



FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE
GESTION

Diplôme d'études approfondies (DEA)
DROIT DES AFFAIRES

**« Fusion-absorption par une société par
actions simplifiée »**

2001-2002

Marie-Line BROM

Sous la direction de Monsieur le Professeur Quentin URBAN

Plan général

Les chiffres renvoient aux pages

Introduction		4
Titre I	La fusion sous l'angle de la société absorbée : quel consentement ?	12
Chapitre I	Le consentement unanime des associés de la société absorbée : désir ou nécessité ?	14
Section I	La transformation nécessite l'unanimité. Quid de l'absorption ?	15
Section II	Une première tentative : une majorité qualifiée en cas d'absorption	20
Chapitre II	Devenir associé d'une SAS : un destin aux contours incertains !	25
Section I	La SAS : un champ de mines pour les associés	27
Section II	L'entrée dans une SAS « bon teint »	37
Titre II	La teneur du consentement au sein d'une SAS absorbante : originalités !	51
Chapitre I	Un impératif sommaire : une décision à prendre collectivement ...!	52
Section I	Toute référence ou ressemblance avec les assemblées d'actionnaires de SA n'est que pure coïncidence	52
Section II	Une notion sibylline : « l'exercice collectif par les associés » !	55
Chapitre II	La mise en place des procédures de prise de décision collective : quand démocratie rime avec inégalité !	58
Section I	L'étendue de la démocratie	58
Section II	Le dilemme de la fusion : à qui la décision	61
Conclusion		67

Principales abréviations

Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
ANSA	Association nationale des sociétés par actions
Art.	Article
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
Bull. COB	<i>Bulletin mensuel de la Commission des opérations de bourse</i>
Bull. Joly	<i>Bulletin mensuel Joly des sociétés</i>
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Cf.	Référence
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Dalloz	<i>Recueil Dalloz</i>
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
JCP	<i>Juris-Classeur périodique</i> (semaine juridique), édition générale
JCP éd. E	<i>Juris-Classeur périodique</i> (semaine juridique), édition entreprise
JCP éd. N	<i>Juris-Classeur périodique</i> (semaine juridique), édition notariale
J-Cl.	<i>Juris-Classeur</i>
JO	<i>Journal officiel</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
n°	Numéro
NRE	Nouvelles réglementations économiques
p.	Page
RCS	Registre du commerce et des sociétés
Rep. Defrénois	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
Rev. sociétés	<i>Revue des sociétés</i>
RJ com.	<i>Revue de jurisprudence de droit commercial</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
SA	Société anonyme
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	Société par actions simplifiée unipersonnelle
SARL	Société à responsabilité limitée
SCA	Société en commandite par actions
SCS	Société en commandite simple
SNC	Société en nom collectif

« Quand la loi se tait, on hurle devant les Tribunaux »

Ce vieil adage va peut-être retrouver une nouvelle jeunesse.

Pourtant en France il ne se passe pas une journée sans que l'on entende sur les ondes ou à la télévision ou qu'il nous soit donné de lire dans des journaux de grande diffusion ou des revues spécialisées des jérémiades sur un mal que l'on attribue presque exclusivement à notre pays : l'excès de réglementation, une inflation constamment dénoncée de lois et décrets qui donne le tournis, sans compter les instructions de tous poils et autres commentaires plus ou moins avisés.

On a du mal à imaginer devant cette déferlante ininterrompue de réglementations en tous genres qu'il ait pu échapper le moindre domaine à la voracité du législateur.

Il est admis que de temps à autre ce dernier ait pu pécher par omission. Cela va si vite quelquefois, tout n'a pas été envisagé et les problèmes sont si complexes. La jurisprudence, aidée par la doctrine, veillera alors à combler la lacune. Cela demeure cependant assez exceptionnel.

Dans ce contexte, oser prétendre qu'il puisse exister une zone de « non-droit », au sens de vierge de toute règle, un territoire laissé en friche où le consommateur de droit pourra élaborer son propre système, définir en toute liberté les règles qui vont le gouverner, relève de l'utopie ou d'une forme de délire intellectuel.

Et pourtant ce nouvel éden existe. Nous l'avons, avec d'autres, rencontré. Il a un nom féminin : la SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE.

Son apparition s'est faite presque subrepticement, sans grandes pompes, à la faveur de la promulgation d'un texte du 3 janvier 1994 destinée aux grandes sociétés qui cherchaient un outil léger et performant pour se fédérer. Il s'agissait en pratique de filiales communes à des grands groupes.

Elle est conçue, dès le départ, comme une société laissée à la puissance contractuelle des associés. Le texte de la loi, sobre et concis, a été élaboré de bout en bout, dans le souci de combiner harmonieusement le privilège de la responsabilité limitée aux apports à une très large liberté d'organisation. Même si les 20 articles du statut de la SAS doivent être complétés par les dispositions auxquelles l'article L.227-1 C com. se réfère de façon générale, il n'en reste pas moins que la concision du texte est frappante.

Ceci est dû au fait que le législateur français a presque totalement renoncé à édicter des règles impératives pour protéger les actionnaires minoritaires, de même que pour garantir le bon fonctionnement de la SAS par un contrôle des pouvoirs publics. Par exemple, on ne trouve

pas de dispositions concernant la convocation des associés en assemblée générale ou les droits des associés à être informés¹.

Souplesse et faculté d'adaptation, tels étaient les principaux objectifs que le législateur français avait à l'esprit lorsqu'il a créé la SAS afin de surmonter les rigidités qui, au fil du temps, ont progressivement atteint la SA, mais aussi la SARL². Il fallait concurrencer le droit néerlandais qui avait inventé avec la BV une nouvelle forme de société, utilisée comme holding, tant pour des raisons fiscales que juridiques³

Tout se négocie dans les statuts. On est à mille lieues de la société anonyme où tout ou presque a été réglé avec minutie dans les textes fondateurs, ce qui est commode pour ceux qui recherchent sécurité et tranquillité mais si frustrant pour d'autres qui aspirent à l'innovation et à l'organisation de nouveaux rapports entre sociétaires, d'autant que les législations voisines des pays européens se perfectionnaient...

Le législateur français part du principe que les associés édicteront eux-mêmes dans les statuts les dispositions qui leurs seront nécessaires.

Il s'agit d'une société par actions totalement originale : le régime des actions y est complètement différent, leur négociabilité peut être entravée pendant dix ans, l'actionnaire peut être trié, suspendu, exclu, les statuts par des dispositions diverses peuvent aboutir à une quasi éviction de certains associés des décisions collectives. Un comble !

Au final c'est la flexibilité qui caractérise cette société. La forme sociale y est si fluide qu'elle présente un réel danger pour des actionnaires non avertis. Ceux-ci risquent de se trouver démunis : non seulement les structures de décisions dans lesquelles l'actionnaire minoritaire peut faire valoir ses droits, comme le conseil d'administration, peuvent être écartées, mais encore le Président, contrairement au droit commun, peut être rendu irrévocable et l'information des actionnaires se trouver non organisée, seule la présence d'un commissaire aux comptes étant obligatoire. C'est le prix à payer en échange d'un statut légal simple et minimum, sans aucune implication des pouvoirs publics.

Ainsi, les actionnaires minoritaires, selon la rédaction des statuts, seront privés du droit à l'information et de toute influence sur les décisions. Leur seul rôle sera d'apporter de l'argent et d'encaisser des dividendes. Cet état de fait n'encourage pas l'investissement, mais il est vrai que cela est loin d'être son but premier.

Une association de défense des actionnaires minoritaires a en prolongement de ce constat, souligné que la SAS fera disparaître les minoritaires qui seront traités comme des chiens.

Le législateur et le juge n'ont eu de cesse depuis 1966 que soient mis en œuvre des dispositifs nécessaires à la protection des minoritaires contre les appétits naturels du majoritaire. Ainsi, le minoritaire s'est-il vu reconnaître divers droits : celui de s'exprimer lors des débats et par son vote, celui de s'organiser notamment par des pactes extra-statutaires, celui de contrôler et de censurer l'action sociale « ut singuli » et l'action en abus de majorité et enfin celui de s'opposer à travers le veto⁴.

¹ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juri-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

² Peter HOMMELHOFF, « Les petites sociétés anonymes dans le système juridique allemand », Rev. sociétés, 1996, p.245

³ Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », Droit et Patrimoine, avril 1994, p.24 ; Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juri-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

⁴ Michel ARMAND-PREVOST, « L'expertise de gestion », RJ com., 1998, n°4, p.125

Mais avec la SAS, c'est la loi du plus fort qui est consacrée. Il revient aux minoritaires eux-mêmes d'assurer leur protection en exigeant des clauses statutaires à cette fin. La loi de 1994 n'interdit nullement aux majoritaires d'utiliser la société dans leur propre intérêt. Les droits patrimoniaux et politiques des minoritaires sont ainsi attaqués dans leur substance même.

Une grande vigilance et un très bon discernement juridiques s'avèrent indispensables ; nous l'avons déjà dit la sécurité légale de la SA apparaît, par contrecoup, plus commode, pour ceux qui recherchent la tranquillité⁵.

Mais après tout, ces risques engendrés par cette loi de 1994 avaient, somme toute, à être assumés par des actionnaires de grandes sociétés dont le capital libéré devait ressortir à 1,5 million de francs au minimum ou des établissements publics de l'Etat ayant une activité industrielle ou commerciale ou encore des établissements de crédit. Ils ne concernaient pas en réalité les petits épargnants, seules les personnes morales d'une grande taille étant admises en qualité d'actionnaires. Ce type de SAS ne comportait que très peu d'associés disposant généralement des conseils de spécialistes ; la plupart des immatriculations se révélaient être des filiales entièrement contrôlées. Des intérêts opposés n'apparaissaient en fait que dans les filiales communes⁶.

Or voilà qu'à la faveur d'une loi du 12 juillet 1999⁷, adoptée au pas de charge par le Sénat le 30 juin 1999, dernier jour de la session parlementaire⁸, le législateur dans le cadre d'un texte destiné à encourager l'innovation et la recherche, assure la promotion de la SAS, sans presque toucher à sa réglementation initiale, simplement, dirons-nous pour résumer, en abaissant les seuils.

Il s'agissait de faciliter la création d'entreprises par les inventeurs ou plus généralement les «innovateurs». Cette objectif ne leur a finalement pas été réservé et a été étendu à toute personne, y compris donc les personnes n'ayant aucun souci d'innovation. Il y a fort à parier que ce soit le plus grand nombre⁹.

Désormais toute personne, morale mais aussi physique, peut, sans condition, créer une SAS. Ont disparu toutes les exigences liées à la qualité de personne morale des actionnaires, ainsi que, pour les sociétés, celles relatives au montant de leur capital. La réforme ne limite pas son impact aux personnes physiques ; elle ouvre la SAS à toutes les personnes morales qui jusqu'à présent ne pouvait adhérer à une SAS¹⁰.

N'est-il pas paradoxal de libérer totalement l'accès à la SAS et de conserver intégralement la liberté contractuelle instituée en 1994 ?

L'effet résultant de la loi du 12 juillet 1999 est manifeste : tout est désormais possible. La SAS peut même être constituée par un seul associé.

⁵ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juri-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

⁶ Charles GOYET, « Les limite du pouvoir majoritaire dans les sociétés », Colloque de Deauville 1990, *La loi de la majorité* ; RJ com., n° spécial, novembre 1991, p.58

⁷ Art. 3 de la loi n° 99-586 du 12 juillet 1999

⁸ Didier VALETTE, « Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999), Présentation du dispositif », Rev. sociétés, 2000, p.215

⁹ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juri-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

¹⁰ Michel JEANTIN, « Les associés de la SAS », Rev. sociétés, 1994, p. 223, n°10

C'est une structure où règne la liberté de régir et de surcroît elle est à la disposition de tout un chacun. Peut-on imaginer plus bel outil !

On s'en réjouira d'un certain côté. Les avantages de la nouvelle SAS paraissent substantiels. La pratique requiert des formes sociales flexibles pour construire toutes sortes de montages et atteindre des objectifs incompatibles avec les formes sociales d'origine.

Une SA qui souhaite détenir la souplesse requise pour une activité particulière et ne pas devoir subir les lourdeurs de ses propres règles de fonctionnement pourra créer une SASU dont elle sera le seul actionnaire et qu'elle gouvernera en échappant aux contraintes liées à sa propre structure sociale¹¹.

A ce titre, nous pensons notamment à l'exigence des sept actionnaires pour la constitution d'une SA. Pourquoi donc sept ? Ne s'agit-il pas là d'un véritable anachronisme ? Sans parler des « combines » plus ou moins licites en vue de contourner le dispositif : cessions de parts dites « en blanc », hommes dits « de paille »...¹²

Mais, la doctrine juridique, elle, est inquiète face à une telle plasticité. C'est l'ensemble du droit français des sociétés qui a été, dans sa conception, révolutionné¹³ par le biais des modifications apportées au régime de la SAS¹⁴.

Le législateur abandonne ses vieux démons qui sont celui du soupçon d'une part et d'autre part de l'hyper réglementation justifiée soi-disant par la protection des associés¹⁵ mais qui allait bien au-delà¹⁶.

Le droit français admet enfin qu'une société, dont les associés ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport, peut être organisée sur des bases qui, pour l'essentiel, résultent de la volonté des actionnaires.

Et c'est là que tout bascule.

Le phénomène et partant le problème minoritaire était jusque là absent des préoccupations dans la SAS. Dans la formule de 1994, la SAS ne comportait par la force de la règle de droit que très peu d'associés.

« Cette quiétude ne se maintiendra pas. La diversité des associés, et leur nombre non limité par la loi, va éveiller tous les dragons assoupis non loin des palais de justice, action en nullité ou en dissolution, abus de majorité, de minorité... ne vont pas tarder à déferler si la formule séduit.»¹⁷

¹¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », *Le Monde*, mardi 19 octobre 1999

¹² Philippe BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p.553

¹³ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », *Le Monde*, mardi 19 octobre 1999

¹⁴ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », *Juri-dictionnaire Joly Sociétés*, Traité, 2001

¹⁵ GUYON Yves, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiée (loi du 12 juillet 1999, art.3) », *Rev. sociétés*, 1994, p.207

¹⁶ Philippe BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions », *Rev. sociétés*, 1990, p.553

¹⁷ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », *Juri-dictionnaire Joly Sociétés*, Traité, 2001

L'exigence d'un capital minimum significatif permettait de présumer que les actionnaires n'étaient pas des profanes ignorants ou naïfs, prêts à accepter sans discussion des statuts comportant des stipulations dangereuses.

Des auteurs dénonçaient cette inégalité entre grandes entreprises qui pourront s'affranchir des contraintes réglementaires et les petites totalement corsetées¹⁸. Était-elle la condition nécessaire de l'équilibre dans la négociation ou marquait-elle la défiance inutile envers les aptitudes des candidats associés et envers l'efficacité du contrôle judiciaire des abus ?

Mais les personnes physiques désireuses de créer une société, elles aussi, avaient besoin d'un desserrement du carcan imposé par la loi de 1966. Était-ce opportun de le satisfaire alors qu'il existait déjà des instruments très contractuels (notamment la SNC, la société en participation..) qui ont servi et servent toujours à spolier des épargnants crédules devant une promesse de bénéfices élevés et sans risques...

De fait, cette limitation n'était pas de l'essence de la SAS. Elle constituait une simple précaution, une sorte de mesure transitoire qui allait permettre de savoir si les milieux d'affaires feraient un bon usage de la SAS, auquel cas l'expérience pourrait être généralisée ou si, au contraire, ces sociétés allaient favoriser les fraudes ou les abus, auquel cas elle serait supprimée. Le bilan des cinq premières années d'application des SAS a montré que la liberté laissée aux associés n'a pas été mal utilisée¹⁹.

L'heure était donc venue d'ouvrir la SAS à toutes les personnes, physiques ou morales sans exception.

Depuis la suppression de la sélection des associés, la SAS connaît un engouement remarquable. Avant la réforme de 1999, il se créait 400 SAS par an ; depuis, sa croissance s'accélère et durant les quatre premiers mois de l'an 2000 sont nées 2128 nouvelles SAS, ce qui permet d'augurer d'un rythme annuel de plus de 6000 créations²⁰.

La SAS est à la mode. Certains parlent même de « fièvre des SAS »²¹. De nombreuses sociétés sont aujourd'hui constituées sous forme de SAS et des sociétés revêtant initialement une autre forme sont fréquemment transformées en SAS²² ou absorbées par des SAS.

Les sévères restrictions de la loi de 1994 étaient sans doute critiquables, mais la rigoureuse sélection des associés qu'elles opéraient était de nature à éviter que les risques résultant de ce singulier et dangereux contrat de société en forme de SAS n'aient à être encourus par d'autres que ceux qui acceptaient de s'y exposer sciemment.

Moins bien armés que les personnes morales, les actionnaires personnes physiques risquent de faire les frais de leur participation à des sociétés où leur protection contre les abus des dirigeants est singulièrement réduite par rapport à ce qui existe en matière de SA.

¹⁸ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP Ed. N., 1994, I, p.69

¹⁹ GUYON Yves, « L'élargissement du domaine des sociétés par cation simplifiée (loi du 12 juillet 1999, art.3) », Rev. sociétés, 1994, p.207

²⁰ Pierre-Louis PERIN, « La transformation en SAS d'une société d'une autre forme », Actes pratiques – Sociétés, mars-avril 2000, p.25

²¹ Paul LE CANNU, « La SAS pour tous (L. n° 99-587, 12 juillet 1999, art. 3) », Bull. Joly, août-septembre 1999, §1989, p. 841, n°44

²² Jean-Loïc REUMONT, « La SAS, premières expériences et premières difficultés », LPA, 1996, n°140, p. 14

Le caractère original de la SAS est très précisément de permettre aux associés de définir eux-mêmes les règles de protection de leurs droits en exigeant des clauses statutaires à cette fin. Sous couvert d'un régime légal minimum, l'organisation est avant tout statutaire.²³

Une limitation de taille demeure car la loi du 12 juillet 1999 n'a pas abrogé l'article L. 227-2 C. com. qui interdit aux SAS de faire publiquement appel à l'épargne. Les SAS sont une forme d'organisation éloignée de la Bourse. Elles ne pourront placer les valeurs mobilières qu'elles émettent que dans un cercle déterminé d'épargnants ou auprès d'investisseurs qualifiés. Cette précaution doit être approuvée car elles conviennent mal aux épargnants consommateurs.

Certains auteurs²⁴ s'interrogent sur la protection que procure l'interdiction des cotations des titres de SAS. En effet, rien n'empêche une société cotée de devenir associée d'une SAS, au besoin d'une SASU. Rien n'empêche non plus une SAS de créer une filiale cotée.

Il est possible que le reflux de l'ordre public ait atteint son étiage. La logique est libérale voire ultra-libérale et si peu conforme aux traditions des sociétés en droit français. Certes, la loi de 1966 sur les SA est trop pointilleuse et comporte trop de règles impératives, mais là, au contraire, n'est-on pas allé trop loin pour transformer une liberté en licence.

La loi du 12/7/99 a démocratisé la SAS en offrant à tous la possibilité d'en constituer une, tout en maintenant en l'état et sans nouvelles restrictions son régime libéral instauré en 1994. Il n'est pas certain que la confiance perdure, même si en pratique les minoritaires ont souvent et jusqu'à ce jour fort bien tiré leur épingle du jeu.

La réforme a radicalement modifié la philosophie de la SAS. Initialement instrument dédié aux filiales communes de grands groupes, cette société devient désormais le modèle de droit commun des sociétés fermées.

Cette extension fulgurante n'a été ni annoncée, ni réfléchie dans des conditions dignes de la portée des modifications qu'elle implique²⁵. Les risques liés à cette « banalisation »²⁶ sont nombreux. Il existe des associés naïfs ou peu prudents, mal armés pour être au fait des problèmes juridiques, qui vont accepter des formules qui leur causent préjudice.

Le loup est-il dans la bergerie ? C'est la question que l'on peut se poser.

A lire la presse spécialisée on se rend compte que la vie des sociétés de quelque importance est constamment secouée par des problèmes de restructuration. Pour des motifs divers des sociétés fusionnent pour détenir notamment des tailles critiques ou réaliser d'importantes économies d'échelle. D'autres se scindent ou cèdent des branches entières de leur activité pour, comme on dit dans le jargon des managers, se recentrer sur leur métier de base.

Les salariés ne manquent pas d'être inquiets. On en trouve de temps à autre pour vous dire qu'ils ont 40 ans de « boîte » mais qu'ils ont changé ces dernières années au moins cinq fois

²³ Guy BAUDEU, « La SAS, Commentaire de la loi du 3 janvier 1994 et éléments de clauses statutaires », LPA, 1994, n°55, p.11

²⁴ Voir notamment : Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », *Le Monde*, mardi 19 octobre 1999

²⁵ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », *Juri-dictionnaire Joly Sociétés*, Traité, 2001

²⁶ Jean-Jacques DAIGRE, « Faut-il banaliser la SAS », JCP Ed. E, 1999, n°23, p.977

d'appartenance. Hier c'étaient des hollandais, ensuite des belges, aujourd'hui des italo-suédois, demain....

Mais l'inquiétude peut aussi gagner les associés notamment minoritaires de sociétés que leurs dirigeants s'approprient à fondre par fusion dans une structure plus vaste. C'est le problème de la fusion-absorption.

L'absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés font à une autre l'apport global de leurs installations, de leur personnel, de leurs créances, de leurs dettes et même de leurs associés ou actionnaires qui échangent leurs titres de la société absorbée contre des titres de la société absorbante. La société absorbée disparaît, la société absorbante lui succède à titre universel dans ses droits et ses obligations, c'est à dire pleinement²⁷.

Les opérations d'absorption sont des opérations usuelles de la vie des groupes. Elles demeurent néanmoins complexes à tous points de vue : techniquement, financièrement et humainement. Techniquement, parce que l'opération de fusion comporte le risque de fermetures d'usines, entraîne la vente de matériels, le regroupement d'unités de production, des restructurations internes, en bref, une modification profonde des entreprises concernées. Financièrement, parce que chacune des sociétés doit apprécier au mieux ce qu'elle apporte et, pour cela, il faut évaluer chacune des entreprises avec son actif et son passif, mais aussi son savoir-faire, ses marchés, ses potentialités, ses engagements. Humainement enfin, en raison du fait que l'absorption s'accompagne souvent de compressions d'effectifs et impose de toute façon une cohabitation entre les personnels des sociétés absorbantes et absorbées jusqu'aux niveaux les plus élevés de la hiérarchie²⁸.

Des problèmes spécifiques se posent lorsque les deux sociétés (absorbée et absorbante) ne sont pas du même type. De l'article 1844-4 du Code civil, il résulte que la SAS a qualité pour fusionner avec toute autre société de forme différente, pourvu que chacune d'elles arrive à respecter les conditions nécessaires à la modification des statuts.

Dans l'hypothèse de l'absorption d'une société par une SAS, un cas de figure qui se présentera de plus en plus souvent en pratique compte tenu du succès grandissant de la SAS, un point de droit continue à soulever interrogations et réflexions, une incertitude majeure demeure : **quelle est la majorité requise au sein de la société absorbée pour approuver l'opération de fusion ?**

Les associés de la société absorbée – si celle-ci n'est pas elle-même une SAS – vont avoir à subir les conditions restrictives qui sont le lot des actionnaires d'une SAS.

Sur ce point essentiel rien n'a été dit ; la loi est muette, la jurisprudence encore inexistante et la doctrine divisée lorsqu'elle s'exprime.

Jusqu'au 12 juillet 1999, ce silence n'était en soi que très peu gênant. Les futurs associés de la SAS étaient de par leur taille et de par leur forme juridique censés connaître et savoir apprécier les dangers que peut présenter l'entrée dans une SAS.

Avec l'ouverture de la SAS aux personnes physiques, ce silence pose problème. L'entrée dans une SAS se révèle être une opération à risques.

²⁷ Paul DIDIER, Droit commercial, Tome 2, *L'entreprise en sociétés*, PUF, Thémis, 1999, p.851

²⁸ Idem

En tout état de cause, on sait que le législateur est particulièrement attentif à ne pas imposer aux associés de la société absorbée un accroissement de leurs engagements²⁹. C'est tout simplement l'application en la cause d'une règle plus générale.

Peut-on dire qu'il existe un tel accroissement ici ?

Toute la difficulté consiste à déterminer si le fait de devenir associé d'une SAS est susceptible d'être considéré comme emportant de façon automatique augmentation des engagements. Le problème se situe essentiellement au niveau de la société absorbée par la SAS³⁰.

De la réponse à cette question dépend directement la majorité requise des associés de la société absorbée pour approuver l'opération de fusion : unanimité des associés et partant droit de veto ou majorité qualifiée.

Si l'on optait pour la solution de l'unanimité, les opérations de fusion seraient considérablement freinées, à l'instar des opérations de transformation comme nous le verrons plus loin. Ceci explique sans doute que, malgré l'engouement actuel suscité par la SAS, il n'y ait pas eu de déstockage massif des SARL et des SA vers la SAS. On peut penser que le législateur souhaite disposer d'un certain recul sur les utilisations de la SAS avant de trancher ce débat doctrinal.

Si au contraire, la solution de la majorité qualifiée est retenue, les minoritaires pourront se voir imposer une fusion.

Auront ils les moyens de se défendre lorsque le captateur épouse la forme d'une SAS ? Pourront-ils faire échouer une fusion qui leur apparaît préjudiciable ?

La loi n'a pas interdit ni limité la possibilité pour une SAS d'absorber une société d'une autre forme. Tout au contraire, aucune objection de principe à ce type d'initiative n'a été relevée. Le législateur s'il l'avait souhaité serait intervenu. Il a estimé qu'il convenait uniquement de garantir la prise de conscience des associés ou des actionnaires par un vote en assemblée car l'absorption par une SAS n'est pas dénuée de risques.

Le seul bouclier est constitué par la règle de la non-augmentation des engagements des actionnaires sans leur consentement. Unanimité ou majorité qualifiée ? La réponse s'imposera d'elle même. L'examen du contenu des statuts de la SAS en nous donnant l'occasion de déterminer l'étendue du risque couru par les associés de la société absorbée impliquera le choix entre les deux termes de l'alternative. Ce choix est fondamental, car une fois que l'opération aura été conduite à son terme et que les associés se trouveront minoritaires d'une SAS où tout n'aura pas été, à dessein ou par pure omission, convenablement entrevu ou au contraire, où tous les outils d'asservissement des minoritaires auront été soigneusement mis en place, il sera bien trop tard. (**Titre I**).

En faisant l'inventaire en Titre I au bénéfice des associés de la société absorbée des situations génératrices d'augmentation de leurs engagements sociaux avec leur entrée dans une SAS par fusion-absorption, nous avons été amenés à nous pencher sur le processus de prise de décisions dans une SAS et nous avons relevé qu'il était pour le moins innovant.

²⁹ Art. L.236-5 C. com. et Art. 1836 C. civ.

³⁰ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juris-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001, n°135

Après avoir étudié les particularités du consentement à réunir au sein d'une SAS pour absorber une autre société (**Titre II**), nous aurons fait le tour des questions de prises de décision dans le cadre de ce type de société et cela ne fera qu'étayer et conforter la thèse développée dans le Titre I selon laquelle la qualité du consentement dans la société absorbée dépend étroitement de l'accroissement ou non des engagements initiaux des associés.

Nous verrons que l'opération de fusion absorption comme un certain nombre d'autres situations exigeront une **décision collective**³¹. Que recouvre en fait cette appellation ? Nous serons invités à répondre à une question surprenante : une décision collective peut elle être le fait d'une seule personne ? A un ou deux bémols près qui apparaîtront à l'examen des droits politiques des associés de la SAS, la réponse est affirmative. C'est le nouveau paradoxe du droit des sociétés en forme de SAS. Pour les associés il n'existe que peu de droits intangibles, peut être celui de participer à la délibération, et encore, le doute est permis. La politique au sein de la SAS est caractérisée par la disparition de la suprématie de la majorité et par l'affirmation de pouvoirs individuels. « La SAS peut passer pour le vêtement juridique idéal de l'autocrate réduisant ses associés à une figuration passive »³². Là encore tout sera fonction des stipulations statutaires.

Jusqu'où ira t-on dans le respect du consentement individuel de chaque associé ? La question est posée.

De sa réponse dépendra largement la tentation ou non de recourir au juge pour sanctionner des comportements abusifs car pour rappeler l'adage introductif :

« Quand la loi se tait, on hurle devant les Tribunaux ».

³¹ Art. 227-9 al.2 C. com.

³² Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juris-dictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

Titre premier

La fusion sous l'angle de la société absorbée : quel consentement ?

La fusion constitue une opération par nature conflictuelle. Le problème se situe essentiellement au niveau de la fixation de la parité d'échange, la difficulté étant de déterminer le nombre d'actions qui seront attribuées aux associés de la société absorbante³³. S'opposeront d'une part les intérêts des actionnaires de la société absorbante qui vont vouloir rémunérer le plus chichement possible l'apport du patrimoine de la société absorbée et éviter ainsi une forte dilution provoquée par l'émission d'actions nouvelles et d'autre part ceux des minoritaires de la société absorbée dont l'objectif sera d'obtenir la meilleure rémunération possible de leur apport³⁴.

Dans ce conflit d'intérêts, la protection des minoritaires est assurée par l'intervention d'un commissaire à la fusion³⁵. Celui-ci établit un rapport sur les conséquences de la fusion pour les associés de la société absorbée : il s'assure ainsi du caractère non lésionnaire de la parité d'échange³⁶. Le groupe majoritaire est moins concerné puisqu'il a décidé du principe de l'opération et participé à la fixation de cette parité d'échange. L'opération de fusion n'est véritablement périlleuse que pour les minoritaires. A leur égard, la fusion s'analyse en une sorte d'« expropriation pour cause d'utilité privée »³⁷.

Lorsque la société absorbante épouse la forme d'une SAS, la seule vérification de la parité d'échange autorise-t-elle une protection vraiment efficace des minoritaires ? Rien n'est moins sûr.

Le commissaire à la fusion, pour déterminer la valeur attribuée aux parts sociales, va certes tenir compte des spécificités de la SAS (liquidité des titres extrêmement réduite, actions à « géométrie variable » etc..).

Ce faisant, tous les périls sont-ils conjurés ?

³³ Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n°75 et 80

³⁴ Idem, n°172

³⁵ Art. L. 236-10 al. 1^{er} du C. com.

³⁶ Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD-SEBASTIEN, « Lamy Sociétés commerciales », éd. Lamy, 2001, n°1731 s.

³⁷ Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n°172 s.

Dans la très grande majorité des cas, une réponse positive s'impose. En pratique³⁸, on observe que la fusion intervient très fréquemment :

- entre des sociétés unipersonnelles³⁹ où le phénomène minoritaire est inexistant ;
- entre des sociétés pluripersonnelles, la SAS étant absorbée et non absorbante. Dans ce cas de figure, ce sont les actionnaires de la SAS qui méritent éventuellement une protection appropriée à la forme de la société absorbante. Cette situation ne se rencontre qu'en présence d'une SAS absorbée par une SNC, une commandite ou une société civile, les associés de la SAS perdant, avec la fusion, le bénéfice du principe de limitation de responsabilité ;
- entre deux SAS. Cette hypothèse très fréquente sera évoquée au fur et à mesure des développements. Il semble bien dans ce cas que le besoin de protection des minoritaires soit une moindre exigence ; avant l'opération de fusion ils ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle d'associés d'une SARL ou d'une SA : ils ne peuvent se prévaloir ni des mêmes droits et ne sont pas assujettis aux mêmes obligations que ces derniers.

Mais dans toutes les autres hypothèses rencontrées, celles où c'est une SAS qui absorbe, il y a sans doute problème ! Les associés de la société absorbée vont entrer dans une structure au sein de laquelle leurs droits risquent d'être réduits à la portion congrue et leurs obligations largement accrues.

En droit des sociétés une telle situation a été envisagée par le législateur qui veille à ce que les engagements des associés ne soient pas impunément augmentés. Ce rôle est dévolu aux articles L 236-5 du code de commerce et 1836 du code civil. Ils prescrivent le consentement unanime des associés (Chapitre 1er).

Mais sommes nous ici en présence d'une véritable augmentation des engagements des associés ? On ne saurait répondre simplement par oui ou par non. Tout va dépendre en fait du contenu des statuts de la SAS (Chapitre 2^{ème}).

³⁸ d'après les informations recueillies au RCS de Strasbourg.

³⁹ Ce cas de figure est facilité par le fait que l'on passe de la SAS à la SASU sans aucune contrainte, le passage d'un état à l'autre ne s'analyse pas comme une transformation de la forme sociale et ne nécessite en soi ni décision d'un organe de la société ni formalité ou publicité particulière ; il ne résulte que d'un changement dans la composition de l'actionnariat, qui est en quelque sorte extérieur à la société elle-même. « La SASU est donc virtuellement pluraliste et la SAS virtuellement unipersonnelle » (Pierre-Henri CONAC, « Quelques réflexions sur un avant-projet de loi créant une société par actions simplifiée », Bull. Joly Sociétés, juin 1999, §133, p.607)

Chapitre premier

Le consentement unanime des associés de la société absorbée : désir ou nécessité ?

La fusion suppose nécessairement une décision prise en assemblée générale extraordinaire . Cette solution s'explique car la fusion entraîne la dissolution de la société absorbée.

Si cette dernière est une SA, la décision ne sera valablement prise qu'avec un quorum de moitié ou du quart dans le cas d'une deuxième convocation et le consentement des deux tiers des voix des associés présents ou représentés⁴⁰.

Si la société absorbée est une SARL, une majorité qualifiée représentant les trois quarts au moins des parts sociales est requise⁴¹.

Ces dispositions subissent toutefois un important infléchissement dans l'hypothèse d'une fusion ayant pour effet d'augmenter les engagements des associés d'une des sociétés en cause ; dans ce cas le consentement unanime de ces associés est impératif.

En application du principe d'intangibilité des engagements des actionnaires⁴², l'aggravation de leurs obligations pécuniaires et autres ne peut être décidée par une décision collective prise à la majorité simple.

Compte tenu d'un déficit patent de réglementation impérative dans le cadre d'une SAS absorbante on peut se poser la question suivante : le recours à une majorité qualifiée peut-il suffire à la protection des actionnaires de la société absorbée ou faut-il aller jusqu'à prévoir un consentement unanime ?

Cette question n'est pas de pure forme. En pratique il sera le plus souvent très difficile de recueillir un tel consentement surtout en présence de sociétés dont le capital est éparpillé⁴³.

Il est surprenant que le législateur ait expressément exigé l'unanimité en cas de transformation d'une société en SAS (art. L. 227-3 du C. com.) mais ne se soit pas prononcé sur l'étendue du consentement en cas d'absorption d'une société par une SAS, alors que les situations paraissent analogues.

Dans le silence des textes, faut-il alors se rallier à la thèse d'un consentement unanime par assimilation de l'opération de fusion à une transformation (Section 1), et ce tout en sachant que l'unanimité constitue une exigence tout à fait inhabituelle sinon contre nature en droit des sociétés par actions ou décider au contraire qu'en l'absence de dispositions spécifiques il y a

⁴⁰ Art. L. 225-96 C. com.

⁴¹ Art. L. 223-30 al. 2 C. com.

⁴² Fabrice RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des actionnaires », RTD com., 2000, p.27

⁴³ Charles GAVOTY et Pierre ULLMAN, « L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? », Bull. Joly, 2001, §177, p.831

lieu tout simplement d'appliquer le droit commun et songer à recourir aux règles de majorités fixées pour la modification des statuts ? (Section 2).

SECTION 1

La transformation nécessite l'unanimité. Quid de l'absorption ?

La grande liberté offerte pour la rédaction des statuts d'une SAS en a séduit plus d'un. Il suffit pour s'en convaincre de voir le nombre impressionnant de sociétés qui initialement constituées sous une autre forme se transforment en SAS ou se laissent absorber par une SAS.

L'hypothèse de la transformation en SAS a été spécialement envisagée par le législateur ; il a expressément stipulé que l'accès à la SAS par transformation implique l'unanimité.

Il n'a pas voulu que puissent être imposées par une majorité, fût-elle qualifiée, des règles trop contraignantes à des personnes qui n'y auraient pas expressément consenti. Dans l'esprit du législateur, la transformation en SAS, compte tenu des spécificités de ce modèle de société, équivaut tout naturellement à une augmentation des engagements des associés. Dans une SAS, les associés peuvent être exclus, les actions inaliénables, les modalités de prise de décision très originales, trop pour certains. Aucun associé ne doit se voir imposer de telles restrictions.

Aussi, bien que la transformation soit par ailleurs considérée comme une modification statutaire décidée à une majorité renforcée variant selon la forme sociale, ici, la moindre protection des associés⁴⁴ due au particularisme de la SAS est telle, qu'il a semblé inenvisageable d'accepter que quiconque puisse en devenir membre sans son accord exprès. Ce risque a été conjuré par un texte. (§1)

Par analogie et dans une certaine logique juridique, pourquoi alors ne pas recourir à la même solution, celle précisément de l'unanimité, en cas de fusion ? Il semble bien que l'entrée en SAS par le voie d'une absorption ait sensiblement les mêmes conséquences sur le statut des associés. (§2)

§1) On ne devient pas associé d'une SAS contre son gré

L'article L. 227-3 C. com. édicte un principe général : on ne peut pas entrer dans une SAS sans l'avoir voulu, et ce en raison des permissions particulières qui sont données aux rédacteurs des statuts⁴⁵.

⁴⁴ Jean-Pierre BRILL, « Constitution, mutations et disparition des SAS », LPA, 2000, n°185, p.33 ; Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », Droit et Patrimoine, avril 1994, p.27 qui parle de « l'impératif de protection des minoritaires (qui) cède le pas, dans la SAS, à l'idée de souplesse ou de liberté contractuelle ».

⁴⁵ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », Juri-dictionnaire, Joly Sociétés, Traité, 2001, n°120s.

Dans bien des cas, une transformation en SAS aura surtout pour effet de réduire les droits des associés plutôt que d'augmenter leurs engagements. Cependant, le « débridement » contractuel qui peut présider à la naissance d'une SAS conduit à exclure la possibilité d'une décision de transformation à une quelconque majorité qualifiée⁴⁶. (A)

Le consentement personnel de chacun des associés est nécessaire. Le législateur ne se contente pas d'imposer une majorité élevée. Une abstention élevée, un mal endémique dans bon nombre d'assemblées de sociétés, aurait permis au groupe majoritaire d'imposer la fusion aux minoritaires. Ceux-ci se retrouveraient sociétaires d'une SAS, à leur insu. Pour neutraliser cette éventualité, le législateur a bridé le pouvoir décisionnel des majoritaires. (B)

A) L'unanimité comme condition de la décision de transformation

L'article L 227-3 C.com. institue une dérogation à la règle traditionnelle qui revient à considérer la transformation comme une modification statutaire soumise en tant que telle aux règles de majorité prévues à cet effet dans chaque type de société.

Le législateur, conscient du fait que la transformation en SAS peut s'avérer dangereuse pour les intérêts des actionnaires minoritaires, a souhaité mettre en place une protection efficace.

Il est vrai que la SAS assure à ses membres la limitation des pertes au montant de leurs apports⁴⁷ ; elle leur offre également un espace de liberté important pour négocier leurs droits collectifs et individuels⁴⁸. Par conséquent, la protection des associés pourra atteindre un niveau même supérieur à celui qui est habituellement procuré dans les structures classiques⁴⁹.

Mais cette liberté contractuelle au moment de l'élaboration du pacte social peut conduire les fondateurs à initier une réglementation qui aura pour résultat un plus fort degré de contraintes pour les associés ; l'exemple des possibles restrictions apportées à la libre négociabilité des actions de la SAS est suffisamment parlant.

Le législateur a donc tenu à ce que nul ne devienne associé d'une SAS sans y avoir consenti. Le sénateur Etienne Dailly a d'ailleurs indiqué lors de la discussion au Sénat du projet de loi instituant la SAS qu'il serait « inconcevable qu'un seul d'entre eux (les associés) puisse prétendre avoir été entraîné dans cette affaire (la SAS) malgré lui »⁵⁰.

Ne risquent pas de soulever ce type de prétentions et en faire reproche à qui que ce soit, les associés entrés en SAS lors de la constitution ou plus tard, en cours de vie sociale, par acquisition ou souscription d'actions : l'acte individuel et volontaire de souscription ou d'acquisition exprime nécessairement le consentement à devenir associé d'une telle structure et l'adhésion à ses statuts.

La même analyse s'impose en cas de transformation en SAS, l'art. L. 227-3 C. com. disposant que « la décision de transformation en SAS est prise à l'unanimité des associés ». Chaque

⁴⁶ Yves REINHARD, « La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée », RTD com., oct. – déc. 1999, p. 898

⁴⁷ Art. L. 227-1 C. com.

⁴⁸ Art. L. 227-9 C. com.

⁴⁹ Pierre-Louis PERIN, « La transformation en SAS d'une société d'une autre forme », Actes Pratiques, Sociétés, Editions du J-Cl., mars/avril 2000, p.25

⁵⁰ JO Sénat CR, 22 octobre 1993

associé exprimant par son vote son choix en faveur de la transformation, consent personnellement à devenir associé d'une SAS et approuve par la même occasion ses statuts.

Dans tous ces cas, l'associé ou l'actionnaire d'une structure classique doit donc personnellement consentir à entrer en SAS.

B) Une limite inattendue au pouvoir décisionnel des majoritaires

Quelle que soit la forme de la société en voie de transformation, chacun de ses membres dispose par conséquent d'un droit de veto à l'encontre du projet de transformation. Ce droit est d'ordre public ; il n'est susceptible d'aucun aménagement bien que le texte ne précisât point que les actes contraires seraient nuls⁵¹.

Ceci montre bien la façon dont le législateur appréhende la SAS : la très grande liberté qui entoure la définition des droits des associés lui paraît potentiellement aussi menaçante pour leurs intérêts que ne le serait l'adoption d'un de ces types de société où les pertes ne sont pas limitées aux apports. On constate que les seuls autres cas de sociétés où la loi impose le consentement individuel de chacun des associés sont ceux où l'associé passe d'une situation de limitation des risques à une situation de non-limitation.⁵²

Il n'y pas d'alternative légale à cette unanimité. Lors des travaux préparatoires, il avait été proposé que la décision de transformation soit prise à la majorité des deux tiers des associés et qu'une procédure de rachat des actions ou parts soit mise en place pour tous ceux qui auraient exprimé un vote défavorable à la transformation. Cette proposition n'a pas été retenue.

En pratique, à défaut d'unanimité, les majoritaires pourraient être tentés de faire sortir les minoritaires du capital en leur rachetant leurs titres ; mais cela n'est pas évident car nécessite leur accord.

Le caractère particulièrement novateur et presque déstabilisant pour des générations de juristes de cette forme de société qu'est la SAS justifie cette atteinte aux principes majoritaires. Elle permet de ne pas laisser piétiner le principe d'intangibilité des engagements des associés⁵³.

Cette exigence d'unanimité ne doit-elle pas être respectée également en cas d'absorption par une SAS d'une société d'une autre forme ?

En application des dispositions légales, la fusion par absorption semble être le seul mode d'entrée en SAS à l'occasion de laquelle on puisse se soustraire à la règle de l'accord unanime. Mais parallèlement certains actionnaires de la société absorbée vont se trouver ipso facto membres d'une SAS à leur insu.

A priori les raisons qui militent en faveur de l'unanimité en cas de transformation semblent également pertinentes en cas d'absorption.

⁵¹ L'art. L.235-1 C. com. prévoit la nullité d'un acte modifiant les statuts (ce qui est bien la nature d'une transformation) qu'au résultat d'une disposition expresse de la loi de 1966 ou de celles qui régissent la nullité des contrats. Il existe donc un cas de nullité, dans l'inapplication des conditions relatives au consentement des membres de la société à transformer, puisqu'en application du droit des contrats, la nullité est encourue pour vice ou défaut du consentement.

⁵² Pierre-Louis PERIN, « La transformation en SAS d'une société d'une autre forme », Actes Pratiques, Sociétés, Editions du J-Cl., mars/avril 2000, p.25

⁵³ Fabrice RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des actionnaires », RTD com., 2000, p.27

§2) Une situation à haut risque : « je suis membre d'une société absorbée »

Il est possible de ne pas partager ce point de vue et de discuter du bien fondé du recours à un consentement unanime en présence d'une opération d'absorption par une SAS. Deux arguments au moins viennent à l'esprit : d'une part pourquoi assimilerait-on fusion et transformation, ces deux opérations de restructuration ne sont peut-être pas véritablement comparables (A), d'autre part, imposer l'unanimité reviendrait à ajouter au texte une condition supplémentaire, et cela en violation du principe selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est licite (B).

A) Fusions et transformations : des démarches différentes....

Il y a incontestablement lieu d'établir un *distinguo* entre ces deux opérations ; elles ne sont ni économiquement ni juridiquement assimilables. Elles ne s'expliquent pas par les mêmes motifs (1) et n'entraînent pas les mêmes effets juridiques (2).

1. Des motifs et des buts différents

Toute démarche de restructuration a un but. Même si ce sont des opérations très courantes, elles ne sont ni le fruit du hasard ni commandées par un effet de mode.

La fusion se présente généralement sous les aspects d'une opération purement interne c'est à dire qu'elle a lieu entre des sociétés unies par des liens financiers. Elle offre diverses possibilités comme la réorganisation et souvent la simplification de la structure d'un groupe tant au plan administratif que comptable, la réduction du coût de la gestion interne mais aussi la simple réalisation d'économies d'impôts.

Elle semble concerner des sociétés d'une certaine taille, très ouvertes, avec un actionnariat important et où par ailleurs des économies d'échelle importantes peuvent être réalisées.

La transformation d'une société en SAS ne répond pas à ces mêmes objectifs. On s'y résout pour bénéficier des avantages de cette nouvelle forme sociale (la dissociation entre le capital et le pouvoir, la responsabilité limitée aux apports, la liberté de désignation du président et des autres dirigeants, la possibilité d'un associé unique, etc...), mais aussi pour échapper à de nombreuses contraintes considérées comme insupportables tels que la tenue régulière de conseil et d'assemblées, l'impossibilité d'exclure un réfractaire, etc. ...

Ce type de transformation devient extrêmement fréquent aujourd'hui et s'adresse à toutes sortes de sociétés, souvent très petites et très fermées parce que familiales.

2. Des conséquences juridiques souvent opposées

Admettre que dans le cas de sociétés petites et moyennes, la transformation puisse s'effectuer à une majorité qualifiée, peut sembler suicidaire. Il paraît inacceptable que cette opération s'effectuât sans l'accord de tous les intéressés souvent unis par des liens familiaux très étroits. Cela explique la position du législateur qui dans pareilles circonstances n'a pas souhaité sacrifier le consensus familial et y est parvenu en imposant l'unanimité.

Ces sociétés sont le plus souvent étrangères à des contingences de fusion.

Le problème est notoirement différent dans de plus grandes structures où le capital est plus dilué et rassemble des individus dont l'affectio societatis n'est pas uniquement régi par un contexte familial. Ici les priorités paraissent différentes. Certes elles se transforment mais le plus souvent à titre de mesures d'accompagnement d'une opération plus importante de fusion. Accepter qu'une opération de fusion-absorption puisse nécessiter un consentement unanime serait accepter par avance de devoir assumer éventuellement un risque de blocage sinon d'échec avec toutes les conséquences dommageables d'une telle entreprise avortée.

On peut également noter des différences juridiques au plan de la personnalité morale.

La transformation consiste à donner à la société une forme nouvelle tout en maintenant inchangée sa personnalité morale. Elle se présente donc simplement comme une modification des statuts. Le principe du maintien de la personnalité morale est le trait dominant de cette opération⁵⁴.

La fusion par absorption, quant à elle, se traduit par une augmentation de capital, par voie d'apports en nature pour la société absorbante et par une dissolution sans liquidation pour la société absorbée. Les associés de cette dernière vont devenir, en suite de l'émission de nouvelles parts sociales, associés de la société absorbante. La fusion concerne donc deux sociétés au moins.

Fusion - transformation : des opérations différentes à plus d'un titre. Cependant, si l'on s'en tient à leurs effets à l'égard des associés, on observe que les risques sont véritablement identiques. Les associés vont se trouver liés dans les deux cas, par les nouveaux statuts, dès la prise d'effet de la décision. Dans un cas comme dans l'autre, un pacte social dont ils n'auront pas saisi tous les ressorts, celui de la SAS, va s'imposer à eux.

B)Et une règle toujours d'actualité : « ce qui n'est pas interdit est licite ».

Comment se fait-il dans ces conditions que les parlementaires n'aient pas jugé utile de prescrire l'unanimité ?

Serait-ce, comme on dit si souvent avec une certaine pudeur, « un oubli du législateur » ?

Il semble que non.

Car le problème de la fusion a bien été envisagé mais pas là où on l'attendait !

Dans le corpus des dispositions applicables à la SAS on trouve un article L 227-9 C. com. qui précise mais d'une manière un peu sibylline que la fusion était du ressort d'une décision collective des associés, sans autre précision.

S'il avait voulu exiger l'unanimité comme il l'a fait pour la transformation par le biais de l'article L 227-3 C. com., il l'aurait certainement fait. C'est une conclusion de bon sens.

Le projet de loi de 1994, adopté par le Parlement après de nombreux débats opposant des parlementaires reconnus pour leur connaissance du droit des sociétés, a entendu soumettre la décision de transformation en SAS à la loi de l'unanimité, ce qui, on ne le répétera jamais assez, est inhabituel en droit des sociétés par actions. Si le processus d'absorption par une

⁵⁴ Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy Sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°1355 s.

SAS n'est pas visé, c'est bien la preuve qu'il n'y a pas lieu de recourir à une décision unanime. Soutenir le contraire reviendrait à imposer une condition supplémentaire que le législateur n'a pas expressément prévue, en violation du principe jamais démenti selon lequel tout ce qui n'est pas défendu est permis⁵⁵.

Que l'on partage plus ou moins complètement cette analyse, il n'en demeure pas moins qu'il faut s'en tenir aux principes juridiques généraux qui commandent qu'à défaut de texte spécifique, il y a lieu de s'en tenir au droit commun, en l'occurrence celui de la fusion.

SECTION 2

Une première tentative : une majorité qualifiée en cas d'absorption

Faute de dispositions spécifiques dans la loi du 3 janvier 1994 instituant la SAS, il faut se résoudre à admettre qu'un processus de fusion dans lequel une SAS joue le rôle de la société absorbante ait à être traité comme toute autre fusion. La décision à prendre par chacune des sociétés intéressées doit l'être dans les conditions requises pour la modification de leurs statuts respectifs⁵⁶ (§1) sauf si elle a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires, auquel cas l'unanimité sera requise. (§2)

§1) La fusion sous l'angle d'une simple modification des statuts

La fusion est ici mise en oeuvre par les associés des sociétés concernées comme toute opération entraînant modification des statuts. Pourquoi une telle solution ? (A). La fusion-absorption par une SAS pourrait ainsi être décidée par le groupe majoritaire. (B)

A) Raison d'être d'un principe

L'absorption d'une société s'effectue par l'emploi d'une procédure classique de dissolution sans liquidation. Elle s'analyse au stade de la société absorbante comme une augmentation de capital en nature et au sein de la société absorbée comme une dissolution : ces deux décisions sont de nature extraordinaire comme l'est toute modification des statuts⁵⁷. Les résolutions,

⁵⁵ La Cour de cassation rappelle régulièrement ce principe : voir par exemple : Cass. Com. 13 octobre 1971, JCP éd. G, 1972, II, n°16949, note Bruno OPPETIT, où la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris au motif que l'assemblée générale a le pouvoir « non interdit par la loi », de mettre fin par voie de fusion-absorption à son statut légal particulier.

⁵⁶ Art. L. 236-2 al.2 : Les fusions « sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification des statuts ».

⁵⁷ Paul DIDIER, « L'entreprise en société », Droit commercial, Tome 2, PUF, Themis Droit Privé, 1999 ; Maurice COZIAN et Alain VIANDIER, « Droit des sociétés », 11^{ème} éd., LITEC

pour être adoptées, exigent la réunion d'une majorité qualifiée : deux tiers dans les SA⁵⁸, trois quarts dans les SARL⁵⁹.

B) Une décision majoritaire

Le privilège dont disposent les minoritaires est celui d'empêcher l'adoption d'une décision collective. Ce pouvoir suppose la détention d'une minorité de blocage⁶⁰. La faculté pour les minoritaires d'empêcher l'adoption d'une délibération va donc dépendre du caractère plus ou moins rigoureux de la majorité exigée. Une majorité qualifiée ne limite pas toujours le pouvoir décisionnel des majoritaires en raison du taux élevé de l'abstention dans les assemblées.

C'est ainsi que les minoritaires ne pourront que très rarement empêcher la fusion ; elle s'imposera à eux alors qu'ils auront exprimé leur désaccord. Il faut en conclure que la majorité dispose de la capacité d'imposer à la minorité la disparition de la société, et cela avant le terme statutairement convenu, par le recours à un processus de fusion.

Ce schéma va souffrir d'une exception d'importance dans l'hypothèse où la fusion projetée a pour conséquence immédiate d'augmenter les engagements des associés de l'une des sociétés en cause. Dans ce cas, le consentement de tous les associés dont les engagements sont augmentés est requis⁶¹. Chacun de ces associés disposera d'un véritable droit de veto à l'égard de toute décision de fusion pouvant occasionner une aggravation de ses obligations.

§2) L'hypothèse d'une fusion lésionnaire en cas d'augmentation des engagements des associés

En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci⁶². C'est une règle de droit général en matière de sociétés.

Lorsque la fusion aboutit pour les actionnaires de la société absorbée à une augmentation de leurs engagements sociaux primitifs, elle doit être décidée à l'unanimité.

Si la décision n'augmente les engagements que de certains associés, on estime qu'une double majorité est requise: d'une part, la majorité nécessaire au type de décision envisagée et, d'autre part, l'unanimité des associés dont les engagements sont augmentés⁶³.

Quand doit-on considérer être en présence d'une augmentation des engagements ?

⁵⁸ Art. L. 225-96 C. com

⁵⁹ Art. L. 223-30 al. 2 C. com.

⁶⁰ « Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne », éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 5500 s.

⁶¹ Art. L. 236-5 « Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'art. L. 236-2, si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires ».

⁶² Art. L. 223-30 al. 2 C. com. pour les SARL ; Art. L. 225-96 al.1 pour les SA et, sur renvoi de l'art. L. 226-1 al.2 C. com. pour les SCA ; Art. 1836 al.2 C. civ. pour les SNC, SCS et SAS.

⁶³ « Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne », éd. Francis Lefebvre, 2001, n° 5500 s.

Il y a le cas classique où la structure adoptée nous fait perdre le bénéfice de la règle de protection tenant à la limitation des pertes au montant des apports.
Ce n'est pas l'hypothèse visée ici.

Bien au contraire il faut admettre que le seul recours à une SAS, de par ses principes d'organisation et de fonctionnement, induit une diminution notable des pouvoirs des associés et diminuer les droits a nécessairement pour corollaire d'augmenter les obligations.

A partir de ce constat il peut être intéressant d'examiner l'évolution de la jurisprudence quant à la notion d'augmentation des engagements des associés (A), pour ensuite tirer un parallèle avec la situation qui nous préoccupe, celle de l'absorption par une SAS et de justifier au besoin le recours à l'unanimité (B).

Il est de la plus haute importance de savoir si nous sommes en présence ou non d'une augmentation des engagements des associés. Si l'assemblée générale statue dans des conditions de quorum et de majorité irrégulières, ses délibérations seront viciées et la fusion pourra être annulée.

A) Une simple liberté écornée constitue t-elle une augmentation des engagements ?

La loi de 1966⁶⁴ ne précise pas ce qu'il faut entendre par augmentation des engagements des associés.

Traditionnellement et depuis un arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1937⁶⁵, la jurisprudence distingue soigneusement les stipulations impliquant une aggravation des engagements des associés qui requéraient leur consentement personnel de celles entraînant une simple diminution de droits ou de liberté qui pouvait leur être imposées par la majorité. Seule une aggravation « de la dette contractée par les associés envers la société ou les tiers » était constitutive d'une augmentation des engagements des associés. C'est ce qu'a décidé l'arrêt ci-dessus visé de la Chambre Civile.

Cette conception restrictive était critiquée ; on lui reprochait de ne pas rendre compte de toutes les situations susceptibles de pouvoir être qualifiées d'augmentation des engagements des associés. En ne retenant que la seule idée d'aggravation de la dette, alors que la loi parlait plus généralement « d'engagement », elle ne visait pas les obligations de faire et de ne pas faire.

La Cour de cassation a opéré un revirement à l'occasion de l'arrêt Chazalon du 26 mars 1996⁶⁶. Il a été jugé que l'introduction dans les statuts en cours de vie sociale, par une décision d'assemblée, d'une clause de non-concurrence « qui, par l'atteinte qu'elle porte à la liberté du travail et du commerce, augmente les engagements de l'actionnaire, ne peut être décidée qu'à l'unanimité », élargissant de la sorte la notion d'engagement aux obligations de ne pas faire.

⁶⁴ Art. L. 225-96 C. com.

⁶⁵ Cass. Com., 9 février 1937, Dalloz 1937, I, p.73, note A. BESSON

⁶⁶ Cass. Com., 26 mars 1996 : Bull Joly, 1996, §213, p.604, note Paul LE CANNU ; Rev. sociétés, 1996, p.793 s. note Laurent GODON ; Dalloz, 1996, sommaire p.343 s., note Charley HANNOUN ; RTD com, 1996, p.487 s., note Bruno PETIT et Yves REINHARD

Désormais, la notion d'engagement ne revêt plus un caractère exclusivement pécuniaire, puisque l'exigence d'une abstention, comme ici en l'espèce, l'interdiction pour l'associé sortant de faire concurrence à la société, peut constituer cette aggravation.

Par conséquent, il convient d'établir un *distinguo* entre les stipulations supprimant partiellement une liberté ou restreignant certains droits⁶⁷ et les autres qui reviendraient proprement à les anéantir. Seules les premières peuvent être approuvées à la majorité alors que les secondes requièrent en tout état de cause l'unanimité.

Lorsqu'il est apparu que les délibérations d'assemblée ont mis à la charge des associés une ou plusieurs obligations nouvelles qui ne figuraient pas dans les statuts d'origine ou portent atteinte à leur liberté individuelle, la tâche du juriste va être de distinguer soigneusement entre ce qui s'apparente à un simple aménagement d'une liberté octroyée et ce qui constitue sa disparition.

Accepter de perdre, ne serait-ce que partiellement, sa liberté, constitue une augmentation des engagements.

B) Mise en œuvre de cette notion en cas d'absorption d'une société par une SAS

A la lumière de cette jurisprudence, faut-il considérer que le seul fait de devenir associé d'une SAS nous met en présence d'une situation d'augmentation des engagements des associés ?

L'associé d'une SAS ne répond des dettes sociales que dans la limite de ses apports. Sur le plan de la responsabilité financière, il n'y a donc jamais augmentation des engagements pour les nouveaux associés. Les associés provenant de SNC, sociétés civiles, sociétés en commandites par actions... vont même encourir un moindre risque financier.

Pour toutes les autres obligations (de faire, de ne pas faire), la réponse est moins tranchée. Peu de dispositions légales impératives sont applicables à la SAS. L'autonomie d'organisation est sa principale originalité ; son régime dépend presque entièrement des dispositions statutaires. Toutes les adaptations sont donc possibles, « la SAS est éminemment ductile »⁶⁸. Certes la standardisation progresse, des formules éprouvées et équilibrées sont maintenant disponibles. Cependant, vu l'espace de liberté offert aux rédacteurs, on ne rencontre que très rarement deux SAS identiques.

Cette hétérogénéité des SAS ne facilite pas la solution. Il est impossible de donner une réponse uniforme.

Dans certaines SAS, les droits des minoritaires seront particulièrement soignés. Ils auront pu négocier un droit précis à l'information, un contrôle sur les affaires sociales ou encore la prérogative d'empêcher que telle ou telle décision soit prise sans leur accord. Leur statut sera infiniment préférable à celui d'un associé de SA qui bien que disposant de 10 ou 20% du capital sera soumis malgré tout à l'implacable loi de la majorité et ne pourra prétendre qu'à une information limitée.

⁶⁷ Comme c'est le cas des clauses de préemption et d'agrément qui n'interdisent pas à l'associé de céder ses titres mais l'obligent à respecter une procédure déterminée afin de maîtriser les modifications dans la répartition du capital.

⁶⁸ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°6s.

Dans d'autres hypothèses, des minoritaires moins attentifs, peuvent être littéralement marginalisés ; les statuts de la SAS comporteront des dispositions relatives à la stabilité de l'actionnariat au nombre desquelles des clauses d'exclusion ; elles n'aggravent aucunement l'engagement financier des associés mais rendent plus précaire leur droit au maintien dans la société. On y trouve pareillement des clauses d'inaliénabilité attentatoires au droit de propriété. Il serait extrêmement choquant que de telles contraintes puissent être imposées à un associé qui n'en a accepté le principe ni lors de son entrée dans la société, ni à l'occasion d'un vote survenu au cours de la vie sociale.

Seule une étude méthodique et approfondie des statuts de la société absorbante en la forme de SAS permet donc de savoir si lors de son entrée, l'associé deviendra débiteur d'une ou de plusieurs obligations nouvelles et par voie de conséquence si le consentement unanime de tous les associés est nécessaire.

Une analyse au cas par cas s'imposera en pratique au professionnel. Celui-ci, avec un certain recul, se forgera sa grille de lecture. Si à l'examen sommaire des statuts il découvre au passage l'existence de clauses du type de celles énoncées ci-dessus, son verdict sera immédiat et sans appel : l'unanimité. Si tel n'est pas le cas et que la rédaction est plus anodine, la plus grande méfiance sera de mise. Il lui faudra une lecture attentive et exhaustive pour débusquer les dispositions conventionnelles complexes où son jugement sera plus mitigé.

Chapitre deuxième

Devenir associé d'une SAS : un destin aux contours incertains !

Dans une SA, on attribue aux actionnaires, en contre-partie de leurs apports, différents droits : celui du partage aux bénéficiaires, celui de voter et même celui de sortir de la société⁶⁹. L'exercice de cette dernière prérogative peut compromettre la cohésion et la stabilité nécessaires au bon fonctionnement de la SAS. Le législateur a, par conséquent, consacré la validité de certaines dispositions statutaires relatives à la cessibilité des actions.

La SAS permet en effet aux associés d'instaurer des règles que le droit commun des sociétés et notamment la loi de 1966 interdit aux actionnaires de SA. En principe, la clause d'agrément est inapplicable aux cessions entre associés de SA, la validité des clauses d'exclusion y est discutée et l'inaliénabilité est inconciliable avec le caractère négociable de l'action⁷⁰. Sur tous ces points, la loi du 3 janvier 1994 innove : l'associé peut être exclu, le droit de négocier les titres peut être provisoirement supprimé et même limité de façon permanente en raison de l'obligation d'agrément du cessionnaire⁷¹.

Ces clauses portent toutes atteinte, parfois gravement, à la liberté individuelle de l'actionnaire⁷² ; en considération du risque qu'elles sont susceptibles d'engendrer pour les associés, le législateur a prévu qu'elles « ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés »⁷³.

Le problème crucial réside bien dans l'acceptation par les associés des procédures contraignantes qu'ils se voient opposer.

Ainsi, le régime des actions peut être complètement différent de ce qu'il est dans une SA, même très fermée.

Dans l'esprit du législateur, cette liberté de rédaction des statuts ne présentait guère de dangers dans la mesure où elle était réservée aux grandes entreprises parfaitement capables d'apprécier la portée des clauses statutaires⁷⁴ et de défendre efficacement leurs intérêts. Avec l'adoption de la loi sur l'innovation et la recherche et l'ouverture de la SAS aux personnes physiques, le problème de la protection des associés se présente sous un autre angle. Certains associés naïfs risquent d'accepter des formules qui les désavantagent. La protection des associés de SAS a été réduite au strict minimum, le caractère original de la SAS étant précisément de permettre aux associés de définir eux-mêmes les règles de protection de leurs droits.

⁶⁹ Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n°1.

⁷⁰ Fondé sur la soumission au principe majoritaire des petits actionnaires qui n'ont d'autre choix, en cas de désaccord, que de céder leurs titres.

⁷¹ Sybille PLANTIN, « Transformer une SA en SAS : motifs et procédure », JCP éd. E, 1999, n°48, p. 1906 ; Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

⁷² Olivier DOUVREULEUR, « Le projet de loi instituant une société par actions simplifiée », LPA, 1992, n°31.

⁷³ Art. L.227-20 C. com.

⁷⁴ Dominique RANDOUX, « Une forme sociale ordinaire : la SAS », JCP éd. N, 1999, n°43-44, p. 1567

Fréquemment, l'utilisation qui est faite de cette liberté est respectueuse des droits des associés notamment minoritaires. Il existe des SAS dont le capital est plus ouvert que celui de nombreuses SA enfermées dans leurs clauses d'agrément ou de préemption. La SAS offre une palette extrêmement large. Rien n'oblige les actionnaires de la SAS à profiter au maximum du pouvoir de stabilisation que la loi leur offre. Si on se plonge un instant dans les statuts des sociétés qui ont choisi d'exister sous la forme de SAS, on observe que les minoritaires ont souvent fort bien tiré leur épingle du jeu. La SAS n'a pas encore connu de scandale fondé sur l'écrasement des petits associés par les majoritaires⁷⁵.

Lors de la rédaction de statuts de la SA, il est habituel de reproduire de manière plus ou moins importante et servile, les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 et celles du décret du 23 mars 1967. Les statuts de SA sont de ce fait peu lus et peu considérés⁷⁶. La loi de 1966 et son décret d'application sont si impératifs et si détaillés que les associés ne peuvent pratiquement pas s'en écarter, sinon, pour régler le cas échéant, quelques points secondaires tels que l'âge limite des membres du conseil⁷⁷.

Dans la SAS, rien de tout cela : son organisation est essentiellement d'origine contractuelle.

La situation des associés de la SAS dépend essentiellement du contenu des statuts. Le choix des clauses statutaires qui a été opéré revêt un caractère fondamental⁷⁸.

Il en résulte que l'analyse des statuts s'avère indispensable dans notre hypothèse d'absorption. Les clauses statutaires vont s'appliquer de la même manière aux associés qui le sont devenus, malgré eux, à la suite d'une opération de fusion, qu'aux associés d'origine qui disposaient pleinement de la liberté de souscrire.

Seule une parfaite exégèse du pacte social permettra de déterminer si l'unanimité des associés de la société absorbée est nécessaire pour approuver l'opération de fusion.

Il va de soi que cette exigence d'une analyse des statuts au cas par cas constituera une contrainte particulièrement lourde à mettre en œuvre ; mais il s'agit du prix à payer pour concilier, d'une part, les impératifs de la nécessaire adaptation des sociétés à l'évolution de leur environnement avec comme toile de fond l'idée qu'un minoritaire ne doit pas pouvoir bloquer l'évolution de la société et, d'autre part, ceux de l'impérieuse sauvegarde des droits individuels des associés⁷⁹.

Dans un souci de simplification et disons le un peu par facilité, il est envisageable d'évacuer l'incertitude ambiante, en décidant de réclamer systématiquement le consentement unanime de tous les associés de la société absorbée⁸⁰. Les praticiens dans leur jargon pour qualifier une telle démarche utilisent volontiers le terme de « bétonner ». Cette stratégie sécuritaire peut s'avérer à haut risque : un seul associé, par pure malveillance ou plus simplement

⁷⁵ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », étude du juri-dictionnaire, Joly sociétés, Traité, 2001

⁷⁶ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n° 101s.

⁷⁷ Philippe BISSARA, « L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas de solution », Rev. sociétés, 1990, p. 555, n°2

⁷⁸ Jean-Jacques CAUSSAIN, « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », JCP éd. E, 1999, n°42, p. 1664.

⁷⁹ Charles GAVOTY et Pierre ULLMAN, « L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? », Bull. Joly, 2001, §177, p.831

⁸⁰ Bruno PICHARD, « Fusionner une société par actions simplifiée, une opération à risques ? », JCP éd. E, 2001, p.21

innocemment frondeur, pourra faire capoter l'opération de fusion. Avec plus de discernement juridique et la mise en œuvre de la règle de la majorité au lieu et place de l'unanimité, la fusion aurait pu être approuvée. L'attitude adoptée commandera le succès ou l'échec de la fusion.

Afin d'inventorier les multiples risques encourus par les associés, nous nous proposons d'étudier les différents modèles de statuts ; pour y parvenir il paraît opportun de classer les SAS en deux groupes distincts. Le premier rassemblera celles dont les statuts vont comporter de nombreuses clauses restrictives et qui présentent de ce fait un degré de dangerosité certain pour les associés (Section 1), le second réunira toutes les autres où, en l'absence de clauses contractuelles particulières, le péril pour les minoritaires sera certainement moins grand ou du moins ne sera pas la résultante d'une politique délibérée. (Section 2).

Section 1

Les SAS : un champ de mines pour les associés

Ce premier groupe recense les SAS dites « fermées », rigides qui ont mis en œuvre ce pouvoir de stabilisation de l'actionnariat que la loi leur octroie⁸¹.

C'est un groupe important. Il réunit toutes les sociétés en la forme de SAS pour les dirigeants desquelles il n'est pas neutre de contrôler parfaitement leur actionnariat et partant de le choisir. Il est souvent particulièrement utile de pouvoir compter parmi ses associés un sous-traitant, une grande banque qui facilitera le financement des investissements, etc⁸²...

L'affectio societatis y est prépondérant.

Entrer dans une telle SAS c'est comme, pour utiliser une métaphore, pénétrer sur un champ de mines pour les associés de la société absorbée. Un associé peu averti, très confiant ou trop crédule pourra se voir contraint de conserver ses actions plus longtemps qu'il ne l'aurait souhaité ou au contraire condamner à les céder si une clause d'exclusion venait à être mise en jeu.⁸³

On peut craindre que de nombreux associés personnes physiques, peu soucieux de faire appel à des conseils extérieurs, aient une moindre perception de la réelle portée des différentes clauses et des risques encourus. Ils pourront se retrouver dans des situations gravement préjudiciables à leurs intérêts ; à titre d'exemple celle où il leur est interdit de céder leurs actions alors que par ailleurs ils n'ont pas les moyens de s'immiscer dans la gestion et qu'en outre les résultats se révèlent moins mirobolants qu'annoncés, en est une illustration⁸⁴.

⁸¹ Art. L. 227-13 s. C. com.

⁸² Gérard MAZET « Les clauses statutaires d'agrément », JCP éd. E, 1994, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, p.13

⁸³ Sybille PLANTIN, « Transformer une SA en SAS : motifs et procédures », JCP éd. E, 1999, n°48, p.1906

⁸⁴ Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », Rép. Defrénois, 1994, art. 35.933

Il est impératif pour celui qui détient l'information de fournir à qui peut se trouver être associé d'une SAS, les explications suffisantes sur les risques encourus. Ainsi au moins les associés de la société absorbée se laisseront déposséder en toute connaissance de cause. La menace n'est pas illusoire : à preuve l'article L. 262-4 C. com. qui reconnaît implicitement la dangerosité de la SAS pour les associés en ce qu'il subordonne la transformation en SAS à une décision prise à l'unanimité des associés⁸⁵.

Ce sont ces mêmes motifs de protection qui ont engendré l'article L.227-19 C.com lequel dispose que les clauses relatives à l'entrée et à la sortie des associés de la SAS ne peuvent être adoptées ou modifiées en cours de vie sociale qu'avec le consentement unanime des associés.

Il n'est pas hasardeux d'en conclure, en présence du mutisme de la loi, que lorsqu'une SAS, dotée de ce type de clauses discutées, absorbe une société d'une autre forme, les associés de la société absorbée doivent avoir la possibilité d'approuver la décision de fusion à l'unanimité ; il faut bien évidemment réserver le cas des sociétés absorbées déjà nanties de clauses restrictives identiques et où faute d'aggravation de leurs engagements, point n'est besoin d'offrir aux associés la protection conférée par une décision unanime.

Cette constatation nous porte à préciser que l'unanimité devrait également être de mise si les clauses privatives de liberté insérées dans les pactes sociaux de SAS absorbées, respectivement absorbantes, n'étaient pas rigoureusement identiques.

Outre le fait qu'elles soient attentatoires à la liberté individuelle, ces clauses portent en germe une atteinte au sacro-saint principe de l'égalité des associés ; prévues pour tous les associés et visant toutes les actions, elles peuvent aussi ne concerner qu'une catégorie d'actions ou encore ne valoir qu'à l'égard de certains associés. Ce faisant on aura introduit une véritable discrimination.

Rien n'interdit aux rédacteurs d'utiliser toute la panoplie des clauses disponibles et de les combiner à l'envi. Il n'existe a priori aucune prohibition à cet égard. Cette liberté débridée n'est pas sans receler de graves dangers. Les contraintes qui peuvent en résulter pour les associés peuvent être particulièrement frustratoires d'autant que la vigilance des analystes des statuts pourra être abusée par leur complexité.

Par le jeu de ces clauses, certains associés vont se trouver soit prisonniers de leurs titres (§1), soit contraints de les céder et de quitter la société (§2).

§1. « Les associés captifs »⁸⁶

Tout associé dispose, en principe, du droit de quitter la société en cédant ses parts ou actions.

Susceptible de quelques restrictions dans la SA, ce droit peut être presque totalement supprimé dans la SAS. En effet, les statuts, si tel en est le souhait, comporteront des dispositions dérogeant presque entièrement au principe de la libre négociabilité des actions. La loi envisage expressément la possibilité d'imposer aux actionnaires entre autres

⁸⁵ Nicolas RONTCHEVSKY, « Présentation générale de la SAS après la loi du 12 juillet 1999 », Colloque organisé par le centre de droit des affaires de l'Université Robert Schuman de Strasbourg du 21 janvier LPA, 2000, n°185, p.26

⁸⁶ Sénateur Etienne DAILLY, rapport n°35, p.17

l'inaliénabilité des actions détenues (A), par ailleurs une procédure d'agrément frappant même les cessions entre associés (B).

La volonté des associés fondateurs se trouve malgré tout quelque peu bridée. L'associé doit un jour ou l'autre pouvoir retrouver sa liberté. Le droit d'aliénation est essentiel ; il figure en bonne place dans la constitution. Le restreindre oui, le supprimer non.⁸⁷

A) La suppression du droit de négocier les actions : une clause à durée « déterminée » !

Par le biais d'une clause d'inaliénabilité, clause expressément autorisée par la loi du 3 janvier 1994⁸⁸, les statuts d'une SAS porteront atteinte au principe de libre cessibilité des actions. Cette clause interdit à l'associé qui en est débiteur d'aliéner ses biens pendant la durée statutairement prévue. Il n'existe dans la SAS qu'une seule limite légale : sa durée ne saurait excéder dix ans.

Aucune autre forme sociale n'autorise actuellement l'introduction d'une telle disposition dans les statuts. Des clauses extra-statutaires d'inaliénabilité sont possibles à l'intérieur de pactes adjoints, mais, pour ne pas être frappées de nullité, elles doivent être, selon le droit commun, temporaires et justifiées par un intérêt légitime⁸⁹. Cette référence a disparu dans la SAS. Epouser cette forme de société est en soi une justification suffisante⁹⁰.

Nous sommes en présence d'un interdit, même temporaire, particulièrement sévère pour les associés. Son analyse est sans appel : il s'agit d'un engagement nouveau, une obligation de ne pas faire qui nécessitera, pour son adoption, l'unanimité.

La SAS se trouvant être la seule forme de société susceptible de faire figurer une telle clause dans ses statuts, il y aura obligatoirement engagement nouveau des associés de la société absorbée, sauf à cette dernière d'être elle-même une SAS.

Les rédacteurs des statuts peuvent néanmoins ne pas opter pour une solution aussi dure et adoucir ce régime en stipulant que l'inaliénabilité sera levée durant ce délai par une décision d'agrément.

A contrario il leur est pourtant loisible d'ajouter de la sévérité au dispositif et stipuler que l'inaliénabilité se combinera de surcroît avec une procédure d'agrément plus ou moins rigoureuse⁹¹. La mise en place d'un tel processus conduira, en cas de refus d'agrément, le cédant à devoir conserver ses titres jusqu'au terme de la durée de la clause d'inaliénabilité. En conjuguant judicieusement une clause d'agrément avec une clause d'inaliénabilité, on évite d'avoir à procéder au rachat des titres, le refus d'agrément faisant renaître l'inaliénabilité⁹².

⁸⁷ Philippe DELEBECQUE, « Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires », in *Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, p.61

⁸⁸ Art. L.227-13 C. com. « Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas dix ans »

⁸⁹ Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », *Droit et Patrimoine*, avril 1994, p.26s.

⁹⁰ Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rép. Defrénois*, 1994, I, art.35.933, p.1345,

⁹¹ Pour une opinion contraire voir : Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », *JCP éd. N*, 1994, I, p.69

⁹² Jean-Jacques DAIGRE, « Les clauses relatives à la cession des actions », *JCP éd. E*, 1994, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°2, p.13

N'y a-t-il pas quelque abus à procéder de la sorte et ce dispositif n'est-il pas proprement frauduleux au regard de la technique de l'agrément ? Le procédé ne semble pas condamnable dès l'instant où les clauses d'inaliénabilité sont dûment autorisées.

Par ce biais, en supprimant toutes les « issues de secours » on impose aux associés ou du moins à certains d'entre eux de demeurer dans la société. Les minoritaires, même en cas de désaccord profond avec leurs dirigeants ou d'autres associés, seront privés du droit de céder leurs titres. Il a été toujours été reconnu que cette faculté de retrait permettait de protéger les intérêts des actionnaires et plus particulièrement des minoritaires. Ils ne seront plus en mesure de « voter avec leurs pieds »⁹³, c'est à dire de quitter la société, en cas de différends sur la conduite des affaires.

B) L'agrément à la cession : une contrainte à durée « illimitée » !

Voyons d'abord ce qui se passe ailleurs.

Les rédacteurs de statuts de SA par exemple jouissent d'un degré de liberté surveillée pour adapter la procédure d'agrément organisée par la loi⁹⁴. L'art. L. 228-23 C. com. limite, pour les SA, la validité de l'agrément aux seules cessions opérées au profit de tiers. Ici l'agrément est mal vu.

Dans les statuts d'une SARL les clauses d'agrément peuvent frapper un éventail de cessions déjà plus large. Trois articles du code de commerce y sont consacrées :

L'article 223-13 énonce le principe de libre cessibilité par voie de succession ou en cas de liquidation de communauté de biens entre époux et entre conjoints et entre ascendants et descendants mais admet la limitation par l'insertion d'une clause d'agrément ;

L'article 223-16 fait de même pour la cession entre associés : elle est libre sauf clause d'agrément ;

L'article 223-14 n'édicte pas de principe de liberté mais impose d'emblée un agrément dès qu'il s'agit de faire entrer un tiers étranger à la société et de surcroît fixe la règle de majorité d'une manière très technique (double majorité : moitié des associés et trois quarts du capital) ;

Tout cela se comprend assez bien en raison des liens souvent étroits qui unissent les associés.

Mais ceci n'a aucune commune mesure avec la liberté dont disposent les rédacteurs des statuts d'une SAS.

Selon la mouture adoptée, on peut se trouver en présence d'une cessibilité absolue et sans limite ; mais a contrario le texte de l'article L 227-14 C. com. autorise la mise en place d'une procédure d'agrément pour toutes les cessions : succession, liquidation de communauté, ascendants, descendants, conjoint, tiers étrangers et entre associés.

Ceci est extraordinairement novateur à un double titre.

D'abord on est surpris de l'ampleur du choix initial dont bénéficient les fondateurs : cessibilité totale ou incessibilité absolue des titres.

⁹³ Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n°180

⁹⁴ Gérard MAZET, « Les clauses statutaires d'agrément », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions* », RJ com 1990, p. 66

Ensuite on est proprement abasourdi par la liberté dont ils disposent pour désigner l'organe qui procédera à l'agrément, si tel est leur choix.

Certes l'article L 227-14 C. com. qui règle la question nous précise que l'agrément est du ressort de la « société ». En fait il utilise un terme générique.

On admet que les statuts peuvent attribuer ce pouvoir d'agrément préalable à n'importe quel organe social. Il appartient selon la loi à « la société » de décider, mais dans l'ordre interne, les statuts sont libres de déterminer le mode d'expression de la volonté générale. Ce peut être le président seul ou un autre dirigeant, un associé ou certains d'entre eux mais aussi un tiers extérieur à la société⁹⁵.

Pour utiliser un jargon journalistique on a envie de dire : « c'est proprement hallucinant ! »

Cette plus grande latitude en matière de stipulations de clauses d'agrément, pour employer un doux euphémisme car nous sommes ici en présence d'une liberté qui frise la licence, inquiétera nécessairement les actionnaires un peu vigilants de la société absorbée : non pas en raison du large spectre de son champ d'application, mais essentiellement du fait de l'incertitude qui pèse sur l'obligation de rachat des titres en cas de refus d'agrément. Autrement dit, il n'est écrit nulle part que les autres associés aient à racheter ou à faire racheter, au besoin par la société elle-même, les titres dont la cession était envisagée.

Dans de pareilles conditions, le recours à l'unanimité ne saurait être discuté.

Pour certains auteurs⁹⁶, l'hypothèse d'un non-rachat n'est même pas envisageable ; ils estiment alors fort logiquement que l'unanimité n'est pas nécessaire lorsqu'une telle clause figure dans les statuts. Dans leur esprit cette clause n'implique que la soumission des cessions à un processus destiné à maîtriser les modifications dans la répartition du capital ; l'associé est à tout moment en droit de céder ses actions, simplement il n'aura pas le libre choix de son cocontractant.

Ces auteurs feraient fausse route, dit-on.

Pourtant la matière n'est pas aussi limpide qu'il n'y paraît.

Il existe dans le corps des articles consacrés aux sociétés par actions, sous le titre d'ailleurs « Chapitre VIII – Des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions » un texte figurant sous L 228-24 C. com. lequel énonce qu'un actionnaire d'une société par actions qui s'est vu opposer un refus d'agrément ne saurait demeurer prisonnier de son titre. Dans un délai de trois mois à compter du refus d'agrément, la société sera tenue de racheter ou faire racheter les titres par un tiers.

⁹⁵ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des statuts », Pratique des affaires, Joly Ed., 2000, n°353, Philippe DELEBECQUE, « SAS et pactes d'actionnaires », *in la Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, n°139 ; pour une opinion contraire voir : Michel JEANTIN, « Les associés de la SAS », Rev. sociétés, avril-juin 1994, p.223, n°30, ce droit ne pourrait être confié à un tiers extérieur à la société : selon l'art. L.227-13 C. com., l'agrément est donné « par la société », mais la désignation de l'organe, voire du tiers délégué à cet effet est libre.

⁹⁶ Voir notamment : Charles GAVOTY et Pierre ULLMAN, « L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée ? », Bull. Joly, 2001, §177, p.831 ; Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », Droit et Patrimoine, avril 1994, p.26

Ce texte est-il applicable à la SAS ? La réponse à cette question est de la plus haute importance. Elle commandera le recours ou non à la règle de l'unanimité en cas de fusion par absorption sous l'angle des associés de la société absorbée.

La réponse n'est pas évidente.

La lecture de l'article L 227-1 C. com. qui se trouve être le premier article consacré à la SAS dans le code de commerce, chapitre VII des sociétés commerciales nous enseigne que « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues par la présente section, les règles concernant les SA, à l'exception des articles L 225-17 à L 225-126 et L 225-243, sont applicables à la SAS ».

On constate que cet article n'a pas formellement exclu l'application de l'article L 228-24 C. com.

Est-ce à dire en conséquence que les statuts d'une SAS ne pourraient valablement stipuler une clause d'agrément dans sa forme la plus dure, à savoir celle qui supprime l'obligation de rachat à la charge de la société en cas de refus du cessionnaire proposé par le cédant ?

Nous avons vu qu'une telle clause présentait le très grave inconvénient de maintenir contre son gré un associé dans la société⁹⁷, d'autant que selon le choix statutaire il aura déjà été « détenu » pour employer un langage carcéral, pendant dix ans.

De telles clauses ont déjà été utilisées par ailleurs, non pas dans les SA ou SARL où elles sont proscrites, mais par exemple dans les SNC. Le statut de cette société ne propose aucune alternative à l'associé en nom collectif cédant dont le cessionnaire n'est pas agréé⁹⁸.

Les travaux parlementaires nous fournissent une indication. Alors que le Sénat avait intégré dans le projet de loi un régime de rachat copié en grande partie sur le droit commun, l'Assemblée Nationale a renié cette démarche et a supprimé cet ajout, estimant la proposition inutile⁹⁹ au motif que les statuts doivent pouvoir mettre en œuvre les dispositions de la loi de manière libre¹⁰⁰. Ce serait donc sciemment que le législateur n'aurait pas prévu de dispositif de rachat.

L'éclairage donné à la matière par l'examen des travaux préparatoires n'est pas suffisamment probant pour justifier une liberté contractuelle aussi totale¹⁰¹.

La doctrine dans sa grande majorité penche pour une indiscutable obligation de rachat à l'issue des procédures d'agrément dans les SAS¹⁰² en vertu du principe élémentaire selon lequel un actionnaire ne peut demeurer prisonnier de son titre¹⁰³.

⁹⁷ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

⁹⁸ Art. L. 221-13 C. com.

⁹⁹ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69 ; Michel GERMAIN, Pierre-Louis PERIN, « Clauses statutaires relatives à la stabilité du capital », J-Cl. Sociétés Traités, Fasc. 155-30, 2000

¹⁰⁰ JOAN CR, 20 octobre 1993, p.3360

¹⁰¹ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

¹⁰² Cf. Dominique RANDOUX, « Une forme sociale ordinaire : la SAS », JCP éd. N, 1999, p.1567 ; Philippe DELEBECQUE, « Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires », in *la Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, p.61 ; Barthélemy MERCADAL et Philippe JANIN, *Mémento F. Lefebvre, Sociétés commerciales* 2002, n°16.131 ; Dominique

L'examen de ces différents points de vue nous autorise à conclure de la sorte :

- Si les statuts de la SAS n'ont pas interdit l'exercice du droit de retrait aux associés, ceux-ci en cas de refus d'un cessionnaire à l'issue de la procédure d'agrément, bénéficieront sans conteste du remboursement de leurs parts¹⁰⁴ ;
- Si au contraire par des clauses d'exception, spécialement admises dans les sociétés en forme de SAS, les statuts ont formellement prohibé ce droit de retrait, droit qui doit être considéré comme non bafoué puisque non octroyé à l'origine, il n'y a pas de raison valable à revendiquer un droit de rachat desdites parts.

La plus grande vigilance s'impose donc aux associés de la société absorbée qui, outre la nécessité d'avoir à localiser les clauses de ce type dans les statuts, devront encore s'attacher à en étudier le contenu avec soin.

Si l'obligation de rachat n'est pas exclue par les dispositions statutaires, le risque pris par les associés est minime ; dans le pire des cas, au bout de 10 ans, la société ne pourra se dispenser de lui racheter les actions. C'est à la majorité que la fusion pourra être entérinée.

Si au contraire, l'obligation de rachat est exclue, le risque pris est énorme à double titre. La SAS étant par nature une société fermée on peut craindre qu'il y ait peu de candidats acquéreurs. Ce sont des sociétés dont les titres sont peu liquides. Il ne faut pas sous-estimer en outre la possibilité pour la société d'opposer un refus systématique à toute proposition de cession, les décisions d'agrément étant par nature discrétionnaires.

§2) « *Les associés indésirables* »

Le droit de rester dans la société est tout aussi fondamental que celui d'en sortir. En principe, l'associé dispose de la prérogative de demeurer membre de la personne morale aussi longtemps qu'il en exprimera le souhait.

Dans la SAS, ce droit élémentaire et a priori intangible de tout associé de faire partie de la société dont il détient des parts du capital peut être remis en cause par des dispositions statutaires expresses.

L'exclusion est un des principes les plus controversés de notre droit contemporain des sociétés¹⁰⁵. Il existe un débat en doctrine sur la possibilité de prévoir dans les statuts, une clause de cession forcée des titres dans le silence des textes¹⁰⁶. L'exclusion est une notion

VIDAL, « La SAS », éd. Montchrestien, 1994 ; Anne CHARVERIAT et Alain COURET, « SAS, Nouveaux atouts après la loi NRE », Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2001, n°2041

¹⁰³ cf. à la jurisprudence dégagée sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 qui considère qu'une telle clause est nulle parce qu'elle supprime la possibilité pour l'actionnaire de sortir de la société (Cass. com. 22 octobre 1969, JCP éd. N, 1970, II, 16197, note Jean PAILLUSSEAU)

¹⁰⁴ Pierre-Louis PERIN, « La société par actions simplifiée : L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°352.

¹⁰⁵ Olivier DOUVRELEUR, « Le projet de loi instituant une société par actions simplifiée », LPA, 1992, n°31, p.4

¹⁰⁶ L'admission de principe de la clause d'exclusion a été reconnue de façon implicite mais incontestable par un arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 1994 dans lequel la chambre commerciale indique que les statuts de la société ne prévoyant pas la possibilité d'exclure un actionnaire, les juges du fond ont estimé à bon droit que

absente tant des dispositions du code civil destinées à toutes les sociétés, que de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales. Elle n'est expressément prévue par la loi que dans le cadre des sociétés à statut particulier¹⁰⁷.

En doctrine, on recense différents fondements à ce droit de se maintenir en société.¹⁰⁸ L'impossibilité d'exclure pourrait tout simplement se déduire de la notion de contrat. Mais, de façon plus originale il a été soutenu que le droit de rester dans la société trouverait sa justification dans l'absence de pouvoir disciplinaire au sein de la société : les actionnaires étant légalement placés sur un pied d'égalité¹⁰⁹, il ne saurait exister de pouvoir hiérarchique à exercer les uns à l'endroit des autres et de ce fait la sanction de l'exclusion serait inconcevable¹¹⁰. Il nous semble que si ce fondement constitue bel et bien un obstacle à l'exclusion d'un associé dans les sociétés commerciales et civiles, il ne permet pas de justifier pour autant l'impossibilité dans une SAS d'éliminer l'un de ses membres.

Dans la SAS, dont le statut légal procède d'une philosophie différente, l'accord des volontés, manifesté dans le pacte social, sert efficacement de fondement au droit d'exclusion. Il est de principe qu'un associé peut être exclu de la société. Des dispositions statutaires différentes permettront de parvenir à ce résultat. Nous n'en étudierons que deux : la clause d'exclusion pure et simple (A) et une clause non prévue par la loi de 1994, la clause d'option d'achat (B).

A) L'exclusion à titre de répudiation

Il s'agit certainement de la plus spectaculaire des innovations apportées par la loi de 1994¹¹¹. Dans un contexte d'affectio societatis particulièrement fort, tout associé ne respectant pas les règles du jeu doit pouvoir être contraint de quitter la société. La cession forcée s'apparente ici à une exclusion non subie mais acceptée avant sa mise en œuvre : tout actionnaire entrant dans une SAS dont les statuts prévoient une cession forcée accepte le risque d'exclusion. La cession constitue l'exécution du pacte social et non une exclusion. Cette exclusion ne constitue qu'un risque parmi d'autres accepté à l'avance par l'associé. La perte de la qualité d'actionnaire s'effectue par la mise en œuvre d'un mécanisme convenu auquel on aura adhéré au moins tacitement. Une véritable exclusion serait celle qui procéderait d'une décision ne reposant sur aucun fondement statutaire ou contractuel¹¹². C'est pour cette raison que l'article L. 227-16 C. com. n'utilise point le terme d'exclusion, au sens équivoque, mais celui de cession forcée et que nous avons osé parler ici de « répudiation » car cette situation s'apparente à celle où l'épouse, dans certaines cultures, est renvoyée de manière unilatérale et

la société n'était pas fondée à ordonner la cession forcée de leurs titres par deux actionnaires ayant fait l'objet d'une prise de contrôle interne (voir notamment la note de Yves PACLOT, JCP éd. E, 1995, II, n°705)

¹⁰⁷ La loi permet de prévoir statutairement la faculté d'exclusion dans les sociétés à capital variable (Art. L. 231-6 al.2 C. com.), sociétés coopératives (Art. 7 de la loi du 10 septembre 1947), sociétés d'exercice libéral à forme commerciale (Art. 21 al.2 de la loi du 31 décembre 1990) ou les groupements agricoles d'exploitation en commun (Loi du 8 août 1962)

¹⁰⁸ Didier MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », in *La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, RJ com. 1990, p. 94

¹⁰⁹ Le Conseil constitutionnel lui a expressément reconnu valeur constitutionnelle à diverses reprises (Voir notamment : Cons. Const. 7 janvier 1988 n°87-232, Rev. sociétés, 1988, p.229, note Yves GUYON)

¹¹⁰ Jean-Patrice STORCK, « La continuation de la société par l'exclusion d'un associé », Rev. sociétés, 1982, p.234

¹¹¹ Art. L. 227-16 al. 1er C. com. « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ».

¹¹² Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n°285 s.

discrétionnaire par son mari, mais dans le cadre de dispositions légales ou coutumières acceptées par tous.

En droit commun, lorsque, exceptionnellement, une procédure conventionnelle d'exclusion d'un associé est prévue, il incombe à la société de démontrer une attitude fautive de l'associé ainsi qu'une violation de l'intérêt social. Compte tenu de la spécificité de la SAS et de la formule très souple employée par l'article L.227-16 C. com., ces restrictions n'ont pas lieu d'être. Le législateur a attaché beaucoup d'importance à la possibilité d'exclusion dans la SAS pour éviter que le dissentiment des associés ne ruine l'entreprise commune¹¹³.

Mais là aussi une incertitude demeure : les motifs de l'exclusion doivent-ils au moins être énoncés dans les statuts ou sommes nous en présence d'un véritable droit régalien totalement discrétionnaire ? L'article L. 227-16 C. com. dispose que les statuts déterminent les « conditions » dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions. Il faut certainement entendre par là l'énumération des motifs de l'exclusion. L'associé ne doit pas être soumis au chantage permanent de ses coassociés. L'exclusion doit donc rester fondée sur des motifs objectifs prévus par les statuts¹¹⁴ ; elle ne saurait être prononcée *ad nutum*¹¹⁵. Il semble néanmoins que de toute façon elle puisse être imposée en cas de simple mésentente permanente des associés.

Même si l'on admettait qu'une référence à des critères objectifs n'était pas nécessaire, il paraît peu probable que les associés, et notamment les associés fondateurs, acceptent une formulation trop générale, source d'arbitraire.

En pratique, les motifs d'exclusion retenus sont variés et quelquefois plus que « cavaliers » vis à vis des associés minoritaires. On a notamment recensé une exclusion pour opposition continue aux décisions proposées par le Président pendant deux exercices consécutifs¹¹⁶ ; de même une clause où il est stipulé que le majoritaire peut exiger du minoritaire qu'il lui cède ses actions soit tout simplement à compter de la huitième année moyennant le respect d'un préavis d'un an, soit sans délai, à un moment quelconque, s'il y a une modification substantiellement défavorable de l'équilibre économique des relations entre associés¹¹⁷.

L'extrême rigueur de ces clauses d'exclusion dépend aussi de l'organe social que les statuts ont désigné pour prononcer la mesure. La décision d'exclusion peut appartenir à la collectivité des associés, à une fraction des associés¹¹⁸, aux dirigeants, voire au président de la SAS, même si cette dernière solution est particulièrement dangereuse et de nature à susciter du contentieux.

¹¹³ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », étude du juri-dictionnaire, Joly sociétés, Traité, 2001

¹¹⁴ Anne CHARVERIAT et Alain COURET, « SAS, Nouveaux atouts après la loi Nouvelles régulations économiques », Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2001, n°1930, Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCHIO, Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°3906 ; Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », Droit et Patrimoine, avril 1994, p.27

¹¹⁵ Pour une opinion contraire, voir : Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69, qui estime que « la liberté contractuelle ne comporte pas ici de limite : les associés peuvent conférer à la collectivité le soin d'apprécier librement la perte de confiance justifiant la mesure. L'exclusion *ad nutum* est envisageable ».

¹¹⁶ Voir les statuts de la société WEB SYNERGY SAS, RCS Strasbourg (411 124 076)

¹¹⁷ Guy BAUDEU, « La SAS : Pratiques statutaires », in *La SA, Expériences nationales ou étrangères et perspectives européennes*, Colloque AJAI du 28 novembre 1996, LPA, 1997, n°43, p.11

¹¹⁸ Contre : Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCHIO, Christine BLANCHARD-SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°3906

Il reste, qu'en dépit de la mesure prise à son encontre, l'associé exclu peut se rebeller et refuser de consentir amiablement à la cession forcée de ses titres. L'art. L. 227-16 C. com. donne l'idée d'une première parade pour faire plier le récalcitrant : les statuts peuvent prévoir la « suspension des droits non pécuniaires de l'associé, tant que celui-ci n'a pas procédé à la cession ». L'associé sera privé de son droit de vote, de son droit à l'information... Il continuera néanmoins à percevoir les dividendes.

La faculté d'exclusion, si elle ne figure pas à l'origine dans les statuts, ne pourra y être insérée en cours de vie sociale à la faveur d'un vote majoritaire¹¹⁹ ; son exercice constituerait une véritable expropriation pour cause d'« utilité privée », le droit propre et intangible de tout actionnaire à garder son titre serait entièrement piétiné ; ce serait la négation du droit.

Faut-il aujourd'hui, alors que la SAS rencontre plus qu'un succès d'estime dans le monde des affaires, « paniquer » plus que dans le temps, lorsqu'elle ne s'adressait qu'à de grandes sociétés ?¹²⁰

Nous l'avons vu : cette clause est susceptible de porter gravement atteinte au droit de propriété et à la liberté individuelle ; elle est incontestablement constitutive d'un engagement nouveau. Il faut en déduire que la décision d'absorption par une SAS dont les statuts stipulent une clause d'exclusion de ce type doit être prise à l'unanimité des associés de la société absorbée, sauf, bien évidemment, si les statuts de cette dernière contenaient déjà une clause identique.

En pratique on constate que la clause d'exclusion n'a pas fait florès ; rarement prévue dans les statuts, elle est encore moins utilisée. Une analyse empirique des statuts des SAS créées avant la loi du 12 juillet 1999 a démontré que ces clauses étaient somme toute peu fréquentes¹²¹.

B) L'exclusion à la mode texane

La SAS se caractérise par son caractère surtout contractuel et la présence d'un fort *intuitu personae*. Indépendamment des clauses expressément prévues par la loi¹²², les actionnaires d'une SAS ont la faculté d'insérer dans les statuts toutes les clauses permises à leur imagination en vue d'organiser l'admission et le retrait des membres du groupement, et ce sous la réserve habituelle : elles doivent demeurer compatibles avec les principes d'ordre public du droit des sociétés et du droit des contrats.

Le régime de ces clauses contractuelles est légèrement différent de celles prévues par la loi. Elles ne sont pas soumises à l'exigence de l'unanimité pour leur adoption et leur modification, tout simplement parce qu'elles n'ont pas été réglementées par la loi du 3 janvier 1994.¹²³

On est tenté d'en conclure que lorsqu'une SAS absorbe une société d'une autre forme par voie de fusion, les associés de la société absorbée n'ont pas à approuver la décision de fusion à l'unanimité. C'est la rançon de la liberté contractuelle.

¹¹⁹ Art. L. 227-19 C. com.

¹²⁰ Dominique RANDOUX, « Une forme sociale ordinaire : la SAS », JCP éd. N, 1999, n°43, p. 1567

¹²¹ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°355

¹²² Dans les articles L.227-13 à L. 227-17 C. com.

¹²³ Michel GERMAIN, Pierre-Louis PERIN, « Clauses statutaires relatives à la stabilité du capital », J-Cl. Sociétés, Traité, Fasc. 155-30, 2000, n°30

Il est dénombré dans les statuts de SAS des clauses dites de préemption, des clauses de sortie conjointe¹²⁴, des clauses de non-acquisition¹²⁵, des clauses d'égalisation¹²⁶, des clauses d'option d'achat... Ce dernier type de clause, aussi dénommée clause texane ou clause d'offre alternative ou encore clause « buy or sell », permet à chacun des deux actionnaires de proposer à l'autre de lui vendre les actions à un certain prix, à charge pour le destinataire de la proposition de vendre lui-même au même prix s'il refuse d'acheter¹²⁷. Cette clause n'est pas expressément légitimée par un texte mais sa licéité est a priori indiscutée : ici dans le processus de fixation du prix il n'y pas de place à l'arbitraire¹²⁸ sauf à voir « l'arroseur arrosé ».

En présence d'une clause de ce type, les associés acceptent de se trouver condamnés à céder leurs titres à un moment donné. Il va sans dire qu'elle porte atteinte au droit de propriété et doit s'analyser comme constituant une augmentation des engagements des associés ; la conclusion s'impose : l'unanimité pour les associés de la société absorbée.

Deux enseignements majeurs résultent de cette analyse des statuts de SAS.

Le premier, on ne le répétera jamais assez, c'est le devoir de vigilance dont les associés de la société absorbée auront à faire preuve. Il s'exercera surtout par un examen approfondi et exhaustif des statuts.

Le deuxième c'est qu'en présence de clauses privatives d'égalité ou de liberté du type de celles inventoriées ci-dessus, l'unanimité sera la règle.

Lorsque les statuts de la SAS absorbante ne renferment aucune de ces clauses frustratoires, la majorité pourra-t-elle suffire dans tous les cas ? Là encore la réponse n'est pas acquise d'avance.

C'est le thème abordé dans la seconde section.

Section 2

L'entrée dans une SAS « bon teint »

Ce deuxième groupe embrasse toutes ces SAS où les fondateurs ou leurs conseils rédacteurs n'ont pas songé à utiliser tout l'arsenal des dispositions exceptionnelles du droit commun des sociétés mis à leur disposition par la loi du 3 janvier 1994.

¹²⁴ Clause par laquelle un associé majoritaire s'engage à faire acquérir par le cessionnaire de ses actions les titres détenus par un ou plusieurs autres associés minoritaires.

¹²⁵ Clause par laquelle chaque actionnaire s'engage à ne pas augmenter sa participation.

¹²⁶ Engagement de rester au même niveau de participation que tel autre associé.

¹²⁷ Annabelle PANDO, « SAS, Une souplesse à encadrer », L'AGEFI – ACTIFS, n°7, semaine du 30 mars au 5 avril 2001, p.12-13

¹²⁸ Anne CHARVERIAT, Alain COURET, « SAS, Nouveaux atouts après la loi Nouvelles régulations économiques », Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2001, n°2091

Ils ont plus recherché de la souplesse que de la mesquinerie.

Mais cette candeur n'est-elle qu'illusoire et faut-il malgré tout en appeler à une certaine vigilance et décréter dans certaines situations le recours à l'unanimité comme principe d'engagement social.

Les clauses d' « exceptionnelle dureté », un terme issu du droit du divorce, visées plus haut portaient toutes atteinte au droit de propriété ou à la liberté individuelle et entraînaient de par leur seule existence dans le pacte social une exigence systématique d'unanimité. Ce péril écarté, le risque couru par les associés de voir leurs engagements accrus devrait être inexistant, d'autant que le principe général demeure valable ici : aucun associé n'est personnellement tenu au passif de la société, la perte restera limitée aux montants des apports.

En présence d'une SAS dite « bon teint », peut-on malgré tout devenir associé contre son gré ? Autrement dit dispose t-on toujours d'un droit de veto ou encore l'unanimité est-elle toujours le bouclier de l'associé minoritaire ?

Il faut se rendre à l'évidence ! La SAS, en dehors du recours aux clauses particulières ci-dessus maintes fois évoquées, en raison simplement de la philosophie qui innerve son principe fondateur, ne présentera pas nécessairement pour tous les membres les mêmes garanties que dans les autres structures sociétaires de même type. L'esprit de la loi est d'affranchir les actionnaires des contraintes d'ordre public visant à assurer leur propre protection et de lui substituer une protection contractuelle¹²⁹ qu'il leur faudra imaginer. Aura t-on toujours le souci premier de la protection de l'associé minoritaire ? La crainte d'une marginalisation est-elle déraisonnable ? Pour certains la réponse ne se discute même pas : « La régression du droit impératif se traduira probablement par ... le développement du contentieux. La liberté est à ce prix mais elle a un régulateur fondamental : le juge »¹³⁰. (§1)

Peut-on pour autant en conclure que de par le seul fait d'être associé d'une SAS avec un régime de protection individuel contractuel et non plus légal, il y aura inmanquablement augmentation des engagements des associés au sens de la jurisprudence ? L'unanimité est-elle justifiée par cette seule moindre protection des associés ? N'est ce pas aller trop loin dans le raisonnement juridique ?

D'entrée de jeu il y a lieu de noter que les associés disposent, en tout état de cause, d'une protection minimale de leurs droits . Elle émane des principes généraux du droit des sociétés et vise au respect des droits individuels de l'actionnaire¹³¹.

Un bémol quand même : les règles protectrices de l'actionnaire dans une SA ne seront d'aucun secours. La loi les a spécialement exclues aux termes de l'article L 227-1 C. com. Cela signifie en clair que si les statuts de SAS sont muets sur le régime de protection individuel de leurs membres, la protection est nulle, sauf à recourir aux grands principes du droit des sociétés.

¹²⁹ Jean PAILLUSSEAU parle même d' « une absence de protection ». Voir : « La nouvelle SAS, Le bing-bang du droit des sociétés », Dalloz, 1999, chronique, p. 333

¹³⁰ Philippe MARINI, « La modernisation du droit des sociétés », Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1996, p.115

¹³¹ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

Ensuite une autre remarque s'impose : la protection des intérêts particuliers des associés n'est pas nécessairement plus faible, elle peut même être plus importante et de surcroît chaque associé peut obtenir que les droits particuliers qui lui sont reconnus ne puissent être supprimés ou modifiés sans son accord. La liberté contractuelle est en marche !

Alors n'est ce pas une démarche fautive que de réclamer l'unanimité en pareil cas ? Elle peut aboutir à l'échec irrémédiable de l'opération de fusion. De ce fait elle semble pour le moins inappropriée.

Enfin, le constat de la pratique des sociétés, milite en faveur de la souplesse : à ce jour la SAS n'a pas connu de scandale notoire lié à l'écrasement des minoritaires. Les minoritaires ont plutôt bien tiré leur épingle du jeu.(§2)

§1) Le maquis des droits individuels des associés

L'idée en 1994 était de simplifier la société anonyme en la dépouillant notamment des règles protectrices des associés¹³². Mis à part un ordre public minimum, le législateur a épargné à la SAS des pans entiers de la réglementation des SA. On voulait autoriser les actionnaires à organiser librement leurs rapports et les modalités d'exercice du pouvoir. Pour y parvenir la loi a notamment écarté les dispositions de droit commun applicables aux assemblées générales des SA.

L'ordre public est omniprésent dans le droit commun des sociétés par actions. Par ce biais on pense garantir efficacement les intérêts des actionnaires minoritaires¹³³.

Dans la mesure où ces intérêts n'étaient plus l'enjeu essentiel, il a paru possible de donner la prééminence à la liberté statutaire sur les dispositions légales.

Dans une certaine mesure, l'opacité peut devenir la marque de fabrique des SAS. En l'absence de clauses contractuelles gouvernant la question, il n'est plus du tout évident de cerner la compétence dévolue aux associés. Certes le minimum légal qui résulte de l'article L. 227-9 C. com. couvre un large espace du fonctionnement social. Il s'agit des attributions des assemblées générales en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, scission, dissolution, de transformation dans une société d'une autre forme, de nomination de commissaire aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices. La palette semble particulièrement large. Mais en se limitant à dire que ces attributions « sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés », l'article précédent a laissé toutes les portes ouvertes et ce faisant n'a rien réglé si l'on se place sous l'angle d'approche des intérêts du minoritaire.

Inutile de dire qu'il paraît extrêmement inquiétant d'être en situation de minorité dans une SAS si l'on n'a pas obtenu par une rédaction appropriée de clauses statutaires un minimum d'attributions pour peser sur les décisions sociales¹³⁴.

¹³² Charley HANNOUN, « Avant propos : la société par actions simplifiée entre son présent et son avenir », *in La SAS, Expériences nationales ou étrangères et perspectives européennes*, Colloque AJAI du 28 novembre 1996, LPA, 1997, n°43, p.3

¹³³ Olivier DOUVRELEUR, « Enquête sur les utilisations de la SAS », LPA, 1997, n°43, p.7

¹³⁴ Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », Rep. Defrénois, 1994, art. 35.933, p.1345

L'extrême fluidité de la forme sociale s'avérera souvent être un piège pour des actionnaires non avertis ou négligents. Ils peuvent légitimement nourrir la crainte d'être démunis de pouvoir à deux titres : d'abord en présence de statuts ayant mis en place des procédures inégalitaires (A) ou bien au contraire au regard de statuts qui n'auront pas compensé la quasi absence de réglementation légale par un corpus de règles contractuelles (B).

A) A l'aune des procédures inégalitaires

L'égalité entre les associés est souvent présentée comme un principe fondateur du droit des sociétés¹³⁵. Dans la SAS ce principe est beaucoup plus écorné que dans la SA puisque les associés peuvent perdre la plupart des droits attachés à leurs titres.

Si les droits politiques des associés sont aménageables dans la SAS, les droits pécuniaires se trouvent soumis aux règles de droit commun. En un mot les associés de la SAS jouissent de droits pécuniaires identiques à ceux reconnus aux actionnaires de la SA par la loi de 1966¹³⁶.

Certaines SAS vont se construire sur la base d'un traitement différencié des associés, ces derniers exigeant que des avantages et des privilèges en terme de pouvoir notamment leur soient octroyés. La combinaison des libertés issues du droit commun et de celles offertes par le législateur à la seule SAS ouvre un champ inédit de possibilités.

Dans la SAS, plus que dans toute autre société, le principe d'égalité entre associés pourra s'effacer.

1. La dissociation entre propriété et pouvoir :

Les détenteurs du capital ne sont pas nécessairement ceux qui dirigent.

Comme dans les sociétés en commandite par actions, celui qui a effectué l'apport le plus important peut se retrouver prisonnier de titres dépréciés, sans pour autant avoir le moyen d'intervenir dans la gestion. Il y a là un rapprochement à faire avec la technique du prêt avec participation aux bénéfices¹³⁷.

Pour mettre en place ce que l'on considère comme un effet de levier optimal, à savoir un apport minimal pour un pouvoir maximum, les rédacteurs des statuts disposent de deux solutions.

Ils leur est loisible d'attribuer la présidence à une personne morale, éventuellement nommée pour la durée de la société sans droit de révocation. Dans ce cas, la présidence, qui peut être confiée à un actionnaire minoritaire - voire à un non actionnaire - ne sera pas soumise aux aléas d'un changement de majorité.

¹³⁵ Le Conseil constitutionnel lui a expressément reconnu valeur constitutionnelle à diverses reprises (Voir notamment : Cons. Const. 7 janvier 1988 n°87-232, Rev. sociétés, 1988, p.229, note Yves GUYON)

¹³⁶ Ces droits pécuniaires consistent essentiellement dans le droit au dividende, le droit préférentiel de souscription et le droit au boni de liquidation.

¹³⁷ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », étude du juri-dictionnaire, Joly sociétés, 2001, Traité

Cette stabilité totale de la présidence mettra en œuvre la dissociation du capital et du pouvoir de gestion aussi efficacement que dans une commandite. Mieux : aucune disposition de la loi de 1994 n'ouvre au juge la possibilité de révoquer le président¹³⁸.

La deuxième solution pour engranger le même résultat consiste pour les rédacteurs des statuts à stipuler des conditions de prise de décisions collectives qui avantagent l'un des associés. Il se trouve que la règle de la proportionnalité du droit de vote au capital détenu¹³⁹ fait partie des textes rendus inapplicables à la SAS par l'article L. 227-1 C. com. La participation dans le capital et l'importance des droits de vote ne sont plus corrélés.

Mais attention, tout n'est pourtant pas permis. La théorie de l'abus de droit trouve à s'appliquer dans la SAS¹⁴⁰. L'exercice du droit de vote dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité n'est pas à l'abri d'une sanction.

Reste que dans une SAS, la notion même de majorité, et donc d'abus de majorité, n'a pas du tout le même sens que dans une société anonyme.

Toujours en vertu de cette sacro-sainte liberté d'organisation de la SAS, les associés ont pu mettre en œuvre des pouvoirs et des contre-pouvoirs. Dans l'absolu, le juge serait exclu, son rôle de toute manière limité et son intervention même condamnable¹⁴¹. S'il intervient il doit respecter l'équilibre voulu et consenti par les parties.

Le critère de la rupture d'égalité est donc plus délicat à manier dans le contexte de la SAS, l'égalité n'ayant pas une valeur aussi absolue que dans la SA. Le juge doit tenir compte sinon « avaler » un droit de veto ou un droit de décider seul, conférés à un associé, en dehors des mécanismes majoritaires habituels. Lorsque les associés offrent à l'un d'entre eux le pouvoir d'affirmer son intérêt discrétionnaire à côté de l'affectio societatis partagé initialement par la collectivité, ils lui octroient une faculté systématique de blocage. Tout ceci n'est pas sans influence sur l'appréciation de l'abus. L'abus est au confluent de nombreuses situations mais ne sera que très rarement reconnu.

La place de l'intérêt social dans le contrôle du fonctionnement de la SAS se trouve largement diminuée par la promotion statutaire d'intérêts particuliers.

S'intéressant à la situation du président irrévocable, on peut observer que le rôle de l'intérêt social y est également réduit. La loi n'offre pas aux associés le pouvoir de demander sa révocation judiciaire pour justes motifs. La violation grave de l'intérêt social n'est ici donc d'aucun secours pour faire appel au juge.

Choquant ? A vrai dire non : si l'on se réfère à la seule volonté des associés, la solution se trouve justifiée. Rien ne les empêchait de prévoir des modes de révocation du président. Ils ne l'ont pas fait. Le juge se pliera à leur volonté.

Il reste que les principes généraux du droit des sociétés pourraient être brandis en cas d'usage excessif de cette permission d'inégalité dans les statuts. Si celui qui a effectué l'apport le plus

¹³⁸ Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », Rep. Defrénois, 1994, art. 35.933, p.1345

¹³⁹ Art. L. 225-122 C. com.

¹⁴⁰ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°510 s.

¹⁴¹ Didier PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », Rev. sociétés, 2000, p. 223

important ne peut plus jamais influencer sur la décision collective, la requalification en contrat de prêt n'est-elle pas admissible ?

L'abus de droit pourrait vicier une décision qui exploite trop habilement la légèreté du processus de décision. Mais rien n'est moins sûr. Pourquoi serait-il interdit de pousser le montage jusqu'à l'extrême et de conférer par exemple la majorité des droits de vote à une seule action¹⁴²?

La SAS sera ce moyen imparable de conservation du pouvoir de gestion par une personne minoritaire, voire extérieure au capital.

On ne laissera jamais de répéter qu'il est dans ces circonstances extrêmement important pour les associés de véritablement décortiquer les dispositions du pacte social relatives au statut des dirigeants, à leurs pouvoirs et au droit de vote.

2. Atteintes légales et statutaires au droit de vote

La question est de savoir ce qui reste du principe du droit de vote propre à chaque associé énoncé par l'article 1844 C. civ.?

La SAS se différencie totalement de la SA en ce qui concerne le droit des actionnaires de participer à la vie sociale.

L'art. L.227-9 C. com. en stipulant que certaines décisions doivent être prises collectivement par les associés, ouvre une brèche ; a contrario d'autres décisions pourraient être prises sans consultation de l'ensemble des associés.

Si la grande liberté laissée aux associés pour organiser leur propre mode d'expression au sein de la SAS ne doit pas conduire à en exclure certains du droit fondamental de participer au processus de décision, et ce bien qu'ils aient consenti à leur propre dessaisissement en votant les statuts contenant une telle stipulation¹⁴³, il est néanmoins absolument certain que les associés peuvent aménager comme ils l'entendent la répartition des droits de vote, sans être soumis au principe de proportionnalité à la quotité du capital détenu.

Il faut bien admettre que ce droit d'aménager à leur guise la répartition des droits de vote ne les autorise en aucun cas à pousser cette logique jusqu'à son point ultime qui serait de priver purement et simplement un actionnaire de tout droit de vote. Faute d'avoir été expressément écarté en la matière, l'article 1844 du C. civ., applicable à toutes les sociétés, constituera ce barrage infranchissable pour ce nouveau type de dérive sociétaire. L'associé ne peut pas être privé contractuellement du droit de vote qui est de l'essence même de la qualité d'actionnaire¹⁴⁴.

Reconnaissons donc que des procédés inégalitaires peuvent exister dans la SAS.

¹⁴² Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », JCP éd. E, 1994, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, p.11

¹⁴³ Pierre-Louis PERIN, « De quelques pièges à éviter dans l'organisation de la SAS : connaître et respecter les limites de la liberté d'organisation de la SAS », Droit des sociétés, juin 1994, chronique n°6

¹⁴⁴ Michel GERMAIN, « Le droit de vote », LPA, 2001, n°89, p.8 ; Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

Mais reconnaissons par la même occasion que l'égalité que le droit des sociétés commerciales met constamment en avant est quelque part aussi un leurre.

En pratique, ce droit profite davantage au majoritaire ; le minoritaire confronté à un associé majoritaire disposant de toutes les majorités légales qualifiées¹⁴⁵, ne sera pas en meilleure situation que le précédent. Certes il disposera du droit de vote mais celui-ci ne lui permettra jamais de peser sur la décision.

B) Un no man's land réglementaire

Le droit de la SAS est un droit minimaliste, les exigences légales sont réduites. Il est à craindre que cette liberté accordée aux rédacteurs des statuts de SAS ne soit utilisée pour marginaliser les minoritaires¹⁴⁶. Au nombre de ces minoritaires figureront notamment les anciens associés de la société absorbée qui n'auront pu ou su empêcher la fusion.

Ce risque apparaît d'autant plus important que la réglementation des SA relative à la direction et aux assemblées d'actionnaires et visant à prévenir tout abus et à rétablir un équilibre entre les intérêts souvent contradictoires de la majorité et de la minorité est expressément écartée. Les minoritaires n'ont plus d'office le droit de provoquer la convocation de l'assemblée, d'y demander une adjonction à l'ordre du jour ou de poser une question écrite. Ces droits en SA prévus par les art. L. 225-103, L. 225-105 et L. 225-108 C. com. ne s'appliquent pas aux SAS. En revanche, les minoritaires ont d'office le droit de demander la désignation d'un expert de gestion, de provoquer la récusation ou la révocation du commissaire aux comptes¹⁴⁷.

Les actionnaires doivent donc prendre en compte la moindre protection que leur offre la SAS. La souplesse de l'organisation (1), une réglementation « peau de chagrin » sur les compétences des associés (2) ainsi que la libre détermination du prix de rachat des actions des associés quittant la SAS (3) ne permettent pas de garantir aux associés une protection « honnête ».

Les clauses contractuelles qui seront adoptées pour combler le vide légal entraîneront la plupart du temps une perte de droits pour les associés qui quittent une société autre qu'une SAS, ce qui va requérir leur consentement.

Mieux le déficit en clauses contractuelles pourra aussi commander le recours à ce consentement.

1. Une organisation « limite »

La hiérarchisation stricte des organes sociaux n'est pas transposable à la SAS. L'existence des organes sociaux est abandonnée à la volonté des parties ; le président n'a plus forcément le pouvoir de direction et le système de l'élection par degrés n'est plus imposé. La SAS est affranchie de toutes ces contraintes légales qui pèsent sur la SA. Toutes les normes relatives au conseil d'administration, au directoire et au conseil de surveillance sont écartées.

¹⁴⁵ Jean-Bernard THOMAS et Olivier ORTEGA, « La SAS ou le droit saisi par la pratique », JCP éd. E, 1994, Cahier de droit des entreprises, n°2, p.2

¹⁴⁶ Charles GAVOTY et Pierre ULLMAN, « L'absorption par une SAS exige t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée », Bull. Joly, 2001, §177, p.831

¹⁴⁷ Yves GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », Rev. sociétés, 1994, avril-juin, p. 207, n°16

Le législateur s'est borné à imposer l'existence d'un président, essentiellement pour que les tiers sachent qui engage la SAS. Les contrôles institués en faveur des associés et surtout des tiers sont maintenus : le commissaire aux comptes exerce au sein de la SAS ses missions habituelles, l'expert de gestion peut être nommé à la demande des actionnaires, du ministère public ou du comité d'entreprise...¹⁴⁸. Sous ces réserves, l'essentiel de l'organisation est du ressort des statuts.

L'art. L. 227-5 C. com. traduit bien la nouvelle philosophie : « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Pour la loi le seul impératif c'est la désignation d'un Président. L'appareillage peut donc être minimal. L'essentiel sera fixé par le pacte social, seuls quelques points¹⁴⁹ sont déterminés par la loi et ce généralement par un simple renvoi au droit commun, montrant bien ainsi que tout souci de protection des associés n'est pas abandonné.

A côté de leur pouvoir de contrôle, notamment sur les comptes de l'exercice écoulé, les associés peuvent mettre en place dans les statuts un organe spécifique de surveillance dont ils préciseront la dénomination, les pouvoirs d'investigation, etc ... La présence d'un tel organe paraît particulièrement opportune dans le cas où le président serait le seul organe de direction.

Plus généralement, les statuts peuvent librement mettre en place d'autres organes de contrôle ou de consultation avec des missions précises¹⁵⁰.

2. Un statut légal d'associé « peau de chagrin »

Le rôle de la collectivité des associés est essentiel. Dans la pratique, les attributions conférées à cet organe souverain sont importantes, et ce malgré le silence du législateur. Cela est certainement dû aussi au fait que l'on ne passe impunément d'une situation de réglementation à outrance à une société permissive à l'excès : les rédacteurs seraient totalement déboussolés.

On assiste notamment à un renforcement des pouvoirs des associés dans la gestion même de la société¹⁵¹.

La compétence minimale est fixée par l'art. L. 227-9 C. com. Certaines décisions essentielles limitativement énumérées par la loi doivent, par exception au principe de liberté, être « prises collectivement par les associés ». Les premières sont relatives aux opérations sur le capital (augmentation, amortissement ou réduction du capital), les deuxièmes sont de nature à affecter la société elle-même, dans sa nature juridique voire dans son existence (fusion, scission, transformation ou dissolution), les troisièmes sont relatives à la nomination des commissaires aux comptes et les quatrièmes et dernières enfin concernent les comptes annuels et les bénéfices (approbation des comptes annuels, affectation des bénéfices).

¹⁴⁸ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

¹⁴⁹ notamment les conventions conclues par le dirigeant, responsabilité, pouvoir de représentation dans l'ordre externe ...

¹⁵⁰ Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°3919

¹⁵¹ Paul LE CANNU, « Direction et contrôle de la société par actions simplifiée », in *Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, n°45 ; Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

Les autres décisions, c'est à dire tout le reste, sont pour la plupart, abandonnées à la liberté statutaire. Cette liberté entre en jeu à trois stades différents : celui de la nécessité d'une délibération collective des associés, celui ensuite des modalités de consultation des associés et enfin, celui des modalités de prise de décision.

Le dispositif légal ne donne pas de garanties suffisantes aux associés. En général, les associés fondateurs accroîtront les prérogatives de la collectivité. Si tel n'était pas le cas, la situation de minoritaire ne serait pas très engageante.

3. Une curieuse détermination du prix de cession

La mise en œuvre des clauses d'agrément et d'exclusion nécessite la détermination du prix des actions.

Dans le silence de la loi, les statuts n'auraient pas pu s'écarter de la solution fixée par l'art. 1843-4 C. civ. Ce dernier précise qu'en cas de contestation du prix de rachat, il sera fixé à dire d'expert. Le texte est applicable à toutes les sociétés, sauf s'il en est disposé autrement par la loi.

Or, incontestablement, l'art. L. 227-18 C. com. est érigé en disposition spéciale et déroge aux règles générales insérées dans le C. civ. La reconnaissance expresse de la liberté contractuelle permet de s'écarter d'une solution qui pourtant constituait un progrès remarquable en matière de détermination du prix. Il est loisible aux statuts de déterminer « les modalités du prix de cession ». Les clauses d'évaluation peuvent renaître de leurs cendres et susciter les mêmes difficultés que celles qu'avaient eu à connaître en son temps l'appareil judiciaire, soit avant la loi du 24 juillet 1966¹⁵².

Le pacte social pourra par exemple prévoir que la collectivité des associés fixe chaque année le prix de rachat, sans recours à l'expertise.

Il conviendra cependant de déroger à cette expertise avec prudence. Tout laisse à penser que les tribunaux veilleront à ce que les méthodes retenues permettent de fixer un juste prix. L'existence d'un juste prix résulte directement du caractère négociable de l'action et sa vileté est poursuivie par ailleurs en droit général.

Le recours à l'article 1843-4 C. civ., texte protecteur de l'associé, serait de bonne pratique et évitera bien des conflits.

L'inventaire du dispositif légal minimum applicable à toutes les SAS y compris les SAS dites « bon teint » dans notre exposé, nous incite à conclure que même dans ce dernier type de sociétés, certains dangers guettent les associés de la société absorbée. Encore et toujours il leur faudra rester en éveil et faire appel à des spécialistes pour entrevoir tous les arcanes de la SAS.

Dans de très nombreux cas, le consentement personnel et unanime des associés sera nécessaire. Est-ce une protection suffisante ? La question est ouverte.

¹⁵² Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

Mais parallèlement la SAS peut aussi constituer le meilleur modèle de protection des minoritaires .

§2) La SAS : le meilleur allié des minoritaires ?

En société, la décision des majoritaires oblige aussi ceux qui, opposants ou absents, n'ont pas consenti. Celui qui détient une participation infime n'influence pas la décision collective, sauf dans l'hypothèse où il détient une position dite charnière.

En revanche, celui qui détient en assemblée, une majorité de voix ou une minorité de blocage exerce une influence déterminante, car il peut ou imposer ou empêcher une décision¹⁵³.

Dans la SA, le minoritaire doit agir lui-même pour le respect de ses droits par le biais notamment de questions écrites, dont les réponses peuvent être superficielles ou évasives ou de l'expertise de gestion s'il détient au moins 5%¹⁵⁴ du capital¹⁵⁵.

Par la fusion, la société détenant plus des deux tiers des voix de sa filiale absorbe celle-ci, qui disparaît. Compte tenu de la composition du capital social, les minoritaires n'ont aucun moyen de s'opposer à la décision de fusion.

La SAS n'est pas une société d'anarchie, sauvage, en un mot hors la loi, loin de là. La protection des minoritaires peut être organisée tant en ce qui concerne les droits individuels d'exercice durant la vie sociale (A) que de l'encadrement des possibilités de sortie (B). Dans tous les cas, les associés doivent bénéficier d'une protection minimale.

Cette protection de leurs intérêts particuliers n'est pas nécessairement moins étendue : chaque associé peut obtenir que les droits qui lui sont reconnus ne puissent être supprimés ou modifiés sans son accord ce qui signifie en clair au besoin le recours à l'unanimité. L'égalité des associés va également pouvoir être librement assurée par l'instauration d'un ensemble de clauses statutaires. Mieux encore, il pourra s'agir d'une égalité concrète, de meilleure qualité que celle en usage dans le droit des sociétés en général parce que non corrélée à la quotité de capital détenue. Nous allons y revenir. En outre cette liberté va encore être renforcée par l'instauration de clauses de rachat ou de préemption qui permettront à l'un des associés de quitter la SAS sans être contraint de demander la dissolution¹⁵⁶.

L'associé de la société absorbée devient certes actionnaire d'une SAS avec éventuellement des pouvoirs négligeables mais à l'examen on se rend compte qu'il n'en avait guère plus en tant qu'associé minoritaire d'une SA ou d'une SARL ne jouissant pas d'une minorité de blocage¹⁵⁷.

¹⁵³ Dominique SCHMIDT, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Pratique des affaires, Joly éd., 1999, n° 16s.

¹⁵⁴ Art. L. 225-231 C. com.

¹⁵⁵ Pour une analyse de ces mécanismes, voir : Hervé LE NABASQUE, « La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques », Rev. sociétés, juillet-septembre 2001, p.589

¹⁵⁶ Michel JEANTIN, « Les associés de la SAS », Rev. sociétés, 1994, avril-juin, p.223, n°3

¹⁵⁷ Charles GAVOTY et Pierre ULLMAN, « L'absorption par une SAS exige t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée », Bull. Joly, 2001, §177, p.831

A) Les droits de l'actionnaire en cours de vie sociale

Le législateur ne consacre aucune disposition spécifique aux droits dont disposent les associés en cours de vie sociale.

Il est rappelé que les associés d'une SAS jouissent des mêmes droits pécuniaires que les actionnaires d'une SA et notamment celui de déroger à la règle de la proportionnalité dans la répartition des dividendes. Seules sont prohibées les clauses léonines.

Sur la plan politique les associés ont le droit de participer aux décisions collectives. L'art. L. 227-9 C. com. édicte que certaines décisions sont à prendre collectivement par les associés, ce qui suppose que tous les actionnaires puissent prendre part à la décision quel que soit le mode de consultation, par ailleurs, librement fixé par les statuts.

La SAS se différencie de la SA en ce qui concerne le droit des actionnaires de participer à la vie sociale. Cette différence se manifeste à propos du droit à l'information de l'associé (1) et aussi quant à son droit de vote (2).

1. Un droit à l'information à géométrie variable

Le droit à l'information de l'actionnaire de la SAS est singulièrement amoindri par rapport à celui de l'actionnaire de la SA que la loi de 1966 avait consacré et aménagé dans ses dispositions relatives aux assemblées générales, lesquelles nous l'avons ont été écartées de la SAS.

L'information des associés ne fait l'objet d'aucune disposition spécifique ; on est aux antipodes de la réglementation détaillée de la SA. Seule est régie l'établissement des comptes sociaux¹⁵⁸.

Il appartiendra, dans ce domaine aussi, comme dans d'autres, aux statuts d'organiser les procédures d'information sans lesquelles il ne saurait y avoir d'exercice éclairé du droit de vote. On aurait pu redouter une certaine opacité. Cette crainte ne se justifiera que rarement en pratique. On observe assez généralement une transparence correcte.

On peut même imaginer que les associés se voient reconnaître la possibilité de prendre connaissance de l'ensemble des livres et documents sociaux, et cela à tout moment ou à des échéances prédéterminées sur le modèle de ce qui se pratique dans les SNC.

A ceux que tentent la direction opposée, réduisant quasiment à néant le droit à l'information, on pourra objecter une certaine primauté du principe selon lequel la participation aux décisions collectives nécessite un minimum d'éclaircissement sur le déroulement de la vie sociale¹⁵⁹.

Il n'est pas interdit de penser que l'associé devrait pouvoir obtenir l'annulation de délibérations auxquelles un déficit notable d'information l'aura empêché de se prononcer utilement c'est à dire en toute connaissance de cause¹⁶⁰.

¹⁵⁸ L'art. L. 232-1 C. com. est en effet applicable à la SAS, par l'effet du renvoi de l'art. L. 227-1 al.2.

¹⁵⁹ Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », JCP éd. N, 1994, I, p.69

¹⁶⁰ Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°3899

2. Le droit de vote : « protéiforme ... »

C'est sur le terrain du droit de vote que l'innovation se révèle la plus marquante. Le sénateur Etienne Dailly a d'ailleurs souligné, lors des travaux parlementaires que la SAS est simplifiée principalement en ce qui concerne le droit de vote¹⁶¹.

La non référence à l'art. L.225-122 C. com. offre en effet aux statuts la possibilité de moduler le nombre de droits de vote attribués aux actionnaires indépendamment du montant de leur participation au capital.

Une limite est néanmoins tracée : l'art. 1844 C. civ., déjà mentionné, dispose que « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives ». Les statuts ne sauraient « pousser le bouchon » jusqu'à priver un actionnaire, ou un groupe d'actionnaires, de toute participation au vote.¹⁶²

Les minoritaires pourront tirer parti des souplesses du processus de décision pour se faire reconnaître un droit de peser sur les décisions sociales, ce qui est proprement impensable au sein d'une SA. Les statuts en imposant l'unanimité ou la mise en œuvre de règles particulières de majorité, offriront à chaque associé le droit de bloquer une décision. On peut dans l'absolu imaginer une SAS ne fonctionnant que sur ce mode¹⁶³. Les minoritaires pourraient ainsi contrôler et marquer de leur sceau toutes les évolutions envisagées par la société.

B) Les droits de l'actionnaire sortant

Puisque la loi laisse aux associés la liberté de stipuler des clauses d'exclusion, on peut se demander s'ils peuvent aller au-delà des textes et convenir de clauses de retrait¹⁶⁴ qui existent dans d'autres formes sociales mais n'ont pas été envisagées ici.

La clause de retrait permet à un associé de quitter la société quand il le souhaite en obtenant que celle-ci ou ses coassociés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux. Le retrait serait le pendant du risque de se voir exclu¹⁶⁵; il a l'avantage de ne pas contraindre son bénéficiaire à trouver un acquéreur.

En principe, la recherche de la cohésion de l'actionnariat de la SAS trouve sa traduction dans des dispositions particulièrement contraignantes pour des associés qui, il est vrai, les ont acceptées. Pour conserver un meilleur équilibre entre intérêt social et intérêt individuel, les rédacteurs se plairont à organiser un droit de retrait dont ils encadreront la mise en œuvre.

L'exercice de ce droit prend des allures diverses : il est parfois stipulé discrétionnaire, parfois subordonné à la réalisation de conditions insérées dans les statuts ou à la démonstration de justes motifs.

¹⁶¹ JO Sénat CR, 22 décembre 1993, p. 6885

¹⁶² En ce sens : Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », *In Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, p.45, n°79, et pour une position contraire : Pierre-louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000

¹⁶³ Comme c'est le cas pour les SNC (Art. 15 L. 1996) sauf clause statutaire contraire des statuts.

¹⁶⁴ Pas opportun pour Philippe DELEBECQUE, « SAS et pactes d'actionnaires », *In Société Par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, p.61

¹⁶⁵ Jean-Pierre BOUERE, « SAS et accords d'actionnaires », LPA, 1991, n°31, p.4

Ouvrir une porte de sortie, c'est encourager l'entrée en société d'investisseurs qui n'auront pas à redouter d'être prisonniers ou spoliés ou par malchance, les deux à la fois.

Le destin social des associés de la société absorbée sera moins sombre lorsqu'un tel droit leur est reconnu. Il reste bien sûr à vérifier les modalités de détermination du prix de cession.

Quand ce droit de retrait figure dans la « cagnotte » de l'actionnaire, on peut légitimement défendre la position selon laquelle toutes les autres restrictions statutaires ou à l'inverse l'absence d'une réglementation idoine seront sans grande importance.

Même la règle de l'unanimité, si souvent revendiquée, serait inutile en pareil cas.

Il est surprenant de parvenir à une telle conclusion. L'adage populaire énonce :

« Un seul être vous manque et tout est dépeuplé ».

Pour l'appliquer autant que faire se peut au fonctionnement de notre SAS , nous pourrions grossièrement le paraphraser et dire :

« Que la clause de retrait manque en SAS et tout est affaire d'unanimité ».

A la question de savoir si devenir associé d'une SAS nécessite toujours un consentement unanime, une majorité d'auteurs a répondu par l'affirmative.

Ces mêmes auteurs préconisent la même solution pour la prise de décision en cas de fusion par absorption, principalement par souci de simplification nous semble t-il.

A la suite de l'analyse que nous avons faite, les justifications de cette solution ne paraissent pas toujours pertinentes.

S'il est indéniable que le principe de l'accord unanime est de rigueur lorsque les statuts comportent une clause d'exclusion ou d'inaliénabilité, le doute s'installe dans tous les autres cas. Prenons comme exemple la clause d'agrément : tout va dépendre de la façon dont celle-ci est rédigée . Si le rachat des actions par la société en cas de refus d'agrément du cessionnaire présentée est instauré, une majorité qualifiée devrait suffire.

Que se passe t'il lorsque les statuts de la société absorbante ne contiennent aucune clause relative à la stabilité du capital ? La SAS dénommée « bon teint » se distingue de l'autre par une réglementation toute superficielle. En pareil cas l'associé court-il également un risque ? La réponse n'est pas nette. Oui dans certains cas, non dans d'autres. Elle peut ériger une égalité concrète entre les associés qui n'existera jamais dans une SA ou dans une SARL. Un associé qui ne détient pas de minorité de blocage dans de telles structures se trouvera fort démuné comme la cigale du fabuliste. Les majoritaires qui possèdent l'essentiel des actions, détiendront tout le pouvoir de décision et les minoritaires n'en auront aucun.

On se rend compte, à la lumière de ces constats, qu'il faut comparer dans les faits c'est à dire objectivement l'influence et le rôle respectifs de l'associé à la fois dans la société absorbée et dans la SAS absorbante. L'entrée dans une SAS ne crée pas nécessairement de rupture ; tout dépend en réalité de l'étendue des droits dont il disposait dans l'ancienne société. On ne fera appel au consentement exprès en cas de fusion que des associés dont le nouveau statut sera véritablement en retrait par rapport à l'ancien.

Tout est donc affaire de circonstances.

La fusion nécessite l'accord des deux sociétés ou de toutes s'il y en a plusieurs.

Dans le titre premier la formation de cet accord a été examiné sous l'angle de la société absorbée.

Dans le titre deuxième il faut étudier le même problème envisagé du côté de la société absorbante, par hypothèse une SAS.

Une décision collective est nécessaire nous dit d'une manière un peu elliptique le texte. C'est délibéré. Les statuts, selon la volonté du législateur, en organiseront le contenu et là, la liberté contractuelle est presque sans limites.

Nous verrons comment s'opère le processus de décision, quelles sont les modalités des votes et les majorités requises.

De la sorte nous compléterons assez largement notre information sur les dangers que peut représenter la fusion pour les associés de la société absorbée.

Titre deuxième

La teneur du consentement au sein d'une SAS absorbante : originalités !

La décision des associés de la société absorbée est prise sous la condition suspensive de l'approbation par les associés de la SAS.

Quid de cette délibération ? La loi de 1994, codifiée dans le nouveau code de commerce, se contente de préciser que la fusion doit être décidée collectivement par les associés de la SAS¹⁶⁶. Aucune indication n'est donnée en ce qui concerne les modalités de la consultation des associés et de leur prise de décision. La liberté statutaire est ici entière.

C'est l'inverse de ce qui s'observe en SA. L'exclusion par la loi de 1994 de toutes les dispositions concernant les assemblées générales d'actionnaires de SA a entraîné un immense espace de liberté. Aucune assemblée n'est prévue. Aucun quorum ne sera requis pour la validité de la consultation des associés. Aucune majorité n'est envisagée. Tout est à construire.

Le pouvoir collectif s'exercera comme l'entendent les statuts. C'est le principe. Mais il y a des exceptions car tout n'est quand même pas permis. Si originales que puissent être les formes et la procédure de la prise de décision, il faut qu'elle émane de l'ensemble des associés. C'est la participation de tous les associés qui donne le caractère collectif à la décision (Chapitre 1^{er}).

La loi ne donne pas plus d'indications quant à la majorité requise. Le principe majoritaire s'applique en fonction des critères retenus dans les statuts. Est-il normal que le majoritaire prenne toutes les décisions ? Dans les sociétés traditionnelles incontestablement oui. Dans une SAS, dont la vocation et les fondements d'origine étaient différents, a priori non. La liberté est totale (Chapitre 2^{ème}).

¹⁶⁶ Art. L. 227-9 al.2 C. com.

Chapitre premier

Un impératif sommaire : une décision à prendre collectivement !

Le rôle des associés dans le fonctionnement de la société est limité. Leur domaine d'intervention dans les affaires sociales est résumé dans un alinéa du C. com.

En application de l'art. L. 227-9 C. com., certaines décisions jugées particulièrement importantes, comme la fusion, doivent être prises collectivement par les associés. Les autres organes de la SAS et les tiers n'auraient donc pas à intervenir dans ce domaine de compétence réservé aux associés.

La référence à la collectivité des associés semble interdire qu'un seul associé, ou qu'une fraction d'entre eux, s'approprie une telle compétence et l'exerce sans que les coassociés puissent participer à la prise de décision.

Cette disposition énonce que les attributions qu'elle vise sont exercées collectivement par les associés dans les conditions fixées par les statuts.

La liberté de définition des modalités de prise de ces décisions (Section 1), ne doit pas occulter la notion de décision prise collectivement, c'est à dire à laquelle tous les associés doivent pouvoir participer (Section 2).

Section 1

Toute référence ou ressemblance avec les assemblées d'actionnaires des SA n'est que pure coïncidence

Le titre que l'on trouve mis en exergue dans bon nombre de nos films est ici moins provocateur qu'il n'y paraît car le constat est sans ambages : les règles concernant les assemblées d'actionnaires des SA sont inapplicables à la SAS.

Dans la SAS, le concept d'assemblée se trouve détruit au profit de la notion de décision collective des associés : l'expression de la volonté commune n'a plu à être incarnée dans la réunion physique des associés. Il faut souligner l'importance de cette nouvelle donne au regard du formalisme contraignant, et pénalement sanctionné, des règles de fonctionnement des assemblées d'actionnaires de SA. (§1)

Après le concept d'assemblée, c'est aussi celui de majorité qui a disparu. Le pouvoir de décision n'appartient plus systématiquement au groupe majoritaire, c'est à dire aux actionnaires qui détiennent la plus grande part du capital social. Dans la SAS, on va assister à une meilleure prise en compte des opinions minoritaires. (§2)

§1) Oh surprise : des assemblées générales...facultatives

Est épargné à la SAS le formalisme strict des règles de compétence, de convocation, de réunion, de délibération des assemblées générales, telles que les connaît la SA. Les statuts pourront ainsi stipuler que les décisions sociales résulteront du consentement d'une majorité à déterminer des associés, exprimé dans un pacte ou dans un acte signé par eux. Ces derniers pourront être consultés, individuellement ou collectivement, par écrit ou oralement, par télex, télécopie, télé ou vidéoconférence, etc.¹⁶⁷... Tout est imaginable, des formes différentes pouvant être prévues suivant la nature de la décision¹⁶⁸. Le choix entre les différents modes d'expression des associés sera du ressort des statuts.

Les attributions dévolues aux assemblées générales des sociétés anonymes figurant à l'art. L. 227-9 alinéa 2 C. com. sont par stipulation expresse exercées collectivement par les associés parce qu'on les a considérées comme particulièrement importantes ; elles peuvent notamment conduire à remettre en cause l'existence même de la SAS (fusion, transformation, dissolution).

On s'est alors demandé s'il n'était pas nécessaire, dans ces cas précis, de tenir une assemblée pour délibérer, la réunion physique des associés facilitant les échanges de vues préalables à l'expression du vote. Cette idée est cependant contraire à la volonté du législateur telle qu'elle s'est manifestée lors des débats sur la SAS¹⁶⁹. Le projet soumis au Parlement prévoyait l'obligation de prendre ces décisions d'une part à la majorité, d'autre part, en assemblée. Dès la première lecture, les députés ont souhaité écarter cette disposition. Le Sénat a alors repris cette analyse et a estimé qu'une assemblée serait inopportune voire inutile¹⁷⁰. Résultat : la liberté est à cet égard totale.

Il reste que la procédure la plus fréquemment prévue par les statuts de SAS demeure l'assemblée. Elle est utilisée soit de manière exclusive, soit comme une alternative aux autres modes de consultation des associés, leur éloignement, l'urgence ou la simplicité justifiant que l'on ait recours régulièrement à d'autres modes de consultation.

A côté de ces modes originaux de consultation des associés s'ajoute une particularité ayant trait à l'influence des minoritaires dans la prise de décision. Dans une SAS la quotité de droits de vote n'étant pas impérativement proportionnelle à la portion de capital détenue, les minoritaires pourront se voir octroyer un poids beaucoup plus significatif dans le vote.

§2) Le principe majoritaire : une notion...au rancart !

La formidable avancée reconnue depuis longtemps en droit des sociétés c'est qu'une décision de la majorité s'impose à la minorité. Ce n'est pas le cas par ailleurs, notamment en droit des successions où l'abstention d'un seul paralyse le tout.

¹⁶⁷ Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », Droit et Patrimoine, avril 1994, p.26

¹⁶⁸ Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », *In Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, p. 38

¹⁶⁹ Jean-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°478 s

¹⁷⁰ JOAN CR, 11 juin 1993, p. 1415 et Rapport Sénat n°35 du 14 octobre 1993, p. 12 s.

La SA fonctionne sur ce mode¹⁷¹. Cette loi de la majorité est violente pour les minoritaires ; la décision d'une fraction des associés s'impose à la collectivité comme étant l'expression de la volonté de la communauté toute entière¹⁷².

Pour la justifier la tentation s'avère grande de constater que c'est d'ailleurs le mode de fonctionnement de nos démocraties politiques dont le plus grand nombre s'accorde pour dire qu'il n'y a pas meilleur système. Pour autant il faut renoncer à cette comparaison car même sur le plan politique la règle de la majorité n'emporte pas un consensus unanime. A preuve la remarque d'Alexis de Tocqueville :

« Je regarde comme impie et détestable cette maxime qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire ».

Ce mécanisme du pouvoir majoritaire est exclusif et inégalitaire¹⁷³.

Il est exclusif en ce sens que seule la majorité a compétence pour exprimer la volonté collective ; en effet, après délibération entre tous les votants, le groupe majoritaire prend sa décision sans avoir à transiger ou à compromettre avec les minoritaires.

Ce pouvoir est aussi inégalitaire. La règle selon laquelle à une part ou action correspond une voix se heurte au mécanisme du pouvoir majoritaire qui implique que le plus grand nombre décide seul pour tous. L'influence de chaque votant n'est donc pas proportionnelle à sa participation dans le capital social.

A titre d'exemple, dans une société se composant de deux associés, l'un disposant de trois actions, l'autre d'une seule, il serait faux de dire que le premier est trois fois plus puissant que le second : le premier est tout puissant et le second n'a aucun pouvoir.

Le contraste avec la SAS se révèle ici frappant. Dans la SA la majorité détient toujours tous les pouvoirs pour prendre toute décision relevant de la compétence des associés, les minoritaires n'ayant d'autres ressources que de s'incliner.

Dans la SAS les rédacteurs des statuts ayant toute liberté pour fixer les conditions de cette majorité et par suite de l'abandon de la notion de proportionnalité entre le droit de vote et la quotité du capital, le principe majoritaire est battu en brèche et quelquefois mis au rencart. Comme nous allons le voir, les actions à droit de vote multiple, la possibilité de disposer d'un droit de veto, celle de stipuler un vote cumulatif, etc ... vont remettre en cause ce principe. Quelle que soit la quotité de majorité retenue, ce ne sont plus forcément ceux qui détiennent la majorité dans le capital qui décideront. La possibilité de faire intervenir un tiers, ni associé, ni dirigeant, dans le processus d'élaboration de la décision, en apporte une éclatante démonstration. L'intervention tout à fait surprenante de ce tiers peut avoir pour conséquence de déposséder les associés de leur pouvoir final de décision¹⁷⁴ ; ce procédé est inutilisable dans une société de forme classique¹⁷⁵.

Doit-on se féliciter d'une telle déréglementation ? Ce n'est pas certain.

¹⁷¹ Art. L. 225-96 C. com.

¹⁷² Jean-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°508 s.

¹⁷³ Dominique SCHMIDT, « Exposé introductif », Colloque de Deauville 1990, *La loi de la majorité*, RJ com, n°spécial, novembre 1991, p. 7

¹⁷⁴ L'hypothèse est celle où un tiers négocie avec les fondateurs un droit de regard lui permettant de contrôler que certaines décisions sociales seraient prises dans le respect de ses intérêts. Le recours à un tiers ne doit cependant pas déposséder totalement les associés de leur rôle dans leur domaine réservé. (Voir : Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°295s.)

¹⁷⁵ Yves GUYON, « Présentation générale de la SAS », Rev. sociétés, avril – juin 1994, p. 213

Du fait du jeu combiné de catégories d'actions et de clauses statutaires, l'influence des dissidents peut se trouver encore plus tenue que dans une société fonctionnant selon le principe majoritaire. A la suite de la création d'actions à droit de vote multiple, une fusion pourrait être décidée par un associé ne disposant que d'une faible portion du capital social. Les privilèges accordés à certains associés par les statuts iraient donc à l'encontre de l'égalité entre associés dans le processus décisionnel.

Inversement et contrairement à ce qui se passe dans les autres sociétés par actions, il en découlera éventuellement une égalité concrète, véritable, entre les associés. Si chaque associé dispose d'un droit de veto, dans ce cas seulement on sera en mesure d'évoquer une vraie liberté car personne ne sera contraint de se soumettre à une fusion.

Section 2

Une notion sibylline : « l'exercice collectif par les associés » !

Les attributions dévolues aux assemblées générales de SA sont exercées collectivement par les associés, voilà ce que dit la loi en matière de SAS.

L'art. L. 227-1 al. 3 C. com. décide que les règles concernant les assemblées d'actionnaires des SA¹⁷⁶ ne sont pas applicables à la SAS. Cette disposition est complétée par l'art. L. 227-9 C. com. qui stipule que les attributions dévolues aux assemblées générales de SA en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, etc., sont exercées collectivement par les associés. Que recouvre cette notion d'exercice collectif par les associés ?

Un renvoi est opéré aux dispositions régissant la fusion des SA. Il faut donc remplacer, au fil de la lecture du Code de commerce et dans ce domaine réservé, les termes d'assemblée générale ordinaire ou extraordinaire, selon le cas, par les termes « les associés de la SAS statuant collectivement »¹⁷⁷. Pour la fusion, il nous faut alors procéder à une analyse des art. L. 236-8 à L. 236-16 C. com. pris pour la SA afin de déterminer le rôle des associés de la SAS dans le processus de fusion. (§1)

Afin d'exercer utilement les attributions qui leur reviennent, les associés doivent disposer d'un minimum d'information. Pour délibérer sur l'opportunité de la fusion, il est nécessaire de bien connaître la situation de la société absorbée. On observe que dans la SAS, il n'y a ni disposition de principe, ni régime détaillé propre à l'information des associés. La loi de 1994 a gommé du régime de la SAS l'art. L. 225-108 C. com.¹⁷⁸ et les autres dispositions propres aux assemblées d'actionnaires de SA. Faut-il en conclure que les associés de la SAS vont exercer les prérogatives qui appartiennent aux actionnaires dans les assemblées sans aucune

¹⁷⁶ L. 225-96 à L.225-126 C. com.

¹⁷⁷ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°85 s.

¹⁷⁸ « *Le Conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou 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* ».

information ? Le principe selon lequel la participation aux décisions collectives implique un minimum d'éclaircissement relatif à la vie sociale, serait-il banni ici ? (§2)

§1) Le rôle dévolu aux associés

Les associés vont donc recueillir les attributions des assemblées générales. Rien de particulier ici ; ils approuveront l'opération de fusion au vu d'un rapport du Président et d'un rapport sur les modalités de la fusion et sur la parité d'échange établi par le commissaire à la fusion. Ils se prononceront sur l'opération en tant que telle : ils l'accepteront purement et simplement, la refuseront en bloc, ou éventuellement, amenderont certaines de ses dispositions et plus spécialement le rapport d'échange des titres¹⁷⁹ .

Si la collectivité des associés approuve la décision de fusion, celle-ci devient définitive alors qu'un refus lui retire tout effet.

On constate à la lecture de ces articles, que les Assemblées Générales de SA et donc les associés d'une SAS n'ont que très peu d'attributions et de compétences. Ils n'ont aucun rôle actif à jouer au cours de l'opération de fusion sinon celui d'exprimer un seul vote. En général, le Code de commerce lorsqu'il évoque les assemblées, ne le fait que pour préciser l'information qui va leur être donnée.

Conséquence : les associés de la SAS se retrouvent privés de la principale prérogative des assemblées générales : l'information. Les actionnaires de SA qui ne peuvent s'opposer à une fusion décidée par les majoritaires ont avant tout droit à la vérité, en particulier sur la rémunération des apports et la fixation de la parité d'échange.

En conclusion on peut affirmer qu'en application de ces articles, la collectivité des associés d'une SAS n'a plus qu'une véritable prérogative : le vote de la fusion.

Mais comment se protéger d'un mauvais choix en l'absence d'une information suffisante ?

§2) Le droit à l'information

C'est sur le terrain de l'information des associés que la SAS est la plus déficiente. Aucune des dispositions relatives à l'information des actionnaires à l'occasion des assemblées ne lui est applicable, en vertu de l'exclusion prononcée par l'art. L.227-1, dernier alinéa C. com.

Il y a cependant plusieurs raisons de penser qu'il subsiste dans ce domaine particulier un principe de valeur supra-statutaire¹⁸⁰. L'art. L. 227-9 C. com. a réservé aux associés un certain nombre de compétences exclusives. Il y a une certaine contradiction à leur octroyer ce pouvoir décisionnel sans pour autant les doter des informations nécessaires à éclairer leur jugement¹⁸¹.

¹⁷⁹ Communication ANSA, mai-juin 1994, n° 2708

¹⁸⁰ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°446 s.

¹⁸¹ Yves GUYON, « Présentation générale de la SAS », Rev. sociétés, avril – juin 1994, p. 213

Il en découle que les statuts doivent prévoir la livraison d'une information adaptée aux décisions qui doivent être prises¹⁸², dans notre hypothèse, à la fusion. Ce droit à l'information comporte tout ce qui est nécessaire, mais rien que ce qui est nécessaire, à la prise de décision¹⁸³. Il ne semble pas possible d'outrepasser le choix statutaire ; les associés doivent se tenir en matière d'information à ce qui leur est statutairement octroyé.

La fusion est considérée comme une opération extraordinaire. La préparation de la décision implique, comme dans les SA¹⁸⁴, l'établissement et la mise à disposition des associés de rapports des dirigeants, des commissaires aux comptes ou à la fusion. L'établissement de ces rapports, non expressément organisé dans les SAS, sera un impératif. Par-contre, les délais fixés par la loi de 1966 et le décret de 1967 pour la préparation ou la consultation des associés peuvent être aménagés et donc réduits¹⁸⁵.

¹⁸² Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », JCP éd. E, 1994, Cahier du droit des entreprises, n°2, p.12

¹⁸³ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°449 s

¹⁸⁴ Art. L. 236-9 al. 4 C. com.; Art. L. 236-10 C. com.

¹⁸⁵ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°460 s

Chapitre deuxième

La mise en place des procédures de prise de décision collective : quand démocratie rime avec inégalité !

Pour toutes les décisions que les statuts ont choisi de soumettre à la compétence de la collectivité des associés ainsi que pour toutes celles où cette compétence est imposée par la loi elle-même, la liberté statutaire s'exprime dans la détermination des modalités de prise de décision. Et ici cette liberté est absolue.

Cette liberté va pouvoir s'exprimer à différents niveaux : celui du droit de vote de l'actionnaire d'une part, celui du quorum et de la majorité d'autre part.

La fusion étant une décision collective, il convient de s'intéresser à la collectivité des associés qui va y participer. Si, en principe tous les associés de la SAS peuvent exprimer leur opinion par un vote, il convient d'observer que dans de nombreux cas celui-ci aura un poids inégal. (Section 1)

Cette inégalité dans le vote est amplifiée par la possibilité de prendre la décision de fusion à une majorité simple voire à une minorité. Certains associés pourraient de ce fait imposer à la collectivité l'entrée de nouveaux investisseurs dans le capital de la SAS. Ces derniers deviendraient a priori automatiquement membres de la SAS au moment où la fusion intervient. Cependant, de plus en plus, les SAS tentent d'imposer aux anciens actionnaires de la société absorbée une procédure d'agrément en parallèle de la fusion. (Section 2)

A l'examen de ces procédures, nous vérifierons avec le professeur Dominique SCHMIDT le constat selon lequel si le droit des sociétés est teinté de démocratie, il est rarement égalitaire¹⁸⁶.

Section 1

L'étendue de la démocratie

La démocratie, en politique, se définit comme le régime dans lequel le peuple exerce sa souveraineté lui-même sans l'intermédiaire d'un organe représentatif ou par représentants interposés¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Dominique SCHMIDT, « Exposé introductif », Colloque de Deauville 1990, *La loi de la majorité*, RJ com., n° spécial, novembre 1991, p.7

¹⁸⁷ Dictionnaire Le Petit Larousse

Transposée à la vie des sociétés, il faut l'entendre comme étant la possibilité pour les actionnaires de choisir eux-mêmes leur destin.

Le Code civil, dans son article 1844 C. civ. introduit la démocratie en droit des sociétés en disposant que tout associé a le droit de participer à la vie sociale notamment aux décisions collectives. En effet, c'est la participation qui donne leur caractère collectif aux décisions d'associés¹⁸⁸. C'est une des rares restrictions à l'autonomie laissée aux associés pour définir les modalités des prises de décision.

Ainsi, la très grande liberté laissée aux associés d'organiser leur propre mode d'expression au sein de la SAS ne doit pas conduire à en exclure certains du droit fondamental de participer au processus de décision, et ce même s'ils ont consenti à leur propre dessaisissement en votant des statuts ayant prévu une telle stipulation (§1).

La SAS offre une si grande liberté de définition des conditions de prise des décisions du ressort des associés, que l'on peut gloser à l'envi sur l'importance réelle du droit de vote dans certaines SAS.

La situation de la SAS est singulière en ce qui concerne le droit de vote : elle est une société privée, où la répartition du pouvoir ne dépend pas seulement de la proportion du capital détenue par chacun, mais aussi de la négociation de droits particuliers. Il en résulte une grande liberté pour définir les droits politiques attachés à une action¹⁸⁹ (§2).

§1) Le droit de vote : «..... un animal blessé mais jamais mort ! »

Le droit de vote est l'attribut fondamental de l'associé ; il ne saurait en être totalement et définitivement privé que par une disposition légale.

En revanche, une suppression permanente de ce droit ne portant que sur certains types de décisions sociales semble possible, à condition qu'elle ait été acceptée par les associés concernés et qu'elle ne soit pas contraire à l'intérêt social.

On ne peut légitimement introduire une distinction entre la participation aux décisions collectives d'une part et au vote de celles-ci¹⁹⁰ d'autre part. Le droit de participer aux décisions collectives implique celui de voter. En soi, la participation à une décision ne peut se concevoir si l'on ne peut pas peser sur la décision.

Ce droit de participer peut, cependant, être encadré par les statuts. La détention d'un certain nombre d'actions¹⁹¹ ou la qualité d'associé depuis un certain temps, peut être exigée.

De surcroît, la loi fondatrice de la SAS autorise expressément une variété d'atteinte au droit individuel de chaque associé de participer aux décisions collectives : l'art. L. 227-16 C. com.

¹⁸⁸ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°496

¹⁸⁹ Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°491

¹⁹⁰ Pour une opinion contraire (rendu sous une jurisprudence antérieure à l'arrêt Cass. com. 9 février 1999), voir Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la SAS », Rép. Defrénois, 1994, I, n° 35.933, p.1345, n°65

¹⁹¹ La loi NRE du 15 mai 2001 a affirmé le caractère général du droit d'assister aux assemblées générales dans les SA en abrogeant l'art. L. 225-112 C. com. Une clause statutaire pourrait toujours insérer une telle restriction dans les statuts de SAS.

envisage et permet la suspension des droits non pécuniaires (notamment le droit de vote) d'un associé en passe d'être exclu de la société¹⁹².

Si le droit de vote peut toujours être atteint dans son existence et son organisation par la loi, il faut observer que dans la SAS, à la différence des autres structures sociales, les associés peuvent en disposer eux mêmes sous certaines conditions.

Ces conditions sont respectées s'il a été fait droit lors de l'élaboration des statuts à l'analyse due à la Cour de cassation en 1932¹⁹³, confirmée par cette même Cour depuis¹⁹⁴ : « *Le droit de vote constitue un attribut essentiel de l'actionnaire (...) si (...) son exercice peut être réglementé dans une certaine mesure par les statuts, il ne saurait en aucun cas être supprimé* » .

Si tout associé d'une SAS a le droit de participer aux décisions collectives et d'y voter, il n'y aura pas forcément un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'il détient. Les statuts peuvent librement répartir les droits de vote entre les associés et même prévoir que certains associés ne prendront pas part à certaines délibérations qui n'ont pas un caractère essentiel¹⁹⁵. La fusion figurant au rang des décisions collectives, tous les associés auront le droit d'y prendre part.

§2) *Le droit de vote :..... « une hydre polymorphe ! »*

La question est de savoir comment peuvent être répartis les droits de vote entre les associés de la SAS. Il semble qu'il y ait au moins un minimum : chaque associé participant doit bénéficier d'au moins un droit de vote pour les décisions jugées essentielles¹⁹⁶.

Pour autant, le droit de vote n'a pas à être proportionnel à la quotité de capital détenue par chaque associé. L'art. L. 225-122 C. com., pris pour réglementer les assemblées d'actionnaires de SA et qui pose le principe de la proportionnalité du droit de vote au capital ne s'applique pas à la SAS, cela a déjà été dit. Dès lors, il faut se référer au droit commun des sociétés. Même si cela est surprenant, celui-ci n'impose aucune proportionnalité¹⁹⁷.

En conséquence, les actions émises par la SAS pourront être assorties d'un ou plusieurs droits de vote, sans que, dans ce dernier cas, elles soient soumises à la limite de deux droits de vote, à la différence de l'exception légale introduite dans les SA¹⁹⁸. Les actions à vote plural, dont l'émission était interdite en France depuis une loi du 19 novembre 1933, réapparaissent de la sorte.

¹⁹² Pierre-Louis PERIN, « La SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°492

¹⁹³ Cass. civ. 7 avril 1932, Dalloz 1932, I, 153, note CORDONNIER

¹⁹⁴ Cass. com. 9 février 1999, SCA Château d'Yquem c. de Chizelles,

¹⁹⁵ Yves GUYON, « Les statuts ne peuvent supprimer le droit de vote d'un associé d'une société en commandite par actions », note sous Com. 26 mars 1996, Dalloz, 1996, sommaires commentés, p.343

¹⁹⁶ Pierre-Louis PERIN, « De quelques pièges à éviter dans l'organisation de la SAS : connaître et respecter les limites de la liberté d'organisation de la SAS », Droit des sociétés, 1994, chronique n°6

¹⁹⁷ Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », In Société par actions simplifiée, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, n°

¹⁹⁸ L'art. L. 225-123 C. com. n'est pas applicable aux SAS.

Au résultat, il faut entrevoir trois grandes possibilités : l'égalité absolue qui correspond à un vote par tête ; l'égalité relative, qui consistera à déterminer le nombre de droits de vote en fonction de la quotité du capital détenue par chaque associé ; l'inégalité voulue, qui consistera quant à elle, à répartir les droits de vote de manière purement conventionnelle.

Des catégories d'actions pourront être créées, chacune donnant droit à un nombre de voix différent. Il est loisible, par exemple, de convenir d'attribuer un vote double à certaines catégories d'associés comme dans les SA. Mais rien n'interdit d'accorder 10, 100 voire même 1.000 droits de vote à une action de SAS¹⁹⁹.

Ces clauses sont délicates à établir car elles comportent le risque d'une mainmise définitive d'une catégorie d'associés sur une autre.

L'existence de ces actions à vote multiple minore considérablement l'importance de l'alinéa 2 de l'art. 227-9 C. com. Cet ordre public minimal se décline à géométrie variable : il est profondément dépendant de ce que les statuts auront décidé quant à l'attribution des droits de vote²⁰⁰. Dans notre cas, sachant que la fusion est du ressort d'une décision collective, tous les associés doivent voter. Mais que dire en présence d'un cas de figure où l'on aura dans les statuts attribué 60% des droits de vote à une seule action ? Le détenteur de celle-ci aura toutes les chances de faire prévaloir à lui seul sa décision.

De la même manière, un droit de veto pourra être attribué à un ou plusieurs associés, soit systématiquement pour toutes les décisions à prendre ou au contraire pour certaines seulement. Dans une telle situation, quel que soit le pourcentage de capital détenu, l'associé qui en bénéficiera va être en mesure de bloquer les décisions.

Mieux encore : la liberté existe pour les rédacteurs de statuts de décider, à l'image de ce qui est permis dans le droit américain des sociétés, que les droits de vote d'un associé seront cumulables et utilisables lors de la soumission au vote d'une résolution d'assemblée parmi toutes les autres. Ainsi si au cours d'une consultation, il est proposé au vote cinq résolutions dont une sur la fusion, et que par ailleurs on accorde un droit de vote par action pour chaque délibération, un associé pourrait ne pas prendre part au vote de quatre résolutions et voter avec cinq voix sur la cinquième.

Avec tant de liberté rédactionnelle dans l'élaboration du pacte social, le concept de décision collective, a décidément du plomb dans l'aile.

Section 2

Le dilemme de la fusion : à qui la décision ?

Comme nous l'avons vu, la liberté des statuts pour déterminer les modalités de la prise de décision des associés est presque totale. La seule véritable limite découle de l'application d'un

¹⁹⁹ Michel GERMAIN, « Le droit de vote », LPA, 2001, n°89, p.8

²⁰⁰ Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », JCP éd. E, 1994, Cahier de droit des entreprises, n°2, p.13

texte du droit commun des sociétés, en vertu duquel « tout associé a le droit de participer aux décisions collectives » (Art. 1844 C. civ.)

Lors de la prise de décision, aucun nombre minimal d'associés présents ou représentés n'est requis pour que la délibération soit valable. De plus, aucune majorité spécialement qualifiée n'est exigée pour que la délibération soit adoptée, contrairement aux autres sociétés. La liberté est telle, qu'il est possible de se demander si une minorité peut valablement délibérer et adopter une décision qui relève de la compétence de la collectivité des actionnaires, en l'occurrence la fusion. (§1)

La décision de fusion sera donc prise, selon les cas, par une fraction plus ou moins significative des associés. Dans certains cas, cette première délibération de la collectivité des associés sera insuffisante pour régler toutes les questions soulevées par la fusion. Une deuxième décision de la société absorbante sera souvent nécessaire pour permettre aux anciens associés d'entrer dans la SAS. Elle interviendra à l'occasion de l'application d'une clause d'agrément à la suite d'une décision de fusion.

Les associés de la SAS, par la décision d'approbation de la fusion, auront accepté l'entrée de nouveaux associés. Ils auront en quelque sorte procédé à un agrément collectif des associés ou actionnaires de la société absorbée. Lors de cette première délibération, ils ne disposaient que de l'alternative suivante : voter en faveur de la fusion et donc accepter l'entrée de tous les associés de la société absorbée ou voter contre et renoncer à l'entrée de tout nouvel investisseur dans le capital de la SAS et par-là même à l'augmentation de capital en résultant.

Pour remédier à la brutalité de cette solution, faut-il admettre que les nouveaux associés puissent être soumis à une procédure d'agrément individuelle ? La décision de fusion ne vaudrait alors qu'acceptation de principe de l'entrée de nouveaux associés, sous réserve d'un agrément ultérieur. (§2)

§1) La fusion dictée par une minorité ?

Encore un point où la réglementation de la SAS se montre très libérale. La loi de 1994 n'a prévu aucun quorum et aucune majorité.

Dans une SAS, il n'est requis de quorum que si les statuts le prévoient²⁰¹. La collectivité peut donc valablement délibérer et prendre une décision sans qu'un nombre minimum d'associés présents ou représentés ne soit requis. En revanche, dans une SA, ce quorum est du tiers sur première convocation et du quart sur deuxième.

Initialement, le projet de loi précisait que les décisions collectives devaient « être prises par les actionnaires réunis en assemblée et statuant au moins à la majorité des voix exprimées »²⁰². Le texte définitif a accentué l'aspect contractuel, puisque les associés statuent aux conditions de majorité librement fixées par le pacte social. Les majorités prévues pour les assemblées générales ordinaires ou extraordinaires de SA ne sont pas applicables en principe. Les statuts peuvent mettre en place tout système de pondération et prévoir ainsi une majorité

²⁰¹ Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », *In Société par actions simplifiée*, Pratique des Affaires, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, GLN Joly éd., 1994, n°86 ; Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, *Lamy sociétés commerciales*, éd. Lamy, 2001, n°3932

²⁰² Dominique VIDAL, « La société par actions simplifiée », éd. Montchrestien, 1994, n°88

relative, une majorité absolue, une majorité qualifiée, voire imposer l'unanimité. Cette majorité peut être calculée soit par tête soit en quotité de capital social.

Une gamme de combinaisons quasi-infinie s'offre ainsi aux rédacteurs des statuts. On se demande même s'il subsiste encore l'obligation d'une majorité simple pour que la décision soit prise ? (A)

Dans tous les cas, la référence à la majorité perd tout son intérêt lorsque existent des actions à droit de vote multiple²⁰³. (B)

A) Une solution qui décoiffe : même une majorité simple n'est pas requise

Tous les coups sont permis. Même une majorité simple n'est pas requise. C'est le triomphe de la minorité. Cela est très déstabilisant pour un juriste.

L'art. L. 227-9 C. com., qui dispose que les statuts déterminent les formes et conditions dans lesquelles sont prises les décisions collectives, a reçu une interprétation large.

En effet, on est allé jusqu'à se demander si cette disposition ne pouvait valablement écarter l'exigence d'une majorité et autoriser une décision prise par une minorité d'associés, de 15% ou du tiers par exemple et non par une majorité.

Si le chiffre de 15% ou du 1/3 est un quorum, aucune contestation ne peut être admise. En revanche, si ce chiffre se substitue à une majorité, on peut s'interroger sur le caractère raisonnable de cette proposition. La logique paraît interdire que 15% des associés puissent prendre une décision qui s'imposerait aux 85% autres qui auraient voté en sens contraire²⁰⁴.

Au surplus, cette solution n'apparaît pas facilement compatible avec la notion de décision collective²⁰⁵. De nombreux auteurs admettent cependant cette modalité²⁰⁶ : parce qu'il suffit de se rappeler que la loi de la majorité n'a pas toujours gouverné la vie des groupements et que, dans certains d'entre eux, les décisions étaient prises par des membres minoritaires jugés particulièrement qualifiés²⁰⁷.

Après analyse des travaux préparatoires, il apparaît qu'il n'y a pas lieu de distinguer selon la source du pouvoir des associés : qu'il s'agisse d'une compétence légale, comme la décision de fusion, ou statutaire, la règle de majorité résulte des seuls statuts. Il n'est donc pas requis que les décisions jugées particulièrement importantes, c'est à dire celles qui figurent à l'alinéa deuxième de l'art. L. 227-10 C. com. comme la fusion, soient prises au moins à la majorité²⁰⁸. L'abandon en cours d'examen du texte de loi de toute exigence de majorité démontre la totale liberté statutaire²⁰⁹.

²⁰³ Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », JCP éd. E, 1994, Cahier de droit des entreprises, n°2, p.13

²⁰⁴ Michel GERMAIN, « Le droit de vote », LPA, 2001, n°89, p.8

²⁰⁵ Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », *In Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, Pratique des affaires, GLN Joly éd., 1994, n°90

²⁰⁶ Michel GERMAIN et Jean-Louis PERIN, « SAS, L'organisation des pouvoirs », J-Cl. Sociétés, Traité, Fasc. 155-2, 1995, n°82

²⁰⁷ Rapports de François TERRE et Jacques MESTRE au Colloque de l'Association Droit et Commerce, La loi de la majorité, RJ com., 1991, p.9 et 138

²⁰⁸ Jean-Louis PERIN, « Les SAS, L'organisation des pouvoirs », Pratique des affaires, Joly éd., 2000, n°515

²⁰⁹ JOAN CR, 12 juin 1993, p. 1415

Pour conclure ce débat et accepter cette solution, il nous semble qu'il suffit de se souvenir qu'un droit de vote plural peut être stipulé. Là aussi semble-t-il une minorité d'actionnaires aura la possibilité de décider pour la majorité.

B) Seul contre tous : un associé à droit de vote plural pourrait-il prendre seul la décision ?

Les rédacteurs des statuts peuvent instituer un droit de vote plural au profit d'un actionnaire ou d'une catégorie d'actionnaires.

Les associés doivent prendre garde à ce genre de clause qui, combinée à des modes très souples de convocation, peut causer des surprises²¹⁰. La fusion est une décision collective qui va engager tous les associés y compris ceux qui avaient émis un vote défavorable, blanc ou nul, s'étaient abstenus ou étaient absents.

Prenons pour exemple, les statuts de la société ARTIVI SAS²¹¹. Ils ont prévu que pour la fusion, le quorum sera de la moitié des actions sur première consultation, qu'aucun quorum n'est requis sur deuxième consultation et que la décision sera prise à la majorité des deux tiers. Par conséquent, sur deuxième consultation, un très petit nombre d'associés peut décider de la fusion. Cette situation pourrait être bien plus grave si les statuts ne stipulaient pas que le nombre de droits de vote attachés aux actions détenues est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent. En effet, si les statuts attribuaient un droit de vote multiple à certaines actions ou s'ils comportaient une clause permettant d'additionner les droits de vote pour une consultation et tous être utilisées pour une seule résolution, il serait possible qu'un seul actionnaire puisse décider de la fusion et ce malgré l'opposition de tous les autres coassociés.

Dans ce contexte de liberté quasi-absolue, on ne voit pas pourquoi une fraction minoritaire des associés ne pourrait pas prendre une telle décision. Certes, tous les associés ne sont pas réellement libres, puisqu'une telle fusion va être contraignante pour les ceux qui étaient absents ou qui se sont opposés. Est-ce pour autant choquant ? Il nous semble que non puisqu'il n'est nul besoin de ce procédé pour que la fusion puisse être prise à la minorité : avec l'utilisation de la technique de l'action à vote plural, on arrive au même résultat²¹².

§2) La clause d'agrément : ombre et lumière !

La fusion va entraîner l'entrée de nouveaux associés dans la SAS. Ces anciens actionnaires de la société absorbée vont recevoir des actions de la SAS et acquérir par la même la qualité d'associés de cette SAS. La question se pose alors de savoir s'il est possible, à cette occasion, d'appliquer les dispositions statutaires relatives à l'agrément des nouveaux associés et de les leur imposer.

²¹⁰ Paul LE CANNU et Alain COURET, « Société par actions simplifiée », étude du juri-dictionnaire, Joly sociétés, 2001, Traité, n°83

²¹¹ RCS Strasbourg, 440 123 487

²¹² Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », JCP éd. E, 1994, Cahier de droit des entreprises, n°2, p.13

Cette question mérite une attention certaine. A priori, les associés de la SA ont par l'approbation de la fusion, accepté l'entrée de nouveaux actionnaires. La superposition d'un agrément ne serait donc pas justifiée. (A)

Cependant, comme il se peut qu'un seul associé ait décidé de la fusion, une procédure d'agrément peut être utile. (B)

A) L'agrément des anciens associés : a priori une justification plus que douteuse....

Les statuts de la SAS peuvent comporter une clause soumettant à agrément toute cession d'actions à de nouveaux associés. La fusion conduisant à l'entrée des associés de la société qui disparaît dans la société bénéficiaire, peut-on leur imposer un agrément préalable ?

A priori, quelle que soit la forme de la société absorbante, cet agrément n'est pas nécessaire. Une partie de la doctrine considère même que la clause prévoyant l'agrément des cessionnaires ne peut trouver ici application²¹³.

La fusion emportant transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante, celle-ci se trouve automatiquement tenue d'assumer les obligations qui étaient à la charge de la société absorbée, tant à l'égard des créanciers que des associés de cette dernière. Or, parmi ces obligations figure notamment celle de remplir les associés de leurs droits. La SAS doit rémunérer les actionnaires de la société qui disparaît en leur remettant des actions qu'elle émet pour la circonstance ; elle ne peut se soustraire à cette obligation en invoquant la nécessité pour les associés de se faire préalablement agréer.

De plus, l'exigence de l'agrément est quelque peu inutile puisque la fusion elle-même a été acceptée par la collectivité des associés de la SAS ; il est difficile d'admettre que les organes de direction, la collectivité des associés, voire un associé puissent venir paralyser ou remettre partiellement en cause cette opération en refusant d'agréer certains associés ou actionnaires de la société qui disparaît. On se trouverait en présence d'une véritable exclusion déguisée. Une atteinte grave serait portée au principe d'égalité qui doit régner dans les opérations de fusion²¹⁴.

B) ...mais l'utilité d'un «double agrément » se démontre....

Dans la SAS, la situation est cependant atypique. Comme nous avons pu le constater, la décision de fusion pourrait être décidée à la majorité simple ou même à la minorité qualifiée et ce sans condition de quorum. La quotité du droit de vote n'étant pas nécessairement proportionnelle au capital, on pourrait imaginer par exemple qu'une seule action, qu'un seul associé décide de la fusion, fusion qui sera opposable à tous les autres associés.

Cette situation est plutôt gênante dans une société où les associés sont liés par un très fort intuitu personae et où les possibilités de quitter la société peuvent être restreintes voire même supprimées. Il est légitime pour les associés d'une SAS de pouvoir choisir avec qui ils

²¹³ Barthélemy MERCADAL et Philippe JANIN, « Mémento Pratique, Sociétés commerciales », éd. Francis Lefebvre, 2002, n°26.634 s. ; Jean-Pierre BERTREL et Michel JEANTIN, « Acquisitions et fusions de sociétés commerciales », LITEC, 2^{ème} éd. 1991, n°935 s.

La même analyse est défendue par la COB (Bull. COB, décembre 1980, p.6)

²¹⁴ Jean-Pierre BERTREL et Michel JEANTIN, « Acquisitions et fusions de sociétés commerciales », LITEC, 2^{ème} éd. 1991, n°935 s.

souhaitent être associés. Or, à la suite d'une fusion, la SAS pourra comporter parmi ses associés un nouveau venu, non agréé, et surtout non désiré.

Pour toutes ces raisons, de nombreux auteurs²¹⁵ pensent que la clause d'agrément devra, le cas échéant, être respectée. La SAS doit pouvoir se prémunir contre les changements intempestifs d'associés résultant de la fusion.

La jurisprudence a déjà précédemment décidé que l'agrément n'est pas écarté dès lors que « la fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément prévue dans les statuts d'une SA est interdite »²¹⁶.

Dès lors, on ne voit pas pour quelles raisons, les associés de SAS ne pourraient pas étendre l'agrément à des opérations telles que la fusion qui ne sont pas expressément exclues du domaine de l'agrément.

Une clause idoine des statuts peut donc expressément soumettre l'opération d'échange de titres consécutive à la fusion à un agrément donné par l'organe désigné compétent par les statuts. Cet organe pourra donc paralyser une opération régulièrement décidée « collectivement » par les associés.

De telles clauses se retrouvent fréquemment en pratique. Sur les trois exemples de fusion-absorption par une SAS recueillis auprès du registre du commerce et des sociétés de Strasbourg, deux²¹⁷ comportent une telle stipulation. Il reste cependant que cette clause ne nous paraît pas justifiée dans ces exemples puisqu'en application des statuts ce sont les associés qui délibéreront à la fois sur le principe de la fusion et sur la procédure d'agrément (et ce dans les mêmes conditions de majorité). Les associés ont donc ici le pouvoir de revenir sur leur décision ; en approuvant la fusion, ils étaient présumés avoir agréé définitivement les associés ou actionnaires de la société absorbée.

Cependant, au vu des libertés offertes aux rédacteurs des statuts pour aménager les modalités de prise de décision collective, il nous semble en général que cette clause peut s'avérer très utile et selon les cas protéger les minoritaires qui n'auraient pu influencer sur la décision de fusion. De ce fait on ne voit pas réellement ce qui pourrait s'y opposer et justifier une telle restriction.

²¹⁵ Frédéric MASQUELIER et Nicolas SIMON DE KERGUINIC, « SAS : Création, Gestion, Evolution », Encyclopédie DELMAS, 2000, n°1515 ; Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCIO, Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, Lamy sociétés commerciales, éd. Lamy, 2001, n°1690

²¹⁶ Cass. com. 3 juin 1986, n° 85-12.657, Dalloz 1987, jurisprudence, p. 96 note Jean-Jacques DAIGRE

²¹⁷ RCS Strasbourg : ARTIVI SAS (440 123 487) et WEB SYNERGY SAS (411 124 076)

CONCLUSION

Etudier par le menu les décisions de fusion-absorption à l'échelle d'une société absorbante en la forme d'une SAS et d'une société absorbée d'une autre nature nous aura permis de constater l'étroitesse de la marge de manœuvre des dirigeants de la société cible acculés à une décision unanime ou au minimum prise à une majorité qualifiée et l'extraordinaire champ de liberté qui s'ouvre aux managers de la SAS.

Si ces derniers disposent de statuts appropriés, songeons simplement qu'une minorité, voire à l'extrême une personne seule, pourra décider au sein de la SAS de la fusion avec une autre société.

C'est considérable, ce n'est pas une évolution en droit des sociétés, il faut appeler cela une révolution dont nous n'avons pas encore pris la pleine mesure, il faut en convenir.

C'est un remake sur le plan juridique naturellement, de DAVID qui terrasse GOLIATH.

On a peine à imaginer que ce fût vrai, simplement possible, tant cela bouleverse nos schémas de pensée traditionnels. Certains parlent de « droit fiction ».

Des générations de juristes, tous ceux que la faculté aura « breveté » avant 1994 ou même pour les plus alanguis avant 1999, découvrent aujourd'hui, peu à peu, avec stupeur ce « machin » à peine croyable et qui vient à heurter notre raisonnement cartésien, cette « chose » faite de minorités qui bafouent les majorités, d'absence de quorum, de majorités à 15%, d'associés à exclusion, une espèce d'« invertébré » sans assemblée générale qui est normalement l'épine dorsale d'une société, et j'en passe.

Il faudra beaucoup de temps pour que tout ce monde se familiarise avec les nouveaux concepts et sache les utiliser à bon escient.

Les plus conservateurs ne s'y feront peut-être jamais et gémiront sur l'anarchie²¹⁸ et l'inévitable désordre engendré avec la perspective de procès en masse sur fond d'engorgement des tribunaux.

Les plus progressistes qui s'affirment de plus en plus, y verront la possible émergence d'un nouvel ordre sociétaire où l'imagination sera au pouvoir.

Dans les deux camps, tous néanmoins sont actuellement réunis par un même constat : nos sociétés sont en crise, nos entreprises sont frappées d'un mal inquiétant et endémique. Il a un nom : le désordre dans leur gouvernement.

Partout l'analyse est la même : inefficacité de bon nombre de conseils d'administration et une trop grande liberté des managers qui ont conduit des politiques de croissance quelquefois insensées, à des diversifications hasardeuses et à des rémunérations titanesques doublées d'indemnités pharaoniques en cas de départ.

²¹⁸ Voir notamment Marie-Anne FRISON ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », Le Monde, mardi 19 octobre 1999

Partout des grandes sociétés, les fleurons des bourses mondiales, que l'on croyait formidablement pérennes, s'écroulent comme des châteaux de cartes et demandent la protection des institutions.

Les exemples abondent aux Etats-Unis (Texaco, Financial Corp of America, Mcorp, Pacific Gas and Electric Co, Enron Corp., Global Crossing Ltd, Adelphia Communications, Kmart Corp. pour citer les faillites les plus retentissantes depuis 1980). En France le problème n'est pas méconnu : le scandale du Crédit Lyonnais hante encore nos esprits et plus récemment les déboires de Vivendi Universal nous interpellent avant que ne se déclenchent des tempêtes sur France Télécom.

Depuis de très nombreuses années ce mal est diagnostiqué et aux Etats-Unis précisément est né un mouvement qui vise à réformer en profondeur l'administration des sociétés. Il a un nom : « LA CORPORATE GOVERNANCE » avec deux idées fondamentales à la clé : séparer la gestion du contrôle et mettre en place des dirigeants indépendants²¹⁹.

C'est un chantier urgent car les abus sont patents et les déviances menacent gravement l'équilibre économique et financier à l'échelle planétaire.

Ce mouvement a été relayé un peu plus tard en Europe mais jusqu'à ce jour ses idées novatrices dans la direction des entreprises n'ont pas pu prospérer, notamment en France où le carcan législatif et réglementaire de nos SA, même à Directoire, était vraiment trop rigide.

Il a fallu dans notre pays pour tenir compte de ces nouvelles idées de LA CORPORATE GOVERNANCE, voter un texte de loi qui est intervenu le 15 mai 2001 sous le titre « Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques ».

Cette loi réforme notre droit des sociétés commerciales ; elle a pour objectif une meilleure information des minoritaires et un rééquilibrage du contrôle de la gestion de la société au profit des apporteurs de capitaux en vue d'attirer la confiance de nouveaux bailleurs de fonds.

Il s'agit ni plus ni moins d'introduire plus de transparence dans le fonctionnement des sociétés.

Le législateur pense y parvenir notamment au moyen de la mise en oeuvre de diverses mesures inégales dans leur importance, entre autres : l'amélioration de l'information des comités d'entreprise et de groupe, la réduction du nombre maximum de membres du conseil d'administration ou de surveillance, la dissociation des fonctions de Président du Conseil d'Administration et de Directeur Général, la réforme du cumul des mandats, la suppression de la faculté statutaire d'exiger la détention d'un minimum d'actions pour participer à une assemblée générale, l'approbation par l'assemblée générale ordinaire des comptes consolidés, la sanction pénale pour le Président de la SAS en cas de défaut de consultation des associés, etc....

Cette propension vers plus de transparence va certainement aller en s'accélégrant.

Mais voilà que dans cet environnement où la transparence précisément est le maître mot, cohabite une société où les associés décident seuls et en toute impunité pourrait-on dire du mode de fonctionnement, où la loi est presque muette et les dispositions impératives si rares.

Est ce une raison de laisser se développer un mouvement de fond vers les SAS où le contrôle est une notion tout à fait accessoire ; à preuve la nouvelle loi NRE n'a pas songé à imposer à la SAS comme aux autres sociétés l'approbation des comptes consolidés !

²¹⁹ Jean-Jacques DAIGRE, « Le gouvernement d'entreprise : feu de paille ou mouvement de fond ? », Droit et Patrimoine, juillet/août 1996, p.21

Est ce que le législateur tient un double langage ? Il promet d'un côté une société dont l'opacité est le « sel » et par ailleurs corsète un peu plus les autres en vue de la protection des minoritaires.

Le seul fait que la SAS n'ait pas la possibilité de recourir à l'appel public à l'épargne, explique t-il cette dichotomie en droit français des sociétés commerciales ?

La réponse n'est pas évidente. Est ce une démarche voulue, raisonnée des pouvoirs publics?

Est ce que législateur aurait tendance à estimer qu'il faut faire l'essai du mariage de l'eau et du feu c'est à dire de LA CORPORATE GOVERNANCE et de la SAS en laissant à des théoriciens imaginatifs et à des praticiens créatifs le privilège d'inventer une nouvelle forme de société ayant pour cadre juridique la SAS avec la possibilité d'en faire un laboratoire pour une « nouvelle et bonne gouvernance » de nos sociétés.

Gouvernance est un des nombreux dérivés du verbe latin « gubernare » qui désigne au sens propre l'action de diriger un navire et au figuré l'art de conduire le char de l'Etat. De là à diriger celui d'une entreprise il n'y a qu'un pas²²⁰.

Personnellement nous préférons le mot « gouvernance » à celui de gouvernement, trop typé. Il faut espérer que tous ceux qui auront à imaginer ce ou ces nouveaux modèles auxquels la SAS de droit français peut prêter son habit qui est tout sauf un fourreau, sauront faire preuve de bon sens pour conjuguer au travers des dispositions statutaires dont ils auront la pleine maîtrise, les intérêts plus ou moins convergents des différents acteurs en présence : les actionnaires majoritaires, les actionnaires minoritaires, les dirigeants, les salariés.

Mais de notre point de vue les dés sont déjà pipés. Nous avons la conviction intime que les praticiens iront vers la facilité et conserveront à la SAS sa vocation de société fermée dont l'opacité sera un des attraits essentiels.

Si leur tentative d'élaboration d'un nouveau modèle performant devait échouer, ce que nous craignons, et que par ailleurs les prétoires aient à connaître trop massivement de difficultés d'interprétation ou de collisions de clauses incohérentes dans les statuts des SAS, le législateur devrait malheureusement intervenir pour fixer des limites et donc des contraintes afin de protéger les moins puissants, car comme le soulignait déjà Henri LACORDAIRE, ce génial prédicateur dominicain au XIXème siècle :

« Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».

²²⁰ Colette GUILLEMARD, « La bonne gouvernance », Le Figaro, samedi 24, dimanche 25 août 2002

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages généraux

- Jean-Pierre BERTREL et Michel JEANTIN, *Acquisitions et fusions de sociétés commerciales*, deuxième édition, LITEC, 1991
- Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, *Droit des sociétés*, LITEC , 11^{ème} Ed., 1998
- Paul DIDIER, Droit commercial, Tome 2, *L'entreprise en société*, PUF, Thémis, 1999
- Barthélemy MERCADAL et Philippe JANIN, *Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, Ed. Francis Lefèvre, 2002
- Jacques MESTRE, Dominique VELARDOCCHIO et Christine BLANCHARD - SEBASTIEN, *Lamy Sociétés commerciales*, Ed. Lamy, 2001
- *Protection des minoritaires, Sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne*, Ed. Francis Lefèvre, 2001

2. Ouvrages spéciaux

- Jean-Pierre BRILL, « *Constitution, mutations et disparitions des SAS* », Colloque organisé par le centre de droit des affaires de l'Université Robert Schuman de Strasbourg du 21 janvier 2000, *LPA*, 2000, n°185, p.33
- Anne CHARVERIAT et Alain COURET, *SAS, Nouveaux atouts après la loi NRE*, Dossiers Pratiques F. Lefebvre, éd. F. Lefebvre, 2001
- Charles GOYET, « *Les limites du pouvoir majoritaire dans les sociétés* », Colloque de Deauville 1990, *La loi de la majorité*, RJ com., n° spécial, novembre 1991, p.7
- Charley HANNOUN, « *La société par actions simplifiée, entre son présent et son avenir* », in *La SAS, Expériences nationales ou étrangères et perspectives européennes*, Colloque, AJAI du 28 novembre 1996, *LPA*, 1997, n°43, p.3
- Paul LE CANNU et Alain COURET, « *Société par actions simplifiée* », Juridictionnaire Joly Sociétés, Traité, 2001

- Philippe MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1996
- Frédéric MASQUELIER et Nicolas Simon DE KERGUINIC, *SAS : Création – Gestion – Evolution*, encyclopédie DELMAS, 2000
- Gérard MAZET, « *Les clauses statutaires d'agrément* », JCP éd. E, 1994, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, p.13
- Pierre-Louis PERIN, *La SAS, L'organisation des pouvoirs*, Préface de Michel Germain, Pratique des affaires, Joly éditions, 2000
- Nicolas RONTCHEVSKY, « *Présentation générale de la SAS après la loi du 12 juillet 1999* », Colloque organisé par le centre de droit des affaires de l'Université Robert Schuman de Strasbourg du 21 janvier 2000, *LPA*, 2000, n°185, p.26
- Dominique SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la SA*, Pratique des affaires, Joly éd., 1999
- Dominique SCHMIDT, « *Exposé introductif* », Colloque de Deauville 1990, *La loi de la majorité*, RJ com, n°spécial, novembre 1991, p.7
- Dominique VIDAL, *La SAS*, éd. Montchrestien, 1994

3. Articles de doctrine et études

- Michel ARMAND - PREVOST, « *L'expertise de gestion* », RJ com., 1998, n°4, p.125
- Guy BAUDEU, « *Commentaire de la loi du 3 janvier 1994 et éléments de clauses statutaires* », *LPA*, 1994, n°55, p.10
- Guy BAUDEU, « *La SAS : Pratiques statutaires* », in *La SAS, Expériences nationales ou étrangères et perspectives européennes*, Colloque AJAI du 28 novembre 1996, *LPA*, 1997, n°43, p.10
- Jean-Pierre BERTREL, « *La SAS : bilan et perspectives* », *Droit et patrimoine*, 1999, n°74, p.40
- Philippe BISSARA, « *L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions* », *Rev. sociétés*, 1990, p.553
- Antoine BONNASSE, « *Fusions-scissions, Principes généraux* », *J-Cl. Sociétés*, Fascicule 161-10, 2001

- Jean-Pierre BOUERE, « Evénements structurels affectant une société par actions simplifiée », *in Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, GLN Joly éditions, Pratique des affaires, 1994, p.81
- Jean-Pierre BOUERE, « SAS et accords d'actionnaires », *LPA*, 1991, n°31, p.4
- Raymond CANNARD, « Pourquoi et comment utiliser la SAS », *Droit et patrimoine*, avril 1994, p.24
- Jean-Jacques CAUSSAIN, « Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs », *JCP éd. E*, 1999, p.1664
- Jean-Jacques DAIGRE, « Décisions collectives », *in Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, GLN Joly éditions, Pratique des affaires, 1994, p.37
- Jean-Jacques DAIGRE, « Faut-il banaliser la société par actions simplifiée », *JCP éd. E*, 1999, Aperçu rapide, p.977
- Jean-Jacques DAIGRE, « Les clauses relatives à la cession des actions », *JCP éd. E*, 1994, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, p.13
- Philippe DELEBECQUE, « Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires », *in Société par actions simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et al.*, GLN Joly éditions, Pratique des affaires, 1994, p.61
- Olivier DOUVRELEUR, « Le projet de loi instituant une société par actions simplifiée », *LPA*, 1992, p.4
- Olivier DOUVRELEUR, « Enquête sur les utilisations de la SAS », *LPA*, 1997, n°43, p.7
- Claude DUCOULOUX - FAVARD, « Propos autour de la société anonyme simplifiée et de l'autonomie statutaire », *LPA*, 2001, n°17, p.3
- Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La société par actions simplifiée : une véritable révolution », *Le Monde*, mardi 19 octobre 1999
- Charles GAVOTY et Pierre ULLMANN, « L'absorption par une société par actions simplifiée exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée », *Bull. Joly*, 2001, §177, p.831
- Michel GERMAIN, « Les clauses relatives au fonctionnement de la société », *JCP éd. E*, 1994, Cahiers de droit de l'entreprise, n°2, p.11
- Michel GERMAIN, « Le droit de vote », *LPA*, 2001, n°89, p.8

- Michel GERMAIN, « La SAS libérée (L.n° 99-587, 12 juill. 1999, art.3) », *JCP éd. E*, 1999, p.1505
- Michel GERMAIN et Pierre-Louis PERIN, « Clauses statutaires relatives à la stabilité du capital », *J-Cl. Sociétés Traité*, Fasc. 155-30, 2000
- Michel GERMAIN et Pierre-Louis PERIN, « Sociétés par actions simplifiée », *J-Cl. Sociétés*, Traité, Fasc. 155-10, 2001
- Michel GERMAIN et Jean-Louis PERIN, « SAS, L'organisation des pouvoirs », *J-Cl. Sociétés*, Traité, Fasc. 155-2, 1995
- Yves GUYON, « L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, art.3) », *Rev. sociétés*, 1999, p.505
- Yves GUYON, « Présentation générale de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 1994, p.207
- Peter HOMMELHOFF, « Les petites sociétés anonymes dans le système juridique allemand », *Rev. sociétés*, 1996, p.245
- Jean HONORAT, « La société par actions simplifiée ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés », *LPA*, 1996, n°99, p.5 et n°100, p. 4
- Michel JEANTIN, « Fusions-scissions, Conditions de réalisation, Décision des associés », *J-Cl. Sociétés*, Fascicule 164-C, 1988
- Michel JEANTIN, « Les associés de la SAS », *Rev. sociétés*, avril-juin 1994, p.223
- Paul LE CANNU, « La SAS pour tous (L.n° 99-587, 12 juillet 1999, art.3) », *Bull. Joly*, 1999, §198, p.841
- Paul LE CANNU, « Direction et contrôle de la société par actions simplifiée », *in Société par action simplifiée*, Alain COURET et Paul LE CANNU *et all*, GLN éditions, Pratique des affaires, 1994, p.23
- Paul LE CANNU, « Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la société par actions simplifiée », *Rép. Defrénois*, 1994, I, n° 35933, p.1345
- Hervé LE NABASQUE, « La SAS et la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés*, 2001, p.589
- Didier MARTIN, « L'exclusion d'un actionnaire », *in La stabilité du pouvoir et du capital dans les sociétés par actions*, *RJ com.* 1990, p. 94
- Jean PAILLUSSEAU, « La nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés ! », *Dalloz*, 1999, chronique, p.333

- Annabelle PANDO, « SAS, Une souplesse à encadrer », *L'AGEFI – ACTIFS*, n°7, semaine du 30 mars au 5 avril 2001, p.12-13
- Pierre-Louis PERIN, « La transformation en société par actions simplifiée d'une société d'une autre forme », *Actes pratiques – Sociétés*, mars-avril 2000, p.25
- Pierre-Louis PERIN, « De quelques pièges à éviter dans l'organisation de la société par actions simplifiée : connaître et respecter les limites de la liberté d'organisation de la SAS », *Droit des sociétés*, Juin 1994, chronique 6
- Bruno PICHARD, « Fusionner une société par actions simplifiée, une opération à risque ? » : *JCP*, éd. E, 2001, p.21
- Sybille PLANTIN, « Transformer une société anonyme en société par actions simplifiée : motifs et procédure » : *JCP*, éd. E, 1999, p.1906
- Didier PORACCHIA, « Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p.223
- Dominique RANDOUX, « Une forme sociale ordinaire : la société par actions simplifiée », *JCP*, éd. N, 1999, p.1567
- Dominique RANDOUX, « La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises : la SAS », *JCP*, éd. N, 1994, doctrine, p.69
- Yves REINHARD, « La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée », *RTD com.*, 1999, p.898
- Jean-Loïc REUMONT, « La société par actions simplifiée, premières expériences et premières difficultés », *LPA*, 1996, n°140, p.14
- Fabrice RIZZO, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD com.*, 2000, p.27
- Jean-Patrice STORCK, « La continuation de la société par l'exclusion d'un associé », *Rev. sociétés*, 1982, p.234
- Jean STOUFFLET, « Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée », *Rev. sociétés*, 2000, p.242
- Jean-Bernard THOMAS et Olivier ORTEGA, « La SAS ou le droit saisi par la pratique », *JCP*, éd. E, 1994, Cahier de droit des entreprises, n°2, p.2
- Didier VALETTE, « Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée (article 3 de la loi du 12 juillet 1999). Présentation du dispositif », *Rev. sociétés*, 2000, p.215

4. Notes, observations, rapports et conclusions

- Jean-Pierre BERTREL, note sous Cass. Com. 26 mars 1996, *RTD com.*, 1996, p.487
- A. BESSON, note sous Cass. Com. 9 février 1937, *Dalloz*, 137, I, p.73
- CORDONNIER, note sous Cass. Com. 7 avril 1932, *Dalloz*, 1932, I, p.153
- Jean-Jacques DAIGRE, note sous Cass. Com. 9 février 1999, *Bull Joly*, 1999, §122, p.567
- Jean-Jacques DAIGRE, note sous Cass. Com. 3 juin 1986, *Dalloz*, 1987, Jurisprudence, p.95
- Laurent GODON, note sous Cass. Com. 26 mars 1996, *Rev. sociétés*, 1996, p.793
- Yves GUYON, « Les statuts ne peuvent supprimer le droit de vote d'un associé d'une société en commandite par actions », note sous Cass. Com. 9 février 1999, *JCP éd. E*, 1999, p.724
- Jean-Claude HALLOUIN, note sous Cass. Com. 26 mars 1996, *Dalloz*, 1996, sommaires commentés, p.343
- Charley HANNOUN, note sous Cass. Com. 26 mars 1993, *Dalloz*, 1996, sommaires commentés, p.343
- Paul LE CANNU, note sous Cass. Com. 26 mars 1996, *Bull. Joly*, 1996, §213, p.604 et *Rev. sociétés*, 1999, p.81
- Bruno OPPETIT, note sous Cass. Com. 13 octobre 1971, *JCP*, 1972, Jurisprudence, n°16.949
- Yves PACLOT, note sous Cass. Com. 13 décembre 1994, *JCP éd. E*, 1995, II, n°705
- Jean PAILLUSSEAU, note sous Cass. Com. 22 octobre 1969, *JCP éd. N*, 1970, II, n°16197
- Michel VASSEUR, note sous Cass. Com. 13 octobre 1971, *Dalloz*, 1972, Jurisprudence, p.93

Table des matières

Les chiffres renvoient aux pages

Introduction	4
Titre I La fusion sous l'angle de la société absorbée : quel consentement ?	13
CHAPITRE I Le consentement unanime des associés de la société absorbée : désir ou nécessité ?	15
Section I La transformation nécessite l'unanimité. Quid de l'absorption ?	16
§I On ne devient pas associé d'une SAS contre son gré	16
A. L'unanimité comme condition de la décision de transformation	17
B. Une limite inattendue au pouvoir décisionnel des majoritaires	18
§II Une situation à haut risque : « je suis membre d'une société absorbée »	19
A. Fusions et transformations : des démarches différentes...	19
1 Des motifs et des buts différents	
2 Des conséquences juridiques souvent opposées	
B. ...Et une règle toujours d'actualité : « ce qui n'est pas interdit est licite »	20
Section II Une première tentation : une majorité qualifiée en cas d'absorption	21
§I La fusion sous l'angle d'une simple modification des statuts	21
A. Raison d'être d'un principe	21
B. Un décision majoritaire	22
§II L'hypothèse d'une fusion lésionnaire en cas d'augmentation des engagements des associés	22
A. Une simple liberté écornée constitue t-elle une augmentation des engagements ?	23
B. Mise en œuvre de cette notion en cas d'absorption d'une société par une SAS	24

CHAPITRE II	Devenir associé d'une SAS : un destin aux contours incertains !	26
Section I	La SAS : un champ de mines pour les associés	28
§I	« Les associés captifs »	29
	A. La suppression du droit de négocier les actions : une clause à durée « déterminée » !	30
	B. L'agrément à la cession : une contrainte à durée « illimitée » !	31
§II	« Les associés indésirables »	34
	A. L'exclusion à titre de répudiation	35
	B. L'exclusion à la mode texane	37
Section II	L'entrée dans une SAS « bon teint »	38
§I	Le maquis des droits individuels des associés	39
	A. A l'aune des procédures inégalitaires	40
	1 La dissociation entre propriété et pouvoir	
	2 Atteintes légales et statutaires au droit de vote	
	B. Un no man's land réglementaire	42
	1 Une organisation « limite »	
	2 Un statut légal d'associé « peau de chagrin »	
	3 Une curieuse détermination du prix de cession	
§II	La SAS, le meilleur allié des minoritaires ?	47
	A. Les droits de l'actionnaire en cours de vie sociale	47
	1 Un droit à l'information à géométrie variable	
	2 Le droit de vote	
	B. Les droits de l'actionnaire sortant	49
Titre II	La teneur du consentement au sein d'une SAS absorbante : originalités !	52
CHAPITRE I	Un impératif sommaire : une décision à prendre collectivement ... !	53

Section I	Toute référence ou ressemblance avec les assemblées d'actionnaires de SAS n'est que pure coïncidence	53
§I	Oh surprise : des assemblées générales... facultatives	54
§II	Le principe majoritaire : une notion.... au rancart !	54
Section II	Une notion sibylline : « l'exercice collectif par les associés ! »	56
§I	Le rôle dévolu aux associés	57
§II	Le droit à l'information	57
CHAPITRE II	La mise en place des procédures de prise de décision collective : quand démocratie rime avec inégalités !	59
Section I	L'étendue de la démocratie	59
§I	Le droit de vote : « ... un animal blessé mais jamais mort ! »	60
§II	Le droit de vote : « une hydre polymorphe ! »	61
Section II	Le dilemme de la fusion : à qui la décision ?	62
§I	La fusion dictée par une minorité ?	63
	A. Une solution qui décoiffe : même une majorité simple n'est pas requise	64
	B. Seul contre tous : un associé à droit de vote plural pourrait-il prendre seul La décision ?	65
§II	La clause d'agrément : ombre et lumière !	65
	A. L'agrément des anciens associés : a priori une justification plus que douteuse	66
	B. mais l'utilité d'un « double agrément » se démontre	66
Conclusion		68