullité de la cession (Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.221, PB, *BJS*, 2014, p. 250, note B. SAINTOURENS ; *Dr. Sociétés* 2014, n° 64, obs. D. GALLOIS-COCHET. Selon lui, le gérant peut demander la nullité de la cession pour défaut de notification du projet de cession sans que puisse lui être opposée sa confirmation de l'acte), « *à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte* » (art. L.223-14 c. com.). la deuxième hypothèse, si la cession est effectuée entre les associés ou par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux, entre conjoints et entre ascendants et descendants, dans cette situation l'agrément est facultatif (Art. L. 223-16 C. com. et Art. L. 223-13 C. com. Voir M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 610 et s.)

<sup>1005</sup> Art. 5 : 66 CSA pour la SRL et art. 7 : 77 pour la SA. Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. sociétés*, 2019, p. 435.

607. Enfin, le législateur a également emprunté aux règles relatives à la formalité de constitution<sup>1006</sup>, à la nullité<sup>1007</sup>, à la garantie et aux responsabilités, aux titres et à leur transfert, aux organes de la société et à l'assemblée générale des obligations pour réformer le régime légal de la SRL. Dans cette situation, le législateur n'emprunte pas seulement aux règles de la SA mais il constitue un droit commun applicable à deux sociétés. La seule différence qui est marquée entre les deux structures sociétaires se manifeste dans l'exigence ou non du capital social ainsi que la libération des apports. Cela rend les frontières entre les deux sociétés très légères. Ces frontières ont quasi disparu lorsque la SRL est cotée dans la mesure où, dans ce cas, le législateur assimile expressément cette société à la SA cotée en faisant un renvoi global, sans condition, aux règles applicables à cette dernière<sup>1008</sup>.

En réalité, l'emprunt par la SRL, souhaitée flexible, des dispositions relatives à la SA, conduit à emprunter également la lourdeur caractéristique de cette dernière société. Les exigences strictes attachées à la SA, qui sont légitimes en ce qui concerne les grandes entreprises, se révèlent en revanche trop contraignantes pour garantir l'accès des jeunes ou des entrepreneurs débutants à ces sociétés<sup>1009</sup>. Si l'objectif de la refonte du régime légal de la SRL est de simplifier le droit belge des sociétés en le rendant attractif, le rattachement de la SRL à la SA semble un frein à l'atteinte de cet objectif et pourrait rendre la SRL moins efficace.

---

<sup>1006</sup> Les articles 5:11 et 5:12 du CSA répètent le contenu des articles 7:13 et 7:14 du CSA.

<sup>1007</sup> L'article 5:13 répète le contenu de l'article 7:15 du CSA.

<sup>1008</sup> Art. 5:2 du CSA prévoit que « si une société à responsabilité limitée est cotée au sens de l'article 1:11, les articles 7:53, 7:61, § 1er, alinéas 3 et 5, deuxième phrase, 7:82, § 1er, 7:83, 7:84, 7:86, 7:87, 7:90, 7:91, 7:97, 7:99, 7:100, 7:108, dernier alinéa, 7:128, 7:129, §§ 2 et 3, 7:130, 7:131, 7:132, alinéas 2 et 3, 7:134, § 2, 7:139, alinéa 4, 7:143, 7:144, 7:145, 7:146, § 3, alinéa 3, et § 4, 7:148, 7:150, 7:151, 7:175, 7:189, 7:215, § 1er, 4<sup>o</sup>, et § 2, et 7:218, 2<sup>o</sup>, s'appliquent par analogie. Lorsque dans une des dispositions précitées, il est fait référence à une fraction ou un pourcentage du capital, cette disposition doit être lue comme une fraction ou un pourcentage du nombre d'actions émises. Par dérogation à l'article 5:42, alinéa 1<sup>er</sup>, chaque action ne peut avoir qu'une voix ».

<sup>1009</sup> L'harmonisation *top - down* des dispositions applicables aux sociétés dans les États membres a contribué à renforcer la fraternité entre la SA et la SPRL. Les deux ont adopté les mêmes dispositions : de la directive européenne du 2009/ 101/CE relative à la validité de la société et des décisions prises par ses organes, ainsi qu'au principe de la « spécialité », de celle du 2013/ 34/UE concernant les comptes annuels simples, de la septième directive relative aux comptes annuels consolidés et de la deuxième directive sur la fusion transnationale. (Directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers ; Directive 2013/34/UE du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil ; Septième directive 83/349/CEE du Conseil, du 13 juin 1983, fondée sur l'article 54, paragraphe 3, sous g), du traité, concernant les comptes consolidés. WWW.eur-lex.europa.eu.)

*In fine*, le choix de la technique de la législation par référence lors de la refonte de la SRL, a contribué à l'absence d'une structure juridique originale par rapport aux autres structures sociétaires, et à la rigidité de la structure de la SRL.

608. En second lieu, le cas de la SRL est particulièrement important. Elle a été assouplie en 2019 via la reprise de la règle relative à la suppression du capital social minimum caractérisant la société privée à responsabilité starter (SPRL-S). C'est pourquoi, aujourd'hui la SRL, plus souple, peut être en concurrence avec la SAS française et limiter l'intérêt de l'exportation du modèle de la SAS. Mais, la flexibilité de la SRL reste limitée à cause des contraintes mises en place en contrepartie de la généralisation de la règle de la suppression du capital social minimum<sup>1010</sup>.

609. En définitive, si le droit belge des sociétés a été réformé pour le rendre flexible et par conséquent « rendre la Belgique plus attractive pour les entreprises locales et étrangères »<sup>1011</sup>, la rigidité persistante de la SRL montre que la réforme du droit belge des sociétés est une occasion partiellement manquée. C'est pourquoi l'introduction d'une société à l'image du modèle de la SAS française contribuera à l'amélioration de l'attractivité du droit belge des sociétés.

## 2. Le modèle de la SAS comme possible réponse à la recherche d'attractivité

610. La réforme du droit belge des sociétés aurait pu prendre en compte la compétitivité de la SAS française, mais ce ne fut pas le cas, la SAS française n'a pas été importée par le droit belge pour deux raisons. Première raison : la crainte des Belges d'emprunter la complexité du

---

<sup>1010</sup> Le législateur a introduit plusieurs mécanismes protecteurs. Le premier est le test de la liquidité. Dans cette optique, les fondateurs de la SRL doivent rédiger un plan financier « dans lequel ils justifient le montant des capitaux propres de départ à la lumière de l'activité projetée de la société pendant une période d'au moins deux ans » (Art. 5 : 4 CSA). Le curateur consultera le plan si la société fait faillite dans les trois ans suivant l'acquisition de sa personnalité morale. Le deuxième mécanisme est la procédure de la sonnette d'alarme. Selon l'article 5 :153 du CSA, lorsque l'organe d'administration observe que l'actif net risque de devenir négatif ou est devenu négatif, ou se doute que la liquidité de la société sera en difficulté, il doit convoquer l'assemblée générale à une réunion qui doit se tenir dans les deux mois. Lors de cette réunion, l'organe d'administration propose la dissolution de la société ou d'autres mesures contribuant à la continuité de la société. Le troisième mécanisme protecteur permet de reconnaître aux actionnaires le droit de « démissionner de la société à charge du patrimoine ». Les actionnaires de la SRL peuvent prévoir dans les statuts ce droit ainsi que les modalités de cette démission.

<sup>1011</sup> Voir la déclaration de politique générale du Ministre de la Justice, Monsieur Koens GEENS. Cette déclaration a incité le Centre Belge du Droit des Sociétés (CBDS), réunissant un groupe de professeurs universitaires, à simplifier structurellement le droit des sociétés.

droit français et de l'administration française. Seconde raison : les professeurs qui ont contribué à élaborer le projet de la réforme du droit des sociétés en 2014, ont estimé que la SAS n'était pas une société attractive par comparaison avec le BV hollandaise. Cette dernière avait confirmé sa réussite et sa capacité à attirer les investisseurs belges vers le territoire hollandais, tandis que personne n'a connaissance du nombre de SAS venant de l'étranger<sup>1012</sup>. Ces deux raisons nous semblent discutables. Suite aux recensements faits par la Banque mondiale, l'indicateur de *Doing Business*, qui mesure la réglementation des affaires et son application effective, montre que depuis 2015 la France disposait d'un classement avancé par rapport à la Belgique et au Pays-Bas quant à la facilité de faire des affaires<sup>1013</sup>. Le croisement de ce classement avec le recensement de l'INSEE indique que la SAS est devenue ces dernières années le leader du marché français, il est donc possible d'en déduire que la souplesse de la SAS constitue un élément considérable pour évaluer la facilité de faire des affaires.

611. Par ailleurs, si la version considérée de la SAS ne semblait pas séduisante pour les Belges, c'est parce que cette version reposait sur une technique connue d'eux, celle de la législation par référence, utilisée par le législateur belge pour édifier des formes sociétaires. Or, si on améliorait la qualité de la SAS par le biais de l'autonomisation de son régime par rapport à celui de la SA selon les méthodes que l'on a expliquées précédemment<sup>1014</sup>, celle-ci semblerait attractive pour le législateur belge et pourrait le motiver à importer le modèle de la SAS.

612. Deux illustrations peuvent expliquer l'intérêt du modèle de la SAS : la liberté contractuelle confiée aux associés de la SAS et l'absence d'une contrepartie de la suppression de l'exigence du capital social minimal.

613. Concernant la liberté contractuelle, le modèle de la SAS basé sur un régime conventionnel semblera attractif pour le droit belge pour trois aspects.

---

<sup>1012</sup> Ces deux raisons sont données de la part du Professeur Guy Horsmans le président de centre belge du droit des sociétés, lors d'un entretien fait avec lui à Bruxelles le 15 mars 2016.

<sup>1013</sup> Par exemple, en 2016, la France a occupé la 17<sup>ème</sup> place dans le classement sur la facilité de faire des affaires, alors que la Belgique a été classée 43<sup>ème</sup> et les Pays-Bas ont été classés 28<sup>ème</sup>. De même en 2018 et en 2019, la France est classée 32<sup>ème</sup> alors que le classement de la Belgique est 45 et celui des Pays-Bas est 36. Cf. Rapp. *Doing Business* 2016, La Banque Mondiale. *Adde*, Rapp. *Doing Business* 2019, La Banque Mondiale.

<sup>1014</sup> Voir *supra* n° 493.

614. Premièrement, la gouvernance de la société. La SRL se compose d'un organe de gestion et d'une assemblée générale des associés. Cette « *société est administrée par un ou plusieurs administrateurs constituant un collège ou non* »<sup>1015</sup>, qui peuvent être tant des personnes physiques que morales. Le nouveau Code distingue entre l'administrateur et l'organe de la gestion journalière. Le premier a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la société<sup>1016</sup>; le second a le pouvoir d'accomplir les actes et les décisions qui n'excèdent pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou qui représentent un intérêt mineur ou urgent ne nécessitant pas l'intervention de l'organe d'administration. Malgré la présence de deux organes de gestion et la reprise de la dichotomie adoptée dans la SA, le choix conventionnel des modalités de direction de la société est très limité à déterminer seulement le mode de la désignation, de la rémunération<sup>1017</sup>, de la révocation de ses administrateurs et si l'organe d'administration est unique et collégial<sup>1018</sup>. Cet espace restreint de la liberté contractuelle est incomparable avec la souplesse qu'offre la SAS en la matière. Avec celle-ci, les associés pourront librement choisir les conditions et la modalité de l'organisation de la société. À ce propos, ils pourront soit choisir une modalité déjà établie par le législateur pour les autres sociétés ou indiquées dans les dispositions supplétives envisageables, soit inventer une modalité nouvelle.

615. Deuxièmement, la création d'une SAS sur mesure. Le modèle de la SAS basée sur un régime conventionnel est une structure autonome de tout rapport à un autre régime. Les fondateurs de la société peuvent créer une société sur mesure en édifiant dans la limite de la loi, d'une manière conventionnelle, les règles applicables qui leur semblent les mieux adaptées aux besoins de la réalisation de l'objet social, à l'intérêt social ainsi qu'à la prospérité et la pérennité de l'entreprise. La grande liberté confiée aux associés en toute matière permet d'offrir aux investisseurs une simplicité et une flexibilité dans la création de la société et pendant la vie de celle-ci. La simplicité et la flexibilité assureront une gouvernance équilibrée entre les groupes des associés en ce qui concerne le partage du pouvoir entre les

---

<sup>1015</sup> Art. 5 :70, §1 CSA. Cet article a repris l'article 255 de l'ancien code belge des sociétés. La seule modification qu'il a connue est celle de remplacer le terme « administrateur » pour indiquer le gérant de la société.

<sup>1016</sup> Art. 5 : 73, §1 CSA.

<sup>1017</sup> Art. 5 :72 du CSA prévoit que « *sauf disposition statutaire contraire ou à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement lors de leur nomination, les administrateurs sont rémunérés pour l'exercice de leur mandat* »

<sup>1018</sup> Art. 5 :73 CSA.

associés et les dirigeants. Cet équilibre demeure assuré même en cas d'absence d'une réglementation conventionnelle de certains points de la vie de la société dans la mesure où les dispositions supplétives devront être mises en œuvre dans ce cas.

616. Troisièmement, les contreparties de la suppression du capital social minimal. En droit belge, la suppression de l'exigence d'un capital minimum ne constitue pas, en soi, un attrait pour les investisseurs dans la mesure où cette suppression est associée à d'autres exigences. Cela a été prouvé par l'échec de la SPRL-S<sup>1019</sup> qui fut abandonnée pour le nouveau CSA. Or, en droit français, la suppression de l'exigence du capital social minimum n'était pas accompagnée de contraintes légales déterminées au sein du régime propre à la SAS et il ne devait pas l'intégrer au sein du régime légal de la SAS. L'intégration d'une équivalence à une règle contraignante supprimée, d'une manière directe, contribue à la moindre flexibilité souhaitée par la suppression de cette exigence, par conséquent à l'attractivité de la nouvelle réforme apportée au régime. Dans le cadre de la modernisation du droit français des sociétés, la suppression du capital minimum ne fut pas remplacée par l'obligation de tenir un plan financier comme le législateur belge l'a fait<sup>1020</sup>. L'absence de cette exigence en droit français n'affecte pas la sécurité juridique dans la mesure où l'activité entrepreneuriale ne peut se relancer que si l'adéquation des ressources des fondateurs avec les besoins économiques des entreprises est établie. Cette adéquation permet aux créanciers d'avoir confiance en la société en accordant le financement nécessaire à celle-ci pour qu'elle se développe<sup>1021</sup>.

617. L'efficacité de la SAS fondée sur un régime conventionnel à cet égard apparaîtra dans la possibilité de stipuler des clauses permettant de renforcer la confiance des tiers envers la société ainsi que des mesures qui seront mises en place en cas d'insuffisance du capital social. Si l'adéquation est illusoire, en cas de défaut d'une stipulation des statuts sur ce point, les

---

<sup>1019</sup> Le régime juridique de cette société a été simplifiée par la loi du 15 janvier 2014 portant dispositions diverses en matière de PME. Cette loi a assoupli davantage le régime juridique de la SPRL-S en supprimant la limitation de l'existence de la SPRL-S dans le temps et en maintenant la forme Starter au-delà de cinq associés. Malgré cet assouplissement, les personnes susceptibles d'être concernées, surtout les jeunes débutants, ne l'ont guère utilisée, et la SPRL-S n'a pas freiné le recours à d'autres formes juridiques. Voir GRAYDON, « *Evolutions du paysage entrepreneurial en 2013* », étude du 31 déc. 2013. www.Graydon.be. *Adde.* La loi du 15 janvier 2014 portant dispositions diverses en matière de PME, *MB.*, 3 fév. 2014, p. 9106.

<sup>1020</sup> La rédaction d'un plan financier doit être détaillée conformément aux exigences de l'arrêt royal du 27 mai 2010. (Cet arrêt royal a modifié l'arrêt royal du 30 janvier 2001 qui concerne l'exécution du code des sociétés et l'arrêt royal du 22 juin 2009 concernant les modalités d'inscription des entreprises non commerciales de droit privé dans la Banque – Carrefour des entreprises, *MB.*, 31 mai 2010, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010).

<sup>1021</sup> Voir à ce propos, M. GERMAIN et P.-L. PÉRIN, *La société par actions simplifiée-Études- Formules*, *op. cit.*, p. 136 et s. *Adde.* F.-X. RUELLAN, *La politique du Législateur en droit des sociétés : un instrument de développement économique*, *op. cit.*, p. 227.

associés seront responsables pour violation du devoir de loyauté qui leur incombe et qui est prévu dans les dispositions supplétives de la SAS modèle. Si une insuffisance d'actif est survenue au cours de la vie de la société à cause d'une faute de gestion, s'imposent les règles communes prévues dans l'article L. 651-2 du Code de commerce<sup>1022</sup>.

Tous ces éléments montrent la capacité du modèle de la SAS à réaliser l'objectif souhaité de la SRL en dotant le droit belge des sociétés d'une « *personne morale de référence pour les entrepreneurs belges, voire européens, [susceptible d'] être adaptée à de nombreux usages* »<sup>1023</sup>.

## B. L'exportation vers le droit de l'Union européenne : une possible relance de la réflexion sur un droit supranational relatif à une société privée européenne

618. La question de l'exploration du modèle de la SAS fondée sur un régime conventionnel au niveau européen paraît d'autant plus pertinente que la SAS actuelle a été une source d'inspiration pour le projet inabouti de la société privée européenne (SEP), (1). L'autonomisation de la SAS actuelle pourrait fournir un nouvel élan pour un nouveau projet de société privée européenne à responsabilité limitée (2).

### 1. La SAS actuelle, source d'inspiration pour le projet inabouti de la SEP

619. Le projet de règlement européen portant sur la société privée européenne (SPE) s'inscrit dans une volonté européenne d'encourager et d'attirer les investisseurs transnationaux. La création du statut de SPE vise à mieux répondre aux besoins du marché intérieur et à disposer d'une forme unique et souple de PME ayant une identité européenne et à donner la possibilité de transférer le siège de la société<sup>1024</sup>. Le projet de règlement n'exige pas que l'activité de la SPE soit transfrontalière. Il admet la possibilité de créer une SPE pour exercer une activité purement locale dans un pays membre.

---

<sup>1022</sup> L. GODON, *La société par actions simplifiée*, op. cit., § 758, p. 570.

<sup>1023</sup> Y. DE CORDT et H. CULOT, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. sociétés*, 2019, p. 435

<sup>1024</sup> Au regard de l'intérêt porté aux besoins des PME, en 1973, l'avocate Jeanne Boucourechliev a fait une étude sur la faisabilité de créer une forme européenne de la SARL « *qui serait un instrument de développement et de restructuration de l'économie européenne, en facilitant la concentration et la coopération entre entreprise d'États membres différents par delà des frontières encore étanches* ». Les dispositions régissant la SE, d'inspiration allemande, montrent que cette société est réservée aux grandes entreprises et que ces dispositions de nature complexe sont inadaptées aux besoins des PME. (J. BOUCOURECHLIEV, *Pour une SARL européenne*, collection le Droit des affaires, Litec, 1973 ; J. BOUCOURECHLIEV, « Introduction », in *Propositions pour une société fermée européenne*, ouv. col., Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997, p.2).

620. Le projet de société privée européenne a été politiquement porté par la France et l'Allemagne lors de la présidence française du Conseil de l'Union en 2008. Ce projet est le fruit d'un travail assuré par le CNPF (devenu MEDEF) en collaboration avec la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) et le Centre de recherche sur le droit des affaires (CREDA)<sup>1025</sup>. Ce travail a favorisé l'insertion des conceptions et des propositions françaises au sein du projet de règlement européen relatif à la société privée européenne. Selon l'article 3 de la proposition de règlement, cette société est une société de capitaux à responsabilité limitée dotée de la personnalité juridique, dont les titres ne peuvent être offerts au public ou admis à la négociation sur un marché réglementé.

En réalité, la simple lecture du régime juridique de la SPE montre que cette dernière est largement inspirée du « *modèle de la société par actions simplifiée* »<sup>1026</sup>. Les traits de la SAS sont visibles à trois niveaux.

621. En premier lieu, le projet de SPE reprend mot pour mot certaines dispositions du Code de commerce français. À titre d'exemple, les articles premier et deuxième reprennent les articles L. 262-1 (devenu L. 227-1) et L. 262-3 (devenu L. 227-2) du Code de commerce français relatif à l'interdiction de procéder à un offre au public de titres financiers. Dans le même esprit, le deuxième alinéa de l'article 17 du projet de règlement européen reproduit la quasi totalité<sup>1027</sup> de l'article L. 262-8 (devenu L. 227-7) du Code de commerce selon lequel, lorsque le représentant ou les dirigeants de la société par actions simplifiée est/sont une personne morale, les dirigeants de celle-ci « *sont soumis aux conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'ils exerçaient la gestion en leur propre nom* »<sup>1028</sup>.

622. En deuxième lieu, la proposition de règlement européen relatif à la SPE reprend l'esprit des textes de la SAS, en y apportant des détails. Les dispositions qui régissent l'organisation et le fonctionnement de la société en constituent un exemple éloquent. L'article 14, alinéa 1

---

<sup>1025</sup> CREDA, « Propositions pour une société fermée européenne », *Revue internationale du droit comparé*, Vol, 50, n° 3, juillet- septembre 1998, p. 957.

<sup>1026</sup> Dossier de presse, « La société privée européenne », 10 octobre 2008.

[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/PresseR-V%20SPE%20.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PresseR-V%20SPE%20.pdf) [Date de la consultation : 07/01/2019]

<sup>1027</sup> Le législateur européen a remplacé le mot « dirigeant » de l'article L. 262-8 (aujourd'hui L. 227-8) par les mots « la gestion ou y participe ». Ce remplacement étend le champ d'application de l'article en cause aux personnes qui participent à la gestion, non seulement aux personnes qualifiées de dirigeants.

<sup>1028</sup> C'est l'article 17, al. 2 du projet de règlement relatif à la société privée européenne.

du projet de règlement européen prévoit que « *les statuts déterminent l'organisation de la société. Ils fixent notamment les modalités de désignation, les pouvoirs et le mode de fonctionnement des organes sociaux ainsi que leurs rapports* ». Cet article trouve sa source dans l'article L. 262-6 (devenu L. 227-5) du Code de commerce qui dispose que « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». Il en va de même pour le contrôle de l'actionnariat dans la SPE. Le projet de règlement européen comprend des textes plus détaillés que ceux régissant la SAS. Ainsi, l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup> de ce projet de texte précise que « *les statuts peuvent prévoir de soumettre à agrément le transfert des actions. Les statuts indiquent alors l'organe compétent pour statuer, la procédure et les délais applicables. Ils déterminent les conditions de retrait d'un associé auquel l'agrément est refusé* ». Cette formulation est plus détaillée que celle de l'article L. 262-15 (devenu L. 227-14) du Code de commerce. D'une part, le projet de règlement européen utilise des concepts qui assurent une large application de la liberté des associés, comme celui de « transfert » au lieu de « cession » en matière d'agrément. D'autre part, il met en exergue tous les éléments qui doivent être intégrés dans les statuts de la SPE, contrairement au texte français qui utilise une formulation générale, confiant aux associés le soin d'organiser librement leur société sans leur donner d'indices qui pourront contribuer au bon exercice de leur liberté.

623. En troisième lieu, le soin rédactionnel du projet de règlement européen porte également sur la détermination des règles applicables à la SPE. Alors que l'article L. 262-1 (devenu L. 227-1) du Code de commerce rattache la SAS à la SA de façon sibylline, en exigeant simplement la « compatibilité » entre les règles concernant la SA et le statut particulier de la SAS<sup>1029</sup>, le projet de règlement européen relatif à la SPE hiérarchise les dispositions applicables à cette dernière. La SPE est régie, à titre principal, par les dispositions du règlement européen ainsi que par les dispositions statutaires qui n'y contreviennent pas et, à titre subsidiaire, dans l'ordre suivant, par « *a) les dispositions législatives adoptées par les États membres en relation avec le présent règlement afin d'assurer son application effective, et b) pour les matières qui ne sont pas traitées au point a), les dispositions législatives nationales, y compris les dispositions de mise en œuvre du droit communautaire, qui s'appliquent aux sociétés privées à responsabilité limitée - énumérées à l'annexe II - dans l'État membre du siège statutaire de la SPE, ci-après dénommées «droit national*

---

<sup>1029</sup> Voir *supra* n°72s.

*applicable*»<sup>1030</sup>. Cette hiérarchisation pourra contribuer à une meilleure lisibilité des dispositions du règlement et, par conséquent, à la bonne application de ce dernier.

624. Le projet d'un règlement portant sur la SPE n'a finalement pas abouti en raison de l'opposition de certains États européens, mais le besoin d'une structure juridique simple et souple adaptée aux PME persiste. L'amélioration du régime légal actuel de la SAS par l'intermédiaire de la création d'un régime autonome pourrait inciter à un nouveau projet portant sur une SAS européenne.

## 2. La pertinence d'un projet d'une SAS contractualisée européenne

625. Le modèle de la SAS fondée sur un régime conventionnel est une structure autonome, souple et flexible d'une société par actions à responsabilité limitée. Les différents éléments de la liberté manifestée dans la possible organisation conventionnelle de la gouvernance et le fonctionnement de la société, ainsi que les relations entre associés, montreront la capacité du modèle de la SAS à s'adapter à la réalité économique de l'entreprise et aux besoins évolutifs de celle-ci.

626. Les règles régissant la SAS européenne contractualisée pourraient être réparties en deux parties.

La première consiste en des règles législatives communes, fixées par un règlement, comme la définition de la SAS et sa publication, l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers, la nécessité de désigner un président pour représenter la société envers des tiers et la responsabilité de la société aux actes conclus qui dépassent l'objet social de la SAS, la détermination du domaine réservé aux statuts au-delà de ce domaine. Tous ces points peuvent être objet d'une organisation extra-statutaire. Au regard du caractère transfrontalier de cette société et afin d'assurer la protection des parties prenantes, le droit d'information et le devoir de loyauté des associés et des dirigeants de la SAS européenne doivent être prévus expressément dans le règlement. Le règlement devra également prévoir l'obligation pour les États membres d'édifier les dispositions supplétives qui auront vocation à s'appliquer au niveau national en cas de contentieux relatif à un point qui ne se trouve régi ni par les règles du règlement ni par les pactes statutaires.

---

<sup>1030</sup> Art. 4 de la proposition de règlement du Conseil relatif à la société privée européenne.

La deuxième consiste en des règles qui resteraient au choix des associés. À titre d'exemple, les décisions qui doivent être prises collectivement, la majorité requise pour prendre ces décisions, la modalité de la gouvernance de la société, etc. Les fondateurs de la société s'inspireront alors sans doute, dans ce cas, des règles nationales existantes pour les différents modèles de sociétés prévus par les droits nationaux des sociétés. Cela pourrait créer une forme de concurrence entre les modèles nationaux de sociétés des États membres, et donc entre les États membres eux-mêmes. Il s'agirait néanmoins d'une concurrence "vertueuse" au sens où elle pourrait inciter ces États à favoriser des règles attractives permettant une création et une gestion d'entreprises facilitées ou assouplies, hypothèse généralement profitable à l'économie elle-même. D'après les statistiques, la SAS actuelle est le leader du marché français, le modèle contractualisé de cette société pourrait aussi l'être au niveau européen.

## **Conclusion du chapitre II**

627. La diffusion de la SAS au niveau français s'est manifestée à travers l'insertion de l'esprit de cette société au sein de projets de réformes portant, soit sur l'amélioration du régime juridique de la SA, soit sur l'introduction de nouvelles formes sociétaires comme la société européenne (SE). Même si certains projets n'ont pas abouti (tels que celui de Sénateur Marini), la reprise de l'esprit de la SAS trouve tout de même des traductions bien réelles. Par exemple, l'autorisation d'un droit de vote multiple pour les actions de préférence au sein de la SA non cotée révèle un alignement législatif sur le système de droit de vote libéral admis au sein de la SAS. La SAS a ainsi servi de modèle d'imitation pour le législateur français. Le prestige ainsi que l'efficacité de la SAS ont également attiré l'attention de législateurs étrangers, en particulier celle du législateur luxembourgeois qui a importé cette forme sociale afin de moderniser son droit des sociétés national. Il a importé à cet égard, non seulement le contenu des règles législatives, mais également la technique de la législation par référence utilisée par le législateur français.

628. L'expérience luxembourgeoise en la matière permet ainsi d'envisager l'exportation de la SAS vers d'autres systèmes juridiques. L'examen des droits allemand et belge des sociétés autorise, en ce sens, à tirer deux conclusions : d'une part, il n'existe, au sein de ces deux systèmes juridiques, aucune forme sociétaire équivalente à la SAS ; d'autre part, les mouvements de simplification du droit des sociétés en Belgique se sont révélés insuffisants pour créer une forme sociétaire par actions flexible et contractualisée. Ces deux conclusions confirment l'intérêt qu'il y aurait à importer le modèle de la SAS dans les deux systèmes étudiés. Par là-même, ce serait la visibilité de la SAS et la circulation du droit français des sociétés en Europe qui s'en trouveraient renforcées.

## CONCLUSION DU TITRE II

629. L'étude dédiée à l'affirmation de la SAS comme modèle juridique montre que la modélisation nécessite la réunion de deux critères : l'existence d'une SAS référence et l'imitation de cette SAS.

630. Pour que la SAS devienne une référence, il faut, en plus des éléments significatifs qui la caractérisent, qu'elle soit autonome. Cela signifie que la SAS doit bénéficier d'un régime détaché du régime légal de la SA. Cette autonomisation suppose l'établissement, pour la SAS, d'un régime conventionnel susceptible de remplacer le renvoi législatif aux règles régissant la SA, et accompagné de mesures protectrices des parties prenantes. Cela contribuera à l'affirmation de la SAS comme modèle de référence contractualisé et fermé. Toutefois, l'acceptation progressive selon laquelle la SAS peut procéder aux multiples offres a permis d'initier l'ouverture de cette société. Le renforcement de ce processus impliquera de créer une variante de la SAS, cette fois-ci ouverte et encadrée par des réglementations bien précises. Il ressort que le projet d'autonomisation pourra engendrer la création d'une « SAS modèle de référence », contractualisée mais fermée, et d'une variante davantage encadrée.

631. Déjà dans son format actuel, la SAS constitue, dans une certaine mesure, une référence. En effet, cette forme sociale a été diffusée dans le système juridique français et au Luxembourg. Cette diffusion démontre la possibilité de satisfaire le deuxième critère constitutif de la notion de modèle, celui de l'imitation. Cette imitation déjà existante laisse à penser, qu'une fois le détachement achevé, la SAS deviendra un modèle susceptible d'être exporté vers d'autres systèmes juridiques qui ne contiennent pas de forme sociale semblable. Autrement dit, la SAS pourra pleinement s'affirmer en tant que modèle juridique.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

632. Le succès économique de la SAS, première société sur le marché français, découle de la singularité des outils juridiques qu'elle propose aux opérateurs économiques.

Le caractère atypique de cette société, qui s'explique par la volonté d'en faire une société sur mesure, représente un atout non négligeable. Actuellement, la SAS n'est toutefois pas un modèle, dans la mesure où elle est rattachée légalement à la SA. Pour autant, sa singularité déjà existante, en tant que structure juridique offrant un bon équilibre entre une large liberté statutaire et une protection adéquate des tiers, pourra conduire à affirmer la SAS comme modèle de référence si l'on supprime le rattachement à la SA. Le détachement législatif constitue donc une étape indispensable de la construction de la SAS comme référence, la référence étant l'une des deux critères du modèle juridique.

633. La construction de cette référence devra respecter une « *subtile articulation entre normes légales et flexibilité contractuelle* »<sup>1031</sup>, laquelle fait la spécificité de la SAS. En termes de flexibilité quant à l'organisation de la direction et de l'actionnariat de la société, nous proposons de renforcer la liberté contractuelle en engendrant un régime juridique conventionnel. La réalisation de ce régime conventionnel supposera la réunion de deux éléments : en premier lieu, l'amélioration de la valeur des pactes statutaires ou extra-statutaires, et en second lieu, l'instauration de mesures permettant de protéger les parties prenantes.

634. Si l'autonomisation par rapport à la SA permettra sans aucun doute à la SAS de devenir une référence, son affirmation en tant que modèle juridique supposera, au surplus, l'imitation de cette forme sociale au sein et/ou au-delà du système juridique français. A l'heure actuelle, cette condition de « rapport d'échange » est déjà en partie remplie. Le régime juridique de la SAS a en effet été source d'inspiration lors de la création ou de la modification de formes sociétaires en France et à l'étranger. L'autonomisation de la SAS par rapport à la SA permettra, selon nous, de renforcer ce phénomène d'imitation. Elle constituera, en définitive, un tremplin à l'affirmation pleine et entière de la SAS comme modèle juridique.

---

<sup>1031</sup> I. URBAIN-PARLEANI, « Les statuts de l'associé de la SAS : une originalité affirmée », *Rev. sociétés*, 2016, p. 572.

## CONCLUSION GENERALE

635. La SAS est née pour des raisons pragmatiques. C'est une structure innovante dont les éléments essentiels, relatifs à l'organisation de la direction et de l'actionnariat, sont laissés à la liberté statutaire. Au-delà de ces éléments qui relèvent du régime de la liberté statutaire, la SAS emprunte le reste de son régime légal de la SA. Le lien entre ces deux régimes résulte de la technique de la législation par référence utilisée par le législateur pour construire le régime légal de la SAS. Cette technique a permis de rattacher, avec ou sans condition, le régime de cette dernière au régime juridique de la SA. Dans la mesure où la mise en œuvre de cette technique nécessite la présence de deux institutions, l'une empruntant à l'autre une partie de ses règles, l'institution « donneuse » sert de modèle pour l'institution « emprunteuse ». Ainsi, l'idée de modèle constitue le fondement de cette technique. En l'état actuel du droit, c'est la SA qui a servi de modèle pour la SAS.

636. La recherche d'une définition pour la notion de modèle juridique en droit des sociétés conduit à revenir sur l'histoire de la construction de la SA comme modèle pour les autres sociétés. La confrontation du résultat de cette étude avec les définitions données à la notion de modèle juridique en général nous a permis de dégager deux critères cumulatifs du modèle : d'une part, l'existence d'une référence ; d'autre part, l'imitation de cette référence ou, en d'autres termes, l'existence d'un rapport d'échange entre la référence et l'objet qui l'imité. Ces deux critères sont bien vérifiés à propos de la SA, modèle pour la SAS.

Au regard de la réussite et des atouts de la SAS, c'est aujourd'hui la question de la SAS comme modèle que nous avons souhaité aborder.

Tout au long de ce travail de recherche, nous avons ainsi examiné dans quelle mesure le régime juridique de la SAS satisfait ou pourrait satisfaire les deux critères du modèle juridique.

§1. Quant au premier critère, celui de *la nécessité de concrétiser une institution référence*, la présente thèse a démontré que **la SAS, en l'état actuel, ne constitue pas une référence en elle-même**. Cela s'explique par le rattachement de son régime légal à celui de la SA. En effet,

l'examen du renvoi législatif a démontré les insuffisances de ce mécanisme, à deux égards principaux.

En premier lieu, le rattachement par référence du régime de la SAS à celui de la SA se caractérise par un fort manque de clarté. Il se fonde sur un critère imprécis, celui de la « compatibilité » entendue *lato sensu*, qui n'a été défini ni par le législateur, ni par la jurisprudence. La doctrine n'a pas non plus dégagé de définition unanime. Cette ambiguïté engendre de nombreux inconvénients. Tout d'abord, elle fait obstacle à une bonne connaissance de la règle de droit et rend incertaine son application. Elle conduit ainsi, soit au dysfonctionnement du droit, et par conséquent à la dévalorisation de la loi, soit à une mauvaise application du droit, ce qui porte atteinte à la sécurité juridique.

En deuxième lieu, le rattachement voulu par le législateur apparaît inefficace en ce sens qu'il n'est pas parvenu à atteindre le double objectif qui lui était assigné : assurer la simplification et l'économie du droit d'une part, garantir la cohérence des textes d'autre part. La juxtaposition du régime de la SAS fondé sur la liberté statutaire et du régime légal intentionnel de la SAS laisse apparaître certaines zones d'ombre. De surcroît, l'hétérogénéité du renvoi du régime de la SAS à celui de la SA contribue à la complexité et au manque de rationalité du système juridique. L'ensemble de ces éléments entrave l'exercice de la liberté statutaire qui caractérise originellement la structure de la SAS.

Les éléments précités justifient alors notre proposition de **détacher législativement le régime de la SAS par rapport à celui de la SA**. Cela constitue, selon nous, *la solution* qui permettra de contrer les insuffisances précédemment mentionnées. La réalisation du détachement permettra alors à la SAS de s'affirmer comme référence.

**637. La justification de la proposition.**- Cette proposition se justifie d'autant plus qu'elle est confortée par un double élément. Tout d'abord, elle est conforme à l'esprit des réformes qui ont visé le régime légal de la SAS ces vingt-cinq dernières années. L'examen des lois et des ordonnances porteuses de remarquables réformes pour la SAS a en effet révélé les prémisses de l'idée de détachement. Ces prémisses laissent à penser que l'affinement de la structure de la SAS doit passer par l'autonomisation progressive du régime de cette dernière par rapport à celui de la SA, et que le législateur est aujourd'hui prêt à renoncer à sa logique dogmatique en faveur d'une logique pragmatique, en acceptant d'effectuer un détachement législatif complet entre les deux sociétés. Ensuite, le détachement permettra à la SAS de

révéler tous ses atouts. En effet, il peut répondre à l'idée initiale de créer une société distincte de la SA et mettre en valeur les éléments significatifs qui caractérisent la structure de la SAS, à savoir la flexibilité d'un régime reposant pour l'essentiel sur la liberté statutaire.

En définitive, la proposition d'effectuer un détachement législatif est en accord avec l'objectif de transformer la réalité actuelle de la SAS en une société vue comme référence en elle-même.

**638. Des pistes pour élaborer une SAS comme référence.-** Dans cette thèse, plusieurs pistes à propos de la construction de la SAS comme référence ont été proposées.

*L'établissement souhaitable d'une SAS comme modèle fermé fondé sur un régime conventionnel.*

Nous avons proposé de supprimer le renvoi basé sur le critère de compatibilité en le remplaçant par le renforcement de la liberté contractuelle. Ce renforcement recouvrira deux volets : le premier vise à étendre le domaine des statuts, le second vise à prendre en compte les pactes extra-statutaires. Les réglementations prévues dans ces deux supports statutaires et extra-statutaires constitueront le régime juridique conventionnel applicable à la SAS. Un tel régime supposera alors de mettre en place des mesures protectrices des parties prenantes, garantissant l'exercice de la liberté contractuelle au sein de la société. La loi contient déjà certaines mesures protectrices dans le Code civil, comme celles prévues dans les règles impératives concernant le droit de participer aux décisions collectives et le droit à l'intangibilité des engagements des associés. Le caractère d'ordre public sociétaire de ces règles assure une certaine sécurité juridique. Les garanties des parties prenantes supposera non seulement de s'appuyer sur les règles impératives relevant de l'ordre public sociétaire mais également de créer des dispositions supplétives qui s'appliqueront en cas de silence conventionnel et lorsqu'il n'y a pas de règle impérative. La présence de telles dispositions assurera l'équilibre entre l'exercice de la liberté contractuelle et la protection des parties prenantes au sein d'une SAS contractualisée et fermée.

*La création d'une catégorie particulière pour la SAS ouverte*

639. En revanche, l'ouverture de la SAS impose d'établir des mesures plus rigoureuses permettant de protéger les parties prenantes. Les mesures protectrices de ces parties, proposées dans le modèle fondé sur un régime conventionnel, ne sauraient être suffisantes

dans le cas d'une SAS ouverte, dans la mesure où les dispositions supplétives ne s'appliquent qu'en cas de silence conventionnel. C'est pourquoi l'ouverture complète de la SAS sur le marché ne peut pas suivre le modèle de la SAS fermée et contractualisée.

Afin d'assurer davantage de sécurité juridique sans pour autant entraver l'exercice de la liberté contractuelle, nous proposons la création d'une catégorie particulière de SAS. Cette catégorie juridique englobera les SAS dont les titres financiers, y compris les actions, sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation, ainsi que les SAS qui procèdent aux offres permises par la loi, à savoir le recours aux placements privés de titres financiers, l'offre d'acquisition ou de souscription aux dirigeants ou aux salariés et le recours au financement participatif. Dans cette perspective, la SAS ouverte pourra conserver, sur certains points précis, un rattachement aux règles régissant la SA cotée. L'avantage de cette catégorisation est de créer une nouvelle classification au sein du régime légal de la SAS, permettant de distinguer, d'une part, la SAS fermée, modèle fondé sur le régime conventionnel, et d'autre part, la SAS ouverte, dont le régime est, sur certains points, rattaché au régime de la SA cotée. Cette distinction contribuera à la clarification du droit.

#### *L'affinement du régime légal de la SAS*

640. L'autonomisation du régime légal de la SAS doit se conjuguer avec certains ajustements du régime légal actuel de la SAS. La règle de l'unanimité ainsi que le régime de la nullité qui ne sont plus adaptés en raison de leur rigidité, constituent des exemples éloquentes en la matière.

§2. Quant au second critère du modèle, celui de *l'imitation ou de l'existence d'un rapport d'échange*, l'étude conduite dans cette thèse a confirmé que *celui-ci existe déjà dans une certaine mesure, mais qu'il pourrait être renforcé suite à l'autonomisation du régime de la SAS*.

641. En effet, la SAS a déjà été un modèle d'imitation tant pour le législateur français que pour le législateur étranger. La structure flexible de la SAS fut une source d'inspiration pour le législateur français, notamment pour réformer le régime de la SA cotée et élaborer le régime de la société européenne. Au-delà du système juridique français, la SAS fut source d'inspiration pour le législateur du Luxembourg qui a importé volontairement l'intégralité du régime de cette société. L'inspiration ainsi que l'emprunt aux règles de la SAS manifestent le

rapport qui existe entre le régime de celle-ci et les autres régimes juridiques. Si le critère du rapport d'échange est déjà, dans une certaine mesure, établi, l'autonomisation effective du régime de la SAS devrait, selon nous, renforcer ce phénomène d'imitation et permettre à la SAS de s'affirmer pleinement comme modèle juridique.

642. **Des obstacles surmontables.-** Il faut reconnaître que le remplacement du régime actuel de la SAS par un régime conventionnel pourrait engendrer certaines difficultés. L'exercice de la liberté contractuelle, à travers la rédaction soignée des statuts et des pactes extra-statutaires, nécessitera une bonne connaissance juridique. Or, nombreux sont les entrepreneurs qui ne la possèdent pas. Ces difficultés pourront toutefois être résolues en complétant le régime légal de la SAS avec des dispositions supplétives. L'application de ces dispositions nous semble d'ailleurs plus efficace et cohérente que l'application des règles empruntées à la SA.

*À l'avenir, la modélisation de la SAS produira, selon nous, deux effets, l'un au niveau interne et l'autre au niveau externe.*

643. Au niveau interne, l'admission d'une « SAS modèle » fondée sur un régime conventionnel conduira à réfléchir à la structure même du droit des sociétés, au contenu de ses catégories juridiques et à leur classification. Le droit des sociétés doit être conçu de manière cohérente afin de répondre aux besoins durables des entreprises. C'est pourquoi, il doit refléter la réalité du marché. L'adaptation du droit des sociétés à cette réalité pourra conduire, d'une part, à supprimer les structures sociétaires qui sont obsolètes et véhiculent une inflation législative inutile, et d'autre part, à adopter une nouvelle *summa divisio* qui prenne en compte la nature conventionnelle ou réglementée du régime juridique des sociétés. Dans cette perspective, les sociétés dont le régime repose sur la liberté contractuelle se classent dans la catégorie des *sociétés contractualisées*. En revanche, les sociétés dont le régime est réglementé et encadré par la loi s'inscrivent dans la catégorie des *sociétés réglementées*. Cette nouvelle *summa divisio* pourrait, au surplus, conduire à supprimer la distinction erronée entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, en incluant par exemple la société civile dans la catégorie des sociétés contractualisées.

644. Au niveau externe, la modélisation de la SAS contribuera à améliorer la visibilité du droit français pour les sociétés en Europe. En effet, la SAS, en tant que modèle fondé sur un

régime conventionnel et innovation spécifique au droit français, sera séduisante pour les systèmes juridiques qui cherchent une structure flexible à même de s'adapter à divers environnements du monde des affaires et de s'implanter dans des systèmes juridiques différents. La circulation du modèle de la SAS aura pour effet de modéliser le droit français des sociétés lui-même.

En définitive, la notion de modèle juridique qui, au premier abord, peut sembler abstraite et difficile à saisir en droit des sociétés, pourrait devenir, grâce à la SAS, concrète. La SAS, œuvre du droit français des sociétés, pourrait encore nous surprendre en raison de sa capacité à vivre une autre aventure, même en dehors du droit des sociétés.

2 septembre 2019

## Propositions de modifications des articles

### Dispositions législatives proposées pour une SAS conventionnelle

Les propositions de modifications sont indiquées en italiques et en caractère gras

*Concernant le chapitre VII du Code de commerce, nous proposons de le subdiviser en 3 sections : la section I viserait les SAS sans offre au public, c'est-à-dire les SAS fermées et contractualisées ; la section II viserait les dispositions supplétives applicables en cas d'absence d'une réglementation conventionnelle ; la section III viserait les SAS avec offre au public, c'est-à-dire les SAS ouvertes et encadrées (ici, on maintient le rattachement aux règles régissant la SA cotée en Bourse).*

Chapitre VII : Des sociétés par actions simplifiées

#### *Section I : Des sociétés par actions simplifiées sans offre au public*

Article	Texte avant la loi Pacte et la loi de simplification	Texte en vigueur	Texte proposé pour la SAS conventionnelle
L. 227-1, al. 1, 2 3 et 4	<p>Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.</p> <p>Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée "associé unique". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective.</p> <p>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 L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243 et du I de l'article L. 233-8, sont</p>	<p>Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.</p> <p>Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée " associé unique ". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective.</p> <p>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 de l'article L. 224-2, du second alinéa de l'article L. 225-14, des articles L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L.</p>	<p>Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.</p> <p>Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée " associé unique ". L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective.</p> <p><b><i>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 de l'article L. 224-2, du second alinéa de l'article</i></b></p>

	<p>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 désignent à cet effet.</p> <p>La société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie tels que définis à l'article 1843-2 du code civil. Les statuts déterminent les modalités de souscription et de répartition de ces actions. Ils fixent également le délai au terme duquel, après leur émission, ces actions font l'objet d'une évaluation dans les conditions prévues à l'article L. 225-8.</p>	<p>225-126, L. 225-243, du I de l'article L. 233-8 et du troisième alinéa de l'article L. 236-6, 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 désignent à cet effet.</p>	<p><del>L. 225-14, des articles L. 225-17 à L. 225-102-2, L. 225-103 à L. 225-126, L. 225-243, du I de l'article L. 233-8 et du troisième alinéa de l'article L. 236-6, 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 désignent à cet effet.</del></p>
<p>L. 227-1, al. 5, 6 et 7</p>	<p>Par dérogation à l'article L. 225-14, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.</p> <p>Lorsque la société est</p>	<p>Par dérogation au premier alinéa de l'article L. 225-14, les futurs associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports n'excède pas la moitié du capital.</p> <p>Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions</p>	<p><i>Lors de la constitution de la société ou de l'augmentation de son capital, les associés peuvent décider à l'unanimité que le recours à un commissaire aux apports ne sera pas obligatoire, lorsque la valeur d'aucun apport en nature n'excède un montant fixé par décret et si la valeur totale de l'ensemble des apports en nature non soumis à l'évaluation d'un commissaire aux apports</i></p>

	<p>constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues au cinquième alinéa du présent article sont réunies ou si l'associé unique, personne physique, exerçant son activité professionnelle en nom propre avant la constitution de la société, y compris sous le régime prévu aux articles L. 526-6 à L. 526-21, apporte des éléments qui figuraient dans le bilan de son dernier exercice.</p> <p>Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.</p>	<p>prévues au cinquième alinéa du présent article sont réunies ou si l'associé unique, personne physique, exerçant son activité professionnelle en nom propre avant la constitution de la société, y compris sous le régime prévu aux articles L. 526-6 à L. 526-21, apporte des éléments qui figuraient dans le bilan de son dernier exercice.</p> <p>Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société.</p> <p>La société par actions simplifiée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.</p>	<p>n'excède pas la moitié du capital.</p> <p>Lorsque la société est constituée par une seule personne, le commissaire aux apports est désigné par l'associé unique. Toutefois le recours à un commissaire aux apports n'est pas obligatoire si les conditions prévues au cinquième alinéa du présent article sont réunies ou si l'associé unique, personne physique, exerçant son activité professionnelle en nom propre avant la constitution de la société, y compris sous le régime prévu aux articles L. 526-6 à L. 526-21, apporte des éléments qui figuraient dans le bilan de son dernier exercice.</p> <p>Lorsqu'il n'y a pas eu de commissaire aux apports ou lorsque la valeur retenue est différente de celle proposée par le commissaire aux apports, les associés sont solidairement responsables pendant cinq</p>
--	--	---	---

	<p>La société par actions simplifiée dont l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence est soumise à des formalités de publicité allégées déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret prévoit les conditions de dispense d'insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.</p>		<p>ans, à l'égard des tiers, de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société <i>ou de l'augmentation du capital.</i></p> <p><i>Inchangé</i></p>
L. 227-2	<p>La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I, au I bis, et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier.</p>	<p>La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. Elle peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I, au I bis, et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier et aux offres adressées aux dirigeants ou aux salariés, et le cas échéant aux anciens salariés, par leur employeur ou par une société liée, dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Dans ce dernier cas, les titres faisant l'objet de ces offres ne peuvent être soumis à des dispositions statutaires spécifiques prises en application des articles L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-16 du présent code.</p>	<p>La société par actions simplifiée ne peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions. <i>Elle — peut néanmoins procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I, au I bis, et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier et aux offres adressées aux dirigeants — ou — aux salariés, et le cas échéant aux anciens salariés, par leur employeur ou par une société liée, dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés</i></p>

			<del>financiers. — Dans — ce dernier cas, les titres faisant l'objet de ces offres ne peuvent être soumis à des dispositions statutaires — spécifiques prises en application des articles L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-16 du présent code.</del>
L.227-2-1	<p>I. — Par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier :</p> <p>1° Les articles L. 225-122 à L. 225-125 sont applicables ;</p> <p>2° Les articles L. 225-96 à L. 225-98 sont applicables ;</p> <p>3° Le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable ;</p> <p>4° La convocation des associés est faite dans les formes et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas</p>	<p>Par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier ou à une offre adressée aux dirigeants ou aux salariés, et le cas échéant aux anciens salariés, par leur employeur ou par une société liée :</p> <p>1° (Abrogé) ;</p> <p>2° Les articles L. 225-96 à L. 225-98 sont applicables ;</p> <p>3° Le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable ;</p> <p>4° La convocation des associés est faite dans les formes et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés.</p> <p>II. — Lorsque la société qui procède à l'offre a pour objet de détenir et de gérer des participations dans une autre société, les dispositions du I</p>	À supprimer

	<p>recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés.</p> <p>II. — Lorsque la société qui procède à l'offre a pour objet de détenir et de gérer des participations dans une autre société, les dispositions du I sont également applicables à la société dans laquelle elle détient des participations.</p>	<p>sont également applicables à la société dans laquelle elle détient des participations.</p>	
L.227-3	<p>La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés.</p>	<p>La décision de transformation en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés.</p>	<i>À supprimer</i>
L.227-4	<p>En cas de réunion en une seule main de toutes les actions d'une société par actions simplifiée, les dispositions de l'article 1844-5 du code civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables.</p>	<b>Inchangé</b>	<i>Inchangé</i>
L.227-5	<p>Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.</p>	<p>Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.</p>	<p>Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est <b>organisée</b>.</p> <p><i>Toute violation des clauses statutaires est nulle.</i></p>
L. 227-6	<p>La société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.</p>	<b>Inchangé</b>	<i>Inchangé</i>

	<p>Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.</p> <p>Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.</p> <p>Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers.</p>		
L.227-7	<p>Lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par actions simplifiée, les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'ils dirigent.</p>	Inchangé	<p>Lorsqu'une personne morale est nommée président ou dirigeant d'une société par actions simplifiée, <i>cette personne morale est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale.</i></p> <p><i>Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt la même responsabilité civile que s'il exerçait cette mission en son nom et pour son compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale</i></p>

			<i>qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur<sup>1032</sup>.</i>
L.227-8	Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants de la société par actions simplifiée.	Inchangé	<p><i>Le président et les dirigeants de la SAS sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables à la SAS, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion, soit du manquement au devoir de loyauté.</i></p> <p>Si plusieurs <i>dirigeants</i> ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage.</p>
L.227-9	<p>Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.</p> <p>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</p>	Inchangé	<p>Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.</p> <p>Toutefois, <i>les décisions concernant l'augmentation, l'amortissement ou la réduction de capital, la fusion, la scission, la dissolution, la transformation en une société d'une autre forme, la nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices</i></p>

<sup>1032</sup> Ce texte s'est inspiré de l'article 500-5 de la loi luxembourgeoise des sociétés.

	<p>annuels et de bénéfiques sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés.</p> <p>Dans les sociétés ne comprenant qu'un seul associé, le rapport de gestion, les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés sont arrêtés par le président. L'associé unique approuve les comptes, après rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice. L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions sont répertoriées dans un registre. Lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence de la société, le dépôt, dans le même délai, au registre du commerce et des sociétés de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre prévu à la phrase précédente le récépissé délivré par le greffe du tribunal de commerce.</p> <p>Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.</p>		<p>sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés.</p> <p>Dans les sociétés ne comprenant qu'un seul associé, le rapport de gestion, les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés sont arrêtés par le président. L'associé unique approuve les comptes, après rapport du commissaire aux comptes s'il en existe un, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice. L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs <i>que partiellement</i>. Ses décisions sont répertoriées dans un registre. Lorsque l'associé unique, personne physique, assume personnellement la présidence de la société, le dépôt, dans le même délai, au registre du commerce et des sociétés de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre prévu à la phrase précédente le récépissé délivré par le greffe du tribunal de commerce.</p> <p>Les décisions prises en violation des dispositions du présent article <i>ou des statuts</i> peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.</p>
L.227-9-1	Les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes	Les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes	<b>Inchangé</b>

	<p>dans les conditions prévues à l'article L. 227-9.</p> <p>Sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les sociétés par actions simplifiées qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants, fixés par décret en Conseil d'État : le total de leur bilan, le montant de leur chiffre d'affaires hors taxe ou le nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice.</p> <p>Sont également tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les sociétés par actions simplifiées qui contrôlent, au sens des II et III de l'article L. 233-16, une ou plusieurs sociétés, ou qui sont contrôlées, au sens des mêmes II et III, par une ou plusieurs sociétés.</p> <p>Même si les conditions prévues aux deux alinéas précédents ne sont pas atteintes, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital.</p>	<p>dans les conditions prévues à l'article L. 227-9.</p> <p>Sont tenues de désigner au moins un commissaire aux comptes les sociétés par actions simplifiées qui dépassent, à la clôture d'un exercice social, deux des seuils suivants, fixés par décret : le total de leur bilan, le montant de leur chiffre d'affaires hors taxe ou le nombre moyen de leurs salariés au cours de l'exercice.</p> <p>Même si les conditions prévues au deuxième alinéa ne sont pas atteintes, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital.</p> <p>Lorsque les conditions prévues au deuxième alinéa du présent article ne sont pas atteintes, un commissaire aux comptes peut être nommé pour faire application du second alinéa de l'article L. 225-146.</p> <p>Sont également tenues de désigner un commissaire aux comptes, pour un mandat de trois exercices, les sociétés dont un ou plusieurs associés représentant au moins le tiers du capital en font la demande motivée auprès de la société.</p>	
L.227-10	Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou	<b>Inchangé</b>	<i>Inchangé</i>

	<p>par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.</p> <p>Les associés statuent sur ce rapport.</p> <p>Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société.</p> <p>Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant, son associé unique ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.</p>		
L.227-11	L'article L. 227-10 n'est pas applicable aux conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales.	Inchangé	
L.227-12	Les interdictions prévues à l'article L. 225-43 s'appliquent, dans les conditions déterminées par cet article, au président et aux dirigeants de la société.	Inchangé	À peine de nullité du contrat, il est interdit <b><i>aux président et aux dirigeants personnes physiques</i></b> de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement,

			<p>ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.</p> <p>Toutefois, si la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales.</p> <p><b>Lorsque le président ou les dirigeants sont des personnes morales, les mêmes interdictions</b> s'appliquent au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents <b>de cette personne morale</b>. Elle s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée.</p>
L.227-13	Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans.	Inchangé	<b>Inchangé</b>
L.227-14	Les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société.	Inchangé	Les statuts peuvent soumettre tout <b>transfert</b> d'actions à l'agrément préalable de la société.
L.227-15	Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle.	Inchangé	Toute cession effectuée en violation <b>de toute clause statutaire</b> est nulle.
L.227-16	<p>Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions.</p> <p>Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession.</p>	Inchangé	<b>Inchangé</b>

L.227-17	<p>Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure.</p> <p>Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution.</p>	Inchangé	<i>Inchangé</i>
L.227-18	<p>Si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause introduite en application des articles L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.</p> <p>Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler.</p>	Inchangé	<p>Si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause introduite en application des articles L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17, <b><i>ou une autre clause prévue par les statuts</i></b>, ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.</p> <p>Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler.</p>
L.227-19	Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés.	<p>Les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés.</p> <p>Les clauses statutaires mentionnées aux articles L. 227-14 et L. 227-16 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une</p>	Les clauses statutaires visées <b><i>aux articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts.</i></b>

		décision prise collectivement par les associés dans les conditions et formes prévues par les statuts.	
L. 227-20	Les articles L. 227-13 à L. 227-19 ne sont pas applicables aux sociétés ne comprenant qu'un seul associé.	Inchangé	<i>Inchangé</i>

***Section II : Des dispositions supplétives applicables aux sociétés par actions simplifiées***

***Nous formulons ici deux suggestions :***

***soit faire référence aux règles régissant la SA en utilisant le formule suivante « sauf dispositions statutaires contraires, les règles régissant la SA sont applicables à la SAS... »,***

***soit créer les dispositions supplétives particulières à la SAS.***

***Section III : Des sociétés par actions simplifiées avec offre au public***

***L. 227- 21 : La société par actions simplifiée peut procéder à une offre au public de titres financiers ou à l'admission aux négociations sur un marché réglementé de ses actions.***

***Dans ce cas, les règles concernant la SA dont les actions sont admises sur un marché réglementé sont applicables à la SAS.***

***L. 227-22 :*** La SAS peut ***seulement*** procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I, au I bis, et au II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier et aux offres adressées aux dirigeants ou aux salariés, et le cas échéant aux anciens salariés, par leur employeur ou par une société liée, dans les conditions fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers. Dans ce dernier cas, les titres faisant l'objet de ces offres ne peuvent être soumis à des dispositions statutaires spécifiques prises en application des articles L. 227-13, L. 227-14 et L. 227-16 du présent code.

***L. 227- 23 :*** Par dérogation aux articles L. 227-1 et L. 227-9, lorsqu'une société par actions simplifiée procède à une offre définie au I bis de l'article L. 411-2 du code monétaire et financier ou à une offre adressée aux dirigeants ou aux salariés, et le cas échéant aux anciens salariés, par leur employeur ou par une société liée :

1° (Abrogé) ;

2° Les articles L. 225-96 à L. 225-98 sont applicables ;

3° Le troisième alinéa de l'article L. 225-105 est applicable ;

4° La convocation des associés est faite dans les formes et délais fixés par décret en Conseil d'Etat. Toute assemblée irrégulièrement convoquée peut être annulée. Toutefois, l'action en nullité n'est pas recevable lorsque tous les actionnaires étaient présents ou représentés.

II. – Lorsque la société qui procède à l'offre a pour objet de détenir et de gérer des participations dans une autre société, les dispositions du I sont également applicables à la société dans laquelle elle détient des participations.



## Conseils pratiques pour mieux rédiger les statuts d'une SAS

### Eviter les formules trompeuses.

#### Direction

- Lorsque la SAS opte pour un conseil d'administration, préciser dans les statuts le rôle donné à ce conseil et si l'administrateur est dirigeant ou non.
- Détermination de l'organe compétent pour nommer le président ainsi que l'organe compétent pour sa révocation.
- En cas d'admission des titres de créance (la SAS n'est pas tenue à l'obligation d'information)
- Préciser les modalités d'organisation de l'administration et de la direction de la SAS, les associés doivent stipuler les obligations permettant d'assurer les droits des associés.
- Préciser les sanctions de la violation des dispositions statutaires.
- En ce qui concerne la responsabilité des associés à l'égard des tiers en cas de comportement des dirigeants dépassant l'objet social, prévoir dans les statuts la nécessité du contrôle des associés *a posteriori* des décisions du dirigeant.

#### Décisions collectives

- Déterminer les opérations visées par les décisions collectives.
- Préciser les modalités de prise des décisions.
- Déterminer l'organe compétent pour organiser une consultation.
- Déterminer le quorum exigé pour la prise de décision.

#### Clause d'inaliénabilité

- Prévoir dans les statuts de la clause d'inaliénabilité.
- Préciser la durée (elle ne doit pas excéder 10 ans) en précisant le point de départ de celle-ci.
- Préciser les cas où il convient de lever les clauses : 1. afin d'éviter les situations de blocage. 2. quand elles deviennent inutiles au regard de l'évolution de l'actionnariat.

- Prévoir la portée exacte du terme « aliénation » afin de désamorcer toute contestation. Par exemple envisager que la clause soit applicable à toutes les hypothèses de transfert de propriété des titres (vente, apport en société, prêt de consommation, échange, transmission universelle du patrimoine résultant d'une fusion), ou réservée à certaines hypothèses.

### **Clause d'agrément**

- Indiquer l'organe compétent pour statuer l'agrément.
- Les rédacteurs des statuts doivent mentionner dans ceux-ci expressément l'opération concernée par la clause d'agrément (domaine d'application de la clause d'agrément).
- Déterminer la procédure d'agrément.
- Préciser le délai dans lequel l'agrément doit être exercé.
- Déterminer les conditions de retrait d'un associé auquel l'agrément est refusé.
- Préciser comment calculer le prix de cession en cas de refus d'agrément.

### **Droit d'information**

- Préciser les organes compétents chargés de communiquer les informations aux associés.
- Préciser le type de la communication : orale ou écrite.
- Préciser les conditions d'accès aux informations :
  - bénéficiaires de ce droit à l'information. Ex. détenteurs d'un certain nombre d'actions.
  - délais de l'exercice du droit d'information, délai d'expiration.
- Préciser la façon de répondre à une question (par écrit ou non, en présence ou par correspondance).
- Prévoir l'organisation d'une réunion de travail entre le dirigeant et les associés pour leur communiquer les informations et préciser un plan d'action.
- Préciser la délimitation des informations considérant un secret des affaires (cela peut permettre de refuser de communiquer certaines informations).

## Autres

- Les associés peuvent prévoir que l'article L.227-18 sera applicable à toute clause statutaire en déterminant d'une manière supplétive la mise en œuvre de l'article 1843-4 du Code civil.



# BIBLIOGRAPHIE

## I. DOCUMENTS DE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

### 1. Règlements

- **Règl. (UE) n° 2017/1129** du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation sur un marché réglementé, et abrogeant la directive 2003/71/CE, JOUE n° L168, 30 juin 2017, p. 12.
- **Règl. (CE) n° 2157/2001** relatif au statut de la société européenne (SE), JOCE, 10 nov. 2001, I. 294/1.
- **Règl. (CE) n° 2157/2001** du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), JOUE n° L 294 du 10 nov. 2001, p. 1.

### 2. Directives

- **Dir. n° 2015/849/UE** du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, JOUE n° L.141/73, 5 juin 2015.
- **Dir. n° 2014/59/UE** du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 1093/2010 et (UE) n° 648/2012, JOUE n° L 173, 12 juin 2014, p. 190.
- **Dir. n° 2013/34/UE** du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, JOUE n° L 182, 29 juin 2013, p. 19.
- **Dir. n° 2012/30/UE** du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, JOUE n° L 315, 14 nov. 2012, p. 74.
- **Dir. n° 2011/35/UE** du Parlement européen et du Conseil du 5 avr. 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes, JOUE n° L 110, 29 avr. 2011, p. 1.
- **Dir. n° 2010/73/UE** du 24 nov. 2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 nov. 2010 modifiant la directive n° 2003/71/CE concernant le prospectus à publier en cas d'offre au

public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, *JOUE*, n° L. 327/1, 11 déc. 2010.

- **Dir. n° 2009/101/CE** du Parlement européen et du Conseil du 16 sept. 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *JOUE* n° L 258, 1<sup>er</sup> oct, 2009, p. 11.

- **Dir. n° 2006/43/CE** du Parlement et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE, et abrogeant la directive 84/253/CEE du 10 avril 1984, *JOUE*, L. 157, 9 juin 2006, p. 87.

- **Dir. n° 2005/56/CE** du Parlement européen et du Conseil du 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *JOUE* n° L 310, 25 nov. 2005, p. 1.

- **Dir. n° 2004/39/CE** du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, *JOUE* n° L 145, 30 avr. 2004, p. 1.

- **Dir. n° 2003/71/CE** du Parlement européen et du Conseil du 4 nov. 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant la directive n° 2001/34, *JOUE*, 31 déc. 2003, n° L. 345, p. 64.

- **Dir. n° 2003/58/CE** du Parlement européen et du Conseil, 15 juill. 2003, modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés, *JOUE*, n° L 221, 4 sept. 2003, p. 13.

- **Dir. n° 92/101/CEE** du Conseil du 23 nov. 1992 modifiant la directive 77/91/CEE concernant la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *JOCE* n° L 347, 28 nov. 1992, p. 64.

- **Dir. n° 90/435/CEE** du Conseil, du 23 juillet 1990, *JOCE*, n° L 225, 20 août 1990, p. 6.

- **Dir. n° 89/666/CEE** du Conseil du 21 déc. 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un État membre par certaines formes de société relevant du droit d'un autre État, *JOCE* n° L 395, 30 déc. 1989, p. 36.

- **Dir. n° 78/855/CEE**, 9 oct. 1978 du Conseil fondé sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les fusions des sociétés anonymes *JOCE*, L.295/36, 20 oct. 1978. Cette directive est abrogée et codifiée par la directive n° 2011/35/UE du 5 avril 2011 (devenue la directive n° 2011/35/UE, 5 avril 2011).

- **Dir. n° 82/891 du Conseil**, 17 déc. 1982, *JOCE*, n° L 378, 31 déc. 1982 (modifiée par la directive n° 2014/59/UE du Parlement européen et le Conseil du 15 mai 2014, *JOUE* n° L 173, 12 juin 2014, p. 190.

- **Dir. n° 78/855 du Conseil**, 9 oct. 1978, *JOCE*, n° L 295, 20 oct. 1978 (devenue la directive n° 2011/35/UE, 5 avril 2011).

- **Dir. n° 78/660 du Conseil**, 25 juill. 1978 fondée sur l'article 54 paragraphe 3 sous g) du traité et concernant les comptes annuels de certaines formes des sociétés, *JOCE*, n° L 222, 14 août 1978.

- **Dir. n° 77/91 du Conseil**, 13 déc. 1976, *JOCE* n° L 26, 31 janv. 1977 (refondue par la directive n° 2012/30/UE du 25 octobre 2012, *JOUE*, n° L.315, 14 nov. 2012, p. 74)

- **Dir. n° 68/151 du Conseil**, 9 mars 1968 tenant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58

deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JOCE, L.65/8, 14 mars 1968.

## II. DOCUMENTS DE DROIT FRANÇAIS

### 1. Codes, lois, ordonnances, décrets et règlements

#### 1.1. Codes

- Code civil, Dalloz, 2018.
- Code de commerce, 1807.
- Code de commerce, 2000
- Code de commerce, Dalloz, 2019.
- Code général des impôts, Dalloz, 2019.
- Code pénal, Dalloz, 2019.
- Code monétaire et financier, Dalloz, 2019

#### 1.2. Lois

- **Loi n° 2019-744 du 19 juillet 2019** de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, *JORF*, n° 0167, 20 juillet 2019, texte n° 1.
- **Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019** relative à la croissance et la transformation des entreprises, *JORF*, n° 0119, 23 mai 2019, texte n° 2.
- **Loi n° 2017- 399 du 27 mars 2017** relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises, *JORF*, n°0074, 28 mars 2017, texte n° 1.
- **Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016** relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF*, n° 0287, 10 déc. 2016, texte n° 2.
- **Loi n° 2014-1545, 20 déc. 2014** portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, *JORF*, n°0302, 31 déc. 2014, p. 23238.
- la criminalité, *JORF*, n° 59, 10 mars 2004, p. 4567, texte n° 1.
- **Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012** relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF*, n° 0071, 23 mars 2012, p. 5226, texte n° 1.
- **Loi n° 2012-354 du 14 mars 2012** de finance rectificative, *JORF*, n°0064, 15 mars 2012, p. 4690, texte n° 1.
- **Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011** de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF*, n° 0115, 18 mai 2011, p. 8527, texte n°1.
- **Loi n° 2008-776 du 4 août 2008** de modernisation de l'économie, *JORF*, n°0181, 5 août 2008, p. 12471, texte n°1.
- **Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004** portant adaptation de la justice aux évolutions de criminalité, *JORF*, n° 59, 10 mars 2004, p. 4567.
- **Loi n° 2003-311 du 30 décembre 2003** de finances pour 2004, *JORF*, n°302, 31 décembre 2003, p. 22530, texte n° 1.

- **Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001** relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF*, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776, texte n° 2.
- **Loi n° 99-587, 12 juillet 1999** sur l'innovation et la recherche, *JORF*, n°160, 13 juill. 1999, p. 10396.
- **Loi n° 98-546, 2 juillet 1998** relative aux diverses dispositions d'ordre économique et social, *JORF*, n°152, 3 juillet 1998, p.10127.
- **Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994** instituant la société par actions simplifiée, *JORF*, n°2 du 4 janv.1994, p. 129
- **Loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993** de finances rectificative pour 1993, *JORF*, 31 décembre 1993, p. 18521.
- **Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978** modifiant le titre IX du livre III du code civil, *JORF*, 5 janv. 1978, p.177.
- **Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966** sur les sociétés commerciales, *JORF*. 26 juill. 1966, p. 6402.
- **Loi du 24 juillet 1867** sur les sociétés commerciales, *Recueil Duvergier*, p. 241.
- **Loi du 23 mai 1863** sur les sociétés à responsabilité limitée, *en ligne*.
- **Loi des 17-23 juillet 1856** sur la commandite par actions, *en ligne*.

### 1.3. Ordonnances

- **Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017** relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF*, n°0223, 23 sept. 2017, texte n° 31
- **Ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017** portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, *JORF*, n°0106, 5 mai 2017, texte n° 89.
- **Ordonnance n° 2015-1127 du 10 sept. 2015** portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF*, n° 0210, 11 sept. 2015, p. 15851, n° 6.
- **Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014** relative aux financements participatif, *JORF*, n° 0125, 31 mai 2014, p. 9075, texte n° 14.
- **Ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009** relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière, *JORF*, n° 0019, 23 janv. 2009, p. 1431 texte n° 14.
- **Ordonnance n° 2008-1145 du 6 novembre 2008** relative aux actions de préférence, *JORF*, n° 0260, 7 nov. 2008, p. 17070, texte n° 31.
- **Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004** portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, *JORF*, n° 147, 26 juin 2004, p. 0, texte n° 11.
- **Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004** portant sur une simplification du droit et des formalités pour les entreprises, *JORF*, n° 74, 27 mars 2004, p. 5871, texte n° 15.

#### 1.4. Décrets

- **Décret n° 2018-284 du 18 avril 2018** renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, *JORF*, n°0092, 20 avr. 2018, texte n° 28.
- **Décret n°2009-1036 du 25 août 2009** relatif à l'exercice en commun des professions paramédicales sous forme de société d'exercice libéral, *JORF*, n°0198, 28 août 2009, p. 14241, texte n° 30.
- **Décret n°2209-134 du 25 février 2009** portant diverses mesures destinées à simplifier le fonctionnement de certaines formes de société et pris en application des articles 56 et 59 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF*, n° 0049, 27 févr. 2009, p. 3488, texte n° 26.
- **Décret n°2004-852 du 23 août 2004** pris pour l'application à la profession d'avocat du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n° 197, 25 août 2004, p. 15229, texte n° 17.
- **Décret n° 93-492 du 25 mars 1993** pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n°73, 27 mars 1993, p. 4930.
- **Décret n° 93-78 du 13 janvier 1993** pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, *JORF*, n°17, 21 janvier 1993, p.1061.
- **Décret n° 67-236 du 23 mars 1967** sur les sociétés commerciales, *JORF*, 24 mars 1967, p. 2841.

#### 1.5. Règlements

- Règlement Général de l'AMF.

## **2. Documents officiels français**

### 2.1. Rapports

- Rapp. AN, n° 1088, Projet de loi relatif à la croissance et à la transformation des entreprises, présenté par E. Philippe et B. Lemaire, 19 juin 2018.
- Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 sep. 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF*, n° 0210 du 11 septembre 2015, p. 15850, n° 5.
- Rapp. AN, n°258, p. 14, Rapp. Sénat. N° 35, p. 31; *JO Sénat* CR 22 oct. 1993, p. 3360 ; *JO AN* CR 23 nov. 1993, p. 6141.
- Rapp. AN, n° 1642, Doc. J.-P. Bert. 1999.
- Rapp. Marini, La modernisation du droit des sociétés, rapport remis au Premier ministre de Philippe Marini, La documentation française, juillet 1996.

- Rapp. n° 35, présenté par É. Dailly, fait au nom de la commission des lois, déposé le 14 octobre 1993

### 2.2. Avis

- Avis n° 2309 du 30 mars 2000 rendu par le député M. André Vallini au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sur le projet de loi traitant des nouvelles régulations économiques, art. 69

### 2.3. Propositions de lois

- Proposition de la loi Sénat, 19 janv. 2004, n° 152, session ordinaire 2003-2004

### 2.4. Amendements

- Amendement de G. Gengenwin, *JOAN (CR)*, 2<sup>e</sup> séance, 4 juin 1999, p. 5423

### 2.5. Questions et réponses ministérielles

- Rép. min., Justice, n° 41883, *JOAN*, 2 mai 2017.

- Rép. min., n° 64891, *JOAN*, 12 juill. 2005, p. 6933 ; *D.* 2005. Act. lég. 1935.

- Rep. min., justice, *JO Sénat Q*, 19 déc. 2002, p. 3165. V, ROBE, Jean-Philippe, « Des délégations de pouvoirs dans les SAS. Remarques sur quelques arrêts récents », in *Semaine Sociale Lamy*, n°1459, 2010, p. 1.

- Rép. min., n° 1343: *JOAN Q*, 2 déc. 2002, p. 4663; *D.* 2002. 3323.

- Rép. min., n° 35521: *JO Sénat Q*, 28 mars 2002, p. 932; *D.* 2002. 1251; *RTD com.* 2002. 310, obs. Champaud et Danet; *RTD com.*, p. 327, obs. Chazal et Reinhard.

- Rép. min., à QE n° 39477, *JOAN Q*. 13 nov. 2000, p. 6466.

- Rép. min., n° 18827 : *JO Sénat Q*. 6 janvier 2000.p.58.

- Rép. min. Justice à G. Trémège, dép., *JOAN Q*, n° 49, 5 déc. 1994, p. 6074.

- Rép. min., à G. Gantier, *JOAN Q*, 10 oct. 1994, p. 5060, *Deffrénois* 1994.1408.

- Rép. min., n° 19959 (à M. Gérard Trémège), *JOAN Q*, 5 déc. 1994, p. 6074.

### 2.6. Autre documents

- Doc., parl., ch., cess. Ord., 2009-10, n° 52-2011/001, p. 3

- Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 sep. 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées, *JORF*, n° 0210 du 11 septembre 2015, p. 15850, n° 5.

- Rapp. public, Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », La documentation française, 2006, p. 281.

### ***3. Avis et notes de l'ANSA, de la CCI, de la CNCC, du CNPF, et du CCRCS***

#### ***3.1. Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA)***

- ANSA, Comité juridique, 6 juin 2012, n° 12-041.
- ANSA, Comité juridique, 6 mai 2009, n° 09-027.
- ANSA, Comité juridique, 7 fév. 2001, n° 3089.
- ANSA, Comité juridique, 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 546.
- ANSA, Comité juridique du 1<sup>er</sup> déc. 1999, n° 542.
- ANSA, Comité juridique, 4 mars 1998, n° 459.
- ANSA, Comité juridique, sept.-oct. 1996, n° 2856.
- ANSA, Comité juridique, nov- déc 1995, n° 2803.
- ANSA, Comité juridique, 7 juill. 1995, n° 347.
- ANSA, Comité juridique, nov- déc 1993, n° 2677.

#### ***3.2. Chambre de Commerce et de l'Industrie (CCI)***

- « Vers une diminution du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes fermées », Réponse de la CCI Paris à une consultation de la Chancellerie, mars 2015.
- « Pour une réforme du droit de la société anonyme non cotée », Rapport présenté par M. J. COURTIÈRE au nom de la commission juridique, CCI Paris, 23 oct. 2003.

#### ***3.3. Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC)***

- CNCC, *La société par actions simplifiées*, étude juridique avec la collaboration de Jean Paillusseau, CNCC, 2002, p.10.

#### ***3.4. Conseil National du Patronat français (CNPF)***

- Rapp. du groupe de travail présidé par Bernard Field, « La société anonyme simplifiée. Structure des rapprochements d'entreprises », CNPF, oct. 1990, p. 3 et s.

#### ***3.5. Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés (CCRCS)***

- CCRCS, avis n° 2012-031, 26 septembre et 25 octobre 2012, *BJS*, 2013, p. 84, obs. V. Doucède et P. Etain ; *RTD com.*, 2013, p. 100, obs. B. Dondero et P. Le Cannu.
- CCRCS, avis n° 99-08 du 10 Février 2009. p. 2.

### 3.6. Autre

- AMF, « Synthèse des réponses à la consultation publique portant sur le projet de règlement général permettant la mise en place sur le marché réglementé d'un compartiment destiné aux admissions sans offre préalable au public », publié le 1 oct. 2007
- Avis n° 99-71 du comité de coordination du RCS, Bull. RCS 7-8/99, p. 47; BRDA 2000, n° 12, p. 3.
- Rapp. Field, « La société anonyme simplifiée. Structure des rapprochements d'entreprises », CNPF, oct. 1990.

## III. DOCUMENTS DE DROIT COMPARÉ

### *1. Droit luxembourgeois*

- Règlement Grand-Ducal du 5 décembre 2017 portant coordination de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *JO Grand-Duché de Luxembourg*, Mémorial A, n° 1066, 15 déc. 2017.

### *2. Droit belge*

#### 4.1. Lois

- **Loi du 23 mars 2019** introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *MB*, 4 avr. 2019, p. 33239.
- Loi du 15 janvier 2014 portant diverses dispositions en matière de PME, *MB*, 3 févr. 2014, p. 9106.
- **Loi du 12 janvier 2010** modifiant le Code des sociétés et prévoyant des modalités de la société privée à responsabilité limitée " Starter ", *MB*, 26 Janv. 2010 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2010)
- **Loi du 7 mai 1999** relative au code belge des sociétés, *MB*, 06 août 1999, p. 29440.

#### 4.2. Arrêts royaux belges

- AR., 30 janvier 2001 concernant l'exécution du code des sociétés, *MB*, 6 fév. 2001, n° 2001009091, p. 3008.
- AR, 22 juin 2009 concernant les modalités d'inscription des entreprises non commerciales de droit privé dans la Banque – Carrefour des entreprises, in *M.B.*, 31 mai 2010, n° 2009011311, p. 48870.

#### 4.3. Exposé des motifs et Rapports

Doc., parl., ch., cess. Ord., 2009-10, n° 52-2011/001, p. 3 et s.

Rapp. Commission de droit commercial et économique, fait par F. DELPÉRÉE, Chambre des représentants de Belgique, Doc. 54, 1500/001, p. 8.

## IV. DOCTRINE.

### 1. Encyclopédies juridiques, *Mémento*.

#### 1.2. Encyclopédies juridiques et *Mémento*

**AZARIAN (H.)**, « Registre du commerce et des sociétés », Fasc. 105, *J.-Cl. Commercial*, 13 fév. 2013. [Mise à jour le 7 avr. 2017].

**CHARVERIAT (A.)**, **COURET (A.)**, **ZABALA (B.)**, **MERCADAL (B.)**, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, 45<sup>e</sup> éd., Francis Lefebvre, 2019.

**GERMAIN (M.)** et **P.-L.PÉRIN (P.-L.)**,

- « Société par actions simplifiée.- Organisation des pouvoirs. Fonctionnement », Fasc155-20, *J.-Cl. Sociétés Traité*, 5 juill. 2015. [Date de la mise à jour : 22/11/2017].
- « Sociétés par actions simplifiée. - Organisation des rapports entre associés. – Clauses statutaires relatives à la cession d'actions », Fasc. 155-30, *J.-Cl. Com*, 25 Janvier 2016. [Mise à jour : 07/08/2017].

**MESTRE (J.)**, *Lamy sociétés commerciales*, n° 4562, 2008.

**MOULIN (J.-M.)**, *Droit des sociétés et des groupes*, mémentos LMD, 9<sup>ème</sup> éd., 2016.

Groupe Revue fiduciaire, *Mémento de la SAS et de la SASU, juridique, fiscal et social*, groupe revue Fiduciaire, 9<sup>e</sup> éd., 2017.

### 2. *Traité, ouvrages généraux, cours*

#### 2.1. En droit français.

##### - A - B -

**ANDREU (L.)** et **THOMASSIN (N.)**, *Cours de droit des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Gualino, 2018.

**BALENSI (Y.)**, *Les conventions entre les sociétés commerciales et leurs dirigeants*, Economica, 1975.

**BALLOT-LENA (A.)**, *La responsabilité civile en droit des affaires des régimes spéciaux vers un droit commun*, L.G.D.J, Lextenso, 2008.

**BAUDRY-LACANTINERIE (G.)**, *Précis de droit civil- Contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une seconde les questions de détail et les controverses*, t.1, Larose et Forcé, 1882.

**BAUVERT (P.)**, **SIRET (N.)**, *Droit des sociétés et autres groupements*, ESKA, 2000.

**BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012.

**BRETHER DE LA GRESSAYE (G.)** et **LABORDE-LACOSTE (M.)**, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947.

**BRILLAT (M.)** et **GUILLAUD- BATAILLE (S.)**, *La société civile*, Gualino, 2013.

**BURLAUD (A.)**, **BASSAC (V.)** et **ROUAIX (F.)**, *Droit des sociétés et autres groupements d'affaires*, Foucher, Vanves, 2011, p. 298.

**BOUCOURECHLIEV (J.)**, *Pour une SARL européenne*, Litec, 1973.

##### - C -

**CARBONNIER (J.)**

- *Droit civil- Introduction*, 25<sup>e</sup> éd., PUF, 1955.
- *Droit civil*, vol. 2, PUF, 2000.

- *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 2006.
- *Flexible droit*, LGDJ, 7<sup>ème</sup> éd., 1992.
- *Le droit soluble - Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1996.
- *Sociologie juridique*, PUF Quadrige, 1994.

**CASIMIR (J.- P.) et GERMAIN (M.)**, *Dirigeants de sociétés- juridique- fiscal-social*, 5<sup>e</sup> éd., Groupe revue fiduciaire, 2018.

**CHABAS (F.)**, *Leçons de droit civil*, t.1, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 1996.

**COASE (R.-H)**, *Le coût du droit*, Presses universitaires de France, 2000.

**COLLARD (C.) et ROQUILLY (C.)**, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010.

**CONSTANTIN (A.)**, *Cours d'ingénierie juridique*, (non publié), Univ. Rennes I, 2011.

**CORNU (G.)**, *Droit civil, Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrétien, Domat, 7<sup>ème</sup> éd., 1995.

**COURET (A.) et DONDERO (B.)**, *Le bénéficiaire effectif*, 1<sup>e</sup> éd., Joly, 2018.

**COURET (A.) et LE NABASQUE (H.)**, *Droit financier*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2012.

**COUVERT (L.)**, *L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés- Étude de droit comparé Angleterre- Espagne- France*, LGDJ, 2003.

**COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 37<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, 2013.

**COZIAN (M.)**, **VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)**, *Droit des sociétés*, 31<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, 2018.

**CRUCIS (H.-M.)**, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française*, LGDJ, 1991, p. 26 et s.

#### - D -

**DAIGRE (J.-J.)**, « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *LSJ Entreprise et Affaires*, n° 28, 11 juillet 1996, p. 575.

**DAIGRE (J. -J.) et SENTILLES- DUPONT (M.)**, *Pactes d'actionnaires*, GLN. Joly, 1995.

**DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.)**, *Cours de Droit commercial*, V. 1, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1968, § 8, p. 7.

**DE LAENDER (M.-H)**, *Droit des sociétés-Gestion juridique de l'entreprise sociétaire*, Economica, 2018.

**DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

**DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.)**, *Droit commercial - Les sociétés commerciales*, t. 2, Economica, 2011.

**DIDIER (P.)**, *Droit commercial*, 3<sup>e</sup> éd. T.1, PUF, 1999, p. 12.

**DIEUX (X.)**, *Droit, moral et marché*, Bruylant, 2013

**DUQUESNE (F.)**, *Droit des sociétés commerciales*, 4<sup>e</sup> éd., Larcier, 2017.

#### - F - G -

**FAGES (B.)**, « Etude les parties contractantes et les tiers absolus », *Lamy Droit du contrat*, n° 305-7.

**GENY (F.)**, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, p. XVIII.

**GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.)**, *Traité de droit commercial de G. Ripert et R. Roblot, Les sociétés commerciales*, t. 2, L.G.D.J., 22<sup>e</sup> éd., 2017.

**GERMAIN (M.)**, *Traité de droit commercial*, t.1, Vol. 2, 19<sup>e</sup> éd, Litec, 2009.

**GHESTIN (J.)**, *RTD civ.* 1994, p. 777, n° 9.

**GUTMANN (D.)**, *Droit fiscal des affaires*, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2018.

**GUYON (Y.)**

- *Droit des affaires, Droit commercial général et Sociétés*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd., Économica, 2003.
- *Traité des contrats. Sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 2002.
- *L'inaliénabilité en droit commercial*, Litec, 1997.

- H - J -

**HAMEL (J.) et LAGARDE (G.)**, *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954.

**HEMARD (J.), TERRE (F.) et MABILAT (P.)**, *Sociétés commerciales*, Dalloz, t. 2, 1979.

**JANKOWSKI (P.)**, *Cette vilaine affaire Stavisky : histoire d'un scandale politique*, traduit par Hersant (P.), Paris, Fayard, 2000.

**HILAIRE (J.)**, *Introduction historique au droit commercial*, Presses universitaires de France, 1986.

- K - L -

**KIRAT(T.)**, *Economie du droit*, La Découverte, 1999.

**LE CANNU (P.)**

- *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 2003.
- *Existe-t-il une société de droit commun ? - Dialogues avec M. Jeantin*, Dalloz, 1999.

**LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**, *Droit des sociétés*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2018.

**LEBEAU (M.)**, *De l'interprétation stricte des lois, essai de méthodologie*, Defrénois, 2012.

- M -

**MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.)**, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2008.

**MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.)**, *Droit des obligations*, Defrénois, coll. *Droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., 2016.

**MAGNIER (V.)**,

- *Droit des sociétés*, 5<sup>e</sup> éd, Dalloz, 2011.
- *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, LGDJ, 1999.

**MAINGUY(D.)**, *Contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018

**MERLE (Ph.)**,

- *Droit commercial, sociétés commerciales*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018-2019.  
**MOUSSERON (P.)**, *Les conventions sociétaires*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

- P -

**PACLOT (Y.)**, « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux », *LSJ*, n° 21, 24 mai 2006, I. 142.  
**PÉRÈS – DOURDOU (C.)**, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004.  
**PIAZZON (T.)**, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009.

- R –

**RÉMY (D.)**, *Légistique. L'art de faire les lois*, Romillat, 1994.  
**RIPERT (G.)**,  
- *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949.  
- *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951.  
**RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)**  
- *Traité de droit commercial*, T. 1, V. 2. LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2002.  
- *Traité de droit des affaires*, T.2, (les sociétés commerciales), 22<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017.  
**ROBLOT (R.)**, *Les sociétés commerciales, commentaire de la loi du 24 juillet 1966*, LGDJ, 1968.  
**ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1951.  
**ROZÈS (J.- B.)**, *La responsabilité des dirigeants, connaître l'essentiel*, Afnor, 2012.

- S - V –

**SALEILLES (R.)**, *De la personnalité juridique*, La mémoire du Droit, 1910.  
**SCHILLER (S.)**, *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés, les connexions radicales*, LGDJ, 2002.  
**SCHMIDT (D.)**, *Les conflits d'intérêt dans la société anonyme*, Joly, 2004.  
**VELARDOCCHIO- FLORES (D.)**, *Les accords extra-statutaires entre associés*, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 1993.  
**VIANDIER (A.)**, *La notion d'associé*, Librairie générale de droit de la jurisprudence, 1978.  
**VIDAL (D.) et LUCIANO (K.)**, *Cours de droit spécial des sociétés*, 2<sup>ème</sup> éd., Lextenso, 2016, § 721, p. 186.

2.2. En droit comparé.

- B - D-

**BOKOLOMBE (B.)**, *L'influence du modèle juridique français en Afrique- Cas de la réception du Code civil en République démocratique du Congo*, L'Harmattan, 2016.

**BOUABDALAH (S.)**, *La réception du modèle français en droit civil belge- Exemple d'un transfert de droit*, Bruylant, 2014.

**DIEUX (X.)**, *Droit, moral et marché*, Bruylant, 2013

## G - M

**GEENS (K.)**, *Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht*, Larcier, 2014.

**MALHERBE (J.)**, **DE CORDT (Y.)**, **LAMBRECHT (P.)** et **MALHERBE (P.)**, *Droit des sociétés précises, Droit européen, Droit belge*, 4<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2011.

## R - S

**RAISER (T.)** et **VEIL (R.)**, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5 éd. 2010.

**SCHOLASTIQUE (E.)**, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés – Droit français et anglais*, LGDJ, 1998

### 2.3. En Histoire du droit

**BOUSSONADE (G.)**, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire*, Tokyo, XXIII<sup>e</sup>, 1890, Hachette Livre BNF, 2016.

**Code Justinien (534)** composant le premier titre du livre.

**DE LOCRÉ (J.)**, *Esprit du Code de commerce*, Dufour, 1829.

**FENET (G.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1827, t.6, p. 42.

**HUMMEL (J.)**, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, PUF, 2002.

**LOCRE (J.-G.)**, *Esprit du Code de commerce*, Garnery, 1807, T. 1, p. 5.

**VASSEUR (M.)**, *Les sociétés en commandite par actions, commentaire de la loi du 17 juillet 1856*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1856.

**VINCENS**, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de commerce*, 1821, p. XIV.

## 3. Thèses et Ouvrages spéciaux.

### 3.1. Thèses et mémoires

#### 3.1.1. Thèses françaises

**GUEGAN (E.)**, *Essai de réforme des nullités des décisions collectives*, Thèse, Univ. Rennes I, 2016.

**HEINICH (J.)**, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, Thèse, Univ. Aix – Marseille, 2015

**IBRAHIM (A.-L.)**, *La nullité des décisions sociales*, Thèse, Univ. Rennes I, 2014.

**LASSERRE- KIESOW (V.)**, *La technique législative – Etude sur les Codes civils français et allemand*, Thèse, Univ. Panthéon – Assas, 2000, t. 2, p. 261.

**LE GOFF (A.)**, *Les risques de la société par actions simplifiée*, Thèse, Univ. Rennes1, 2004.

**LE RUYET (A.)**, *L'agrément en droit des sociétés- contribution à une simplification du Droit*, Thèse, Univ. Rennes1, 2017.

**MURTADA (S.)**, *Modélisation et accès à la connaissance du droit de la responsabilité civile et pénale du chef d'entreprise*, Thèse, Univ. Lille III, 2004.

**ROBERT- CADET (I.)**, *Les nullités en droit des sociétés*, Thèse, Univ. Lyon, 2000.

**ROUZEAU (L.)**, *La société par actions simplifiées, vecteur de transformation du droit des sociétés*, Thèse, Univ. Paris V, 2002.

**RUELLAN (F.-X.)**, *La politique du législateur en droit des sociétés : un instrument de développement économique*, Thèse, Univ. Rennes 1, 2011.

**SCHRYVE (L.)**, *L'ordre public et le droit de sociétés*, Thèse, Univ. Lille II, 2009.

**TERMBLAY (C.)**, *L'apport de la modélisation des connaissances à la codification et à la simplification des textes normatifs- Analyse sémantico- syntaxique des textes normatifs ou la linguistique générale au service du droit*, Thèse, Univ. Panthéon – Assas, 2002.

**TERRASSON DE FOUGERES (A.)**, *Le modèle dans le droit de la famille : Notion et fonction*, Thèse, Univ. Panthéon–Assas, 1994.

**VAISSE (S.)**, *La loi de la majorité dans la SA*, Thèse, Paris, 1967.

### 3.1.2. Thèses et mémoires en droit comparé

**D'ANJOU (Ph.)**, *Le choix des dispositions législatives en droit des sociétés par actions à la lumière d'une étude fondée sur l'analyse économique du droit*, Thèse, Univ. Laval, 2017.

**MARESCEAU (K.)**, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen binnen de EU en regelgevende competitie op het vlak van het vennootschapsrecht*, Thèse, Univ. Gent, 2013.

**TORTELLIER (N.)**, *Étude comparée entre les sociétés fermées à risque limitée de droit français et hongkongais- Contribution à la réflexion sur la simplification du droit français des sociétés*, Thèse, Univ. Rennes1, 2016.

**VAN DRIESSCHE (L.)**, *Flexible rechtsvormen (competitie tussen besloten vennootschapsvormen in E. U., V.S en offshorccentra)*, Mémoire sous la direction : H. DE WULF, Univ. Gent, 2009-2010.

### 3.2. Ouvrages spéciaux

- A - C -

**ATTAR (F.) et TOURNU (O.)**, *La société par actions simplifiée*, Puits Fleuri, 2000.

**AZARIAN (H.)**, *La société par actions simplifiée – création, fonctionnement, évolution*, 4<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis, 2016.

**CHARVÉRIAT (A.) et COURET (A.)**,

- *La société par actions simplifiée, Nouveaux atouts après la loi « nouvelles régulations économiques »*, Francis Lefebvre, Dossier pratique, 3<sup>e</sup> éd., 2001.
- *Société par actions simplifiée, nouveau régime*, Francis Lefebvre, 1999.

**- D - F -**

**DOM (J.-P.), E. BACCICHETTI (E.), COLLIN (F.) et GOULARD (N.),** *Société par actions simplifiée, dossiers pratiques*, Francis Lefebvre, 2007.

**- G - M -**

**GERMAIN (M.) et PÉRIN (P.-L.),** *La société par actions simplifiée- Études – Formules*, 6<sup>e</sup> éd., Joly, 2013.

**GODON (L.),** *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014.

**MASQUELIER (F.) et DE KERGUNIC (N.-S.),** *Société par actions simplifiée, création, gestion, évaluation*, 5<sup>e</sup> éd, Delmas, 2007.

**- P - V -**

**PERIN (P.-L.),** *La société par actions simplifiée*, Joly, 3<sup>e</sup> éd., 2008.

**UETTWILLER (J.-J.) et LARRIVÉ (P.),** *Guide de rédaction des statuts de la SAS*, EFE, 1995.

**VIDAL (D.),** *La société par actions simplifiée*. Commentaire de la loi 94-1 du 3 janvier 1994, Montchrestien, 1994, § 175, p. 66.

**4. Ouvrages collectifs**

**BRAECKMAN (H.), CAPRASSE (O.) et al.,** *La modernisation du droit des sociétés*, Brulant, 2014.

**BOUCHER (J.),** *Livre du Centenaire du Code civil*, Presses de l'université de Montréal, 1970.

**BOUCOURECHLIEV (J.) (dir.),** *Propositions pour une société fermée européenne*, ouv. col., Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997.

**BOURASSIN (M.) et REVEL (J.) (dir.),** *Réforme du droit civil et vie des affaires*, Dalloz, 2014.

**- C -**

**CADIET (L.) (org.),** *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universités de Rennes, L'Univers des Normes, 2007, p. 142.

**CREDA,** *Propositions pour une société fermée européenne*, Office des publications officielles des communautés européennes, 1997.

**COURET (A.), LE CANNU (P.) (dir.),** *Société par actions simplifiée*, GLN Joly, 1994.

**CONAC (P.-H.), URBAIN-PARLEANI (I.) (dir.),** *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018.

**CONAC (P-H.), URBAIN-PARLEANI (I.) (dir.),** *La société par actions simplifiées - Bilan et perspectives*, Dalloz, 2016.

**CHAMPAUD (C.) (dir.),** *L'entreprise dans la société du 21<sup>e</sup> siècle*, Larcier, 2013.

**- D -**

**DU BOIS DE GAUDUSSON (J.) et FERRAND (F.) (dir.),** *La concurrence des systèmes juridiques*, Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2008.

**DOAT (M.), Le Goff (J.), Pedrot (P.) (dir.),** *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses Universités de Rennes, L'Univers des Normes, 2007.

**DELEBECQUE (P.) (dir.),** *La SAS, les pactes d'actionnaires*, GLN Joly, 1994.

**DE CORDT (Y.), NAVEZ (E.) (dir.),** *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européenne*, Bruylant, 2014.

**- H - I - J -**

**Hachez (I.), Cartuyvels (Y.), et al. (dir.),** *Les sources du droit revisitées*, Vol. 2, Anthemis, 2012.

**HAMMJE (D.-P.), JANICOT (L.) et NADAL (S.) (dir.),** *L'efficacité de l'acte normatif-nouvelle norme, nouvelles normatives*, Université de Cergy-Pontoise / LEJEP, 2013.

**Institut de droit des affaires,** *La filiale commune : moyen de collaboration entre sociétés et groupes des sociétés*, Librairie technique, 1975.

**J-M. PONTIER (dir.),** *La simplification du droit – actes du colloque*, Aix-en-Provence, mai 2005, PUAM, 2006.

**- L -**

**LE CANNU (P.) (dir.),** *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008

**- M -**

**MARTIAL- BRAY (N.), RIFFARD (J.-B) et BEHAR- TOUCHAIS (M.) (dir.),** *Les mutation de la norme- Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011.

**MAZEAUD (D.),** *Le pouvoir dans les sociétés*, Tome LXII/2012, Bruylant, 2014.

**MENJUCQ (M.), FAGES (B.) (dir.),** *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, Dalloz, 2010.

**MOLFESSIS (N.) (dir.),** *Le mots de la loi*, Economica, 1999.

**-N-O-P-**

**NAVEZ (É.-J.), DE CORDT (Y.) (dir.)**, *La simplification du droit des sociétés de l'Union européenne*, Bruylant, 2015.

**OCDE**, *Principe directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, éd. OCDE, 2011.

**PERELMAN (C.) (dir.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

**PONTIER (J.-M.) (dir.)**, *La simplification du droit – Aix en Provence 2005*, Aix en Provence, PUAM, 2006.

**POIRMEUR (Y.) et BERNARD (A.) (dir.)**, *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

**PERELMAN (Ch.), VANDER ELST (R.) (dir.)**, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 198.

**- S - T -**

**TEYSSIÉ (B.)**, *Le Code de commerce 1807-2007- Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007.

**- U -**

**URBAIN-PARLEANI (I.) et CONAC (P.-H.) (dir.)**, *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi du 24 juillet 1966*, Dalloz, 2018.

**- V**

**VIANDER (A.) (dir.)**, *La société en commandite entre son passé et son avenir*, Librairies Techniques, 1983.

**5. Articles, Contributions à des ouvrages collectifs et Mélanges**

**5.1. Articles**

**5.1.1. Articles de doctrine française**

**- A -**

**ALGADI (A.-S.)**, « La société par actions simplifiée dans la loi de modernisation de l'économie », *Defrénois*, 15 avr. 2009, n° 7, p. 721.

**ANSAULT (J.-J.)**, « La clauses statutaires d'exclusion à l'aune de la liberté contractuelle », *Journ. sociétés*, déc. 2012, p. 28.

**AUBRY (H.)**, « La responsabilité des dirigeants dans la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2005, p. 793, § 9.

**AYDOGDU (R.),** « Les clauses statutaires d'agrément dans la SPRL : aménager n'est pas dénaturer », *J.T.* 2008, p. 163.

- B -

**BAFFOY (G.), LE NENAN (R.),** « Les pactes restreignant la cession de titres sociaux », *J.-Cl.*, Fasc. 1534.

**BARBIERI (J.-F.)**

- « La SAS revisitée par la LME », *BJS.*, 1<sup>er</sup> juill. 2008.
- « Recul ou progression de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux ? », *Jou. Sociétés*, mars 2012, n° 96, p.51.

**BARREAU (C.),** « Société entre époux », *Rép. Sociétés, Dalloz*, 2019.

**BAUMS (T.),** « Loi modèle européenne en droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 2008.

**BERGEL (J.-L.)**

- « Importance, opportunité et rôle des définitions dans les textes législatifs et réglementaires », *RRJ, Cahiers de méthodologie juridique*, n° 2, 1987-4, p.1119-1135
- « Vices et vertus de la législation par référence », *Rev. de la recherche juridique – droit prospectif*, n° 12, 1997-4, p. 1215. (1210- 1215).
- « Variétés différence de nature (égale) différence de régime », *RTDC*, 1984, p. 271.

**BERLIOZ (G.),** « SAS, Société par Actions Simplifiée, la révolution sociétaire », *MTF*, 01 mars 94, p.35-36.

**BERTREL (J.-P.),** « La SAS : bilan et perspectives », *Rev. Droit et Patrimoine*, n° 74, sept. 1999, p. 40.

**BISSARA (Ph.),** « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p. 553.

**BISSARA (Ph.), DIDIER (P.), MISSEREY (Ph.),** « L'égalité des actionnaires : mythe ou réalité ? », *Cah. Dr. Entr.* 5/1994, p. 18.

**BOULOC (B.),** « L'objectif de sécurité dans la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 437.

**BROUD (F.) et USUNIER (S.),** « La validité des lettres de licenciement au sein des SAS », *JCP E*, n°1205,25 févr. 2010, p. 35, n° 19.

- C -

**CADET (I.),** « La délégation de pouvoirs : risques juridiques et enjeux opérationnels », *ESDES*, Ecole de management, Université catholique de Lyon.

**CAUSSAIN (J.-J.),** « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », *JCPE*, 1999, I, p. 1664.

**CORBISIER (I.) et NICAISE (P.),** « SAS : un exemple à suivre ? », *DAOR* n° 33,1994, p. 43 et s.

**CHADELAT (J.),** « L'élaboration de l'ordonnance de la marine d'août 1681 », *Revue historique de droit français et étranger*, 4<sup>ème</sup> série, Vol. 31, 1954, p. 74 et s.

**CONAC (P.-H)**, « Le nouveau régime français du financement participatif (crowdfunding) », *Rev. sociétés*, 2014, p. 461.

**CORBISIER (I.)**, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, Bruylant, 2017, p. 449.

**COSSART (S.)**,

- « Un devoir de comportement », *Sem. soc. Lamy*, 27 avr. 2015.
- « Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », *RLDA*, 2015.

**COURET (A.)**

- « La délégation de pouvoir et la décision de licencier », *Semaine Sociale Lamy*, n°1366, 2008.
- « La transformation en SA d'une SAS est-elle en pratique réalisable ? », *Bull. Joly Sociétés*, 01/03/1998, n° 3, p. 209.
- « Le droit des sociétés et le besoin de sécurité à l'aube du troisième millénaire », *Rev. sociétés*, 2000, p. 89.
- « Le gouvernement d'entreprise », *D.*, 1995, 22<sup>e</sup> cahier, p. 164 et s.
- « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1984, p.10.

**COURET (A.) et DARGENT (A.)**, « Le domaine d'application de la procédure d'approbation des avantages particuliers », *Actes pratiques, Droit des sociétés*, 1999, p. 23.

- D -

**DAIGRE (J.-J)**,

- « Faut-il banaliser la société par actions simplifiées ? », *JCP E*, 1999, p. 977.
- « Le rapport Esambert, propositions pour libéraliser le rachat par les sociétés de leurs propres actions », *JCP Entre. Et Aff.*, n° 6, 5 fév. 1998, p. 193.
- « Le droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé ? », *LSJ Entreprise et Affaires*, n° 28, 11 juillet 1996, p. 575.

**DAIGRE (J.-J) et FRANCOIS (B.)**, « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », *Rev. sociétés.*, 2010, p. 11.

**DANIS- FATÔME (A.)**, « La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », in *Réforme du droit civil et vie des affaires*, ouv. col., Dalloz, 2014, p. 253 et s.

**DE BOISSIEU (J.-L.)**, « L'emploi du mot « tout » dans les livres VII à XII des *Fables* de la Fontaine », *L'information grammaticale*, n° 52, 1992, p. 10 et s.

**DE COSTA CERQUEIRA (G.-V)**, « Libre circulation des sociétés en Europe : concurrence ou convergence des modèles juridiques ? », *RTDE*, 2014, p. 7.

**DE PAGE (H.)**, « Considérations sur l'évolution du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. XXXVI, Palais des académies, 1950, p. 576.

**DELMAS-MARTY (M.)**, « Les conditions de fond de la mise en jeu de la responsabilité pénale », *Rev. sociétés*, 1993, p. 301.

**DEMAISON (J.)**, « La société européenne « à la française » un pas important vers une modernisation de la société anonyme ? », *RLDA*, n° 12, 1<sup>er</sup> janv. 2007.

**DOLBEAU (A.)**, « L'évolution du droit des sociétés depuis la guerre », *Rev. sociétés*, 1938, p. 349.

**DEUMIER (P.)**, « Mesurer l'inflation normative (Conseil d'État, étude, 3 mai 2018) », *RTD Civ.*, 2018, p. 611.

**DONDERO (B.)**,

- « SAS : attention aux textes applicables », *Gaz Pal.* 28 oct. 2016, n° 38, p. 81.
- « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev. sociétés*, 2011, p. 535.

**DOUVRELEUR (O.)**,

- « Enquête sur les utilisations de la SAS », *LPA*, n° 43, p. 7.
- « Le projet de loi instituant une société par actions simplifiées [SAS] », *LPA*, 11 mars 1992, p. 51.

**DUPICHOT (Ph.)**, « SAS en zone OHADA », *BJS*, 2 nov. 2014, n° 11.

- F -

**FLUCKIGER (A.)**, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, Doss. La normativité, janv. 2007.

**FLEURIET (M.)**, « Les filiales communes : le choix d'une forme juridique », *JCP*, 1979, éd. G, I, 2945.

**FERRY (C.)**, « Portée des clauses d'inaliénabilité ayant pour objet des actions », *Dr. Sociétés*. 2010, étude 12 ;

**FAVARIO (T.)**, « La clause statutaire d'inaliénabilité », *BJS*, 1<sup>er</sup> janv. 2010, n°1, p. 100.

**FAGES (B.)**, « Etude les parties contractantes et les tiers absolus », *Lamy Droit du contrat*, sp. n° 305-7.

- G -

**GARY (O.) et HARRIS (N.)**, « L'évolution récente des prérogatives du comité d'entreprise dans le cadre des dispositions statutaires des SAS », *Dr. Sociétés*, avr. 2003, p. 5.

**GERMAIN (M.) et PERIN (P.-L.)**, « Hors les statuts, point de salut : la primauté exclusive des statuts de SAS pour définir l'organisation de sa direction », *BJS*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 3, p. 170.

**GERMAIN (M.), PÉRIN (P.-L.) et LAGARDE (P.-Y.)**, « Avantages financiers comparés de la SAS et de la SARL », *Actes pratiques et ingénierie sociétaires*, Dossier, n° 129, mai-juin 2013, p. 13.

**GERMAIN (M.)**, « La société par actions simplifiées », *LSJ*, n° 12, 23 mars 1994, I, 3749.

**GODON (L.)**, « Le commissaire aux comptes et l'évaluation des apports », *Journ. Sociétés*, n° 111, dossier, sept. 2013, p. 43.

**GRÉVAIN-LEMERCIER (K.)**, « Le devoir de loyauté en droit des sociétés », *Rev. française de Gouvernance d'entreprise*, n°12, p. 53.

**GRUA (F.)**, « Les divisions du droit », *RTD Civ.* 1993, p. 59.

**GUYON (Y.)**

- « L'évolution de l'environnement juridique de la loi du 24 juillet 1966 », *Rev. sociétés*, 1996, p. 501.

- « La coordination communautaire du droit français des sociétés », *RTD Eur.*, 1990, p. 241.
- « Les aspects communautaires et internationaux de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 10 juillet 2000, p. 260.
- « Les obstacles juridiques au développement des groupements d'intérêt économique », *Rev. sociétés*, 1978, p. 32.
- « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994.

- H -

**HALLOUIN (J.-C.)**, « Sociétés et groupements », *D.* 2009, p. 323.

**HANNOUN (C.)**, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre après la loi du 27 mars 2017 », *Dr. social*, 2017, p. 806.

**HARNY (S.) et BERGÉ (J.-S.)**, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen ? », *Rev. Internationale de droit économique*, 2011/2 t. XXV, p. 180.

**HEINICH (J.)**, « Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : une loi finalement adoptée, mais amputée », *Dr. sociétés*, n° 5, mai 2017, comm. 78.

**HÉNAFF (P.)**, « Contrat et obligation- L'unité des notions-cadre », *LSJ*, n° 48, 30 nov. 2005, doct. 189.

**HIRTE (H.) et SCHALL (A.)**, « La société d'entrepreneur en droit allemand « *Unternehmergeellschaft* » », *Rev. sociétés*, 2013, p. 198.

**HISPALIS (G.)**, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoir*, 2005, n° 114, p. 101.

**HONORAT (J.)**, « La société par actions simplifiées ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *Petites affiches*, 16/08/1996, n°99, p. 4.

**HOUIN (R.)**, « Où en est le droit des sociétés dans le marché unique », *RTD Eur.*, 1968, n° 131, p. 137.

**HOVASSE (H.)**,

- « Bientôt « la société par actions simplifiée » », *Dr. sociétés*, 2008, Repère 6.
- « De la liberté statutaire dans la SAS : comment démembrer des actions sans constituer un usufruit ? », *Dr. sociétés*, n° 12, déc. 2006, repère 11.

- J -

**JEANTIN (M.)**

- « Les associés de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, p. 223.
- « Observations sur la notion de catégorie d'actions », *D.* 1995, p. 87.
- « Les associés de la SAS », *Rev. société* 1994, n° 32.

**JEAMMAUD (A.)**, *La règle de droit comme modèle*, *D.* 1990, Chron., p. 203.

**JOLIVET (G.)**, « Les délégations de pouvoirs au sein des SAS », *LSJ*, Edition générale, n° 13, 29 mars 2010, 367.

**JOUBE (D.)**, « La CJUE instrument d'harmonisation des droits nationaux », *Revue des Mutations du Droit*, janv. 2011.

-K-

**KADDOUCH (R.)**, « La clause statutaire de plafonnement des voix », *LSJ - entreprise et affaires*, n°15, 14 Avril 2005, 620.

- L -

**LASSERRE (V.)**, « Loi et règlement », *Répertoire de droit civil*, juillet 2015.

**LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)**, « Le nouveau régime des conventions courantes : un retour en arrière bienvenu ? », *JCPE*, 2011, p. 1453.

**LE CANNU (P.)**

- « De la SA à la SAS : pourquoi transformer à l'unanimité si l'on peut absorber à la majorité », *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557.
- « Directoire et conseil de surveillance », *Répertoire de droit des sociétés*, mars 2003, §127 [Mise à jour : janv 2015]
- « La SAS pour tous (Loi n° 99-587, 12 juillet 1999, art. 3) », *BJS*, 1<sup>er</sup> août 1999, n° 8-9, p. 841.
- « La SAS : un cadre juridique minimal », *Rev. sociétés*, 2014, p. 543.
- « La société par actions simplifiée », *Répertoire des sociétés*, février 2000.
- « Le financement du capital, la révision de la deuxième directive », *Rev. société*, 2005, p. 13.
- « Conseil d'administration d'une société par actions simplifiée : quelques données de base », *RTD com.*, 2014, p. 473.
- « Le règlement intérieur des sociétés », *BJS*, 1986, p. 723.
- « Publicité de la composition d'un conseil de surveillance de SAS », *BJS*, 1<sup>er</sup> sept. 2010, n° 9, p. 716

**LE COZLER-LE RUDULIER (K.)**, « La société par actions simplifiée : un outil de droit commun ? », *RJO*, 2001-4, p. 497 et s.

**LE FEVRE (A.)**, « Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspectives d'une société par actions simplifiée », *Rev. jur. Com.*, janv. 1992, n° 36, p. 92.

**LE NABASQUE (H.)**,

- « Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées », *Rev. sociétés*, 2012, p. 271.
- « Les incidences de la loi PACTE sur le financement des sociétés par actions », *BJS*, 1<sup>er</sup> juin 2019, n° 6, p. 70.

**LE COZLER-LE RUDULLIER (K.)**, « La société par actions simplifiée : un outil de droit commun ? », *Rev. juri. de l'Ouest*, 2001-4, p. 497 et s.

**LECOURT (A.)**, « Statuts et actes annexes », *Rép. droit des sociétés*, juillet 2015, § 82. [Mise à jour : oct. 2015].

**LENOIR (N.), THOUROT (P.), DILLENSCHNEIDER (O.) et DAMMANN (R.)**, « Les formes communautaires de sociétés : de la SE et la SPE », *Rev. Lamy Droit des affaires*, n° 37, 1<sup>er</sup> avril 2009.

**LIENAHARD (A.)**

- « Transformation en SAS : publication du rapport du commissaire aux comptes », *D.* 2008.p.1200.
- « Modernisation de l'économie : droit des sociétés », *D. actualité*, 4 juillet 2008.

**LOUSSOUARN (Y.)**, « Le droit d'établissement des sociétés », *RTD Eur.* 1990, p. 229.

- M -

**MACKAY (E.)**, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie- Une histoire stylisée du mouvement de l'analyse économique du droit », *Revue internationale de droit économique*, 1986, p. 28 et s.

**MAINGUY (D.)**, *Contrats spéciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2018.

**MALECKI (C.)**, « Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était- ce bien raisonnable ? », *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2017, n° 05, p. 298

**MAUCOUR-ISABELLE (A.)**, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, p. 303.

**MEDAIL (V.)**, **VERGNOLE (P.)**, « chronique « aspects pratiques sur ... l'exercice du pouvoir de représentation dans la société par action simplifiée », *Dr. sociétés*, n°4, avril 2001, chron. 9, p. 2.

**MILLAN (M.)**, « La politique réglementaire pour la libre circulation des marchandises et l'approfondissement/achèvement du marché intérieur », *RDUE*, n°2, 2010, p. 283 et s.

**MOLFESSIS (N.)**, « Le renvoi d'un texte à un autre », *RRJ*, n°12, 1997-4, p. 1194.

**MORTIER (R.)**

- « La modernisation du droit des sociétés », *LSJ Entre. et Aff.*, 2008, n°41, p. 35.
- « Les programmes de rachat d'actions cotées et non cotées », *Actes prat. et ing. sociétaire*, n° 141, mai -juin 2015, p. 31.
- « L'inaliénabilité généralisée au service des sociétés », *Actes prat. et ing. Sociétaire*, mars-avril 2008, n°2, p. 1.

**MOULIN (J.-M.)**, « Sociétés anonymes- pactes d'actionnaires », Fasc. 1486, *J.-Cl. Com.*, 20 mars 2015 [Mise à jour : 17 oct. 2016].

**MOURY (J.)**, « Réflexions sur l'article 1843-4 du Code civil après l'arrêt rendu le 5 mai 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *Rev. sociétés*, 2009, p. 503.

- N -

**NEIERTZ (N.)**, « Argent, politique et aviation. L'affaire de l'Aéropostale (1931-1932) », *Rev. d'histoire*, 1989, V. 24, n° 1, p. 29- 40.

- P -

**PACLOT (Y.)**,

- « Repenser l'attribution du droit de vote en cas de démembrement de droits sociaux », *LSJ*, n° 21, 24 mai 2006, I. 142.

**PASTOR (J.-M.),** « Inflation normative : une réforme en souffrance », *AJ Collectivités territoriales*, 2012, p. 225.

**PAILLUSSEAU (J.)**

- « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS- La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *LSJ. Entreprises et affaires*, n°43, 26 oct. 2000, p. 1697.
- « Comment organiser contractuellement le pouvoir dans la SAS », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2003, n° 57, supplément, p. 1.
- « Les fondements du droit moderne des sociétés », *LSJ Notariale et Immobilière*, n° 27, 5 juill. 1985, 100740.
- « Le droit des activités économiques à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *D.*, 2003, chron. p. 260).
- « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.*, 2003. , p. 2346.
- « L'organisation du pouvoir dans la SAS », *Rev. Droit et patrimoine*, mars 2003, n° 113, p. 26 et s.
- « La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote », *D.*, 2008, § 18, p. 1563.
- « La modernisation du droit commerciales : une préconception du droit des sociétés commerciales », *D.*, 1996, chr., p. 287.
- « La nouvelle société par actions simplifiée. Le *big-bang* du droit des sociétés », *D.*, 1999, p. 333.
- « La société par actions simplifiée – la constitution », *JCP Cahiers du droit de l'entreprise* 2/ 1994, n° 5.
- « Le droit est aussi une science d'organisation et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques », *RTD Com.*, 1989, p. 1.
- « Sociétés par actions simplifiées : La non – responsabilité pénale des dirigeants personnes morales », *D.*, 2001, p. 221
- « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *LPA*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 19.

**PFRESMANN (O.),** « Pour une typologie modale de classes de validité normative », *La querelle des normes, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1995.

**PISONI (P.),** « Désignation de l'expert de l'article 1843-4 du code civil », *Rev. sociétés*, 2018, p. 249.

**PÉRIN (P.L.)**

- « Direction et représentation de la SAS, état des lieux après la loi de sécurité financière », *LSJ. Entr. et aff.*, n°10, 4 mars 2004, p. 332.
- « L'information des associés des sociétés par actions simplifiées », *Droit affaires*, n° 33, p. 1061.
- « Quelles utilisations pour la nouvelle SAS ? », *LPA*, 15 sept. 2000, n°185, p. 14.
- « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *RTD com.*, 2015, p. 215.

**PLIHON (D.),** « Système productif des entreprises, capitalisme français », *L'État de la France : Société, culture, économie, politique, territoire, Union européenne*, La Découverte, éd. 2010, p. 199.

**PORACCHIA (D.),** « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, n° 6, p. 223.

**PUTMAN (E.),** « La redite législative en droit des sociétés commerciales », *RRJ*, n°12, 1997-4, p. 1245.

**- R -**

**RABANI (A.),** « La nouvelles sociétés par actions simplifiée de l'OHADA », *BDE*, 2014, 2.

**RABAULT (H.),** « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécialité de l'herméneutique juridique », *Le Portique* (Revue de philosophie et de sciences humaines), 15/2005, mise en ligne le 15 déc. 2007.

**RANDOUX (D.)**

- « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : La société par actions simplifiées », *LSP Notaire et Immobilière*, n° 8, 25 fév. 1994, 100230.
- « Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre », *Rev. sociétés*, 2000, p. 9.
- « Une forme sociale ordinaire : la SAS », *JCPE*, 1999, p. 1812.

**REINHARD (Y.),** « Société par actions simplifiée (L. n° 94-1, 3 janv. 1994) », *RTD Com.*, 1994, p. 300.

**REUMONT (J.-L.),** « La société par actions simplifiée, premières expériences et premières difficultés », *LPA*, 20 nov. 1996, n° 140, p. 14.

**ROBE (J.-P.),** « Des délégations de pouvoirs dans les SAS. Remarques sur quelques arrêts récents », *Semaine Sociale Lamy*, n°1459, 2010, p. 1.

**ROBERT (A.),** « La huitième directive concernant le contrôle légal des comptes annuels et des comptes consolidés, analyse et comparaison avec le droit français », *Rev. sociétés*, 2007, p. 733.

**ROBERT (J.-H.),** « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. Pénal* 2000, n° spéc. p. 20.

**ROCHAT (J.),** « Les origines de la société anonyme en France : un cas pour penser les institutions de l'économie », *Economic History Working Papers*, Université de Genève, n° 2/2017.

**RODRIGUEZ (K.),** « Réflexion sur la société anonyme unipersonnelle », *BJS*, 1<sup>er</sup> janv. 2006, n° 1, p. 9.

**ROUZEAU (L.),** « Évolution statistique de la société par actions simplifiée », *BJS*, n° 11, p. 1263.

**- S -**

**SACHS (T.),** « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation », *Dr. travail*, 2017, p. 380.

**SAENKO (L.),** « SAS et droit pénal des sociétés », *Jour. Sociétés*, Avr. 2009, n° 64, p. 42.

**SAINTOURENS (B.) et EMY (Ph.)**

- « La réforme du droit des sociétés par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (« Sapin 2 ») », *Rev. sociétés*, 2017, p. 131.

- « Simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 », *Rev. sociétés*, 2011, p. 467.

**SAINTOURENS (B.)**, « Les réformes du droit des sociétés par la loi relative aux nouvelles régulations économiques », *Deffrénois*, 30/12/2001, p. 1465.

**STUCKI (D.)**, « Société par actions simplifiées- clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs », *J.-Cl sociétés formulaire*, 08, 2000.

**STORK (M.)**, « Les associés de la SAS », *LPA*, 15 sept. 2000, p. 44.

**SINAY (R.)**, « La première directive européenne sur les sociétés et la mise en harmonie du droit français », *Gaz. Pal.*, 1971, Doctrine 146.

**SCHUTZ (R.-N.)**, « L'inaliénabilité », *Rép. Civ Dalloz*, oct. 1999.

**SCHMIT (T.)**, « La SAS et le droit fiscal », *LPA*, n° 185, 15/09/2000, p. 60.

**SCHILLER (S.)**,

- « Pactes, statuts, règlement intérieur : quelle hiérarchie ? », *Rev. sociétés*, 2011, p. 331.
- « Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », *LSJ*, n° 22, 29 mai 2017, doct. 622.

#### - T -

**TERNAY (G.)**, « SAS et actions de préférence : *modus operandi* », *LSJ Entreprise et affaires*, n° 14, 7 avr. 2005, p. 568.

**TORCK (S.)**, « Le rachat d'actions aux fins de gestion financière du capital enfin ouvert aux sociétés non cotées sur un marché réglementé ou organisé », *BJS*, 2012, n° 06, p. 510.

#### - U -

**URBAIN-BARLEANI (I.)**, « Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée », *Rev. sociétés*, 2016, p. 572.

#### - V-Z -

**VAN HOECKE (M.)**, « L'harmonisation du droit privé en Europe », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2/2003, p. 106.

**VIANDIER (A.)**, « Le règlement intérieur du conseil d'administration », *RJDA*, 2003, p. 1003.

**VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)**, « Chronique de droit des sociétés », *JCPE* 1987. 16644, n° 24.

**VIDAL (D.)**, « La réforme 2016 du commissariat aux comptes », *LPA des Alpes-Maritimes*, 15 sept. 2016.

**ZUYLEN (J.-V.)**, « Les rapport entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté », *Les sources du droit revisitées*, vol.2, Anthemis, 2012, p. 852.

### 5.1.2. Doctrine relative au droit comparé

(Cette catégorie comprend le droit comparé comme le droit sur un thème ou une thématique étrangère au droit français)

- A -

**AYDOGDU (R.)**, « Les clauses statutaires d'agrément dans la SPRL : aménager n'est pas dénaturer », *J.T.* 2008, p. 163.

- B -

**BAUMS (T.)**, « « Loi modèle » européenne en droit des sociétés », Institute For Law And Finance, *Working paper series*, n° 79, 02/2008.

- C - D -

**CORBISIER (I.)**, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *Revue pratique des sociétés civiles et commerciales*, Bruylant, 2017, p. 449.

**DUPICHOT (Ph.)**, « SAS en zone OHADA », *BJS*, 02/11/2014, n° 11.

**DE CORDT (Y.) et CULOT (H.)**, « La réforme du droit belge des sociétés », *Rev. sociétés*, 2019, p. 435.

- K - M -

**MATTEI (U.) et PULITINI (F.)**, « A Competitive Model of Legal Rules », Wintrobe, Galeotti, Salmon (Eds), *The Competitive State*, 1990.

**MERLE (Ph.)**, « Une grande nouveauté : l'introduction de la SAS dans l'espace OHADA », Dossier droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investisseurs en Afrique, *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 239.

**MUIR –WATT (H.)**, « Propos liminaires sur le prestige du modèle américain », *Arch. fh. Dr.* 2001.

- N - R -

**AVEZ (E.-J.) et COIPEL (M.)**, « La société privée à responsabilité limitée starter : initiative salubre ou miroir aux alouettes ? », *R.D.C. Larcier*, 2010/4.

**RABANI (A.)**, « La nouvelles sociétés par actions simplifiée de l'OHADA », *B. D.E.*, 2014, 2.

- Y -

**YONDO BLACK (L.) et TIENMFOLTIEN TRAORÉ (A.)**, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », in Dossier droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investisseurs en Afrique, *Droit et Patrimoine*, 2014, p. 239.

### 5.2. Contributions à des ouvrages collectifs et des Mélanges

- A -

**LLAIN (T.)**, « De l'administrateur augmenté à l'administrateur électronique entre réalité et fiction », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Hovasse*, Lexis Nexis, 2016, p. 25.

- B -

**BARBIERI (J.-F.)**, « Droit pénal de la société par actions simplifiée », in *La société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994.

**BESSON (E.)**, « Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La simplification du droit*, PUAM, 2006, p. 75.

**BERLIN (D.)**, « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen ? », in *Autonomie en droit européen. Stratégies des citoyens, des entreprises et des États*, ouv. col., Panthéon-Assas Paris II, 2013.

**BESSON (E.)**, « Principe de clarté et objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », in *La simplification du droit – Aix en Provence 2005*, Aix en Provence, PUAM, 2006, p. 75.

**BOUCOURECHLIEV (J.)**, « Introduction », in *Propositions pour une société fermée européenne*, ouv. col., Office des publications officielles des Communautés européennes, 1997, p.2.

**BRAECKMANS (H.)**, **HORSMANS (G.)** et **NELISSEN GRADE (J.-M.)**, « Finalité et perspectives », in *La modernisation du droit des sociétés- À l'initiative du centre belge du droit des sociétés*, ouv. col., Larcier, 2014, p.7 et s.

**BUCHBERGER (M.)**, « L'ordre public sociétaire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Lexis Nexis, 2015, p. 188.

**BUREAU (D.)** et **MOLFESSIS (N.)**, « Le bicentenaire d'un fantôme », in *Le Code de commerce 1807-2007*, ouv. col., Dalloz, 2007, § 10, p. 65.

**BUREAU (D.)**, « L'altération des types sociétaires », in *Mélanges offerts à P. Didier*, Economica, 2008, p. 58.

- C -

**CAPRASSE (O.)** et **WYCKAERT (M.)**, « Limitation du nombre de société : Qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », in *La mondialisation du droit des sociétés, à l'initiative du centre belge du droit des sociétés*, ouv. col., Larcier, Bruxelles, 2014.

**CARBONIER (J.)**, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, ouv. col., Bruylant, 1984, p. 99-112.

**CATALA (P.)**, « Rapport de synthèse des troisièmes journées René Savatier », in *L'évolution contemporaine du droit des biens*, ouv. col., PUF, 1991, § 24, p. 184.

**CONAC (P.-H.)**, « La société par actions simplifiée : une révolution démocratique », in *La société par actions simplifiée - Bilan et perspectives*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 1.

**CORBISIER (I.)**, « La SAS au regard du droit du Benelux », in *La société par actions simplifiées- Bilan et perspectives*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 191.

**CORNU (G.)**, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 131.

- D -

**DAIGRE (J.-J.)**, « Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers », in *Mélanges en l'honneur de M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 216.

**DAIGRE (J.-J.)**, « Décisions collectives » in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994, P. 37.

**DAUNER-LIEB (B.)**, « L'état du droit positif allemand », in *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, ouv. col., Dalloz, 2010, p. 40.

**DELEBECQUE (P.)**, « La société par actions simplifiée, les pactes d'actionnaires », in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994, p. 132

**DIDIER (Ph.)**, « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspective*, ouv. col., Dalloz, 2016, § 10, p. 127.

**DIEUX (X.) et DE WULF (H.)**, « Les sociétés publiques versus les sociétés privées : la nécessité de rationaliser et de simplifier la réglementation », in *La modernisation du droit des sociétés*, ouv. col., Larcier, 2014, p. 89.

- F -

**FERYRIA (C.)**, « Libre propos sur la responsabilité civile de la gestion d'une entreprise », in *Mélanges dédiés à L. Boyer*, Presses universitaires des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 189, n° 9.

**FIELD (B.)**, « Présentation générale », in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994, p. 6.

**FLEISCHER (H.)**, « La SAS au regard du droit allemand », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspective*, Dalloz, 2016, p. 163.

**FRANCOIS (A.), DELVOIE (J.) et COEN (T.)**, « Rapport belge – Modern times pour le droit belge des sociétés ? », in *La simplification du droit des sociétés de l'Union européenne*, ouv. col., Bruylant, 2015, p. 67.

**FRANCOIS (B.)**, « Le financement de la SAS : l'appel au marché ? », in *La société par actions simplifiée - Bilan et perspectives*, Dalloz, 2016, p. 137.

- G -

**GERMAIN (M.)**,

- « Pactes, statuts et ordre public », in *Mélange en l'honneur de P. Merle*, Dalloz, 2013, p. 313.

- « Les moyens de l'égalité des associés dans les sociétés par actions non cotées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur P. Didier*, Economica, 2008, p. 189.

**GODON (L.)**, « Les évolutions de la condition juridique de l'associé à travers le code de commerce », in *D'un code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, ouv. col., 2008, § 370, p. 226.

**GORE (F.)**, « Rapport », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes des sociétés*, ouv. col., Librairie technique, 1975, p. 26.

**GRÉVAIN- LEMERCIER (K.)**, « Les malheurs de la société par actions simplifiée », in *Mélanges en l'honneur du Professeur H. Hovasse*, Lexis Nexis, 2016, p. 85.

**GUYON (Y.)**,

- « La société par actions simplifiée et le droit communautaire », in *Société par actions simplifiée*, ouv. col., GLN Joly, 1994, § 303, p. 152.

- « L'inaliénabilité en droit commercial », *Droit et vie des affaires : étude à la mémoire d'A. Sayag*, Litec, 1997, p. 274.

- H -

**HILAIRE (J.)**, « Le règne et la spéculation. Les sociétés en commandite depuis le code de commerce », in *La société en commandite entre son passé et son avenir*, ouv. col., Librairies Techniques, 1983, p. 58.

**HOPPENOT (F.)**, « Rapport », in *La filiale commune, moyen de collaboration entre sociétés et groupes de sociétés*, ouv. col., 1975, p. 9.

- J -

**JEANTIN (M.)**, « Le rôle du juge en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 160.

- L -

**LASSERRE- KIESOW (V.)**, « L'esprit du code de commerce », in *Le code de commerce 1807- 2007*, ouv. col., Dalloz, 2007, p.25 et s.

**LE CANNU (P.)**, « La canalisation des nullités subséquentes en droit des sociétés », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard*, ouv. col., Montchrestien, 2002, p.113.

**LE NABASQUE (H.)**,

- « Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS à propos de la suppression des clauses visées par l'article L. 227-19 du Code de commerce », in *Mélanges en l'honneur de J.-J. Daigre*, ouv. col., 2017, p. 193.

- « La flexibilité contractuelle dans la SAS », in *La société par actions - Bilan et perspectives*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 76.

**LIBCHABER (R.)**, « La société, contrat spécial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Jeantin*, 1999, Dalloz, p. 281.

- M -

**MATSOPOULOU (H.)**, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Regards sur l'évolution du droit des sociétés depuis la loi 24 juillet 1966*, ouv., col., Dalloz, 2018, p. 311.

**MAGNIER (V.)**, « Les droits des sociétés dans l'Union européenne : entre concurrence et équivalence », in *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire*, ouv. col., PUF, 2007.

**MESTRE (J.)**, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges en l'honneur du Professeur J. Mouly*, t. 2, 1998, Litec, p. 131.

**MILLARD (E.)**, « Éléments pour une approche analytique de la complexité », *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, ouv. col., Presses Universités de Rennes, L'Univers des normes, 2007, p. 142.

**MONTERO (E.) et DEMOULIN (M.),** « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, ouv. col., La Charte, 2004, p. 61.

- P -

**PAILLUSSEAU (J.),** « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *Droit et actualité- Étude offertes à J. Béguin*, ouv. col., Litec, 2005, p. 572.

**PERROT (A.),** « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », in *La doctrine juridique*, ouv. col., PUF, 1993, p. 181.

**PFERSMANN (O.),** « Qu'entend-on exactement par l'expression « concurrence des systèmes juridiques » ? », in *La concurrence des systèmes juridiques*, ouv. col., Presses universitaires d'Aix- Marseille, 2008.

**PRUM (A.),** « La transplantation de la société par actions simplifiée (SAS) dans le droit des sociétés luxembourgeoises », in *Mélanges en l'honneur de J.-J. Daigre*, Joly, 2017, p. 245.

- S -

**SACCO (R.),** « Rapport de synthèse », in *La circulation du modèle juridique français*, ouv. col., Litec, 1994, p.14

**SCHLUMBERGER (E.),** « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Lexis Nexis, 2015, p. 771.

**SCHLUMBERGER (E.),** « Réflexions sur la liberté contractuelle dans la SAS », in *Mélanges en l'honneur du Professeur M. Germain*, Lexis Nexis, 2015, p. 771.

**SIMON (J.),** « La SAS : Histoire d'un succès », in *La société par actions simplifiée, bilan et perspective*, ouv. col., Dalloz, 2016, p. 44.

-T-U-

**THALLER (E.),** « De l'attraction exercée par le code civil et par ses méthodes sur le droit commercial », *Livre du Centenaire du Code civil*, ouv. col., Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 225.

**URBAIN-PARLEANI (I.) et. CONAC (P.-H),** « Préface », in *La société par actions simplifiée- Bilan et perspectives*, Dalloz, 2016, p. VII

- V - Y - Z -

**VAN DER ELST(C.) et VERMEULEN (E.),** « Rapport néerlandais – The Dutch Private Company : Successfully Relaunched ? », in *La simplification du droit des sociétés privées dans les États membres de l'Union européen*, ouv. col., Bruylant, 2015.

**VIANDIER (A.)**, « La mesure des potentialités », in *La société en commandite entre son passé et son avenir*, ouv. col., Librairies Techniques, 1983, § 286, p. 221.

**YONDO BLACK (L.) et TIENMFOLTIEN TRAORÉ (A.)**, « Les enjeux de la réforme de l'AUSCGIE », in *Dossier droit des sociétés commerciales OHADA rénové : un atout pour les investisseurs en Afrique*, ouv. col., Droit et Patrimoine, 2014, p. 239

**ZUYLEN (J-V.)**, « Les rapports entre la loi (impérative, supplétive) et l'autonomie de la volonté », in *Les sources du droit revisitées*, ouv. col., Vol. 2, Anthemis, 2012, p. 853.

## 6. Notes, Observations et Conclusions

### - A -

**ALBIGES (C.)**, CA Montpellier (2<sup>e</sup> ch.), 23 juin 2015, n° 14/00133, *aff.* SA Diagnostic Medical Systems, SARL Medilink c/ Époux X et M. Y, M. Bachasson, *Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, n° 351.

### - B -

#### **BARBIERI (J.-F)**

- Note sous Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14. 097, inédit : *RTD Civ.* 2018, p. 892.
- Note sous Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff.* Seusse, *Rev. sociétés*, 2003, p. 479.

#### **BARBIER (H.)**

- Note sous Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14. 097, inédit : *RTD Civ.* 2018, p. 892.
- Note sous Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-21928, Bull. IV, n° 106 ; *BJS* 2011, p. 670.
- Note sous Cass. com. 1<sup>er</sup> avr. 1997, *aff.* SA R. Liaud et Cie c/ SA Cie Financière CIC, *Bull. Joly.* 1998, p. 650.
- Note sous CA Paris 12juin 2007 : *JCP E* 2007, p. 2312.

**BASTIN (D.)**, Note sous Cass. civ. 4 juin 1946, *aff.* Société de teinturerie et d'impression. *Motte, JCP*, 1947, II, n° 3518.

**BECQUÉ-ICKOWCZ (S.)**, Note sous Cass. Ass. Plén., 17 mai 2002, n° 00-11664, *D.*, 2003, p. 333.

**BECKER (B.-O.)**, Obs. sous Cass. com., 26 fév. 2013, *JCPE*, 2013, n° 1, p. 1519.

#### **BOULOC (B.)**

- Note sous Cass. crim. 19 juin 2013, n° 12-82.827, *Rev. sociétés*, 2014, p. 55.
- Obs. sous Cass. com., 6 juin 2001, *Dr. sociétés*, 2001, n° 170.
- Note sous CA Paris, 26 mai 2000, *Dr. sociétés*, 2000, n° 171.

### -C-

#### **CAFFIN-MOI (M.)**

- Note sous Cass. civ (ch. 3<sup>e</sup>), 10 mars 2016, n° 14-15326, *aff.* M. X c / SCI Z et M. et Mme Z, *L'essentiel Dr. Contrats*, 3 mai 2016, n° 05, p. 7.

**CARBONNIER (J.)**, Note sous Cass. civ., 7 avr. 1932, *DH*, 1932, 1, p. 153.

**CAUSSAIN (J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)**

- Obs. Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421, *JCPE*, 2005, 1046, n° 3.
- Note sous Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse*, *JCPE* 2003, p. 1203, n° 2.
- Obs. sous Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub. *JCPE*, 2008, p. 1280.

**CAUVAIN (M.)**, Note sous Cass. com., 19 déc 2006, pourvoi n° 17.802, *LPA*, 20 juill. 2007, p. 14, note M. Cauvin.

**CHANOINE (V.)**, Note sous Cass. com. 6 oct. 1981, *aff. Blanchard c/ Ricouard, D.*, 1983, p. 133.

**CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)**

- Obs. sous CA Paris, 26 mai 2000, *RTD com.*, 2000. 945.
- Note sous Cass. Com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse*, *RTD com.*, 2003, p. 741.

**CHAMPAUD (C.)**, Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-16.537, *RTD Com.*, 2008, p. 566.

**CHARTIER (Y.)**, Note sous Cass. civ., 1<sup>er</sup> 25 janv. 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 608.

**COHEN (M.)**, Note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03172, *aff. SA Financière de laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ SA Sanofi Synthélabo*, *JCPE*, 2003, p. 1485.

**CONSTANTIN (A.)**

- Note sous Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03172, *aff. SA Financière de laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ SA Sanofi Synthélabo*, *BJS*, 2003, p. 812.
- Note sous Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub., *JCPE*, 2008, p. 1829.

**COQUELET (M.-L.)**, Note sous Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.855 P+B+I+R, *aff. Sté Française de gastronomie c/ SAS Larzul*, *Dr. sociétés*, 2010, comm. 156.

**CORDIER (M.) et VAMPARYS (X.)**, Note sous Cass. com. 8 avr. 2008 n°06-15.193, *Bull. Joly*, 2009, p. 21.

**CORDONNIER (J.)**, Note sous Cass. civ., 7 avr. 1932, *DH*, 1932, 1, p. 153.

**COURET (A.)**

- Note sous Cass. com., 11 mars 2014, n° 11-26915, *JCPE*, 2014, p. 1159.
- Note sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16280, *D.*, 2013, p. 147.
- Note sous Cass. civ., 31 oct. 2007, *BJS*, 2008, p. 121.
- Note sous Cass. com., 19 déc 2006, pourvoi n° 17.802, *BJS*, 1<sup>er</sup> avr. 2007, n° 4, p. 506.
- Note sous Cass. com., 2 juillet 2002, n°98-23324, *aff. OCP Répartition c/ Blan et autres*, *Bull. Civ*, 2002 IV, n°112, p.133, *BJS*, 2002, n°8, p. 967.
- Note sous CA Paris, (3<sup>e</sup> ch. C), 28 juin 2002, *aff. Sté Bally France*, *BJS*, 2002, p. 1235.
- Note sous CA Paris, 26 mai 2000, *Bull. Joly*, 2000, p. 971.

**COURET (A.) et DONDERO (B.)**

- Note sous Cass. civ. (ch. 3<sup>e</sup>), 13 avr. 2010, n° 09-65.558, *Bull. Joly*, 2010.
- Note sous Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.855 P+B+I+R, *aff. Sté Française de gastronomie c/ SAS Larzul*, *JCPG*, 2010, p. 900.

**COURTIER (J.-L.)**, Note sous Cass. com., 18 fév. 1997, *aff. Consorts Game c/ Sts Dassault Aviation et autres*, *Bull. Civ.*, IV, n° 59, p. 52, *LPA*, 31 août 1998.

**-D-**

**DAIGRE (J.-J)**

- Note sous Cass. com., 9 févr. 1999, n° 398 P, *aff. SCA du Château d'Yquem c/ De Chizelle et autres*, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1999, n° 5, p. 566.
- Note sous Cass. com., 18 fév. 1997, *aff. Consorts Game c/ Sts Dassault Aviation et autres*, *Bull. Civ. IV*, n° 59, p. 52, *Bull. Joly*, 1997, p. 108.
- Comm. sous Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. Civ. 1994, IV*, n° 94, *Bull. Joly*, 1994, p. 279, § 68.
- Note sous Cass. com., 6 oct. 1992, *aff. David, liquidateur de la société Bretagne c/M. Gouret*, *Bull. Civ. IV*, n° 287, p. 201 ; *Bull. Joly*, 1992, p. 1288.
- Note sous Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12657, *Bull. civ. IV*, n° 115, *D.*, 1987, p. 85
- Note sous CA Paris, févr. 1997, n° 95/7256, *aff. Me Chevrier ès-qual. c/ Vola et autres*, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1997, n° 5, p. 480.

**DALION (A.)**

- Note sous Cass. com., 14 févr. 2018, n° 15-16525, *Gaz. Pal.*, 26 juin 2018, n° 325a3, p. 68.

**DALSACE**, Note sous CA Douai, 24 mai 1962, *D.*, 1962, p. 688.

**DELPECH (X.)**, Note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI*, *D. actualité*, 14 fév. 2017.

**DE RAVEL D'ESCLAPON (M.)**, Note sous CA Lyon (ch. 3<sup>e</sup>), 2 mars 2017, n° 11/04726 : *AJ Contrat*, 2017, p. 239.

**DEZEUZE (E.) et TRÈVES (J.)**, Note sous Cass. com., 6 mai 2014, *Rev. sociétés*, 2014, p. 579.

**DONDERO (B.)**

- Note sous Cass. com., 8 mars 2018, n° 17-40079, *aff. Sté Odo*, FS-D, non publié au bulletin, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2018, n°05, p. 295.
- Note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2015, n° 13-27248, *Bull. III*, n° 76 ; *Rev. sociétés*, 2016, p. 175.
- Note sous Cass. com., 11 mars 2014, n°. 11-26915, *D.*, 2014, p. 759.
- Note sous Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.675, inédit, *D.*, 2014, n° 183.
- Note sous Cass. com., 12 mars 2013, F6D, n° 12- 11.514, *aff. M.c/ X. ép. F*, *Rev. sociétés*, 2013, p. 346.
  
- Note sous Cass. com., 26 fév. 2013, *BJS*, 2013, p. 385.
- Note sous Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17256, *aff. SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F*, *Gaz. Pal.* 2013, p. 35.
- Note sous Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17465, *aff. Société civile de Mousquetaires*, *D.*, 2009, p. 2195.
- Note sous Cass. com., 3 juin 2008, *Rev. sociétés*, 2009, p. 113.
- Note sous Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub. *D.*, 2008, p. 1024.
- Note sous Cass. com., 20 juin 2006, n° 05-1005, *BJS*, 2007, n° 8, p. 84.

- Note sous Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse, D.*, 2003, jur. 2623.
- Note sous Cass. com., 2 juillet 2002, n°1313FS-P, *LSJ*, 19 déc 2002, n° 51, p. 1844.
- Note sous Cass. com., 6 juin 2001, *JCPE*, 2013, p. 1129.

**DUQUESNE (F.)**, Note sous Cass. soc., 30 sept. 2010, n° 09-40114, *Bull. civ. V*, n° 208 ; *JCPE*, 2010, 1997.

- F -

**FAGES (B.)**

- Obs. sous Cass. com. 18 mai 2010, n° 0914,855, *RTD civ.*, 2010, p. 553.
- Obs. sous Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub. : *RTD civ.*, 2008, p. 104.

**FAVARIO (T.)**

- Note sous Cass. com., 31 mai 2016, n° 14-24779, F-D, *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 5, p. 340.
- Note sous Cass. civ., 31 oct. 2007, *BJS*, 2010, n°1, p. 100.

- G -

**GALLOIS-COCHET (D.)**

- Obs. sous Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.221, PB, *Dr. Sociétés*, 2014, n° 64.
- Note sous Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17.831; *Dr. sociétés*, 2009, comm. 138.

**GARCON (J.-P)**

- Note sous Cass. com., 3 juin 2008, *BJS*, 2008, p. 888.

**GERMAIN (M.)**

- CA Limoges, 28 mars 2012, n° 10/00576, *aff. SAS Groupe R.*, *BJS*, 1er sep. 2012, n° 09, p. 623

**GERMAIN (M.) et PÉRIN (P.-L.)**

- Note sous Cass. Com., 12 mars 2013, F6D, n° 12- 11.514, *aff. M.c/ X. ép. F*, *Bull. Joly Sociétés*, 1<sup>er</sup> juill. 2013, n° 07-08.
- Note sous CA Limoges (ch. civ), 28 mars 2012, n°10/00576, *aff. SAS Groupe R*, *BJS*, n° 09, p. 623.
- Note sous Cass. com., 25 janv. 2017, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI* : *BJS*, 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 116d5, p. 170.

**GIBIRILA (D.)**

- Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *Defrénois*, 2008, p. 674.
- Obs. sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ. IV*, n° 86, *Dr. et procédures* 2008, p. 288.

**GODON (L.)**

- Note sous Cass. com., 8 mars 2018, n° 17-40079, *aff. Sté Odo, FS-D*, non publié au bulletin, *Rev. sociétés*, 2018, p. 511.
- Note sous Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2015, n° 13-27248, *Bull. III*, n° 76 ; *Rev. sociétés*, 2016, p. 175.
- Note sous Cass. com., 27 oct. 2009, n° 08-21123 (FD), *aff. Sté Monceau 89*, *BJS*, n°5, p. 474.

- Note sous CA Paris (14e ch.), sect. A, 18 juin 2008, n° 08/06315, *aff. Mizrahi c/ Sitbon*, *BRDA* 2008, n° 23, p. 2, *BJS*, 2009, p. 385.

**GUYENOT (L.)**, Note sous CA Paris, 8 juill. 1975, *Rev. sociétés*, 1976, p. 114.

**GUYON (Y.)**

- Note sous CA Paris, (3<sup>e</sup> ch. C), 28 juin 2002, *aff. Sté Bally France*, *Rev. sociétés*, 2002, p. 766.
- Note sous Cass. com. 2 juill. 1986, *Rev. sociétés*, 1987, p. 46.

**- H -**

**HALLOUIN (J.-C.)**, Obs. sous Cass. civ. (ch.1<sup>er</sup>), 4 mars 1997, *D.*, 1998, p. 179.

**HEINCH (J.)**, Comm. sous Cass. com., 8 mars 2018, n° 17-40079, *aff. Sté Odo*, FS-D, non publié au bulletin, *Dr. Sociétés*, n° 6, juin 2018, comm. 103.

**HOVASSE (H.)**

- Note sous Cass. com. 8 avril 2008 n°06-15.193, *Dr. sociétés*, 2008. Comm. 130.
- Note sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ. IV*, n° 86, *JCPE*, 2008, p. 1783.
- Note sous Cass. com. 4 décembre 2007, n°. 06-13912, *Bull.*, 2007, IV, n° 258 ; *JCPE*, 2007, p. 1159.
- Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *Dr. Soc.*, 2007, n° 219.
- Note sous Cass. com., 19 déc 2006, pourvoi n° 17.802, *Dr. sociétés*, 2007, comm. 51

**- J - K -**

**JOURDAIN (P.)**, Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse*, *RTD civ.*, 2003, p. 509.

**KADDOUCHE (R.)**, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 ; *JCPE*, 2005, 968.

**- L -**

**LE CANNU (P.)**

- Obs. sous CA Versailles (12<sup>e</sup> ch. 2<sup>e</sup> sect.), n° 03/04697, 27 janv. 2005, *RTD com.*, 2005, p. 361.
- Note sous Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-20.158, *aff. D. Labussierec c/ SA EPF Parteners*, *RTD com.*, janv- mars 2015, p. 119.
- Obs. Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-25.675, inédit, *RTD com.*, 2013, p. 765.
- Note sous Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-14457, *BJS*, 2008, p. 876.
- Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *Rev. societies*, 2007, p. 814.
- Obs. CA Paris 12 juin 2007, *Bulletin Joly* 2007, p. 1341.
- Note sous Cass. com. 18 mai 2010, n° 0914,855, *Rev. sociétés*, 2010, p. 374.
- Note sous Cass. com., 19 déc 2006, pourvoi n° 17.802, *BJS*. 01 avr. 2007.n° 4, p. 506, pourvoi n° 17.802, *Rev. sociétés*, 2007, p. 93.
- Obs. sous CA Paris (3<sup>e</sup> ch. secte. B) 9 fév. 2006, *aff. SA Eurofog c/ SAS Ixsea*, *RTD com.*, 2006, p. 429.
- Note sous Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421 ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 353.

- Note sous CA Versailles, 27 janvier 2005, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557.
- Note sous Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96- 10253, *BJS*, juill. 1998, p. 263.
- Obs. sous Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. Civ.* 1994, IV, n° 94, *Deffrénois*, 30 avr. 1994, n° 8, p. 556.
- Note sous Cass. com., 19 février 1991, n° 89-17357, *BJS*, 1991, p. 413.
- Note sous Cass. Com. 18 mai 2010, n° 0914,855, *Rev. sociétés*, 2010, p. 374.

**LE CANNU et DANDERO (B.)**, Obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, n° no 06-16537, *RTD com.*, 2007. 791.

#### **LE NABASQUE (H.)**

- Note sous Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17256, *aff. SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F*, *Rev. sociétés*, 2013, p. 158.
- Note sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08- 21547, *Rev. sociétés*, 2010, p. 23.
- Note sous Cass.com., 9 mars 2010, n° 08- 21793, *Rev. sociétés*, 2010, p. 23.
- Note sous Cass. soc., 19 janv. 2005, n° 02-45675, *aff. Sté Railtech International*, *Bull. Joly Sociétés*, n°6, p. 719.
- Note sous Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse*, *BJS*, juill. 2003, p. 786, n° 167.
- Note sous Cass. com., 18 mai 2010, n°09-14.855 P+B+I+R, *aff. Sté Française de gastronomie c/ SAS Larzul*, *BJS*, 2010, p. 651.

#### **LEGROS (J.-P)**

- Note sous Cass. com. 22 janv. 1991, *Rev. sociétés*, 1992. 61.

#### **LIENHARD (A.)**

- Obs. sous CA Versailles (12<sup>e</sup> ch. 2<sup>e</sup> sect.), n° 03/04697, 27 janv. 2005, *D.*, 2005, p. 716.
- Note sous Cass. com., 11 mars 2014, n°. 11-26915, *D.*, 2014, p. 759.
- Note sous Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-24.305 (n° 12810 F-P+B), *D.*, 2013, p. 288 ; *D. actualités*, 8 janv. 2013.
- Obs. sous Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 09-40492.
- Obs. sous Cass. com. 18 mai 2010, n° 0914,855, *D.* 2010, p. 2405.
- Note sous Cass. com., 9 mars 2010, n° 08- 21547, *D.*, 2010, p. 76.
- Note sous Cass. com., 10 fév. 2009, n° 07- 20.445, *D.*, 2009, p. 559.
- Obs. sous Cass. com., 3 juin 2008, *D.*, 2008, p. 1691.
- Obs. sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ.* IV, n° 86; *D.*, 2008. *AJ* 1200.
- Obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, *D.*, 2007, *AJ*, 2726.
- Note sous Cass. com., 20 mai 2003, n° 99- 17092, *aff. Seusse*, *D. aff.* 2003, p. 1502.
- Obs. Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-03172, *aff. SA Financière de laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ SA Sanofi Synthélabo*, *D.*, 2003, p. 1438.
- Obs. sous CA Paris, 26 mai 2000 : *D.*, 2000. *AJ* 333.
- Obs. sous Cass. soc., 15 déc. 201009-42642, *Rev. sociétés*, 2011, p. 100.

**LEVEL (P.)**, Note sous Cass. com., 19 mai 1969, *JCP*, 1969, II, 16032.

- M -

**MATSPOULOU (H.)**, Note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, *Rev. sociétés*, n° 10-87.212 : juris data n° 2011-02162, 2012.

**MARRAUD DES GROTTES (G.)**, Obs. sous Cass. com., 3 juin 2008, *RLDC*, sep. 2008, n° 52, p. 31.

**MENJUCQ (M.)**, Note sous Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13.484, *aff. Société Eurofog c/ SAS Ixsea*, *BJS*, 2007, n° 10, p. 1075.

**MESTRE (J.) et FAGES (B.)**, Obs. sous Cass. Ass. Plén., 17 mai 2002, n° 00-11664, *RTD civ.*, 2003, p. 85.

**MESTRE (J.)**, Note sous CA. Aix-en-Provence, 28 septembre 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 773.

**MICHEL – CORDIER (E.) et VAMPARYS (X.)**, Note sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ. IV*, n° 86, *Bull. Joly*, 2009, p. 21.

**MICHEL (S.)**, Note sous Cass. mix, 19 nov 2010, n° 10-10.095S, *Juris. Soc. Lamy*, 2011, n° 291.

**MONÉGER (J.)**, Note. sous Cass. ass. Plén., 17 mai 2002, n° 00-11664, *JCPG*, 2002, II, 10131.

**MONNET (J.) et HOVASSE (H.)**, Note sous CA Paris, 8 févr. 2002: *Dr. sociétés*, 2004, n° 12.

**MONSIÈRIÉ- BON (M.-H.)**, Obs. sous Cass. com., 23 oct. 2007, *RJ com.*, 2008, p. 37.

**MORTIER (R.)**

- Note sous Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-17256, *aff. SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F*, *BJS*, n° 12, 1<sup>er</sup> déc. 2012, p 847.
- Note sous Cass. com., 21 juin 2011, n° 10-21928, *Bull. IV*, n° 106 ; *Dr. sociétés* 2011, comm. n° 167.
- Note sous CA Paris ( ch.14e), sect. A, 18 juin 2008, n° 08/06315, *aff. Mizrahi c/ Sitbon*, *Dr. sociétés*, 2008, comm. 226.
- Note sous Cass. civ., 31 oct. 2007, *JCPN*, 2008, n° 1064.

**MOUBSIT (H.)**, Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66255, *LPA*, 29 déc. 2010, n° 259, p. 8.

**MOULIN (J.-J.)**, Note sous Cass. com., 27 juin 2018, n° 16-14. 097, inédit, *BJS*, 1<sup>er</sup> mars 2018, n° 03, p. 154.

**MOURY (J.)**

- Note sous Cass. com., 6 juin 2001, *Rev. sociétés*, 2013, p. 18.
- Note sous Cass. com., 6 nov. 2007, n° 07-10620, non pub. *Rev. sociétés*, 2008, p. 89.

- O - P -

**OHI (D.)**, Note sous Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96- 10253, *JCPG* 1998, II, 10177.

**PÉRIN (P- L.)**, Note sous cass. com., 16 févr. 2016, n° 14-23093, *aff. Sté. Acos, F-D*, *BJS*, n° 07-08, p. 400.

**PORACCHICA (D.)**, Obs. sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ. IV*, n° 86, *RTDF*, 2008, n° 3, p. 78.

- R -

**R.D.**, Note sous Cass. Req., 23 juin 1941, *Aff. Sommer/ la société « La Manufacture des feutres de Mouzon »*, *Journ. Soc.*, 1943, p. 209.

**REINHARD (Y.)**, Obs. Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12657, *Bull. civ. IV*, n° 115; *RTD com.*, 1987, p. 209.

**RIASSETTEO (I.)**, Obs. sous Cass. com., 8 avr. 2008: *Bull. civ. IV*, n° 86, *Banque et Droit*, p. 46.

**ROBET (J.-H)**

- Note sous Cass. crim., 11 avril 2012, n° 10-86974, *JCP*, 2012, II, 740.
- Note sous Cass. crim., 11 oct. 2011, *JCP*, 2011, n° 1385.

**ROUQUET (Y.)**, Obs. sous Cass. Ass. Plén., 17 mai 2002, n° 00-11664, *D.*, 2002, p. 2053.

- S -

**SAINTOURENS (A.)**

- Note sous Cass. com. 8 avril 2008 n°06-15.193. *Rev. sociétés*, 2008, p. 606.
- Note sous Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-20.646, *Bull. civ.*, IV, n° 171, *JCP E* 2004, p. 377.

**SAINTOURENS (B.)**

- Note sous Cass. civ (ch. 1<sup>ère</sup>), 6 déc. 2017, n° 16-17588, ECLI-FR : CCASS-2017 : C101271, F-D : *BJS*, mars 2018, n° 117, p. 160.
- Note sous Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.221, PB, *BJS*, 2014, p. 250.
- Note sous CA Paris, 26 mai 2000, *Rev. sociétés*, 2000. 729.
- Note sous Cass. com., 28 avr. 1998, n° 96- 10253, *Rev. sociétés*, 1998, p. 767.

**SCHILLER (S.)**, Note sous Cass. civ., 31 oct. 2007, *Rev. sociétés*, 2008, p. 321.

**SCHMIDT (D.)**

- Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *Bull. Joly*, 2008, p. 101.
- Note sous CA Versailles, 29 mars 1978, *aff. P. Chasseriau, J.L. Breton et d'autres c/ Alain Cazal*, *Rev. sociétés*, 1978, p. 711

- T -

**THULLIER (B.)**, Comm. sous Cass. com., 22 févr. 2005, n° 03-17421, *D.*, 2005, p. 1430.

**THLLER (E.-E.)**, Note sous Cass. civ., 30 mai 1982, *DP*, 1983, 1, p. 107.

- U -

**URBAIN- PARLEANI (I.)**

- Note sous CA Versailles (12<sup>e</sup> ch. 2<sup>e</sup> sect.), n° 03/04697, 27 janv. 2005, *Rev. sociétés*, 2005, p. 699.

- Note sous CA Paris (3<sup>e</sup> ch. secte. B) 9 fév. 2006, *aff. SA Eurofog c/ SAS Ixsea* ; *Rev. sociétés*, 2006, p. 431.

- V -

#### **VÉROU (M.)**

- Comm sous Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-87.212 : juris data n° 2011-021620, *Dr. pénal*, 2011, comm. 149.

#### **VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J)**

- Obs. sous CA Paris, 26 mai 2000, *JCPE*, 2000, n° 46, p. 1808.
- Obs. sous Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. Civ.* 1994, IV, n° 94 ; *JCPE*, 1994, I, 363, n° 4.

#### **VIANDIER (A.)**

- Note sous Cass. com., 23 oct. 2007, *JCPE*, 2007, p. 2433.
- Note sous Cass. com. 22 juill. 1986, *JCP*, 1987. II. 20796.

### **Guides**

**Guide de législation**, 2017, 3<sup>e</sup> éd., La documentation française, p. 297.

**Guides de gestion RF**, *Le mémento de la SAS et de la SASU, juridique, fiscal et social*, groupe revue Fiduciaire, Paris, 2009, p. 178.

**Guide du centre belge du droit des sociétés**, *La modernisation du droit des sociétés*, Larcier, 2014.

### **Ouvrages et articles philosophiques, psychologiques**

**DEL VECCHIO (G.)**, *Philosophie du droit*, traduction de J. ALEXIS D'AYNAC, 1953.

**REY (A.)**, *Psychologie cognitive expérimentale*, Presses universitaires de France, 2012.

### **Ouvrages de méthodologie**

**BEAUD (M.)**, *L'art de la thèse*, Le Découverte, 2005.

**DEUMIER (P.)**, *Le raisonnement juridique*, Dalloz, 2013.

**FRANCOIS (G.) et CARYOL (N.)**, *Méthode des études de droit*, Dalloz, 2017.

### **Sources de statistiques**

**INSEE** (Institut national de la statistique et des études économiques)

INSEE, *Informations rapides*, n° 2019-213, 27 août 2019

Insee Première, n° 1685, janv. 2018 (chiffres 2013- 2017).

Insee Première, n° 1679, 12 déc. 2017.

Insee Première, n° 1534, janv. 2015 (chiffres 2010- 2014).

Insee Première, n° 1334, janv. 2011 (chiffres 2004-2010).

## **GRAYDON Belgium**

URL : [www. Graydon.be](http://www.Graydon.be)

### ***Doing Business*** (La Banque Mondiale)

Rapp. *Doing Business* 2016,

Rapp. *Doing Business* 2019.

### **Articles, Dossiers de presses et Blog**

**DONDERO (B.)**, « Décret sur le bénéficiaire effectif : ce qui change (D. n° 2018-824 du 18 avr. 2018), *Le blog du Professeur Bruno Dondero*, 20 avr. 2018.

**Dossier de presse**, « La société privée européenne », 10 octobre 2008. [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/PresseR-V%20SPE%20.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PresseR-V%20SPE%20.pdf) [Date de la consultation : 07/01/2019]

**ERNST (P.)**, « La nouvelle société à responsabilité limitée en 8 questions », *Tendances Trends*, 6 déc. 2018 (/s/r/c/1063431), <https://trends.levif.be/economie/>. [Date de la consultation : 17/12/2018].

**LE BOLZER (J.)**, « Les entreprises à mission défendront un intérêt collectif ou général », *Les Echos Entrepreneurs*, 10 janv. 2019, [https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/0600391856457-les-entreprises-a-mission-defendront-un-interet-collectif-ou-general-326117.php#formulaire\\_enrichi::bouton\\_facebook\\_inscription\\_article](https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/0600391856457-les-entreprises-a-mission-defendront-un-interet-collectif-ou-general-326117.php#formulaire_enrichi::bouton_facebook_inscription_article). [Date de la consultation : 08/08/2019].

### **Dictionnaires juridiques et généraux**

**CABRILLAC (R.) (dir.)**, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2018, 9<sup>e</sup> éd., Lexis Nexis.

**CORNU (C.)**, *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> éd., PUF, 2018.

**GUINCHARD (S.) (dir.)**, *Lexique des termes juridiques*, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2017.

*Larousse* Dictionnaire français (en ligne).

*Le Littré*, *Dictionnaire de la langue française en un volume*, Hachette, 2000.

*Le Petit Robert*, 2014.

**Le dictionnaire du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL)** (en ligne).

### **Formations, conférences**

**EDDY (E.) et FRELIX (C.)**, « SPRL Starter », conférence du 18 juin 2009 organisée par le cabinet Felix & Felix Expert comptable et conseil fiscal SPRL.

**HUMMEL (J.)**, « Le rôle de la volonté dans la pensée juridique », Formation de l'ED DSP, Univ. Rennes 1, (Non publié), nov. 2018.

**SOLEIL (S.)**, « Les modèles juridiques et leur circulation », Formation de l'ED DSP, Univ. Rennes 1, (non publié), nov. 2017.

### **Colloques et journées d'étude**

**BARIANI (D.)**, Colloque : *la gouvernance des entreprises familiales*, organisé par l'Université de Rennes I, 13 juin 2019 à Rennes (à paraître).

**BRUN (Y.)**, « Mesures susceptibles de limiter l'attractivité des LBO et de favoriser la transmission familiales des entreprises », *Journée d'étude LBO*, organisé par FORDE, IGR, 7 oct. 2016 (non publié).

**MASSET (E.)**, « Vers les sociétés à missions », Colloque : *La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ?*, organisé par l'Université de Paris Descartes, le 28 juin 2018 (à paraître).

**PAGNUCCO (J.-C.)**, « Le modèle de la SAS : retour sur la perte de souveraineté programmée de la collectivité des associés », Colloque : *La SAS : 25 ans après*, organisé par l'Université de Caen Normandie, 5 avril 2019 (non publié).

**THOMASSIN (N.)**, « L'organisation du pouvoir de direction dans la SAS », Colloque : *La SAS : 25 ans après*, organisé par l'université de Caen Normandie, 5 avril 2019 (non publié).

### ***Entretiens***

Monsieur Frédéric Pitron, Juriste, Responsable département Droit des sociétés, *SELARL Renaud Berthou- Cabinet Droit & Lois*, Rennes, 25 avril 2018.

Monsieur Guy Horsmans, Président du *Centre belge des sociétés*, Professeur émérite UCL et avocat au *cabinet Six*, Bruxelles, 15 mars 2016.

Monsieur Richard Desgorces, Professeur, Université de Rennes I, 5 avril 2017.

Monsieur Jacky Frerou, Président de la Société *Cafex SAS*, Rennes, 6 juin 2018.

Monsieur Claude MARCIE, Directeur général de la Société *Geolia SAS*, Paris, 10 avril 2018.

# TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE

## *I. CONSEIL CONSTITUTIONNEL*

**Cons. Const., 15 mars 2012**, n° 2012-649 DC.

**Cons. const., 28 nov. 1973**, *Req. Const.* 1973, p. 45. p. 767, note J.-B. Blaise

## *II. COUR DE CASSATION*

### ASSEMBLÉE REQUETE

**Cass. Req., 23 juin 1941**, *aff. Sommer/ la société « La Manufacture des feutres de Mouzon »*, *Journ. Soc.*, 1943, p. 209, note R. D.

### ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

**Cass. Ass. plé., 17 mai 2002**, n° 00-11664, *D.* 2002, p. 2053, obs. Y. Rouquet ; *D.* 2003, p. 333, n. S. Becqué-Ickowicz ; *JCPG* 2002, II, 10131, note J. Monéger ;, obs. P.-H. Brault et P. Pereira-Osouf ; *RTD civ.* 2003, p. 85, obs. J. Mestre et B. Fages.

**Cass. Ass. plé., 14 déc. 2001**, *aff. « cousin »*.

**Cass. Ass. plé., 25 fév. 2000**, *aff. « Costedoat »*.

### CHAMBRE MIXTE.

**Cass. mix, 19 nov 2010**, n° 10-10.0955, *Juris. Soc. Lamy*, 2011, n° 291, note S. Michel.

### CHAMBRES CIVILES.

**Cass. civ (ch. 1<sup>ère</sup>)**, **6 décembre 2017**, n° 16-17588, ECLI-FR : CCASS-2017 : C101271, F-D : *BJS*, mars 2018, n° 117, p. 160, note B. Saintourens.

**Cass. com., 25 janv. 2017**, n° 14-28792, *aff. Sté STCI, FS- PBRI*, *D. actualité*, 14 fév. 2017, note X. Delpech ; *BJS*, note M. Germain et P.-L. Périn.

**Cass. com., 31 mai 2016**, n° 14-24779, F-D, *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, 1<sup>er</sup> sept. 2016, n° 5, p. 340, note T. Favario.

**Cass. civ. (ch. 3<sup>e</sup>), 10 mars 2016**, n° 14-15326, *aff. M. X c / SCI Z et M. et Mme Z*, *L'essentiel Dr. Contrats*, 3 mai 2016, n°05, p. 7, note M. Caffin- Moi.

**Cass. civ. (ch. 3<sup>e</sup>), 13 avr. 2010**, n° 09-65.558, *BJS*, 2010, note A. Couret et B. Dondero.

**Cass. civ., 31 oct. 2007**, *BJS*, 20087, p. 121, note A. Couret ; *Rev. sociétés*, 2008, p. 321, note S. Schiller ; *JCPN*, 2008, n° 1064, note R. Mortier ; *BJS*, 2010, n°1, p. 100, note T. Favario.

**Cass. civ. (ch.1<sup>er</sup>), 25 janv. 2005**, *Rev. sociétés*. 2005, p. 608, note Y. Chartier.

**Cass. civ. (ch.1er), 4 mars, 1997**, D. 1998, som, com, p. 179, obs. J.-C. Hallouin.

**Cass. civ. (ch.3), 15 avr 1980**, *Bull. Civ. III*, n° 73 ; CA Paris, 11 janv 1928, *DH*, 1928, p. 279.

**Cass. civ. (ch. 3), 3 mai 1977**, *Bull. civ. III*.

**Cass. civ. (ch. 2), 17 juill. 1967**, *Bull. civ. II*, n° 261.

**Cass. civ. 4 juin 1946**, *aff. Société de teinturerie et d'impression. Motte, S.*, 1947, 1, p. 153, note Barbry ; *JCP*, 1947, II, n° 3518, note Bastian, 3518 ; *Sirey* 1947. I. p. 153 ; *Sirey* 1962, II, n° 72, p. 239, obs. Noirel.

**Cass. civ., 7 avr. 1932**, *DH*, 1932, 1, p. 153, note J. Cordonnier.

### CHAMBRE COMMERCIALE.

**Cass. com., 27 juin 2018**, n° 16-14. 097, inédit : *RTD Civ.* 2018, p. 892 note H. Barbier ; *BJS*, 01/03/2018, n° 03, p. 154, note J.-J. Moulin.

**Cass. com., 8 mars 2018**, n° 17-40079, *aff. Sté Odo, FS-D*, non publié au bulletin. Note B. Dondero, *BJS*, 01/05/2018, n°05, p. 295 ; *Rev. sociétés*, 2018, p. 511, note L. Godon ; *Dr. Sociétés*, n° 6, juin 2018, comm. 103, note J. Heinch.

**Cass. com., 14 févr. 2018**, n° 15-16525, *BJS*, n° 4, 01/04/2018, p. 214.

**Cass. com., 16 févr. 2016**, n° 14-23093, *aff. Sté. Acos, F-D*, note P.-L. Périn, *BJS*, n° 07-08, p. 400.

**Cass. com., 21 janv. 2014**, n° 12-29.221, PB, *BJS*, 2014, p. 250, note B. Saintourens ; *Dr. Sociétés* 2014, n° 64, obs. D. Gallois- Cochet.

**Cass. com., 4 nov. 2014**, n° 13- 20.158, *aff. D. Labussierec c/ SA EPF Parteners*, *RTD com.*, janv.- mars 2015, p. 119, note P. Le Cannu ; *Dr. Sociétés*, janv. 2015, §8, note M. Roussille.

**Cass. com., 11 mars 2014**, n° 11-26915, *D.*, 2014, p. 759, note B. Dondero ; *JCPE*, 2014, p. 1159, note A. Couret ; *D.*, 2014, p. 759, note A. Lienhard.

**Cass. com., 12 mars 2013**, F6D, n° 12- 11.514, *aff. M.c/ X. ép. F*, *BJS*, 1<sup>er</sup> juill. 2013, n° 07-08, note M. Germain et P.-L. Périn ; *Rev. Sociétés*, 2013, p. 346, note B. Dondero.

**Cass. com., 9 juill. 2013**, n° 12-21238, *aff. Sté Logistics organisation Grimonprez (LOG) c/ B.*, *BJS*, 2013, IV, n° 124.

**Cass. com., 13 nov. 2013**, n° 12-25.675, inédit, *D.* 2014, n° 183, note B. Dondero ; *RTD civ.*, 2014, p. 652, obs. H. Barbier ; *RTD com.*, 2013, p. 765, obs. P. Le Cannu.

**Cass. com., 26 février 2013**, *JCPE*, 2013, n° 1, p. 1519, obs. B.-O. Becker ; *BJS*, 2013, p. 385, note B. Dondero.

**Cass. com., 9 juill. 2013**, n° 12-21238, *aff. Sté Logistics organisation Grimonprez (LOG) c/ B.*, *Bull.* 2013, IV, n° 124.

**Cass. com., 18 déc. 2012**, n° 11-24.305 (n° 12810 F-P+B), *D.*, 2013, p. 288 ; *D. actualités*, 8 janv. 2013, note A. Lienhard.

**Cass. com., 4 décembre 2012**, n° 10-16280, *D.*, 2013, p. 147, note A. Couret.

**Cass. com., 25 sept. 2012**, n° 11-17256, *aff. SA Lioser et a. c/ Sté ITM région parisienne F*, *Rev. sociétés* 2013, p. 158, note H. Le Nabasque ; *BJS*, n° 12, 1/12/ 2012, p 847, note R. Mortier ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 35, note B. Dondero.

**Cass. com., 21 juin 2011**, n° 10-21928, *Bull.* IV, n° 106 ; *Dr. sociétés*, 2011, comm. n° 167, note R. Mortier ; *BJS*, 2011, p. 670, note J.-F. Barbière.

**Cass. com., 14 déc. 2010**, n° 09-71. 712, *BJS*, 2010, IV, n° 205.

**Cass. com., 28 sept. 2010**, n° 09-66255, *LPA*, 29 déc. 2010, n° 259, p. 8, note H. MOUBSIT.

**Cass. com., 16 févr. 2010**, n° 09-12.097, *RJDA*, juin 2010, n°636, p. 973.

**Cass. com. 18 mai 2010**, n° 0914,855, *D.*, 2010, p. 2405, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2010, p. 374, note P. Le Cannu ; *RTD civ.*, 2010, p. 553, obs. B. Fages.

**Cass. com., 9 mars 2010**, n° 08- 21547, note A. Lienhard; *Rev. Sociétés*, 2010, p. 23, note H. Le Nabasque.

**Cass. com., 27 oct. 2009**, n° 08-21123 (FD), *aff. Sté Monceau 89*, note L. Godon, *BJS*, n°5, p. 474.

**Cass. com., 24 novembre 2009**, n° 08-21369, *Bull.*, 2009, IV, n° 151.

**Cass. com., 5 mai 2009**, n° 08-17.831, *aff. Société civile de Mousquetaires*, *Dr. sociétés*, 2009, comm. 138, note D. Gallois-Cochet ; *D.*, 2009, p. 2195, note B. Dondero. <sup>1</sup>.

**Cass. com., 10 fév. 2009**, n° 07- 20.445, *D.*, 2009, p. 559, note A. Lienhard.

**Cass. com., 24 novembre 2009**, n° 08-21369, *BJS*, 2009, IV, n° 151.

**Cass. com. 8 avril 2008**, n°06-15.193. *Rev. sociétés* 2008. 606, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés*, 2008. Comm. 130, note. H. Hovasse.

**Cass. com., 21 oct 2008**, *RJDA*, 2009/2, n° 100, p. 96.

**Cass. com., 3 juin 2008**, n° 07-14457, *BJS*, 2008, p. 876, note P. Le Cannu ; *D.*, 2008, p. 1691, obs. A. LIENHARD ; *BJS*, 2008, p. 888, note J.-P. GARCON ; *Rev. sociétés*, 2009, p. 113, note B. DONDERO ; *RLDC*, sep. 2008, n° 52, p. 31, obs. G. MARRAUD DES GROTTES. *RJDA*, 2008/ 11, p. 1101, n° 1131.

**Cass. com., 8 avr. 2008**, n° 06-15193, *Bull. civ.* IV, n° 86; *D.*, 2008. *AJ* 1200, obs. A. Lienhard; *JCP E* 2008. 1783, note H. Hovasse; *Banque et Droit.*, 46, obs. Riassetto; *Rev. sociétés* 2008. 606, note B. Saintourens; *Dr. et procédures*, 2008. 288, obs. Gibirila; *RTDF*, 2008, n° 3, p. 78, obs. D. Poracchia.

**Cass. com., 6 novembre 2007**, n° 07-10620, non pub. : *RTD civ.*, 2008, p. 104, obs. B. Fages ; *D.*, 2008, p. 1024, note B. Dondero ; *Rev. sociétés*, 2008, p. 89, note J. Moury ; *JCPE*, 2008, p. 1829, note A. Constantin ; *JCP E* 2008, p. 1280, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *BJS*, 2008, p. 125, note X. Vamparys.

**Cass. com. 4 décembre 2007**, n° : 06-13912, *BJS*, 2007, IV, n° 258, *JCPE*, 2007, p. 1159, note H. Hovasse.

**Cass. com., 15 mai 2007**, n° 06-13.484, *aff. Société Eurofog c/ SAS Ixsea*, *BJS*, 2007, p. 1075, note M. Menjucq.

**Cass. com., 23 oct. 2007**, pourvoi n° 06- 16. 537, *D.* 2007, *AJ*, 2726, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2007, p. 2433, note Viandier ; *Dr. Soc.* 2007, n° 219, note H. Hovasse ; *Rev. sociétés*, 2007, p. 814, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 2007. 791, obs. P. Le Cannu et B. Dandero ; *BJS*, 2008, p. 101, note D. Schmidt ; *RJ com.*, 2008, p. 37, obs. M.-H. Monsièrié- Bon ; *Defrénois* 2008, p. 674, note D. Gibirila.

**Cass. com., 15 mai 2007**, n° 06-13484, *aff.* SA Eurofog c/ SAS Ixsea, *BJS*, n° 10, p. 1075, note M. Menjuq,

**Cass. com., 20 juin 2006**, n° 05-10052, *BJS*, 2007, n° 8, p. 84, note B. Dondero.

**Cass. com., 19 décembre 2006**, pourvoi n° 17.802, *BJS*. 01 avr. 2007.n° 4. P. 506, pourvoi n° 17.802, note. A. Couret, *BJS*, 1<sup>er</sup> avr. 2007, n° 4. p. 506; *Dr. sociétés*, 2007, comm. 51, note H. Hovasse; *Rev. sociétés*, 2007, p. 93, note P. Le Cannu; *LPA*, 20 juill. 2007, p. 14, note M. Cauvin.

**Cass. com., 19 décembre 2006**, n° 05-17802, *aff.* Sté Residia Ile-de-France et Consort X/ A, *Bull* 2006, IV, n° 268, p. 292.

**Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2005**, n° 02-15. 904. V.

**Cass. com.12 juill. 2005**, n° 1238, *RJDA*, n° 2/ 2006, p. 169.

**Cass. com., 22 févr. 2005**, n° 03-17421 ; *Rev. sociétés*, 2005, p. 353, note P. Le Cannu ; *D.*, 2005, comm. p. 1430, obs. B. Thullier; *JCP E* 2005, 968, note R. Kaddouche ; *JCPE*, 2005, 1046, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

**Cass. com. 19 janvier 2005** n° 663, *aff.* torlai c /Sté KPMG, *RJDA* 8-9/05, n°986.

**Cass. com., 22 févr. 2005**, n° 03-17421 ; *Rev. soc.* 2005, p. 353, note Le Cannu ; *D.* 2005, comm. p. 1430, obs. B. Thullier; *JCP E* 2005, 968, note R. Kaddouche ; *JCPE*, 2005, 1046, n° 3, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

**Cass. com., 13 nov. 2003**, n° 00-20.646, *Bull. civ.*, IV, n° 171, *JCPE*, 2004, p. 377, note A. Saintourens.

**Cass. com., 6 mai 2003**, n° 01-03172, *aff.* SA Financière de laboratoires de cosmétologie Yves Rocher c/ SA Sanofi Synthélabo, *BJS*, 2003, p. 812, note commune en chron. A. Constantin, p. 742 ; *JCPE*, 2003, p. 1485, note M. Cohen; *D.*, 2003, p. 1438, obs. A. Lienhard.

**Cass. com., 20 mai 2003**, n° 99- 17092, *aff.* Seusse, *BJS* Juill. 2003, p. 786, n° 167, note H. Nabasque; *D.*, 2003, jur. 2623, note B. Dondero; *D.*, 2003, p. 1502, note A. Lienhard; *JCPE*, 2003, p. 1203, n° 2, note J.- J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker; *Rev. sociétés*, 2003, p. 479, note J.- F. Barbieri ; *RTD civ.* 2003, p. 509, note P. Jourdain; *RTD com.*, 2003, p. 741, note C. Champaud et D. Danet.

**Cass. com., 20 mai 2003**, *JCPE*, 1203, n° 1, note J.-F. Barbieri.

**Cass. com., 2 juill. 2002**, n°98-23324, *aff. OCP Répartition c/ Blan et autres*, *Bull. Civ.* 2002 IV, n°112, p.133, *BJS*, 2002, n°8, p. 967, note A. Couret.

**Cass. com., 2 juill. 2002**, n°1313FS-P, *LSJ*, 19 déc. 2002, n° 51, p. 1844, note B. Dondero.

**Cass. com., 6 juin 2001**, *Dr. Des sociétés.* 2001, n° 170, obs. Bonneau ; *Rev. sociétés*, 2013, p. 18, note J. Moury, *JCP E*, 2013, p. 1129, note B. Dondero.

**Cass. com., 9 févr. 1999**, n° 398 P, *aff. SCA du Château d'Yquem c/ De Chizelle et autres*, *Joly Sociétés*, *Traité*, v° « Commandite par actions (société en), n° 58 à 60 par G. Baranger ; *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1999, n° 5, p. 566, note. J.-J. Daigre.

**Cass. com., 28 avr. 1998**, n° 96- 10253, *BJS*, juill. 1998, p. 263, P. Le Cannu; *JCPG*, 1998, II, 10177, D. Ohi ; *Rev. Sociétés*, 1998, p. 767, B. Saintourens.

**Cass. com., 18 fév. 1997**, *aff. Consorts Game c/ Sts Dassault Aviation et autres*, *Bull. Civ. IV*, n° 59, p.52, *Petites affiches*, 31 août 1998, note J.-L.Courtier ; *Bull. Joly.* 1997, p. 108, note J.-J. Daigre.

**Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 1997**, *aff. SA R. Liaud et Cie c/ SA Cie Financière CIC*, *Bull. Joly.* 1998, p. 650, note J.-F. Barbieri.

**Cass. com., 4 janv. 1994**, *Bull. Civ.* 1994, IV, n° 94 ; *JCP E* 1994, I, 363, n° 4, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1994, p. 279, § 68, comm. J.-J. Daiger ; *Defrénois*, 30 avr. 1994, n° 8, p. 556, Obs. P. Le Cannu.

**Cass. com.7 juillet 1992**, n° 1308, *RJDA*, 11/92, n° 1036.

**Cass. com., 6 oct. 1992**, *aff. David, liquidateur de la société Bretagne c/M. Gouret*, *Bull. Civ.* IV, n° 287, p. 201 ; *Bull. Joly*, 1992, p. 1288, note J.-J. Daigre.

**Cass. com. 22 janv. 1991**, *Rev. sociétés*, 1992. 61, note J.-P. Legros.

**Cass. com., 19 février 1991**, n° 89-17357, *BJS*, 1991, p. 413, note P. Le Cannu.

*Cass. com.*, 28 juin 1988, *BJS*, 1988, p. 671.

**Cass. com. 2 juill. 1986**, *Rev. sociétés* 1987. 46, note Y. Guyon.

**Cass. com., 22 juill. 1986**, *JCP* 1987. II. 20796, *Rev. sociétés*, 1987. 46, note A. Viandier.

**Cass. com., 3 juin 1986**, n° 85-12657, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RTD com.*, 1987, p. 209, obs. Y. Reinhard ; *D.*, 1987, p. 85, note J.-J. Daigre.

**Cass. com., 17 janv. 1984**, n° 82-14.771 , *Bull. civ. IV*, n° 21.

**Cass. com., 7 mars 1984**, n° 246, *Dr. fisc.*, 1984, comme. 1182.

**Cass. com. 6 oct. 1981**, *aff.* Blanchard c/ Ricouard, *D.*, 1983, p. 133, note V. Chanoine

**Cass. com., 10 mars 1981**, n° 79-10.729, *BJS.* 1981, p. 449..

**Cass. com., 19 mai 1969**, *J.C.P.*, 1969, II, 16032, note P. Level.

**Cass. com, 22 oct. 1969**, *Bull. civ.*, 1969, IV, n°307, p. 290.

**Cass. com., 18 avr. 1961**, *D.*, 1961, *Jur.*, p. 661.

### **CHAMBRE SOCIALE.**

**Cass.soc, 19 nov. 2010**, n° 10-10.095, *aff.* Whirlpool France.

**Cass. soc., 30 sept. 2010**, n° 09-40114, *Bull. civ.* V, n° 208 ; *JCPE* 2010, 1997, note F. Duquesne.

**Cass. soc., 15 déc. 2010**, n° 09-40492, *Rev. sociétés*, 2011, p. 100, obs. A. Lienhard

**Cass. soc., 19 janv. 2005**, n° 02-45675, *aff.* Sté Railtech International, *BJS*, n°6, p. 719, note H. Le Nabasque.

**Cass. soc. 10 mai 1973**, n° 71- 12690.

### **CHAMBRE CRIMINELLE**

**Cass. crim., 2 juin, 2015**, n° 14-82.171.

**Cass. crim. 19 juin 2013**, n° 12-82.827, *Rev. sociétés*, 2014, p. 55, note B. Bouloc.

**Cass. crim. 11 avril 2012**, n° 10-86974, *JCP*, 2012, II, 740, note J.-H. Robert.

**Cass. crim.11oct. 2011**, n° 10-87.212 : juris data n°2011-021620, *JCP*, 2011, n° 1385, note J.-H. Robert, *Rev. sociétés*, 2012, note H. Matspoulou, *Dr. pénal*, 2011, comm. 149, note M. Vérou.

### **III. CONSEIL D'ÉTAT**

Cons. État (Section des contentieux, 6<sup>ème</sup> et 1<sup>ère</sup> sous-sections), 16 mars 2006, n°276375.

### **V. COUR D'APPEL.**

**CA Paris, 27 nov. 2018**, RG, n° 16/16446.

**CA Paris, 16 juin 2015**, *RJDA*, 11/2015, n° 252.

**CA Montpellier (2<sup>e</sup> ch.), 23 juin 2015**, n° 14/00133, *aff. SA Diagnostic Medical Systems, SARL Medilink c/ Époux X et M. Y, M. Bachasson, Gaz. Pal.* 17 déc. 2015, n° 351, note C. Albiges.

**CA Limoges (ch. civ.), 28 mars 2012**, n° 10/00576, *aff. SAS Groupe Rambaud c/ M. Claude Rambaud, BJS*, 2012, p. 623, note M. Germain et P.-L. Périn

**CA Chambéry, 1<sup>re</sup> ch., civ., 18 janv. 2011**, n° 10/00185, *aff. Sté Banque Populaire des Alpes c/ SAS MC Motors.*

**CA Paris, 10 décembre 2009**, n° 09/04475.

**CA Versailles, 6<sup>e</sup> chambre, 24 juin 2008**, n°07/02686.

**CA Versailles, 6<sup>e</sup> ch., 24 juin 2008**, n° 07/03835.

**CA Paris (14<sup>e</sup> ch., sect. A), 18 juin 2008**, n° 08/06315, *aff. Mizrahi c/ Sitbon, Dr. sociétés*, 2008, comm. 226, note R. Mortier ; *BRDA*, 2008, n° 23, p. 2 ; *BJS*, 2009, p. 385, note L. Godon.

**CA Versailles, (6<sup>e</sup> ch.), 24 juin 2008**, n° 07/03835.

**CA Paris, 26 juin 2008**, *RJDA*, 2008/12, n° 1279, p. 1231.

**CA Limoges, 6 oct. 2008**, *JCPE*, 2008, 2069.

**CA Paris 12juin 2007**, *JCPE*, 2007, 2312, note T. BONNEAU, *Bulletin Joly* 2007, p.1341, P. Le Cannu.

**CA Paris (3<sup>e</sup> ch. secte. B), 9 fév. 2006**, *aff. SA Eurofog c/ SAS Ixsea ; Rev. sociétés*, 2006, p. 431, note I. Urbain- Parleani ; *RTD com.*, 2006, p.429, obs. P. Le Cannu.

**CA Versailles 24 fév 2005**, n° 03-7294 : *RJDA*, 6/0, n°719.

- **CA Versailles, (12<sup>e</sup> ch. 2<sup>e</sup> sect.), n° 03/04697, 27 janv. 2005**, *Rev. sociétés*, 2005, p. 699, not. I. Urbain-Parleani ; *D.*, 2005, p. 716, obs. A. Lienhard ; *RTD com.*, 2005, p. 361, obs. P. Le Cannu.**CA Versailles, 27 janvier 2005**, note P. Le Cannu, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 2005, n° 5, p. 557.

**CA Paris, 8 févr. 2002**: *Dr. sociétés*, 2004, n° 12, note J. Monnet et H. Hovasse.

**CA Paris, (3<sup>e</sup> ch. Com.), 28 juin 2002**, *BJS*, 2002, p. 1235, note Y. Guyon.

**CA Paris, 26 mai 2000** : *D.*, 2000. AJ, 333, obs. A. Lienhard; *Bull. Joly*, 2000. 971, note A. Couret; *JCPE*, 2000, n° 46, p. 1808, obs. A. VIANDIER et J.-J.CAUSSAIN; *Rev. sociétés*, 2000. 729, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés*, 2000, n° 171, note T. Bonneau ; *RTD com.*,

2000. 945, obs. C. Champaud et D. Danet ; 29 sept. 2000: *D.*, 2000. AJ 416; *Bull. Joly*, 2001. 59, note A. Couret.

**CA Paris (3<sup>e</sup> ch., sect. C), 7 févr. 1997**, n° 95/7256, *aff.* Me Chevrier ès-qual. c/ Vola et autres, *BJS*, 1<sup>er</sup> mai 1997, n° 5, p. 480, note J.-J. Daigre.

CA Angers, 20 sept. 1988, *BJS*. 1988, p. 851..

**CA. Aix-en-Provence, 28 septembre 1982**, *Rev. sociétés*, 1983, p. 773, note J. Mestre.

CA Paris (ch. 3<sup>e</sup> A), 4 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 1982, jur. 152

**CA Versailles, 29 mars 1978**, *aff.* P. Chasseriau, J.L. Breton et d'autres c/ Alain Cazal, *Rev. sociétés*, 1978, p. 711, note D. Schmidt.

**CA Paris, 8 juill. 1975**, *Rev. sociétés*, 1976.114, note L. Guyenot.

**CA Douai, 24 mai 1962**, *D.* 1962, p. 688, note Dalsace.

**CA Paris, 17 déc. 1954**, *Gaz. Pal.* 1955. 1. 149, concl. Lancien ; *RTD com.*, 1955, 590, note Rault.

## VI. TRIBUNAUX

- **T. com. Paris, 4 mai 1981**, *RJ com.* 1982. 7, note De Funtbressin.

- **T. com. Paris, 1<sup>er</sup> août 1974**, *Rev. sociétés*, 1974. 685, note Oppéit ; *RTD com.*, 1975. 130, note Houin.



## ANNEXE

# Questionnaire sur l'utilisation et l'utilité en pratique des sociétés par actions simplifiées

Société concernée :

.....

Nom, prénom et qualité de la personne interrogée :

.....

### *I. Pourquoi avoir constitué une société SAS ?*

L'adoption de cette forme est-elle ancienne ?

.....

S'agit-il :

D'une création ?

.....

D'une transformation ? De quelle forme ?

.....

Qui a suggéré le choix de la forme SAS (un associé, un praticien, un avocat, un expert comptable...) ?

.....

4. Avez-vous conseillé à vos clients d'adopter la forme de la SAS ? Pour quelles raisons ?

.....

### *II. Le lien entre la SAS et la SA*

L'article L. 227-1, al. 3 du code de commerce prévoit le renvoi aux dispositions applicables à la SA. L'emprunt de ces dispositions engendre-t-il des difficultés en pratique ? Lesquelles ?

.....

2. Comment définissez-vous le mot « compatible » prévu par l’alinéa 3 du code de commerce ?

.....

3. Que pensez-vous de l’application du régime fiscal de la SA à la SAS ?

.....

4. Vous arrive-t-il d’exercer un renvoi statutaire aux dispositions de la SA qui sont exclues du champ d’application de la SAS ? Pourquoi et comment ?

.....

5. Vous semble-t-il possible de couper le lien entre la SAS et la SA en supprimant l’alinéa 3 de l’article L. 227-1, alinéa 3 ?

.....

### *III. La mutation des actions*

1. Comment la cession des parts est-elle organisée ?

.....

2. Existe-t-il des clauses facilitant ou restreignant la cession ? (clause d’agrément, d’exclusion, de cession forcée, d’inaliénabilité....).

.....

3. En cas de refus d’agrément, l’achat des actions en cause est-il toujours envisageable ?

.....

### *IV. Avantages particuliers*

1. Avez-vous conseillé l’émission d’actions de préférence par la SAS ? Si oui, à qui sont-elles destinées ?

.....

2. L’application de l’article L. 228-11 et suivant du code de commerce a-t-elle soulevé des difficultés ?

.....

3. Le régime des actions de préférence, à votre avis, est-il compatible avec le régime propre de la SAS ?

.....

4. Appliquez-vous le programme du rachat des actions non cotées à la SAS (art. L. 225-209-2) et surtout à la SASU ? Vous semble-t-il compatible avec la SAS ?

.....

## *V. Avenir de la SAS*

1. Quelles sont les améliorations susceptibles d'être apportées au régime juridique de la SAS ?

.....

2. Quel avenir, selon vous, attend la forme juridique de la SAS ?

.....

3. La SAS pourrait-elle constituer une forme juridique adaptée pour l'entreprise à mission ?

.....

4. La SAS pourrait-elle constituer un modèle pour les autres sociétés ?

.....



# INDEXE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

## A

**Actions de préférence** : 224s.  
**Apports en industrie**: 68s, 217, 506s.  
**Archétype** : 7.  
**Augmentation de capital** : 81, 247, 320.  
**Avantages particuliers** : 228s, 234.

## B

**Bénéfices** : 128s, 131s, 257s, 337, 431.  
**Boni de liquidation** : 131, 462.

## C

**Capital** : 68s, 179, 324s.  
**Cession d'actions** : 156s, 287, 458s, 468s, 606.  
**Clause d'agrément** : 185s, 234, 466s.  
**Clause d'exclusion** : 491s  
**Clause d'inaliénabilité** : 298, 480s, 524.  
**Clause de changement de contrôle** : 493s.  
**Clause de préemption** : 287s.  
**Commissaire à la transformation** : 321s, 332s.  
**Commissaire aux apports** : 325s  
**Commissaire aux comptes** : 82, 91, 234, 325s.  
**Critère de compatibilité** : 74s, 96s, 143s, 152s, 178, 194, 209, 332, 513s, 553s.  
**Complexité qualitative** : 208s.  
**Complexité quantitative** : 224s.  
**Comptes annuels**: 89, 157, 173, 246s, 257s, 431s.  
**Conseil de surveillance** : 12s, 102s, 134, 243, 381s, 518.  
**Convention de vote** : 542s.

## D

**Décisions collectives des associés** : 423s  
**Délégation de pouvoirs** : 414, 434s.  
**Devoir de vigilance** : 160s.  
**Directeur général et directeur général délégué** : 108, 123s, 134s, 249s, 375, 381s, 405s.  
**Dirigeant** : 261s, 373s, 394s.  
**Dispositions supplétives** : 46, 513s, 550s, 576, 614s, 638s.

**Droit aux dividendes** : 460s.

**Droit d'information** : 443s, 626s.

**Droit de participer aux décisions collectives** : 429, 453, 536s.

**Droit de vote** : 227s, 337, 445s, 540s.

## F

**FCPR** : 89s.

**Filiales communes** : 32s, 50s, 62, 343.

**Financement participatif** : 98s, 335s, 443, 569s.

**Fusion** : 235s, 277, 470s.

## I

**Impôt sur les sociétés** : 130s.

**Impôt sur les revenus** : 131s.

**Inaliénabilité** : (V. Clause d'inaliénabilité)

**Inflation législative** : 214s.

**Information** : (V. Droit d'information)

**Infraction pénale** : (V. Responsabilité pénale)

## J

**Joint venture** : 46s.

## **L**

**LBO** : 487.

**Loyauté** : 116s, 275, 617, 626.

## **M**

**Marché financier** : 562s.

**Marché réglementé** : 98, 123, 258, 467, 567s, 571s.

## **N**

**Nu- propriété** : 313, 542s.

**Nullité de décision** : 439s.

## **O**

**Offre au public** : 80, 98s, 258, 557s, 567s.

## **P**

**Pactes extra-statutaires ou pactes d'associés** : 39s, 476s, 504s.

**Parts sociales** : 275s, 357s, 476.

**Placements privés de titres financiers** : 550s.

**Président de la société** : 110s, 152, 428s, 594.

**Prix de rachat** : (V. Rachat d'actions)

**PME** : 68.

## **Q**

**Quorum** : 99s, 238, 427.

## **R**

**Rachat par la société de ses actions** : 177s, 472s.

## **Renvoi :**

- **global** : 79s, 607.
- **en cascade** : 81, 222s, 239, 517.
- **vertical et horizontal** : 82s
- **erroné** : 83s.

**Représentation de la SAS** : (V. Président)

**Responsabilité civile** : 103s, 258, 511.

**Responsabilité pénale** : 255s.

## **S**

**Salariés** : 59, 195, 378, 413s, 563s.

**SARL** : 119s, 130, 252, 275, 281s, 325s, 354s, 395.

**SASU** : 63, 157s, 201s, 348, 354, 432s.

**SE** : 588s.

**SELAS** : 66s

**SPE** : 590s, 618s.

**SUIR** : 62s.

**Système multilatéral** : 565s.

## **T**

**Transformation** : 80s, 130s, 272s, 332s.

## **U**

**Usufruit** : 513, 542s.

**Unanimité** : 269s.

## **V**

**Valeurs mobilières** : 227s, 519s.

## TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	XI
---------------	----

### **INTRODUCTION..... 1**

§1. L'identification de la notion de « modèle » en droit.....	1
A. La présence effective de « modèle » en droit .....	2
Rares sont les branches du droit qui ont défini le « modèle » en tant que tel, l'idée de modèle est néanmoins très présente dans les différentes branches du droit (1). Le modèle ne doit pas se confondre avec des notions voisines (2).....	2
1. L'utilisation variée de la notion de « modèle » dans les différentes branches du droit .....	2
2. La distinction par rapport aux notions voisines.....	4
B. Les critères de la notion de « modèle » .....	7
§2. La pertinence de l'idée de « modèle » associée au régime juridique de la SAS .....	9
A. La SA initialement conçue comme modèle pour la SAS.....	9
1. La législation par référence, technique ancienne en droit des sociétés.....	9
2. L'édification de la SA comme modèle .....	12
B. L'affirmation souhaitable de la SAS comme modèle .....	18
1. Les traits caractéristiques de la SAS .....	18
2. Le besoin d'un modèle en droit des sociétés .....	19

### **PREMIERE PARTIE..... 21**

### **LE RATTACHEMENT À LA SA : OBSTACLE A L’AFFIRMATION DE LA SAS COMME MODELE..... 21**

#### **Titre 1. Les modalités du rattachement..... 23**

Chapitre I. L'origine du rattachement .....	25
Section I. Le projet avorté de « SA simplifiée » .....	26
§1. L'inadaptation du régime de la SA aux besoins des filiales communes .....	26
A. L'insuffisance des formes sociétaires françaises .....	26
B. La mise en concurrence avec des formes sociétaires étrangères.....	28
§2. L'insuffisance des solutions proposées.....	29
A. Des solutions pragmatiques partielles.....	29
1. Le recours aux pactes d'actionnaires pour compléter les statuts .....	29
2. Le recours à un tiers pour résoudre les conflits. ....	30
B. Le projet inabouti d'une SA simplifiée .....	32
1. Les idées directrices du projet .....	32

2. Le rattachement aux règles de la SA .....	33
Section II. Le succès de la SAS, type de société distinct de la SA .....	35
§1. La SAS initiale, « une société de sociétés » .....	35
A. Un champ d'application restreint dans les textes .....	36
1. Les caractéristiques de la « joint-venture » .....	36
2. La finalité restreinte de la SAS.....	37
B. Une extension du champ d'application dans la pratique .....	38
1. Les manifestations de l'extension du champ d'application .....	38
2. Une extension source de difficultés.....	38
§2. La SAS adaptée, accessible à toute catégorie d'associés .....	39
A. La SAS, une société adaptée aux personnes morales comme physiques .....	40
B. La diversification des usagers de la SAS.....	41
1. La SAS, une société d'exercice des professions libérales .....	41
2. La SAS, une structure adaptée aux PME.....	43
Conclusion du chapitre I.....	44
Chapitre II. Les méthodes du rattachement.....	45
Section 1. Le rattachement par référence.....	46
§1. Les conditions du renvoi législatif fondées sur le critère de « compatibilité » <i>lato sensu</i> .....	46
A. Une condition de non-exclusion .....	46
B. Une condition de compatibilité <i>stricto sensu</i> .....	47
§2. Les caractéristiques spécifiques du renvoi législatif .....	48
A. L'hétérogénéité du renvoi .....	49
B. Le champ d'application étendu du renvoi .....	52
1. La justification du champ d'application .....	53
2. Le contenu du champ d'application .....	53
Section 2. Le rattachement par assimilation .....	59
§1. L'assimilation prévue par le Code de commerce .....	59
A. L'assimilation en matière de financement participatif .....	59
1. L'exercice des pouvoirs de la collectivité des associés .....	61
2. L'élaboration de l'ordre du jour .....	62
B. L'assimilation en matière de responsabilité civile .....	62
1. Le fondement de l'assimilation .....	63
a) La détermination du champ d'application de l'article L. 227-8 du Code de commerce.....	63
b) L'identification du dirigeant responsable.....	65
2. L'objet de l'assimilation.....	67
a) L'emprunt des cas d'ouverture de la responsabilité civile .....	67
1°. La responsabilité du dirigeant à l'égard de la société .....	68
2°. La responsabilité à l'égard des tiers .....	70
b) L'emprunt du régime des actions en responsabilité .....	74

1°. L'action <i>ut universi</i> .....	75
2°. L'action <i>ut singuli</i> .....	76
§2. L'assimilation prévue par le Code général des impôts .....	77
A. L'assimilation relative au régime fiscal de la société .....	78
1. L'impôt sur les sociétés, régime fiscal principal de la SAS .....	79
2. L'impôt sur le revenu, régime fiscal optionnel pour la SAS .....	79
B. L'assimilation relative à la fiscalité de la rémunération des dirigeants .....	81
1. La fiscalité appliquée au dirigeant personne physique .....	81
2. La fiscalité appliquée au dirigeant personne morale .....	82
Conclusion du chapitre II .....	84
<b>Conclusion du titre I .....</b>	<b>85</b>
<b>Titre II. Les insuffisances du rattachement .....</b>	<b>87</b>
Chapitre I. Le manque de clarté du rattachement .....	89
Section 1. L'ambiguïté du critère de compatibilité.....	91
§1. Les manifestations de l'ambiguïté du critère de compatibilité .....	91
A. La rédaction imprécise du critère au sein du Code de commerce.....	91
1. La formule sibylline utilisée à l'article L. 227-1, alinéa 3.....	92
2. La nécessité consécutive d'une interprétation .....	94
B. La controverse doctrinale consécutive sur l'interprétation du critère .....	96
1. Les multiples arguments avancés par la doctrine .....	97
2. La clarification insuffisante du critère de compatibilité par la doctrine .....	99
§2. L'illustration pratique de l'ambiguïté du critère de compatibilité : le cas du devoir de vigilance .	100
A. La technique du devoir de vigilance .....	100
1. Les entreprises concernées par l'établissement d'un plan de vigilance .....	102
2. Les objectifs du plan de vigilance. ....	103
B. L'applicabilité incertaine du devoir de vigilance à la SAS .....	105
1. La divergence doctrinale .....	105
2. L'application du devoir de vigilance à la SAS selon l'interprétation téléologique .....	109
Section 2. L'incertitude quant à la portée du rattachement .....	110
§1. L'application incertaine à la SAS du régime du rachat d'actions .....	110
A. Le rachat d'actions issu d'un refus d'agrément .....	111
B. Le rachat d'actions issu de l'exclusion d'un associé.....	115
§2. La compatibilité avec la SAS du programme de rachat d'actions (art. L. 225-209-2 C. com) .....	117
A. L'application sous condition du programme de rachat d'actions à la SAS pluripersonnelle .....	117
B. L'application improbable du programme de rachat d'actions à la SASU.....	120
Conclusion de chapitre I. ....	122
Chapitre II. L'inefficacité du rattachement.....	123

Section 1. La complexité du rattachement .....	124
§1. Une complexité quantitative .....	124
A. Le constat de la complexité .....	124
B. Les conséquences négatives de la complexité quantitative .....	126
1. Une inflation législative .....	126
2. Un affaiblissement de la sécurité juridique .....	129
§2. Une complexité qualitative : l'exemple des actions de préférence .....	130
A. La combinaison des normes substantielles .....	131
1. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-11 du Code de commerce .....	131
2. Le refus de l'application du régime des actions de préférence à la SAS .....	133
B. La combinaison des normes procédurales .....	135
1. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-15 du Code de commerce .....	135
2. La combinaison des articles L. 227-1 et L. 228-17 du Code de commerce .....	136
Section 2. L'incohérence du rattachement .....	139
§1. L'incohérence au regard de la liberté statutaire caractéristique de la SAS .....	139
A. Le renvoi injustifié aux attributions du conseil d'administration .....	139
1. Un renvoi irrationnel au sein du Code de commerce .....	140
2. Un manque de rationalité confirmé dans la pratique .....	143
B. Le régime irrationnel de responsabilité pénale emprunté à la SA .....	145
1. La variété des textes régissant la responsabilité pénale .....	145
2. Les effets de la variété des textes sur l'emprunt des infractions .....	147
§2. L'incohérence au regard de l'exigence de flexibilité de la SAS : l'exemple de la règle de l'unanimité .....	152
A. L'unanimité lors de la transformation de la société .....	153
1. La transformation en SAS .....	153
2. Le changement de forme juridique de la SAS .....	156
B. L'extension de la règle de l'unanimité lors de l'adoption, de la modification, ou de la suppression de clauses statutaires .....	159
1. L'absence d'extension aux clauses non visées par l'article L. 227-19: l'exemple de la clause de préemption .....	160
2. L'extension limitée à la suppression des clauses statutaires listées à l'article L. 227-19 .....	161
Conclusion du chapitre II .....	166
<b>Conclusion Titre II. ....</b>	<b>167</b>
<b>Conclusion de la 1<sup>ère</sup> partie .....</b>	<b>168</b>
<b>SECONDE PARTIE .....</b>	<b>169</b>

# LE DETACHEMENT DE LA SA : CONDITION DE L’AFFIRMATION DE LA SAS COMME MODELE.....169

<b>Titre I. la singularité de la SAS .....</b>	<b>171</b>
Chapitre I. La spécificité de la SAS par rapport aux autres formes sociétaires .....	173
Section 1. La distinction par rapport à la SA .....	174
§1. Les indices du détachement .....	174
A. Le détachement par simplification .....	175
1. La simplification de l'accès à la société .....	175
a) L'accès de toute personne à la SAS .....	175
b) L'accès de la personne unique à la SAS .....	176
2. La simplification des mesures de contrôle par les commissaires .....	177
a) Le détachement rejeté en matière de désignation d'un commissaire aux comptes .....	177
b) Le détachement confirmé quant au recours aux commissaires aux apports.....	179
B. Le détachement « par suppression ».....	181
1. La suppression des exigences concernant la transformation en SAS .....	182
2. La suppression de l'exigence de capital minimal .....	183
3. La suppression partielle du renvoi en cas de recours au financement supplémentaire .....	183
§2. L'impact positif du détachement progressif sur la performance de la SAS .....	186
A. Le succès de la SAS confirmée par les données chiffrées .....	186
B. La lecture juridique des données chiffrées .....	189
Section 2. La distinction par rapport à la SARL .....	192
§1. Des distinctions relatives à la nature des titres .....	192
A. La différence entre les parts et les actions .....	192
1. Le principe d'anonymat de l'actionariat au sein de la SAS.....	193
2. L'exception au principe d'anonymat : la déclaration du bénéficiaire effectif .....	194
B. La transmission des titres de la société .....	194
§2. Des distinctions relatives à la nature des sociétés.....	196
Conclusion du chapitre I.....	198
Chapitre II. L'identification des éléments significatifs de la SAS .....	199
Section 1. La souplesse inhérente à l'organisation de la gouvernance .....	200
§1. L'organisation libérale de la direction de la SAS .....	200
A. Le libre choix des organes de direction de la SAS .....	200
1. Les différentes acceptions de la notion de « dirigeant ».....	200
2. Les manifestations de la liberté dans la désignation du dirigeant.....	202
B. Le libre choix des modes de direction.....	204
1. La reprise des modes de direction classiques .....	204
2. La création des modes de direction sui generis .....	207
§2. L'organisation encadrée de la représentation externe de la SAS .....	209

A. La représentation prévue par le législateur .....	210
1. La désignation obligatoire d'un président .....	210
2. L'exercice balisé du pouvoir de représentation .....	212
a) La représentation générale .....	212
b) Les limites au pouvoir de représentation .....	213
1°. Les limites légales au pouvoir de représentation .....	213
2°. Les limites conventionnelles au pouvoir de représentation .....	214
B. La représentation conventionnelle .....	215
1. L'admission d'un directeur général et/ou directeur général délégué.....	215
2. L'admission d'une délégation conventionnelle des pouvoirs.....	217
Section 2. La souplesse inhérente à l'organisation de l'actionnariat .....	222
§1. La libre délimitation des prérogatives des associés.....	222
A. La singularité de la collectivité des associés .....	222
1. L'exercice de la collégialité dans la SAS pluripersonnelle .....	223
a) Le libre choix.....	223
b) Le choix encadré.....	225
2. La prise de décisions collectives par l'associé unique.....	226
a) L'approbation des comptes .....	226
b) Le rejet de la délégation de pouvoirs .....	227
B. L'aménagement statutaire des droits des associés .....	231
1. L'aménagement statutaire des droits politiques .....	231
a) La définition du droit d'information .....	231
1°. L'utilité du droit d'information.....	232
2°. L'intérêt des stipulations statutaires .....	233
b) L'aménagement du droit de vote .....	235
1°. Les modalités d'aménagement du droit de vote.....	235
2°. Le plafonnement du droit de vote.....	237
2. L'aménagement statutaire des droits pécuniaires .....	238
§2. Les clauses statutaires comme technique de modulation de l'actionnariat.....	240
A. Les clauses renforçant la cohésion des associés.....	241
1. La clause d'agrément .....	241
a) Le champ d'application de la clause d'agrément .....	241
b) Le possible aménagement statutaire de la procédure d'agrément .....	244
c) La liberté de déterminer le prix de rachat en cas de refus d'agrément .....	245
1°. Le principe de la libre fixation du prix de rachat .....	246
2°. L'application par défaut des normes civiles du droit commun .....	249
2. La clause d'inaliénabilité.....	250
a) La validité de la clause d'inaliénabilité .....	251
b) L'efficacité de la clause d'inaliénabilité.....	253

B. Les clauses sauvegardant la cohésion des associés .....	255
1. La clause d'exclusion .....	255
2. La clause de changement de contrôle .....	257
Conclusion du chapitre II .....	259
<b>Conclusion du titre I .....</b>	<b>260</b>
<b>Titre II. La construction souhaitable du modèle .....</b>	<b>261</b>
Chapitre I. La construction de la SAS comme référence .....	263
Section I. L'établissement souhaitable d'un modèle fondé sur un régime conventionnel .....	264
§1. La suppression du renvoi législatif .....	264
A. Le renforcement souhaitable des statuts .....	265
1. Le maintien du domaine réservé aux statuts .....	265
2. L'ajout de stipulations statutaires variées .....	267
a) Des dispositions statutaires <i>sui generis</i> .....	268
b) Des dispositions statutaires empruntées .....	270
B. L'efficacité des pactes extra-statutaires .....	274
1. L'efficacité des pactes primaires .....	274
2. L'efficacité des pactes complémentaires .....	278
§2. La protection des droits des parties prenantes .....	281
A. La mise en œuvre des règles impératives protectrices .....	281
1. Le droit d'intervention dans les affaires sociales .....	282
a) Le droit de participer aux décisions collectives consacré par la loi .....	282
b) La reconnaissance par le juge du lien étroit entre le droit de vote et le droit de participer aux décisions collectives .....	284
1°. La confirmation par le juge du droit de vote comme droit essentiel .....	285
2°. Le rejet de la suppression du droit de vote .....	286
2. Le droit à l'intangibilité des engagements des associés .....	289
B. La nécessaire d'instaurer des dispositions supplétives .....	292
1. L'intérêt théorique et la nécessité pratique de prévoir des dispositions supplétives .....	292
2. L'édification des dispositions supplétives .....	294
Section 2. L'évolution possible vers un modèle ouvert .....	296
§1. L'ouverture actuelle limitée .....	296
A. Les offres permises par la loi .....	297
1. Le recours aux placements privés de titres financiers .....	297
2. L'offre d'acquisition ou de souscription aux dirigeants ou aux salariés .....	299
B. La possible négociation des titres financiers .....	300
1. La négociation sur un système multilatéral .....	300
2. La négociation sur un marché réglementé .....	301
§2. Les modalités d'ouverture de la SAS .....	303

A. Admettre les actions de la SAS sur un marché réglementé.....	303
B. Créer souhaitable d'une catégorie particulière de SAS .....	304
Conclusion du chapitre I.....	306
Chapitre II. La diffusion du modèle .....	307
Section 1. L'imitation de la SAS au sein de système juridique français .....	308
§1. La SAS, source d'inspiration pour la SA non cotée.....	308
A. L'esprit de la SAS présent dans le rapport Marini.....	308
B. L'alignement de la SA non cotée sur la SAS .....	310
§2. La SAS, modèle suivi pour moderniser les sociétés fermées .....	311
A. Un modèle pour la SA non cotée .....	311
B. Un modèle pour la société européenne française .....	312
Section 2. L'exportation du modèle au-delà du système juridique français .....	315
§1. L'exportation réussie : l'exemple du droit luxembourgeois .....	315
A. L'emprunt de la méthode du renvoi législatif.....	316
B. La reprise du contenu des règles .....	317
§2. L'exportation envisageable du modèle de la SAS vers d'autres systèmes juridiques.....	319
A. L'exportation vers le droit belge : une réponse à la rigidité persistante de son droit des sociétés .....	320
1. La rigidité persistante du droit belge des sociétés .....	320
2. Le modèle de la SAS comme possible réponse à la recherche d'attractivité.....	323
B. L'exportation vers le droit de l'Union européenne : une possible relance de la réflexion sur un droit supranational relatif à une société privée européenne .....	327
1. La SAS actuelle, source d'inspiration pour le projet inabouti de la SEP .....	327
2. La pertinence d'un projet d'une SAS contractualisée européenne .....	330
Conclusion du chapitre II.....	332
<b>Conclusion du titre II .....</b>	<b>333</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE .....</b>	<b>334</b>
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>335</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>361</b>
<b>TABLE CHRONOLOGIQUE DE JURISPRUDENCE .....</b>	<b>403</b>
<b>ANNEXE.....</b>	<b>413</b>
<b>INDEXE .....</b>	<b>417</b>

**Table des matières ..... 419**

---

**Titre :** *L'autonomisation de la SAS : réflexion sur la fonction du modèle en droit des sociétés*

**Mots clés :** SAS, Modèle, rattachement à la SA, compatibilité, SA, détachement de la SA, souplesse, imitation.

La notion de « modèle » n'a jamais été définie en droit français des sociétés. Le législateur n'utilise pas cette notion, la jurisprudence non plus. Les travaux doctrinaux permettent toutefois de considérer que le terme de « modèle » suppose la réunion de deux critères cumulatifs : l'existence d'une référence et l'imitation de cette référence. De ce point de vue, les traits du « modèle » sont bien présents en droit des sociétés. L'objet de cette étude consiste à s'interroger sur la possible autonomisation de la société par action simplifiée (SAS) et l'applicabilité de la notion de modèle à celle-ci.

À première vue, le régime juridique de la SAS conduit à en douter. En effet, lors de l'élaboration du régime juridique de la SAS, le législateur a utilisé la technique de la législation par référence qui consiste à se référer explicitement au régime juridique de la SA. Ce dernier a ainsi constitué un modèle pour la SAS. Le rattachement de ces deux régimes pose actuellement un certain nombre de difficultés pour la vie de la SAS qui était initialement conçue comme une société distincte des autres formes sociétaires du fait de sa souplesse. En d'autres termes, alors que la SAS renferme des atouts incontestables liés à sa flexibilité et pourrait, de ce fait, être une référence pour l'élaboration d'autres formes sociétaires, le rattachement de son régime juridique à celui de la SA constitue à l'heure actuelle un obstacle à l'affirmation de la SAS comme modèle. Afin de résoudre cette difficulté, une approche plus créative du régime de la SAS permet de proposer une solution : détacher législativement le régime de la SAS de celui de la SA. L'autonomisation du régime juridique de la SAS constitue alors la condition essentielle qui permettra à la SAS de s'affirmer comme modèle, au sein du système juridique français comme au-delà des frontières nationales.

---

**Title :** *The empowerment of SAS : reflection on the function of the Model in Companies Law*

**Keywords :** SAS, Model, SA affiliation, compatibility, SA, secondment of the SA, flexibility, imitation.

The concept of “model” has never been defined in French company law. The legislator does not use this notion. Neither does the jurisprudence. Nevertheless, according to academic studies, the word “model” implies two cumulative criteria: the existence of a reference *and* the imitation of this reference. From this point of view, the idea of “model” does exist in company law, especially when it comes to the connection that can be established between two types of companies. This study aims at applying the concept of “model” to the French Société par action simplifiée (SAS).

At first sight, the legal regime of the SAS led to doubt. Indeed, while building the SAS legal regime, the legislator used the method of “legislation by reference”. This means that the SAS legal regime explicitly refers to the SA legal regime. Hence, the latter has expressly served as a model for the SAS. The link between those two legal regimes currently raises several issues for the SAS since the latter was originally conceived as a specific company, separate from the other types of companies and characterized by a unique degree of flexibility. In other words, whereas the SAS has indisputable assets that lie within its flexibility and could, therefore, be a reference for other types of companies, the connection between the SA and the SAS legal regimes prevents, for now, the latter from asserting itself as a model. There is a solution to this problem: legally disconnecting the SA and SAS regimes. The autonomy of the SAS legal regime is, according to us, *the* core condition that will allow the SAS to assert itself as a model, within the French legal system as well as beyond national borders.