

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# *La lettre de France*





# La lettre de France

Jean-Claude HALLOUIN

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers

Mis à part une actualisation de la partie de la précédente chronique consacrée à la lecture des décisions de la Cour de cassation<sup>1</sup>, la présente chronique sera consacrée à l'évolution de certains aspects du droit français des sociétés. Il ne s'agit pas de broser un tableau d'ensemble de l'évolution. Il ne s'agit pas, non plus, de se limiter aux réformes les plus récentes, bien qu'il y ait eu trois lois importantes<sup>2</sup>. Le choix a été fait de ne pas entrer trop dans le détail du régime mais de s'intéresser à des aspects un peu plus notionnels. Le choix a été fait aussi de ne pas aborder pour l'instant ce qui a trait au commissariat aux comptes et à la bourse. Dans le prolongement de l'affaire *Enron*, une importante réforme vient tout juste d'entrer en vigueur. Il a semblé préférable d'attendre d'avoir un peu plus de recul.

Les thèmes abordés traitent de certains aspects des trois formes de sociétés commerciales les plus importantes et les plus répandues : la SARL, la SA et la SAS<sup>3</sup>.

On découvrira, chemin faisant, que l'un des maîtres mots de l'évolution est sans doute : souplesse.

---

<sup>1</sup> Jean-Claude HALLOUIN, « La lettre de France », (2001) 35 *R.J.T.* 409.

<sup>2</sup> *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (dite *Loi NRE*); *Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 sur l'initiative économique*; *Loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 sur la sécurité financière*.

<sup>3</sup> Il sera outrageusement sacrifié au goût français pour les acronymes : SARL pour société à responsabilité limitée, SA pour société anonyme, SAS pour société par actions simplifiée.

## I. Les apports et le capital dans la SARL

À la différence du droit québécois qui distingue les compagnies et les sociétés, le droit français a une notion unique de société qui englobe les sociétés sans personnalité morale (sociétés non immatriculées), les sociétés de personnes et les sociétés par actions (sociétés de capitaux). Les deux dernières catégories sont dotées de la personnalité morale. Parmi celles-ci figure la SARL qui est considérée comme une forme intermédiaire entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Pour faire bref, disons que, comme son nom l'indique, elle est à risque limité – les associés ne sont pas tenus des dettes de la société –, mais que les associés sont titulaires de parts et non d'actions, sous réserve de préciser que ce sont des parts de capital.

La SARL est de très loin la forme de société commerciale la plus utilisée. Elle est bien adaptée pour les petites ou moyennes entreprises, y compris dans sa variante unipersonnelle, qui est fréquemment désignée par EURL (Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée), mais qui est bien une SARL dont la seule particularité est d'avoir un seul associé. La SARL peut aussi être utilisée par un investisseur étranger. C'est l'une des formes qui est fréquemment choisie.

La SARL a été introduite en droit français en 1925, à l'imitation de la GMBH du droit allemand. Elle était alors assez proche d'une société de personnes. La loi du 24 juillet 1966, qui demeure la grande loi contemporaine sur les sociétés commerciales, qui a été intégrée dans le nouveau *Code de commerce* (aux articles L 211-1 à L 248-1), l'avait rapprochée des sociétés de capitaux. Deux réformes récentes viennent jeter le trouble. L'une permet aux statuts de fixer librement le montant du capital<sup>4</sup>. Elle autorise ce que la pratique s'est empressée d'appeler la SARL à 1 euro. L'autre permet sans restriction des apports en industrie<sup>5</sup>. L'objectif du législateur est clair : faciliter la création d'entreprises. Mais le droit des sociétés s'en trouve sérieusement malmené. D'importantes notions et distinctions voient leur cohérence mise en péril. À l'occasion de la

---

<sup>4</sup> Article 1<sup>er</sup> du titre I de la *Loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique* qui a modifié l'article L. 223-2 C. com.

<sup>5</sup> *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (dite *Loi NRE*) qui a modifié l'article L. 223-7 C. com.

présentation des réformes, une question lancinante reviendra : était-ce bien nécessaire?

### **A. Le capital à 1 euro**

Dans la tradition française, les sociétés à risque limité, qui sont dotées de la personnalité morale, doivent avoir un capital dont le montant minimum est fixé par la loi. Jusqu'ici la SARL devait avoir un capital d'au moins 7500 €. Ce montant minimum est exigé au moment de la constitution. Il doit être intégralement souscrit. Il devait aussi être intégralement libéré. Ces dernières années, un assouplissement a été accepté. Il est possible de ne libérer immédiatement que 20 % des apports en numéraire. Le reste devait être libéré dans les cinq ans. À la différence du droit québécois des compagnies, le principe est la libération intégrale du capital, soit immédiate, soit dans un délai court. Il n'y a pas de notion de capital autorisé. Au cours de sa vie, la société doit avoir un capital en permanence au moins égal au minimum légal. Il est tout de même possible de faire une réduction amenant le capital au-dessous du minimum légal. Mais elle ne peut être faite que sous la condition d'une augmentation ramenant le capital au moins au minimum légal. La réduction ne prendra effet qu'à partir du moment où l'augmentation sera réalisée. Il y a aussi des dispositions qui garantissent une certaine consistance du capital. La première est qu'un dividende ne peut être distribué que si les capitaux propres (c'est-à-dire l'actif net) sont au moins égaux au capital. La seconde, qui vient du droit communautaire, est que si les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital (perte de la moitié du capital), une publicité de cette situation est imposée ainsi que la nécessité d'une régularisation.

Le capital apparaît ainsi comme imposant l'investissement d'un minimum de capitaux dans la société. Ces capitaux ne peuvent plus par la suite être distribués. En cela le capital apporte une certaine protection aux tiers. Ces personnes peuvent espérer qu'il y a dans la société des valeurs nettes au moins égales au capital. Certes la protection est en partie illusoire car elle n'interdit que la distribution d'un dividende. Elle n'interdit pas à la société de continuer de contracter des dettes. Les capitaux propres peuvent descendre en dessous du capital. Ils peuvent même être négatifs : la société a plus de dettes que d'actifs. Mais il y a tout de même une fonction de protection dans la mesure où, alors, la situation fait

l'objet d'une publicité qui est efficace : les données sont aujourd'hui facilement accessibles sur Internet. Telles sont du moins la raison d'être et la logique de l'existence d'un capital minimum dans les sociétés à risque limité. Les associés n'étant pas tenus des dettes de la société, le gage des créanciers sociaux est constitué uniquement par le patrimoine de la société. Le capital social impose au départ une consistance minimale à laquelle les prélèvements des associés ne peuvent pas porter atteinte.

Comment alors le législateur a-t-il pu en arriver à permettre la constitution d'une SARL avec un capital d'un euro<sup>6</sup>? Les préoccupations juridiques n'ont eu que très peu de poids. L'objectif essentiel des pouvoirs publics a été d'afficher une très grande facilité de création des entreprises. Dans un contexte de chômage massif, certaines des analyses dominantes mettent en avant la rigidité du marché du travail. Celle-ci serait moindre si les demandeurs d'emploi ne cherchaient pas un poste de salarié, mais créaient eux-mêmes leur entreprise. Les formalités sont souvent perçues, par les créateurs, comme excessives. D'où l'idée de les alléger, y compris dans ce qui n'est pas uniquement une formalité : les capitaux qu'il faut investir.

Il est tentant et facile de critiquer et de stigmatiser l'attitude du législateur. N'est-ce pas vouloir faire du capitalisme sans capitaux! La SARL est en droit français une société. Pour celle-ci la loi prévoit que les associés doivent contribuer aux pertes. N'est-ce pas permettre une société dans laquelle il n'y a aucune contribution réelle aux pertes? Et comme en droit français, les clauses léonines sont aussi celles qui permettent à un associé d'échapper à toute contribution aux pertes, la SARL à 1 euro tomberait sous le coup de la prohibition! Si l'on ajoute que parmi les entreprises qui se créent il y en a au moins la moitié qui ont disparu, faute de viabilité financière, dans les cinq ans alors qu'il fallait un capital social minimum de 7500 €, ce n'est pas à un abaissement de ce minimum qu'il aurait rationnellement fallu procéder mais bien plutôt à un relèvement. Il aurait été préférable de lutter contre la tendance des entreprises françaises à la sous capitalisation.

---

<sup>6</sup> Laure NURIT-PONTIER, « La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences », D. 2003.1612; Thibaut MASSART, « Une grande réforme à petit budget : la SARL au capital de 1 euro », *Bull. Joly* 2002.1361.

Les choses étant ce qu'elles sont, de telles critiques ne sont pas totalement inutiles, mais il est sans doute plus opportun de s'attacher aux répercussions pratiques de la SARL à 1 euro, quitte dans un deuxième temps à revenir à des considérations plus abstraites.

La répercussion la plus évidente, celle qui attire immédiatement l'attention, est la limitation des risques. Est-ce que le ou les associés d'une SARL vont effectivement bénéficier de la limitation des risques au montant de leur apport? En théorie, oui. En pratique, il est sérieusement permis d'en douter. Deux considérations entrent ici en ligne de compte. La première est, ce qu'il est convenu d'appeler, la pratique du cautionnement. Lorsqu'une SARL veut emprunter, le banquier accepte, mais à la condition que le dirigeant et éventuellement les associés, garantissent par un cautionnement le remboursement de l'emprunt. Plus la société a des capitaux propres faibles, moins elle offre des garanties intrinsèques de remboursement, et plus le banquier est enclin à subordonner le prêt à l'engagement du gérant et des associés. Pour le passif bancaire, il n'y a plus de limitation des risques. Certes ce n'est pas tout le passif qui est cautionné. Mais le capital à 1 euro est *a priori* utile lorsque les fondateurs ne disposent pas de sommes à investir. Le piège se referme alors sous la forme de l'engagement personnel du gérant et des associés. Le piège est encore plus cruel avec la deuxième considération. Celle-ci tient à l'application de certaines règles en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de la société (ce que l'on appelait autrefois la faillite), notamment l'action en comblement de passif<sup>7</sup>. L'hypothèse est l'état de cessation des paiements de la société. Une procédure judiciaire est déclenchée qui conduit, soit à un plan de redressement, soit à un plan de cession, soit à une liquidation. Lorsque l'entreprise ne peut être sauvée, c'est l'une des deux dernières issues qui est retenue. Là encore, normalement, la limitation des risques continue de s'appliquer. C'est l'un des intérêts majeurs d'une forme de société à risque limité. Seulement dans le dispositif législatif, il existe une mesure qui permet d'atteindre les dirigeants et de mettre à leur charge tout ou partie du passif de la société. Cette action, qui ne peut être mise en œuvre que par certaines personnes parmi lesquelles ne figurent pas les créanciers agissant individuellement, mais parmi lesquelles figurent les principaux organes de la procédure, est en réalité une action en responsabilité délictuelle dotée d'un régime particulier. Il faut une faute de

---

<sup>7</sup> C. com., art. L. 624-3 (anciennement art. 180 de la Loi du 25 janvier 1985).



gestion, un dommage (l'insuffisance d'actif) et un lien de causalité. Il a déjà été jugé que le fait de sous capitaliser une société par rapport à ses besoins prévisibles constituait une faute de gestion<sup>8</sup>. Cette jurisprudence est contestable dans la mesure où les fautes de gestion doivent être commises par les dirigeants alors que le montant du capital est décidé par les associés. Elle est néanmoins fermement acquise, ce qui peut se comprendre : accepter de gérer une société nettement sous capitalisée peut être compris comme une faute de gestion. La SARL à 1 euro a toute chance d'être une illustration supplémentaire de cette jurisprudence. Avoir pu se dispenser d'un capital minimum risque donc de se retourner contre l'associé gérant. Le prix du caractère symbolique du capital a une contrepartie dans l'affaiblissement de la limitation des risques.

Certes il est possible de financer la société autrement que par des apports en capital. Le droit français des sociétés connaît les « apports » en compte courant qui, techniquement, ne s'analysent pas comme des apports, mais comme des prêts consentis par l'un ou l'autre des associés à la société<sup>9</sup>. Les « apports » en compte courant présentent l'inconvénient de ne pas participer des capitaux propres puisqu'ils sont une dette de la société. Ils sont un financement moins stable dans la mesure où ils doivent être remboursés à l'échéance. Si un associé veut faire une SARL à 1 euro et à côté des « apports » en compte courant, il faudra lui conseiller de modifier son choix s'il veut bénéficier de la limitation des risques. À moins que l'activité qu'il envisage ne comporte que très peu de risques auquel cas l'intérêt de la combinaison est de pouvoir ne laisser dans la société que le montant du capital : 1 euro!

En effet, en dehors de la limitation des risques, le fait que la SARL ait un capital de seulement 1 euro a des incidences sur la distribution des bénéfices, la gestion des pertes et les opérations sur capital.

Les incidences sur la distribution du bénéfice sont plus apparentes que réelles. Pour que la société puisse distribuer un dividende, il faut qu'elle ait réalisé un bénéfice. Il en va ainsi quel que soit le capital. Ce que change le capital à 1 euro, c'est qu'il sera pos-

---

<sup>8</sup> Com. 23 nov. 1999, RJDA 2000, n° 457; Aix-en-Provence, 16 mai 2001, RJDA 2002, n° 416.

<sup>9</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 16<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, n° 310 et suiv.

sible de tout distribuer et laisser comme actif net uniquement 1 euro. Seulement à la réflexion, les conséquences du point de vue du bénéfice seront les mêmes quel que soit le capital. Le bénéfice réalisé par la société sera dans tous les cas distribuable. Ce que change le montant du capital, c'est que les sommes qui avaient été investies à titre d'apport, dans le capital, ne pourront pas être distribuées. Il y a tout de même une incidence. Dans la SARL, il y a l'obligation de constituer une réserve dite réserve légale<sup>10</sup>. Chaque année, 5 % du bénéfice doit être affecté à cette réserve jusqu'à ce que celle-ci soit égale à 10 % du capital. Il est clair qu'avec un capital d'un euro, le mécanisme de la réserve légale perd tout son sens.

La situation en cas de pertes se trouve elle aussi affectée. Lorsque la société fait des pertes et que celles-ci ont pour effet d'amener les capitaux propres à un niveau inférieur à la moitié du capital, une publicité dans un journal d'annonces légales et au registre du commerce doit être accomplie<sup>11</sup>. La société dispose d'un délai de deux exercices pour régulariser. Le défaut de régularisation est sanctionné de manière particulière : il n'y a pas de dissolution automatique de la société; la dissolution est judiciaire, toute personne intéressée peut la demander. Une telle action est rare. Si les pertes perdurent, soit la société est soutenue par ses associés, soit elle fait l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires. Le capital à 1 euro a pour conséquence, s'il n'y a pas de réserves, que, dès les premières pertes, la publicité devra être déclenchée.

Parmi les moyens pour régulariser figure la réduction de capital. Ici, le capital à 1 euro rend le procédé inopérant. Il est impossible d'avoir un capital négatif. Il sera donc impossible de le réduire. La seule opération sur capital possible pour apurer les pertes sera l'augmentation. Elle pourra d'ailleurs être le prélude d'une réduction. L'apparition de pertes au bilan aura des conséquences beaucoup plus brutales parce que l'« amortisseur » que constitue le capital n'est pas là.

Ainsi, la SARL à 1 euro rend beaucoup plus délicate la gestion des pertes et des dettes. Si l'on voulait donner une image frappante, on pourrait dire que la société est à risque limité lorsque tout va

---

<sup>10</sup> C. com., art. L. 232-10.

<sup>11</sup> *Id.*, art. L. 223-42.

bien, elle est à risque illimité lorsqu'elle fait des pertes. La deuxième partie de la proposition n'est pas totalement vraie d'un point de vue technique. Elle a toutes les chances d'être confirmée dans la pratique.

Est-ce une raison pour condamner la réforme? L'appréciation doit être nuancée.

Les résultats pratiques risquent d'être décevants. Comme il vient d'être montré, la limitation des risques a de très fortes chances d'être illusoire. La facilité de création aura été mise en avant, la contrepartie – les difficultés de la limitation des risques – n'aura pas toujours été clairement perçue. Des déconvenues cruellement vécues vont se rencontrer. Le souci de lisibilité claire des conséquences de la loi aurait milité pour une autre solution. Cela étant, il ne faut pas prendre les chefs d'entreprises pour plus ignorants qu'ils ne sont. À ce propos, au rebours de l'opinion dominante, une étude récente a montré pour la SARL unipersonnelle, que les défaillances aux conséquences néfastes (extension de procédure ou comblement de passif), y étaient moins fréquentes que pour les SARL pluripersonnelles<sup>12</sup>. La raison : ceux qui avaient fait ce choix s'étaient informés et, connaissant les risques, avaient pris les mesures pour les éviter. Il n'y a pas lieu de supposer que ceux qui choisiront la SARL à 1 euro seront dans l'ensemble plus imprudents que ceux qui ont choisi la SARL unipersonnelle. Cela les conduira à financer le démarrage avec des « apports » en compte courant, puis en fonction des résultats à adapter le montant du capital aux besoins réels de financement de l'entreprise. Dans les sociétés qui n'ont pas besoin de capitaux, par exemple les services, il sera possible de rester avec un capital très faible. Dans les autres sociétés, le capital d'1 euro sera plus souvent une situation transitoire, les augmentations étant faites soit par incorporation de bénéfices ou de réserves, soit par apports nouveaux. Dit d'une autre manière, cela revient à considérer qu'avant la réforme, le capital social minimum était déjà très faible – trop faible – et que son abaissement à 1 euro, au fond ne change pas radicalement les choses.

---

<sup>12</sup> Yves CHAPUT et A. LÉVI (dir.), *L'EURL, Droit, pratique et perspective*, coll. « Le Droit des Affaires », Paris, Litec, 2003.

D'un point de vue dogmatique, le jugement est différent. La SARL à 1 euro brouille des catégories ou des notions fondamentales du droit français.

La première est celle de capital minimum. Il était jusqu'ici indispensable dans les sociétés à risque limité à partir de l'idée que cela constitue une garantie pour les tiers<sup>13</sup>. Ceux-ci ont la certitude qu'il a été investi dans la société des capitaux au moins égaux au capital social. Mais il est depuis longtemps avéré que la garantie pour les tiers est très faible voire vaine. Malgré un capital minimum, la société peut être très endettée et avoir un actif net négatif. L'exemple en a été fourni il y a quelques années avec la sidérurgie. La réserve ici est plus de l'ordre du symbole que de la technique.

La seconde, plus profondément, est la notion française de société. Dans celle-ci, chaque associé réalise un apport et doit contribuer aux pertes. Avec 1 euro de capital, les apports comme la contribution aux pertes sont purement symboliques. Mis à part la forme qui est respectée, il n'y a ni apport, ni contribution aux pertes réels. Ce qui peut conduire à deux remarques qui s'enchaînent.

Il est tout d'abord tentant de mettre l'accent sur l'absence de contribution aux pertes. Or en droit français, les clauses léonines, qui sont prohibées, sont celles par lesquelles un associé se voit écarté de toute vocation aux bénéfices mais aussi celles par lesquelles un associé échappe à toute contribution aux pertes<sup>14</sup>. La stipulation d'un capital d'1 euro serait ainsi une clause léonine. La sanction serait, non pas la nullité de la société, mais la nullité de la clause. Techniquement, la critique n'est pas décisive car la clause léonine ne concerne que la répartition du résultat entre les associés. Malgré le capital d'1 euro, le résultat va être réparti entre les associés (il suffit de supposer deux associés qui ont apporté chacun 50 centimes d'euro).

Il reste, et c'est la deuxième remarque, que l'article 1832 C. civ., qui donne la définition de la société, dit expressément « les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Il faudrait en déduire que la SARL à 1 euro ... n'est pas une société! Mais alors qu'est-elle? Une

---

<sup>13</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Paris, Litec, 1989, spécialement la deuxième partie.

<sup>14</sup> C. civ., art. 1844-1.

association? C'est la qualification de droit français qui vient en premier à l'esprit. Ce serait tomber de Charybde en Scylla, car celle-ci est un groupement à but non lucratif qui ne peut distribuer le bénéfice qu'éventuellement elle pourrait réaliser. Une nouvelle forme, une institution originale? Ce serait engager le droit français dans une voie que le droit québécois connaît bien avec la distinction entre la société et la compagnie mais cette voie n'est, pour l'instant, quasiment pas explorée en France.

En l'état, la SARL, quel que soit le montant de son capital, est une société. Une société qui va soulever des difficultés en cas de défaillance. Il existe bien des correctifs en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, notamment l'action dite en comblement de passif. Mais elle ne peut atteindre que les dirigeants (de droit ou de fait). Le législateur aurait été bien inspiré de l'étendre. À l'imitation du droit belge, il aurait pu retenir la responsabilité des associés lorsque le capital est trop faible eu égard aux besoins de financement de l'activité. Faute de l'avoir fait, le juge sera conduit ouvertement ou indirectement à trouver l'équivalent de la levée du voile de la personnalité morale.

## **B. L'apport en industrie**

L'apport en droit français peut avoir trois sortes d'objet : de l'argent – apport en numéraire –, un bien autre que de l'argent – apport en nature –, un travail ou un service à accomplir ou à rendre – apport en industrie. Les deux premières catégories participent à la constitution du capital. La troisième catégorie y reste étrangère car, dit-on, elle ne constitue pas un gage pour les créanciers. Pour cette raison, les apports en industrie étaient impossibles dans les sociétés à risque limité (sociétés par actions et SARL). Solution simple et cohérente qui a une répercussion dans l'ordre interne. Seuls les apporteurs en capitaux avaient la qualité d'associé. Ils avaient, seuls, le droit de vote. Par conséquent, celui qui détenait la majorité du capital avait le contrôle de la direction de la société (en droit français, le principe est une action ou une part, une voix).

En 1982, une dérogation limitée a été apportée. Sous certaines conditions restrictives, l'apport en industrie est devenu possible dans la SARL. L'idée était de faciliter l'entrée du conjoint pour qu'il puisse plus facilement trouver une place dans l'entreprise exploitée par l'autre époux. Pour cela, il fallait que la SARL ait pour objet l'exploitation d'une entreprise et qu'il y ait eu apport en nature du

fonds de commerce ou du fonds artisanal (ou des éléments corporels ou incorporels ayant permis de créer le fonds). Il était alors possible de prévoir que l'apporteur en nature ou son conjoint réalise un apport en industrie.

Ces conditions font apparaître que le domaine réel de l'apport en industrie était plus large qu'initialement envisagé. Il n'était pas permis au seul conjoint mais aussi à l'apporteur. Cela ouvrait une autre fonction : permettre à l'apporteur en nature de se ménager une position de pouvoir meilleure que celle à laquelle il pouvait prétendre à partir de ses seuls apports en capital. Car l'apporteur en industrie est un véritable associé qui a droit de vote. Adjoindre un apport en industrie lui permettait ainsi d'avoir plus de voix que celles données par son apport en nature. Certes avec une contrepartie : l'obligation de réaliser un travail ou de fournir une prestation. Mais celui-ci ou celle-là n'était pas forcément très difficile à trouver. Malgré cela il semble que la technique ait été peu utilisée.

Cela n'a pas empêché le législateur de persister dans la voie qui ainsi avait été ouverte. Par la *Loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (dite Loi NRE), il a supprimé les restrictions et autorisé librement l'apport en industrie dans la SARL. Désormais un apporteur en numéraire ou en nature peut faire en plus un apport en industrie mais une personne peut même faire uniquement un tel apport.

La SARL y gagne en liberté de déterminer ses associés. Elle y gagne aussi en souplesse dans l'aménagement du pouvoir. En particulier, le créateur de l'entreprise, qui a un savoir faire, peut s'aménager une position préférentielle en réalisant un apport en industrie qui a pour objet son savoir faire.

L'introduction de l'apport en industrie ne va pas sans nécessiter des aménagements. Il n'a pas été possible d'appliquer tel quel le régime en vigueur dans les sociétés de personnes.

Dans les sociétés de personnes, la règle de base était un associé, une part. Cette règle a progressivement été abandonnée : aujourd'hui, les parts sont, en principe, des parts de capital. Elles sont cessibles. L'apporteur en industrie ne peut ni céder ni transmettre le bénéfice de sa situation. De plus, son apport ne peut pas être évalué car en droit français, l'apport en industrie n'est pas un travail déjà accompli qui aurait pu donner naissance à une créance. C'est un travail à accomplir. On en déduisait que l'apporteur en industrie n'était pas

titulaire de parts. C'est pourtant un associé qui a le droit de vote, le droit au bénéfice et l'obligation de contribuer aux pertes. Le droit de vote ne soulevait pas *a priori* de difficulté puisque le principe, dans les sociétés de personnes, est que les décisions sont prises à l'unanimité. L'apporteur en industrie avait une voix comme les autres. Les statuts pouvaient toutefois adopter des dispositions différentes. Cette possibilité d'aménagement s'appliquait bien évidemment à la situation de l'apporteur en industrie. Pour la vocation aux bénéfices et la contribution aux pertes, ce sont les statuts qui déterminaient, et qui déterminent toujours, la fraction qui revient à l'apporteur en industrie. Cette fraction peut être la même pour les bénéfices et les pertes; elle peut aussi être différente, la stipulation d'une limitation du risque étant admise. En cas d'absence de précision dans les statuts, la loi dispose que la part de l'apporteur en industrie est égale à la plus faible de ceux qui ont apporté en nature ou en numéraire.

Dans la SARL, les associés qui ont fait des apports en numéraire ou en nature sont titulaires de parts sociales. La répartition des parts se fait proportionnellement aux apports. Le montant du capital est divisé en parts qui ont toute la même valeur nominale, celle-ci étant fixée par les statuts. Et ensuite, dans l'assemblée générale, la règle, impérative, est une part, une voix. Dans un tel contexte, l'apport en industrie n'est pas facile à insérer, d'abord parce qu'il n'a pas de valeur, ensuite parce qu'il pose la question du nombre de voix à attribuer. La manière de résoudre la difficulté a été l'introduction de parts d'industrie<sup>15</sup>. Les statuts vont préciser le nombre de parts d'industrie qui sont attribuées à l'apporteur. Il serait normal de considérer que du même coup sa part dans le bénéfice et dans la contribution aux pertes et son nombre de voix pour les décisions collectives sont déterminés. Comme toujours les statuts peuvent contenir des stipulations différentes pour le bénéfice et les pertes (dans la seule limite de la prohibition des clauses léonines). Pour le vote, la règle une part, une voix est impérative.

À l'issue de l'examen de ces modifications du régime de la SARL, il faut relever que cette forme a acquis une plus grande souplesse dans ses conditions de formation. Cela a une contrepartie. Absence de capital social minimum, possibilité d'apports en industrie sont des traits qui sont le propre des sociétés de personnes. En les auto-

---

<sup>15</sup> Les textes le prévoient explicitement pour la SARL (art. L. 223-7 C. com.) mais aussi, ce qui n'était pas nécessaire, pour toutes les sociétés (art. 1843-2 C. civ.).

risant à la SARL, le législateur a fait revenir le balancier. En 1925, la SARL était proche des sociétés de personnes. En 1966, le législateur a accentué sa proximité avec les sociétés de capitaux. Depuis 2001 et 2003, il l'a rapprochée des sociétés de personnes.

## **II. Une nouvelle variante pour l'organisation de la gestion dans la société anonyme**

La SA est la forme qui correspond à la compagnie canadienne ou québécoise. Elle remplit les mêmes fonctions, a des caractéristiques générales voisines, mais pour le droit français, elle est une société soumise aux exigences de cette catégorie. Certes, en tant que forme spéciale de société, elle est régie par des règles particulières, mais c'est une espèce dans un genre plus général.

Destinée plus particulièrement aux grandes entreprises, émettant des titres qui ont vocation à être cotés en bourse, il était prévisible que le régime de la SA soit soumis aux critiques inspirées par les préceptes du gouvernement d'entreprise<sup>16</sup>. Dans un premier temps, l'idée s'est imposée que, globalement, la législation française n'était pas en contradiction flagrante avec les préceptes et que, s'il y avait quelque chose de contestable, c'était plutôt la pratique<sup>17</sup>. Il faut rappeler ici que les membres du conseil d'administration, le président-directeur général et les membres du conseil de surveillance sont révocables *ad nutum*, c'est-à-dire à tout moment et sans motif, ni indemnité. Il faut rappeler aussi que c'est l'assemblée générale des actionnaires qui fixe chaque année la rémunération des administrateurs et des membres du conseil de surveillance et que c'est la même assemblée qui a chaque année le pouvoir d'arrêter les comptes et d'affecter le résultat, c'est-à-dire de choisir la mise en réserve ou la distribution d'un dividende. En droit strict, les dirigeants sont sous le pouvoir des actionnaires. Il suffit que ceux-ci l'exercent. La réalité de ce pouvoir vient d'ailleurs d'être illustrée dans l'affaire *Eurotunnel* où l'assemblée générale a révoqué les

---

<sup>16</sup> André TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes », RID comp. 1994.57 et suiv.; Alain COURET, « Le gouvernement d'entreprise », D. 1995.chr.163; Paul LE CANNU, « Légitimité du pouvoir et efficacité du contrôle dans les sociétés par actions », *Bull. Joly* 1995.637; Philippe BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le "gouvernement d'entreprise" », *Rev. Sociétés* 1998.5.

<sup>17</sup> Rapport Viénot, Bull. COB, nov. 1995, p. 57.



membres du conseil d'administration. Mais dans la pratique le pouvoir de l'actionnaire demeure trop souvent théorique. Dans les sociétés cotées, un petit nombre de personnes siègent dans un assez grand nombre de conseils d'administration. Il y a une sorte d'endogamie qui conduit certainement à une gestion parfois plus favorable à la technocratie qu'à l'actionnaire. Les administrateurs sont certes expérimentés, mais ils ne satisfont pas aux critères de l'administrateur indépendant.

Il était commode d'accuser la pratique. Celle-ci perdurant, il a bien fallu admettre que la législation était en partie en cause. Le législateur s'est décidé à intervenir. Il n'a pas fait une réforme globale. Il a conservé l'architecture globale qui remonte à 1966. Il a préféré modifier toute une série de points particuliers<sup>18</sup>. Ils visent l'amélioration de l'information des actionnaires et la limitation des possibilités pour une même personne de siéger dans un trop grand nombre de conseils d'administration. Beaucoup de ces points présentent de l'intérêt. Certains ont même suscité d'âpres discussions comme l'obligation de faire figurer dans le rapport de gestion la rémunération versée à chaque dirigeant. Le rapport de gestion étant diffusé auprès des actionnaires et accessible aux tiers, l'émoi a été certain notamment dans les sociétés non cotées (qui sont nombreuses). L'émoi a été tel que, deux ans après, la mesure a été rapportée. Elle ne subsiste plus que pour les sociétés cotées. Malgré l'importance de telles mesures, elles sont trop ancrées dans le détail du régime pour mériter un commentaire<sup>19</sup>. Une innovation retiendra notre attention : celle qui a introduit une nouvelle variante du mode de gestion avec conseil d'administration et qui permet aujourd'hui de choisir au lieu du président-directeur général, un président du conseil d'administration et un directeur général. Cette innovation a eu un corollaire : le toilettage des fonctions du conseil d'administration.

Mais avant de l'aborder, il faut faire un bref rappel de l'organisation de la gestion dans la société anonyme telle qu'elle était avant

---

<sup>18</sup> *Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques* (dite Loi NRE) qui a modifié toute une série de textes du *Code de commerce*.

<sup>19</sup> Ceux qui voudraient tout de même avoir des informations les trouveront dans Alain VIANDIER et Anne CHARVERIAT, *Sociétés et loi NRE*, 2<sup>e</sup> éd., Levallois-Perret, Éditions Francis Lefebvre, 2002.

la réforme<sup>20</sup>. La société avait le choix entre deux types d'organisation : conseil d'administration et président-directeur général ou directoire et conseil de surveillance. Le choix devait être fait dans les statuts.

La formule avec conseil de surveillance et directoire n'est ni la formule française classique, ni la plus utilisée en pratique (sauf dans les très grandes sociétés). Elle est inspirée du droit allemand. Elle repose sur l'idée qu'il y a deux organes qui ont des fonctions différentes et qui sont tous deux des organes collégiaux (sauf exception pour le directoire). Un organe a le pouvoir de gestion et de représentation : le directoire. Il est composé de personnes qui ne sont pas forcément des actionnaires. L'autre organe, le conseil de surveillance, comme son nom l'indique, n'a pas de pouvoir de gestion. Il surveille simplement la gestion qui est faite par le directoire. Le conseil de surveillance est composé d'actionnaires, élus par les actionnaires. La séparation des fonctions a une traduction dans les organes. Une même personne ne peut pas être en même temps membre du conseil de surveillance et membre du directoire. Une telle organisation a été conçue comme impliquant une relative indépendance du directoire. Formellement, il ne peut pas recevoir d'ordre du conseil de surveillance qui ne peut pas prendre de décision de gestion. Le conseil de surveillance, qui est un peu l'observatoire permanent des actionnaires, ne peut qu'inciter le directoire à agir dans un certain sens. Mais il a tout de même une grande influence puisque c'est lui qui nomme les membres du directoire et qui peut, selon les cas, soit les révoquer, soit proposer leur révocation à l'assemblée générale. Comme le conseil de surveillance est l'émanation de l'assemblée générale, il y a le plus souvent identité de vue entre les deux organes. La formule avec conseil de surveillance et directoire est favorable à une certaine déconcentration du pouvoir.

La formule avec conseil d'administration et président-directeur général est la formule traditionnelle française. Elle se prête beaucoup plus à une concentration du pouvoir. Le conseil d'administration est un organe collégial qui est élu par l'assemblée générale et

---

<sup>20</sup> On se reportera par exemple à Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, 18<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n<sup>o</sup> 1625 et suiv., p. 400 et suiv. ou à Yves GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 12<sup>e</sup> éd, Paris, Economica, 2003, n<sup>o</sup> 315 et suiv., p. 330 et suiv.

qui se compose d'actionnaires. Le conseil d'administration est un organe de gestion : il a le pouvoir de prendre des décisions de gestion, mais il n'a pas le pouvoir de représenter la société. De son côté, le président-directeur général est élu par le conseil d'administration parmi ses membres. C'est donc nécessairement un administrateur et du même coup un actionnaire. Il a un triple pouvoir : présider le conseil d'administration, gérer la société et représenter la société. Il a donc à la fois le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers. Les deux organes ont ainsi, concurremment, le pouvoir de gestion. Chacun de son côté peut prendre des décisions, mais seul le président-directeur général a le pouvoir de représentation. Les statuts peuvent contenir une clause qui répartirait le pouvoir de gestion par exemple en subordonnant certains actes du président-directeur général à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Mais en droit français, les clauses limitatives sont inopposables aux tiers. Si bien que la solution d'éventuelles divergences se trouve en dernière instance dans l'assemblée générale. Si le président-directeur général ne respecte pas la clause et conclut un acte à son mépris, il ne sera pas possible de faire annuler l'acte. Dans l'ordre interne, il sera bien évidemment possible d'engager sa responsabilité, mais ce peut être une maigre consolation. La sanction la plus efficace sera d'un autre ordre; le président-directeur général peut être révoqué *ad nutum* (à tout moment, sans motif et sans indemnité) par le conseil d'administration. Celui-ci a ainsi les moyens de faire respecter les décisions de gestion qu'il aurait prises. Mais il ne faut pas s'arrêter là car les membres du conseil d'administration sont eux-mêmes révocables *ad nutum* par l'assemblée générale, c'est-à-dire que, schématiquement, la répartition du capital fournit la clé principale. Celui qui a la majorité du capital ou qui la contrôle va pouvoir composer le conseil d'administration et, s'il le souhaite, se faire élire président-directeur général. Il sera de fait irrévocable. Et le pouvoir aura tendance à être concentré dans ses mains. Si personne ne contrôle la majorité du capital, des alliances se seront nouées pour composer le conseil d'administration. Un président-directeur général aura été élu, mais il sera de fait à la merci d'une révocation par le conseil d'administration. Le pouvoir aura tendance à être moins concentré et une répartition se mettra en place entre le conseil d'administration et le président-directeur général. Il est bien évident que ces indications ne sont que des épures que l'on peut construire en termes d'exercice du pouvoir mais que, dans la réalité, bien d'autres facteurs notamment personnels peuvent jouer et conduire une personne qui ne contrôle qu'une fai-

ble partie du capital à avoir un ascendant sur toute la société. Mais il est incontestable que la pente de la formule traditionnelle française va vers la concentration du pouvoir dans les mains du président-directeur général.

Une relative déconcentration est cependant possible. Il est permis au conseil d'administration de nommer, sur proposition du président-directeur général, un ou plusieurs directeurs généraux. Ceux-ci peuvent ne pas être des administrateurs. Vis-à-vis des tiers, ils ont, seuls et indépendamment du président-directeur général, la signature sociale. Ici aussi les éventuelles clauses limitatives sont inopposables aux tiers.

Une telle organisation de la gestion, selon la manière dont elle est pratiquée, peut ne pas être en harmonie avec les préceptes du gouvernement d'entreprise. Pour la rendre éventuellement plus conforme, puisque beaucoup dépend de la pratique, le gouvernement a choisi, non pas d'abandonner ou de réformer ce mode de gestion mais d'en proposer une nouvelle variante qui permettrait de faciliter l'expression du point de vue des actionnaires. Il est possible désormais, soit de conserver l'organisation traditionnelle, telle qu'elle vient d'être exposée dans ses grandes lignes, soit de remplacer le président-directeur général par deux personnes : le président et le directeur général. Cela a conduit à toletter la définition des fonctions du conseil d'administration.

### **A. Le président et le directeur général<sup>21</sup>**

Au lieu d'avoir une personne à sa tête qui cumule la présidence du conseil, le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation, la nouvelle modalité permet d'en avoir deux : le président qui assure la présidence du conseil d'administration et le directeur général auquel sont dévolus le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Précision terminologique. Avant la réforme, il pouvait y avoir, comme il vient d'être évoqué, à côté du président-directeur général, un ou plusieurs directeurs généraux. Depuis la réforme, la terminologie « directeur général » est réservée à la personne qui a la direction à côté du président (sans direction générale). Ceux qui autrefois s'appelaient directeurs généraux s'appellent désormais des directeurs généraux délégués.

<sup>22</sup> Jean-Pierre BOUÈRE, « P-DG ou président *et* directeur général? », *Bull. Joly* 2001.695.

Il ne s'agit pas d'une troisième forme de gestion mais bien d'une modalité de la forme avec conseil d'administration. La preuve en est que le choix entre président-directeur général ou président et directeur général relève de la compétence du conseil d'administration dans les conditions prévues par les statuts.

Lorsque cette deuxième modalité est choisie, le président est élu par le conseil d'administration parmi ses membres. C'est donc un administrateur et du même coup un actionnaire. C'est nécessairement une personne physique. Comme tout administrateur, il est révocable *ad nutum* par le conseil d'administration en tant que président et par l'assemblée générale en tant qu'administrateur. La présidence du conseil d'administration ne confère pas à son titulaire de prérogative particulière de gestion. C'est le conseil collégalement qui conserve ce type de pouvoir. Le président a d'abord le pouvoir de présider et de diriger le conseil : il le convoque, fixe l'ordre du jour, dirige les débats et, en cas de partage, sa voix est prépondérante. De tels attributs sont traditionnellement attachés à la présidence. La législation nouvelle a ajouté des missions complémentaires. Le président doit désormais veiller au bon fonctionnement juridique de la société; il doit faire en sorte que les administrateurs aient en temps utile les informations nécessaires à l'exercice, en toute connaissance de cause, de leurs prérogatives. Il doit aussi dresser la liste de certaines conventions conclues entre la société et ses dirigeants ou actionnaires détenant plus de 10 % du capital (conventions libres significatives). Au delà de ces prérogatives qui peuvent sembler un peu mince, il faut bien comprendre que le président sera en quelque sorte le représentant permanent du conseil d'administration et qu'en cette qualité, il sera le premier interlocuteur du directeur général. Le président n'a pas formellement de pouvoir de gestion mais comme il y a toutes les chances que son avis soit partagé par le conseil, qui lui a un pouvoir de gestion, le directeur général ne pourra faire autrement que collaborer avec lui.

Le directeur général est, lui aussi, une personne physique, nommé par le conseil d'administration. À la différence du président (et aussi du président-directeur général), ce n'est pas nécessairement un administrateur. Le choix est libre. Le directeur général peut être désigné parmi les administrateurs mais ce peut être un tiers. Pour sa révocation, il y a une nouveauté : il n'est plus révocable de manière totalement libre. Il peut toujours être révoqué par le conseil d'administration à tout moment et même sans motif mais, et c'est là toute la nouveauté, s'il n'y a pas de juste motif, il a droit

à des dommages-intérêts. Une telle règle n'est pas inconnue en droit français. Elle s'applique déjà, depuis 1966, au gérant de la SARL et aux membres du directoire dans la SA. Elle vient d'être étendue au directeur général de la SA, mais elle ne l'a pas été au président-directeur général. Si bien qu'il y a aujourd'hui deux cas de figure. Le premier est celui du dirigeant qui est nécessairement un actionnaire. Il est révocable *ad nutum*. Bien que ce ne soit plus la qualification exacte, on conserve la trace du fait qu'autrefois il s'agissait d'un mandataire. Aujourd'hui, la règle exprime plutôt le fait que ce sont les actionnaires qui ont et qui conservent la liberté de choisir celui d'entre eux qui sera dirigeant. Le deuxième cas de figure est celui du dirigeant qui n'est pas nécessairement un actionnaire. Le législateur a accepté une stabilité un peu plus grande. La liberté de choix des actionnaires est contrebalancée par le fait qu'il s'agira le plus souvent d'un spécialiste du management que l'on aurait été chercher. Si l'on veut être crédible, il ne faut pas pouvoir le renvoyer comme un malpropre s'il n'a pas démérité.

Ces considérations peuvent paraître un peu dérisoires lorsqu'on sait la pratique des parachutes dorés (*golden parachute*). Pourtant, en droit strict, la révocation *ad nutum* a pour corollaire la nullité de l'engagement pris par la société (ou même l'actionnaire majoritaire) de verser une indemnité en cas de révocation<sup>23</sup>. On sait très bien qu'il existe des moyens indirects d'organiser de tels parachutes<sup>24</sup>. Et de toute manière, toute indemnité n'est pas illicite, c'est uniquement l'engagement pris par avance qui est interdit. La décision, après révocation, est valable, même s'il faut par ailleurs respecter certaines conditions. Lorsqu'on tient compte de l'endogamie qui existe dans les conseils d'administration des grandes sociétés, il n'est pas possible de se montrer surpris de l'octroi après révocation de certaines indemnités. Certains ont parfois suggéré d'abandonner la révocation *ad nutum*<sup>25</sup>. Cela n'a pas sérieusement été envisagé. Il faut bien reconnaître que ce n'est pas conforme à l'idée de retour du pouvoir de l'actionnaire. Mais on l'a tout de

<sup>23</sup> La jurisprudence est un peu plus nuancée que ce qui est dit au texte, mais le principe demeure : Philippe MERLE, *Droit commercial : sociétés commerciales*, 9<sup>e</sup> éd., coll. « Précis Dalloz », Paris, Dalloz, 2003, n<sup>o</sup> 386, p. 433.

<sup>24</sup> Par exemple faire verser l'indemnité par une filiale étrangère dans laquelle l'intéressé est dirigeant et dont la législation autorise de telles pratiques.

<sup>25</sup> J.-F. BARBIÈRI, « La révocation des dirigeants sociaux : pour la liberté statutaire », J.C.P. éd. E. 2001, n<sup>o</sup> 24, suppl., n<sup>o</sup> 3, *Cahiers de droit de l'entreprise*, p. 5.

même cantonnée aux administrateurs et au président-directeur général. On l'a abandonnée pour le directeur général qui n'est pas président.

Ce directeur général dispose du pouvoir de gestion et du pouvoir de représenter la société. Bien que l'expression soit encore parfois utilisée, il n'est pas véritablement un mandataire. Le droit français a dû sur ce point se mettre en harmonie avec le droit communautaire qui s'est inspiré du droit allemand. Dans cette tradition juridique, on distingue le mandat et la procuration. Le mandat est un contrat qui n'a d'effet qu'entre les parties. La procuration est une formalité qui habilite une personne à représenter une autre. Les pouvoirs du représentant vis-à-vis des tiers ne dépendent pas du mandat mais des effets attachés à l'accomplissement de la formalité. Pour les sociétés commerciales à risque limité (SARL et sociétés par actions), c'est cette conception qui est passée en droit français. Le directeur général en est une illustration. Son pouvoir d'engager la société avec les tiers est défini par la loi. Il a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Ses prérogatives ne souffrent que deux limites. Il ne peut pas empiéter sur les prérogatives reconnues aux autres organes mais cela ne s'entend que des prérogatives spéciales reconnues à l'assemblée générale ou au conseil d'administration (comme, par exemple, le droit de convoquer l'assemblée générale ou le droit de décider la distribution d'un dividende), pas du pouvoir général de gestion. Il doit ensuite agir conformément à l'objet social. Toutefois, vis-à-vis des tiers, cette deuxième limite a une portée restreinte puisque si le tiers est de bonne foi, il est impossible de faire annuler l'acte qui dépasse l'objet. Cette deuxième limite a une portée réellement très restreinte puisqu'il faudra prouver la mauvaise foi du tiers et que la loi, comme la directive, précisent que l'accomplissement des formalités de publicité des statuts ne suffit pas à constituer les tiers de mauvaise foi. Au-delà de ces deux limites, le directeur général a vraiment le pouvoir d'engager la société sous sa seule signature. Il convient en particulier de relever que les clauses statutaires qui restreindraient ses pouvoirs – par exemple la clause qui subordonnerait la vente de certains biens à une autorisation du conseil d'administration – sont inopposables aux tiers, sans qu'il soit tenu compte ici de leur bonne ou mauvaise foi. Même si le tiers a connaissance de la clause, elle lui est inopposable<sup>26</sup>. Il convient

---

<sup>26</sup> Cela vient d'être confirmé par la Cour de cassation : Civ. 3<sup>e</sup>, 24 janv. 2001, D. 2002.Somm.471, obs. J.-C. Hallouin.

aussi de signaler qu'à côté du directeur général, il peut y avoir un ou plusieurs directeurs généraux délégués. Sous réserve des mêmes deux limites, chacun a seul le pouvoir d'engager la société. Chacun est donc, indépendamment des autres, un représentant de la société.

Le directeur général est donc l'organe exécutif bien que n'étant pas choisi nécessairement parmi les administrateurs.

## **B. Le conseil d'administration**

Le conseil d'administration a vu ses pouvoirs redéfinis par la loi du 15 mai 2001<sup>27</sup>. Il s'agit plus d'un toilettage que d'une véritable refonte. Avant la réforme, les textes disaient que le conseil d'administration avait les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. La formule était la même que celle utilisée pour le président-directeur général. Cette manière législative un peu particulière signifiait au fond que ce n'était pas la loi qui définissait la répartition du pouvoir de gestion entre le conseil d'administration et le président-directeur général. Il avait été à juste titre remarqué que la formule n'était pas totalement exacte puisque le conseil d'administration n'ayant pas le pouvoir de représenter la société, il ne peut pas à proprement parler « agir au nom de la société ». La réforme a été l'occasion d'améliorer la rédaction du texte.

L'article L 225-35 C. com. dit désormais que « le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre ». Il faut rapprocher cette formule de celle utilisée pour le directeur général. Celui-ci conserve les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Le directeur général a incontestablement le pouvoir de gestion. Comme il a, en plus, le pouvoir de représenter la société, il aurait un rôle éminent. Le conseil d'administration serait en retrait. Il détermine les orientations de l'activité de la société, dit le texte. Il se cantonnerait à définir les grandes orientations. Il ferait de la haute stratégie, mais il n'aurait pas à s'immiscer dans la gestion quotidienne.

---

<sup>27</sup> D. BUREAU, « La loi relative aux nouvelles régulations économiques : aspects de droit des sociétés », *Bull. Joly* 2001.549.



Croire à une telle répartition – les grandes orientations pour le conseil d'administration, la gestion quotidienne pour le directeur général –, ou en tout cas que cette répartition a un caractère impératif et rigide serait une erreur. Car le texte ajoute « sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il (le conseil d'administration) se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent ». Il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société. La formule « intéressant la bonne marche de la société » n'apporte pas de restriction. La bonne marche de la société, c'est tout ce qui conduit la société à marcher bien, à marcher conformément à ce qui a été défini par le conseil d'administration. Cela englobe ce qui pourrait conduire la société à marcher moins bien. Le conseil d'administration peut donc se saisir de tout ce qui a trait à la vie de la société, et qui a un rapport favorable ou défavorable avec l'objectif de gestion qu'il a lui-même défini. Cela confère déjà de larges pouvoirs. Mais le texte ne s'arrête pas là. Il donne au conseil la possibilité de régler par ses délibérations les affaires de la société. Non seulement le conseil peut se saisir de toute question, mais encore, il peut décider, il peut prendre une délibération qui dit que la société fera tel ou tel acte déterminé, par exemple vendre un immeuble, un établissement, céder une participation, prendre le contrôle d'une société, etc. Le conseil d'administration conserve donc le pouvoir de gestion en concurrence avec la direction générale.

Ce pouvoir, le conseil d'administration doit l'exercer, comme la direction générale, dans la limite de l'objet social et sans empiéter sur les prérogatives des autres organes. Là aussi les clauses limitatives des pouvoirs sont possibles mais elles sont inopposables aux tiers.

Depuis la réforme, la répartition des pouvoirs entre le conseil d'administration et la direction n'a pas fondamentalement changé. Tous les deux sont et demeurent des organes de gestion. La véritable innovation, celle qui va sans doute conduire à une répartition différente, est celle qui affecte la direction. Il est certain que la dissociation des fonctions de président et de directeur général, par la dyarchie qu'elle instaure, est favorable à l'affirmation de l'autonomie du conseil d'administration. Celui qui dirige ne préside plus le conseil d'administration. Il a en face de lui un nouveau personnage qui ne peut que s'affirmer et en cela exercer un meilleur contrôle.

On peut espérer un rééquilibrage des pouvoirs en faveur du conseil d'administration.

Si bien que la société anonyme française offre trois organisations de la gestion.

La première, avec conseil d'administration et président-directeur général, tend vers une direction très concentrée surtout si le président-directeur général contrôle la majorité du capital.

La deuxième, avec directoire et conseil de surveillance, est plus démultipliée. Elle distingue gestion et surveillance de la gestion. Le conseil de surveillance n'a pas formellement le pouvoir de prendre des décisions de gestion. Il peut simplement donner son avis au directoire qui n'est, en principe, responsable que devant l'assemblée générale (les statuts peuvent aujourd'hui donner au conseil de surveillance le pouvoir de révoquer les membres du directoire).

La troisième, la plus nouvelle, est en quelque sorte un peu intermédiaire. En dissociant, à côté du conseil d'administration, présidence dudit conseil et direction générale, elle permet au conseil d'administration de trouver la voie de son autonomie et d'être un organe qui va surveiller efficacement la gestion de la direction, tout en étant un organe qui conserve le pouvoir de gestion.

Le droit français des affaires sait faire preuve de souplesse.

### **III. La société par actions simplifiée**

La SAS n'est plus vraiment une nouveauté<sup>28</sup>. Elle a été introduite par une loi du 3 janvier 1994<sup>29</sup>. Il n'est pas inutile d'y revenir dans la présente chronique car elle a fait l'objet depuis d'importantes réformes<sup>30</sup> et elle devient une forme de plus en plus utilisée. Elle est notamment très adaptée pour un étranger qui voudrait s'implanter en France, seul ou avec un ou plusieurs partenaires.

---

<sup>28</sup> La bibliographie est très abondante. On se reportera à un manuel par exemple : Y. GUYON, *op. cit.*, note 20, n° 471-1, p. 515.

<sup>29</sup> *Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.*

<sup>30</sup> Notamment la *Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche.*

La SAS est la meilleure illustration du phénomène de contractualisation du droit des sociétés qui se fait jour en France. C'est une société de capitaux : elle a un capital social minimum (37 000 €), elle est à risque limité et les associés sont titulaires d'actions et non de parts sociales. Mais c'est une société dans laquelle il y a une grande liberté d'aménagement du fonctionnement de la société et des droits des actionnaires dans les statuts. Il s'agit d'une grande nouveauté en droit français. Jusqu'alors, et bien que cela ne soit pas présenté explicitement comme cela dans les textes, si la société était à risque limité, il y avait une contrepartie qui était une assez grande rigidité de l'organisation. La loi imposait un cadre pour ne pas dire un carcan : organes de direction, droits des associés. Il n'y avait que les sociétés à risque illimité (société en nom collectif, société civile) dans lesquelles il y avait, et il y a toujours, une grande liberté d'aménagement statutaire. Dans l'architecture des notions du droit des sociétés, la SAS marque une rupture.

Elle le fait d'autant plus que, pour l'essentiel de son fonctionnement (direction, décisions collectives des actionnaires), s'il y a quelques dispositions impératives, il n'y a, pour le surplus, aucune disposition supplétive. Il y a une sorte de « trou » législatif. La loi précise expressément que les dispositions équivalentes de la SA, auxquelles on aurait pu être tenté de se référer, ne s'appliquent pas<sup>31</sup>. Les répercussions sur l'attitude des personnes chargées de rédiger les statuts sont fondamentales. Dans les formes traditionnelles (SA, SARL), du fait du carcan législatif, il y a en réalité peu de points sur lesquels il est important de prendre parti. Sur le reste, si l'on ne le fait pas, il n'y a pas *a priori* d'inconvénient; les dispositions légales sont là pour suppléer. Même si ce n'est pas ce qui est le plus couramment pratiqué, il est tout à fait possible de rédiger des statuts brefs. Dans la SAS, l'attitude est nécessairement différente. Il convient d'être précis et prudent mais aussi imaginatif et exhaustif. Les conseils en droit des sociétés entrent dans une logique d'élaboration de batteries de clauses et de schémas statutaires permettant de répondre le mieux possible aux attentes de leurs clients. Avec son expérience et son savoir-faire, chacun élabore ses propres minutes.

À l'origine, en 1994, la SAS ne pouvait avoir pour actionnaires que des sociétés ayant un capital social d'au moins 1.500.000 F ou

---

<sup>31</sup> C. com., art. L. 227-1, al. 2.

des personnes morales de droit public. Il s'agissait de réserver cette forme aux grandes sociétés. La liberté contractuelle offerte était considérée dangereuse, il fallait des actionnaires expérimentés. Le législateur destinait plutôt cette forme à l'organisation de filiales communes. Il apparut très vite qu'elle était aussi adaptée pour la mise en place de holdings. Il apparut aussi que ses avantages pouvaient être intéressants pour d'autres que les grandes entreprises. Une loi du 11 juillet 1999 est venue supprimer les restrictions à l'utilisation. Désormais toute personne physique comme morale peut être actionnaire d'une SAS. Et mieux, la SAS peut même être unipersonnelle. La SAS est devenue une forme banale, à côté de la SA et de la SARL.

## **A. Les originalités de la SAS**

La formation de la SAS ne présente que très peu d'originalité par rapport au droit commun de la constitution. Il suffit de rappeler qu'elle doit avoir un capital social minimum de 37 000 €, qu'elle peut être unipersonnelle et que, à la constitution mais aussi après, elle ne peut pas faire appel public à l'épargne, bien qu'elle soit une société par actions. Les véritables originalités se trouvent du côté de l'organisation de la société et dans la situation des associés. La grande liberté contractuelle qui est laissée offre une souplesse dans l'organisation du pouvoir et les moyens de la stabilité du capital.

### **1. La souplesse dans l'organisation du pouvoir**

Pour l'organisation du pouvoir, la loi a choisi de rompre franchement avec la conception institutionnelle qui prévaut en matière de SA. Elle l'a fait de manière radicale en créant volontairement un véritable trou dans la législation. Ce sont les statuts qui doivent prévoir l'organisation du pouvoir, sans que les textes relatifs à la SA aient un quelconque caractère supplétif. Il n'y a donc aucune ombre portée du modèle de la SA. Cela n'interdit pas aux parties de s'y référer, mais cela pousse incontestablement à l'autonomie et à l'invention de solutions parfaitement adaptées à ce que veulent les personnes qui créent la société. Il faudra qu'ils prennent parti puisque les statuts ne peuvent être muets. L'expérience et les habitudes des praticiens ont déjà dégagé des combinaisons plus usuelles, mais, en droit, le principe est – sous réserve de quelques limites – la liberté. Celle-ci vaut aussi bien pour la direction que pour les décisions collectives des actionnaires.

### a. La direction

La liberté d'aménagement est très grande. Elle est relative tout d'abord à la structure des organes. Le dualisme traditionnel de la société anonyme n'est aucunement obligatoire. Il est certes possible d'adopter, soit un conseil d'administration et un président, soit un conseil de surveillance et un directoire. Mais toutes les autres combinaisons sont possibles. Il est possible de prévoir qu'une seule personne aura la direction de la société. Elle pourra d'ailleurs être aussi bien une personne physique qu'une personne morale, ce qui innove par rapport à la SA et la SARL françaises dans lesquelles il faut toujours au moins un dirigeant qui soit une personne physique. On peut aussi se tourner vers d'autres formules plus compliquées et qui sont déjà pratiquées dans certains contextes, un peu en marge des prescriptions légales. Dans l'orbite de la direction, il apparaît parfois opportun de soumettre certaines questions à un comité spécialisé. Ces comités peuvent être expressément prévus et leur avis imposé avant toute décision.

Toutes ces instances vont être composées selon les prescriptions statutaires. La qualité des personnes qui peuvent en être membres va pouvoir faire l'objet de restrictions. Par exemple on pourra imposer que les dirigeants appartiennent à telle société associée ou, s'il y a plusieurs dirigeants, qu'ils appartiennent chacun à une société différente. Mais ce sont surtout les conditions de nomination et de révocation qui vont pouvoir être aménagées. Dans la SA, les membres de la direction sont nommés (directement ou indirectement) par les actionnaires représentant la majorité du capital et ils sont (sauf exception) révocable *ad nutum* par l'assemblée générale là encore à la majorité du capital. Une fois de plus, il sera possible de reprendre ces règles. On peut prévoir qu'il en sera rarement ainsi et que la liberté nouvelle qui est offerte sera utilisée, par exemple, pour imposer l'accord unanime des actionnaires ou pour exiger la composition d'un organe collégial à la proportionnelle ou encore pour prévoir que tous les actionnaires seront dirigeants, etc. De même, dans la révocation, les formules les plus variées sont envisageables sur l'organe apte à prendre la décision elle-même et sur ses conséquences : on pourra prévoir un parallélisme des formes c'est-à-dire que les conditions de révocation seront les mêmes que celles de la nomination, ou on pourra prévoir des conditions différentes; il ne faudra pas aussi oublier de préciser le droit à indemnité du dirigeant révoqué (surtout quand il sera une personne physique) et choisir entre une révocation *ad nutum*, une

révocation libre avec dommages-intérêts s'il n'y a pas de juste motif ou une révocation pour juste motif, à moins de s'orienter vers une formule intermédiaire qui supprimerait le droit à indemnité seulement en cas de faute grave.

La liberté qui est accordée ne se limite pas à l'organisation de la direction. Elle porte aussi sur la définition de ses pouvoirs. Bien sûr, il est possible d'accorder le pouvoir de gestion le plus large à l'organe de direction, « les pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société ». Il est plus probable que l'on instaurera une répartition. Par exemple, que certains actes nécessiteront l'autorisation préalable des actionnaires ou du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou de leur équivalent ou encore que certaines personnes auront un droit de veto : actionnaire et pourquoi pas banquier ou même client, etc.

L'imagination est donc au pouvoir pourrait-on dire. Mais elle va tout de même se heurter à quelques règles impératives.

La première, qui n'est pas la plus importante, a pour objet les conventions qui seraient passées entre la société et l'un de ses dirigeants<sup>32</sup>. Un contrôle calqué sur celui qui existe dans la SA est mis en place. Certaines conventions sont interdites (les prêts et cautionnements consentis par la société au profit du dirigeant sauf si celui-ci est une personne morale), d'autres sont libres (les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales), d'autres enfin sont dites réglementées, c'est-à-dire que le commissaire aux comptes (qui est obligatoire) devra faire un rapport spécial sur la convention, transmis aux actionnaires. La convention sera soumise à l'approbation de la collectivité des associés, étant entendu que la non-approbation n'entraîne pas la nullité mais simplement la mise à la charge du dirigeant intéressé des conséquences dommageables pour la société. Depuis la loi du 15 mai 2001, deux innovations ont été introduites. Les conventions réglementées ne sont plus uniquement celles conclues, directement ou indirectement, entre la société et l'un de ses dirigeants. Ce sont aussi celles conclues entre la société et l'un de ses actionnaires qui détient plus de 10 % du capital (ou avec la société qui contrôle cet actionnaire). Ensuite, les conventions libres n'échappent plus à toute formalité. Le président doit dresser la liste qui sera communiquée

---

<sup>32</sup> *Id.*, art. L. 227-10 à L. 227-12.

au commissaire aux comptes et à tout actionnaire qui en fait la demande.

La deuxième règle impérative est qu'il faut toujours prévoir un président. Quelle que soit l'organisation de la gestion que l'on retienne, il doit y avoir un président, qui pourra toutefois être aussi bien une personne morale qu'une personne physique. S'il est une personne morale, la loi nouvelle abandonne un système qui existe et qui continue d'exister pour la SA : celui de la nécessité de désigner une personne physique comme représentant permanent de la personne morale. Dans la SAS, la personne morale sera représentée par son propre dirigeant qui sera alors responsable comme s'il était personnellement président.

Il faut un président et il ne faut qu'un président. Une coprésidence est impossible directement. Bien que l'exigence ne soit pas très en harmonie avec les besoins d'une filiale commune, qui est l'une des utilisations évidente de la SAS, la solution est certaine en l'état actuel des textes et elle a été voulue expressément par le Sénat lorsqu'il a voté le texte. Un montage permet indirectement d'aboutir au résultat souhaité. Il suffit de désigner comme président une SARL, qui elle peut avoir des cogérants. Depuis la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, il est possible de se dispenser du montage. La loi autorise les statuts à prévoir la nomination, à côté du président, d'un ou plusieurs directeurs généraux ou directeurs généraux délégués. L'important est que ceux-ci vont être des dirigeants de droit qui auront au même titre que le président la signature sociale et dont la désignation va pouvoir être publiée au registre du commerce et des sociétés. Ce n'est pas vraiment une coprésidence mais certainement une direction à plusieurs têtes.

Le président – et c'est une troisième règle impérative – va avoir vis-à-vis des tiers le pouvoir de représenter la société. Conformément aux directives du droit communautaire, le président a les pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. Il doit normalement agir conformément à l'objet social. Mais s'il dépasse cet objet, ce dépassement sera inopposable aux tiers de bonne foi. Autrement dit, si la société veut obtenir la nullité de l'acte que le président aurait accompli et qui excéderait l'objet social, il faudra prouver que le tiers avait une connaissance précise de l'objet et de son dépassement, étant précisé que l'accomplissement des formalités de publicité au registre du commerce et des

sociétés ne suffit pas à constituer le tiers de mauvaise foi. En pratique, il est très difficile d'apporter une telle preuve.

De plus, comme toujours en droit français des sociétés, les clauses limitatives des pouvoirs sont inopposables aux tiers, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi.

Les directeurs généraux ou directeurs généraux délégués ont, vis-à-vis des tiers, exactement les mêmes pouvoirs que le président. Toute clause limitative des statuts leur est inopposable.

Ces pouvoirs du président et des directeurs généraux et directeurs généraux délégués ont bien évidemment été institués dans un but de protection des tiers. On veut que ceux-ci aient la garantie de l'existence d'une personne qui a le pouvoir d'agir au nom de la société et qu'il n'aient pas à se soucier du particularisme de l'aménagement de la direction. Toute autre solution aurait été un véritable casse-tête pour les tiers qui, avant de traiter avec la société, auraient été contraints de consulter le Registre du commerce et des sociétés pour savoir qui a véritablement le pouvoir de passer l'acte envisagé.

### **b. Les décisions collectives des associés**

Dans la SA, les décisions collectives des actionnaires sont minutieusement réglementées par la loi. Elles se prennent nécessairement en assemblée générale. On distingue l'assemblée générale extraordinaire (qui est compétente pour modifier les statuts) et l'assemblée générale ordinaire (qui est compétente pour prendre toutes les autres décisions, notamment désignation et révocation de certains dirigeants et détermination de leur rémunération, affectation du résultat, ce qui englobe la décision sur la distribution ou non du bénéfice). Dans les assemblées générales, le principe est une action une voix et il ne peut que très exceptionnellement y être dérogé. La loi nouvelle laisse beaucoup plus de liberté dans la SAS<sup>33</sup>. Là encore ce sont les statuts qui doivent prendre parti sous réserve de certaines contraintes.

La liberté porte tout d'abord sur le mode de délibération. L'assemblée générale n'est pas imposée. Tous les modes de délibéra-

---

<sup>33</sup> *Id.*, art. L. 227-9.



tion sont permis. Parmi ceux-ci, la consultation par écrit aura sans doute les faveurs de la pratique. Il y a là un incontestable facteur de souplesse qui évite les contraintes liées à la convocation des assemblées générales. Dans le même ordre d'idée, les modalités de l'information des actionnaires qui existent dans la SA ne sont aucunement imposées. Mais les textes du droit commun des sociétés (art. 1844 C. civ.), en imposant une participation à la vie sociale, imposent une information des associés. Les statuts devront l'aménager.

La liberté porte ensuite, ce qui est beaucoup plus important, sur le droit de vote. Dans la société anonyme, bien qu'il ne soit pas inscrit explicitement dans les textes, le principe est celui de l'égalité entre actionnaires. Et le principe est très fort puisqu'en matière de droit de vote, il ne connaît que deux séries d'exceptions : il est possible d'émettre des actions sans droit de vote mais qui en contrepartie vont bénéficier d'un dividende prioritaire; il est dans l'autre sens permis de prévoir un vote double qui est conçu comme une sorte de prime de fidélité : l'actionnaire qui détient ses actions (au nominatif) depuis un certain délai (au moins deux ans) bénéficiera de deux voix par action au lieu d'une. Dans la SAS, ces restrictions n'existent plus. Le caractère impératif de la règle « une action, une voix » a disparu. Le droit de vote des associés peut être aménagé librement indépendamment des droits dans le capital. Il n'est pas exagéré de penser qu'il s'agit, comme on a pu l'écrire<sup>34</sup>, d'une véritable révolution. L'inégalité entre associés est franchement permise. Ainsi il est permis de prévoir des catégories différentes d'actions, des droits de vote différents selon les actionnaires, des droits de veto ou d'ajournement, des droits de vote pluraux, des droits de vote cumulatifs, etc. Entre deux associés dont l'un assure la gestion et l'autre se contente d'apporter des capitaux, cela permettra de rééquilibrer les droits de vote. C'est une hypothèse simple. D'autres montages plus savants sont possibles.

La liberté porte encore sur la définition des décisions qui relèvent de la collectivité des associés. La loi nouvelle part de l'idée que cette définition est laissée à la liberté des statuts. Il n'y a pas de manière générale de décision collective par nature. Par exemple, la désignation ou la révocation des dirigeants n'est pas nécessairement de la compétence des associés. Les statuts peuvent très bien recourir à la cooptation. De même pour la modification des statuts.

---

<sup>34</sup> M. GERMAIN, J.C.P. éd. E, 1994.I.341.

Non seulement si les statuts prévoient qu'elle sera décidée par les associés il n'y a aucune exigence de majorité qualifiée, mais l'intervention des associés n'est même pas obligatoire. Il est permis de prévoir que ce sont les dirigeants qui par exemple pourront déplacer le siège social, modifier l'objet, la durée, la dénomination de la société, etc. L'idée de contractualisation est poussée très loin et dans une direction particulière puisque ce n'est pas uniquement la maxime « ce que les associés ont fait, ils peuvent le défaire » que l'on applique mais une autre maxime « ce que les associés ont fait, ils peuvent prévoir que d'autres qu'ils désignent peuvent le défaire ».

Il était prévisible toutefois que le législateur ne pourrait pas aller jusqu'au bout de cette logique contractuelle et qu'il y aurait un minimum intangible qui supposerait obligatoirement l'intervention de la collectivité des associés. Et effectivement la liberté très étendue laissée aux statuts se heurte à une contrainte qui est fixée par l'alinéa 2 du nouvel article 262-10. Selon ce texte, certaines décisions ne peuvent être prises que par la collectivité des associés. Ainsi les comptes annuels doivent être approuvés par les associés et ce sont eux qui fixent le sort des éventuels bénéficiaires. Ce sont eux aussi qui désignent les commissaires aux comptes. Ce sont eux encore et eux seuls qui vont pouvoir décider de certaines modifications des statuts : augmentation, amortissement ou réduction du capital et de toutes les décisions qui vont entraîner la disparition de la société : fusion, scission ou dissolution. Pour toutes ces décisions, s'il faut obligatoirement l'intervention de la collectivité des associés, il n'y a aucune majorité d'imposée. Les statuts sont libres. Comme ils le sont de manière générale pour aménager la prise par les associés de leurs décisions collectives. On retrouve ici toutes les possibilités d'aménagement des votes : votes pluraux, etc.

Il est encore trop tôt pour avoir une idée précise de la manière dont la pratique utilisera la liberté nouvelle qui lui est accordée et si elle ira plutôt vers des majorités renforcées ou des majorités allégées, mais on peut être sûr qu'elle explorera les voies nouvelles qui lui sont ouvertes.

Il reste que dans ces voies il existe une autre série de barrages. La loi précise que certaines décisions ne pourront être prises qu'à l'unanimité. Ce sont celles qui sont relatives aux clauses d'inaliénabilité, d'agrément, d'exclusion ainsi que les clauses relatives au contrôle des associés. Ces clauses ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés. Ce sont les clauses qui traitent

de l'autre grande caractéristique de la SAS : après la souplesse dans l'organisation de la gestion, les moyens de la stabilité du capital.

## **2. Les moyens de la stabilité du capital**

La SAS offre les moyens d'une grande stabilité du capital. Elle offre des moyens qui en plus vont être efficaces. C'est une nouveauté en droit français, notamment lorsque l'on compare avec la SA.

La SA est normalement une société ouverte. Elle l'est pleinement lorsqu'elle est cotée en bourse. Elle l'est un peu moins lorsqu'elle n'est pas cotée, les clauses d'agrément et de préemption retrouvant une plus large plage d'efficacité. Il reste que même non cotée, la SA est une société dans laquelle le contrôle complet de la stabilité du capital n'est pas possible. Les clauses d'agrément ne peuvent pas jouer entre actionnaires et les clauses d'inaliénabilité ou d'exclusion sont d'une validité limitée ou douteuse. Si bien que la pratique a eu recours à des stipulations extra-statutaires, à des pactes d'actionnaires qui s'efforcent de lier les membres d'un bloc majoritaire. Si ces pactes présentent l'avantage d'être occultes – sauf certaines obligations boursières de révélation (l'action de concert) –, ils présentent l'inconvénient d'être sur certains points d'une licéité douteuse et de manière générale d'être d'une efficacité limitée car ils ne font naître que des obligations de faire entre les membres du pacte qui ne donnent droit en cas d'inexécution qu'à des dommages-intérêts. Il est donc assez difficile dans la SA d'organiser la stabilité du capital sauf à détenir par soi-même la majorité. C'est l'un des obstacles souvent dénoncés à l'utilisation de la SA pour aménager la collaboration entre entreprises.

Pour la SAS, le législateur a choisi de rompre et d'innover. La SAS est une société qui ne peut pas faire appel public à l'épargne et qui ne pourra pas être cotée en bourse. Si l'on veut malgré tout le faire, il faudra commencer par la transformer en SA. C'est donc une société fermée bien que les associés soient titulaires d'actions. Il a semblé opportun de leur offrir les moyens d'assurer la pérennité de l'alliance qu'ils scellent par des clauses statutaires. L'inconvénient de telles clauses est que les tiers pourront en avoir connaissance puisque les statuts des sociétés immatriculées sont publics. Mais l'avantage est que de telles clauses vont pouvoir être opposables

aux tiers dans la mesure justement où elles sont publiques et que la sanction pourra être la nullité de la cession opérée à leur mépris. Outre l'absence de doute sur leur licéité, leur efficacité sera beaucoup plus grande que celle des pactes extra-statutaires. Les clauses les plus importantes qui vont pouvoir être insérées traitent, d'une part, de l'inaliénabilité des actions et de l'exclusion des associés et, d'autre part, du contrôle des cessions et transmissions d'actions.

### **a. L'inaliénabilité et l'exclusion**

De prime abord, les deux choses sont opposées. Elles se rejoignent en ce qu'elles ont trait toutes deux au droit de l'associé d'être membre de la société. Dans un cas, les statuts le lui imposent, dans l'autre, ils vont permettre de le lui interdire pour l'avenir.

Les clauses d'inaliénabilité ne sont pas inconnues en droit français. En vertu du droit commun, pour être licites, elles doivent être limitées dans le temps et stipulées dans un intérêt sérieux et légitime<sup>35</sup>. En matière de société, malgré les doutes de certains, on considèrerait que, sous ces conditions, elles ne faisaient pas échec au principe de libre cessibilité des actions et que l'on pouvait tout à fait les stipuler<sup>36</sup>. Il restait que l'exigence d'un intérêt sérieux et légitime devait être satisfaite et que la durée maximum était un peu incertaine puisque soumise à l'appréciation des tribunaux. Pour couper court à toute discussion, la loi a choisi de rendre licite de telles clauses dans la SAS et d'en fixer clairement la durée : dix ans au maximum. Cela permettra pendant le temps choisi de souder l'actionnariat et de constituer un noyau particulièrement stable, la violation de la clause étant sanctionnée par la nullité de l'acte.

La clause devra toutefois être rédigée avec soin. Il faudra préciser quelles sont les opérations d'aliénation qui sont visées : cession, apport, transmission à titre universel dans une fusion, une scission ou une dissolution par confusion des patrimoines. On pourra les viser toutes ou se limiter à certaines. De la même manière, il faudra préciser quelles actions et quels associés sont touchés. La clause

---

<sup>35</sup> C. civ., art. 900-1. Ce texte parle de donation ou de legs, mais il a toujours été admis qu'il s'appliquait aussi aux actes à titre onéreux.

<sup>36</sup> Jacques MESTRE et Dominique VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales*, 2003, n° 908.

peut être générale. Mais elle peut aussi avoir une portée plus limitée : ne s'appliquer qu'à certaines catégories d'actions ou à l'égard de certaines personnes, cédants comme cessionnaires.

Les clauses d'exclusion sont plus discutées en droit français que les clauses d'inaliénabilité<sup>37</sup>. On leur reproche d'être en parfaite contradiction avec le droit pour tout associé de rester dans la société. On leur reproche aussi d'être une forme d'expropriation pour cause d'intérêt privé. En cas de conflit grave, les principes généraux ne conduisent pas à l'exclusion mais à la dissolution que le juge va pouvoir prononcer s'il y a un juste motif. Il y a certes quelques décisions des juges du fond qui ont admis la validité de clauses d'exclusion et encore sous certaines conditions (notamment il faut que les causes soient prévues avec précision, que des garanties procédurales soient accordées et qu'une juste indemnisation soit attribuée). Mais la doctrine est très hésitante. La Cour de cassation a toutefois pris parti en faveur de la clause<sup>38</sup>. La SAS étant conçue pour faciliter la création d'entreprises dans lesquelles vont collaborer quelques associés, les risques de blocage ne peuvent pas être négligés. Que l'issue puisse n'être que la dissolution est regrettable si un seul des associés est à l'origine de la brouille. Car la dissolution est fiscalement souvent coûteuse et il est fréquent qu'elle conduise à la disparition de l'entreprise. C'est pourquoi, pour couper court à toute discussion, la possibilité d'insérer une clause d'exclusion a été prévue pour la SAS.

La loi ne parle pas d'ailleurs d'exclusion mais de cession forcée. La différence tient au fait que, dans l'exclusion, il y a attribution à l'exclu de sa part dans le capital et dans les réserves, alors que, dans la cession forcée, la gamme des issues est plus large : un associé ou un tiers peuvent être acquéreur des actions vendues de force; si la société se porte elle-même acquéreur, on pourra aller vers une réduction de capital et une annulation des actions rachetées ce qui indirectement conduit au même résultat qu'une exclusion.

La clause devra être rédigée avec soin. Elle devra fixer la procédure d'exclusion : organe compétent, modalités d'information et droit d'expression de la société exclue. L'associé exclu aura droit à

---

<sup>37</sup> Voir, par exemple : Yves GUYON, *Traité des contrats : les sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2002, n<sup>o</sup> 98.

<sup>38</sup> Com. 13 déc. 1994, J.C.P. éd. E. 1995.II.715, note Y. Paclot; *Bull. Joly* 1995.153, note P. Le Cannu; *Rev. Sociétés* 1995.298, note D. Randoux.

une juste indemnisation sauf à remarquer que, s'il est fautif, il aura pu causer à la société un dommage dont il devra réparation et que celle-ci pourra venir en compensation avec l'indemnité qui lui est due. On s'interroge aussi sur le point de savoir si la clause doit préciser les motifs qui pourront conduire à l'exclusion. Le texte ne l'impose pas expressément. Les premiers commentateurs s'accordent à considérer que, le principe étant toujours le droit de rester dans la société, la clause doit prévoir des raisons objectives qui seules pourront conduire à la cession forcée.

Il faut rattacher aussi à la cession forcée une autre hypothèse qui est celle du changement de contrôle de l'une des sociétés associées. C'est un événement qui peut avoir des conséquences graves. Par exemple, l'une des sociétés associées peut être rachetée par un concurrent qui pourra ainsi avoir accès à des informations sensibles. Jusqu'à présent, il n'était pas facile, et il n'est toujours pas facile dans la SA, de se prémunir contre les conséquences d'un changement de contrôle. Pour la SAS, le législateur a été sensible aux besoins de la pratique. Il permet de prévoir l'exclusion (et non la cession forcée – mais on peut penser qu'il s'agit d'une inadvertance et qu'il ne faut pas accorder de signification à la différence de terminologie) en cas de changement de contrôle d'une société associée et, à titre provisoire, la suspension des droits non pécuniaires de l'associé. Le même processus est applicable, si les statuts le prévoient, en cas de participation par une société associée à une opération de fusion, de scission ou de dissolution.

Ainsi peut-on par l'intermédiaire de clauses d'inaliénabilité et/ou d'exclusion assurer la stabilité du capital. Mais l'arsenal aurait été incomplet si l'on n'avait pas pu aussi contrôler les cessions.

### **b. Le contrôle des cessions d'actions**

Le contrôle des cessions d'actions permet de s'assurer de l'identité des personnes qui entrent et qui sortent de la société. Une fois de plus il faut comparer avec la SA qui a servi de point de repère pour constater que la SAS offre de plus larges possibilités.

Dans la SA, il est permis d'insérer dans les statuts une clause d'agrément en vertu de laquelle celui qui veut céder ses actions doit demander à la société l'agrément de l'acquéreur. Mais cette clause est inopposable en cas de cession entre actionnaires (et de cession à un proche parent). On n'est donc pas à l'abri d'un renversement

des alliances par une cession entre actionnaires ou à un proche parent. D'autre part, lorsque la clause est opposable, la société peut refuser son agrément mais elle a alors une obligation de rachat. Si bien que si la société peut contrôler qui entre, elle ne peut pas empêcher l'actionnaire qui le veut, de sortir. Et ces règles ainsi que leur aménagement technique sont d'ordre public.

Dans la SAS, la liberté des statuts et les possibilités de contrôle vont être beaucoup plus larges. La clause que l'on peut insérer a une portée générale. Elle permet de soumettre à agrément toutes les cessions d'actions. Non seulement on peut s'opposer à l'entrée d'un associé mais on peut contrôler les éventuels mouvements à l'intérieur du capital. Le domaine d'application est donc le plus étendu qui soit.

La portée, en revanche, a été un peu discutée<sup>39</sup>. On s'interroge sur l'obligation ou non de la société qui refuse l'agrément de racheter les actions du cédant. La discussion très technique s'appuie sur la rédaction des textes et surtout sur l'articulation entre les dispositions relatives à la SAS (la possibilité d'inaliénabilité) et celles relatives à la SA (l'obligation de rachat en cas de refus d'agrément). Dans l'ensemble la doctrine penche pour l'existence de l'obligation de rachat<sup>40</sup>. L'associé qui veut céder ses actions et qui se heurte à un refus d'agrément doit pouvoir sortir de la société. Mais à la différence de ce qui se passe dans la SA, cette obligation de rachat va être d'intensité différente car les statuts vont pouvoir l'aménager, voire la supprimer<sup>41</sup> ou la renforcer. Les statuts pourront tout d'abord aménager certains aspects de la procédure de rachat, notamment la détermination du prix. Au lieu du seul recours à l'expert de l'article 1843-4 C. civ., ils pourront retenir un autre mode d'évaluation, par exemple, le recours à deux experts désignés par les parties ou une évaluation faite selon un mode déterminé dans les statuts. Les statuts vont aussi pouvoir porter atteinte au droit de repentir. Dans la société anonyme, lorsqu'un actionnaire se heurte à un refus d'agrément, on considère qu'il dispose d'un droit de repentir, c'est-à-dire qu'il peut choisir de rester dans la société plutôt que de vendre à la société ou à quelqu'un trouvé et agréé par elle. Dans la SAS, la clause d'agrément peut se combiner avec une clause de

---

<sup>39</sup> M. GERMAIN, *loc. cit.*, note 34.

<sup>40</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, note 20, n° 471-10.

<sup>41</sup> Ce point est discuté.

préemption. Dès lors, l'associé qui demandera l'agrément sera obligé de vendre si le bénéficiaire de la clause de préemption le souhaite car la demande d'agrément fera naître au profit de celui-ci le droit d'acheter aux conditions fixées par les statuts. Il n'est même pas interdit d'envisager la juxtaposition d'une clause d'agrément et d'une clause d'inaliénabilité. De prime abord, la combinaison peut surprendre. À quoi peut bien servir la clause d'agrément si les actions sont inaliénables? Les travaux parlementaires et les premiers interprètes ne rejettent pas la combinaison. Ils considèrent qu'elle permet de contraindre l'associé qui a demandé l'agrément et qui a essuyé un refus de rester dans la société. Mais bien évidemment, dérivant d'une clause d'inaliénabilité, il faudra satisfaire aux conditions de celle-ci : durée maximum, dix ans.

## **B. Les répercussions de la SAS sur le droit des sociétés**

La SAS fait bouger les lignes. Il est d'autant plus important de cerner le phénomène que l'introduction de la SAS n'est pas le fruit d'une volonté d'opérer une réforme d'ensemble du droit des sociétés. Tout au contraire, les services du ministère de la justice travaillaient à un tel projet, les lois de 1966 sur les sociétés commerciales et 1978 sur la société en général et la société civile commençant à « vieillir ». Ce sont des lobbys qui sont à l'origine de la nouvelle forme. La commission juridique du Conseil national du patronat français (devenu Mouvement des entreprises de France) souhaitant une forme plus souple avait élaboré un projet de société anonyme simplifiée. Ce projet a été repris et amendé par le ministère. Il a abouti à la loi de 1994. La forme est devenue, au passage, société par actions simplifiée pour qu'elle n'ait pas l'obligation de se mettre en harmonie avec les directives communautaires relatives à la société anonyme. En 1999, c'est un groupe de chercheurs, très familiers des pratiques américaines, qui a souhaité bénéficier des avantages de la SAS. Il a obtenu gain de cause et même au-delà, toutes les conditions restrictives disparaissant, la SAS pouvant même être unipersonnelle.

La SAS innove tellement que sa seule apparition et généralisation ont conduit le ministère de la justice à suspendre l'idée d'une réforme d'ensemble. Il a été jugé opportun d'attendre les résultats de l'introduction de la nouvelle forme. Selon sa réception par la pratique, selon l'importance qu'elle va prendre, selon les éventuelles difficultés qu'elle va soulever, bref au vu du bilan de l'introduction



de cette nouvelle forme, la question de la réforme d'ensemble sera à nouveau examinée. C'est dire l'importance de la SAS. Celle-ci se mesure à la fois au bouleversement des catégories et au bouleversement des pratiques.

### **1. Les catégories**

Le droit français des sociétés vit avec plusieurs classifications qui sont pour parties légales et pour partie doctrinales (la seconde est souvent plus importante que la première). Celles qui nous intéressent ici sont la distinction sociétés de personnes/sociétés de capitaux, sociétés à risque limité/sociétés à risque illimité.

La distinction sociétés de personnes/sociétés de capitaux repose sur la prise en considération ou non de la personne de l'associé. Dans la société de personnes, la personne de chaque associé est un élément essentiel. Il n'y a aucune exigence particulière sur le montant du capital. L'associé va être titulaire de parts sociales qui ne sont ni librement cessibles, ni librement négociables. Dans le fonctionnement interne, chacun étant un élément essentiel, le principe est que les décisions collectives sont prises à l'unanimité, mais les statuts peuvent prévoir une majorité. La société de capitaux est celle dans laquelle la personne de l'associé est indifférente. Ce qui compte ce sont les capitaux qui sont groupés. Il y a une exigence sur un minimum de capital. L'associé va être titulaire d'actions qui sont librement cessibles et librement négociables. Puisque ce sont les capitaux qui sont essentiels, la règle dans l'assemblée est une action, une voix.

Cette distinction n'est pas formalisée dans les textes, si bien qu'il y a toujours eu des accommodements. Les formes spéciales ne rentrent pas toutes exactement dans l'une ou l'autre des catégories. Dans certaines formes de sociétés de personnes, les parts peuvent être cédées indépendamment de l'accord unanime des associés. Dans les sociétés de capitaux, il est possible d'insérer une clause d'agrément qui permettra de contrôler certaines cessions.

La SAS brouille comme à plaisir la distinction. De prime abord, c'est une société par actions, donc une société de capitaux. Seulement, elle n'a pas tous les traits de ces sociétés et, en plus, elle peut être dotée de caractéristiques qui sont celles d'une société de personnes. Jusqu'ici, les sociétés de capitaux émettaient des titres qui, tous, pouvaient être cotés en bourse. Les actions et les obligations

émises par la SAS ne peuvent pas être cotées et, mieux, la société ne peut pas faire appel public à l'épargne. Il lui manque une caractéristique jusqu'ici essentielle de la société de capitaux. D'autre part, il est permis de déroger à la règle une action une voix, d'insérer une clause d'agrément qui a une portée générale, une clause d'exclusion ou de rachat forcé, une clause d'inaliénabilité. Toutes ces stipulations introduisent des éléments de considération de la personne<sup>42</sup>. Ils tirent la SAS vers un fonctionnement de société de personnes. Si bien que dans certaines configurations, il n'est pas interdit de penser que la SAS<sup>43</sup> est une société de personnes qui a juste trois traits d'une société de capitaux : un capital minimum, des associés titulaires d'actions et qui ne supportent qu'une responsabilité limitée.

La distinction sociétés à risque limité/sociétés à risque illimité recouvre en grande partie la distinction précédente. Elle est cependant présentée de manière séparée principalement à cause de la SARL qui emprunte dans une mesure qui a varié aux sociétés de personnes et qui pourtant est à risque limité. Outre le fait que les associés ne sont pas tenus des dettes de la société, les sociétés à risque limité avaient toutes l'obligation de respecter un minimum légal pour leur capital et une organisation assez rigide était imposée. Elle concernait les organes de gestion et leurs pouvoirs ainsi que le vote dans les assemblées générales. La SAS rompt avec l'idée que pour protéger les tiers (organisation de la gestion) mais aussi les associés (droit de vote dans l'assemblée) il faut que la loi impose un régime largement contraignant. Les axes nouveaux de référence sont ordre interne/relations avec les tiers. L'idée est que les contraintes qui sont les contreparties de la limitation des risques ne se justifient que pour la protection des tiers. Les associés ont moins besoin de protection puisque, de toute manière, ils ne risquent que leur apport. La rigidité doit se cantonner aux organes qui ont le pouvoir de représenter la société, d'où les règles impératives relatives au président et à ses pouvoirs et le système des directeurs généraux, directeurs généraux délégués. D'où aussi l'obligation, chaque exercice, de publier les comptes en les déposants au greffe du tribunal de commerce. Dans l'ordre interne, il est possible de laisser place à la liberté. Chaque associé défendra ses intérêts. Mais on voit bien que cette liberté n'est praticable que si la société est

---

<sup>42</sup> Ce n'est certainement pas un hasard si la loi utilise l'expression « associé » et non celle d'« actionnaire ».

<sup>43</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, note 20, n<sup>o</sup> 471-9.

fermée. C'est la raison pour laquelle il est fait interdiction à la SAS de faire appel public à l'épargne.

## 2. Les pratiques

À l'évidence, il y a des situations dans lesquelles la SAS est particulièrement bien adaptée. Il s'agit tout d'abord de la filiale commune. La liberté statutaire permet d'organiser la collaboration entre les partenaires. Elle permet aussi, si la nécessité s'en fait sentir, de les lier. Elle permet aussi de mettre en place, dès le départ, des solutions en cas de conflit (rachat forcé). L'une des variantes est la filiale entre un étranger qui veut s'implanter en France en s'associant avec un national. La souplesse de la SAS permet éventuellement de reprendre certains schémas d'organisation auxquels l'étranger est familier. Par comparaison avec la SA, l'avantage est le beaucoup moins grand nombre de contraintes et, du même coup, la disparition du risque pénal qui est attaché à certaines d'entre elles<sup>44</sup>. Par rapport à la SARL, l'avantage est moins net. Il réside tout de même dans l'absence de la règle une part, une voix et dans la possibilité et la sûreté des clauses permettant la stabilité du capital.

De même, la SAS est particulièrement bien adaptée pour l'organisation d'une filiale contrôlée totalement (ou peu s'en faut). Très vite elle s'est imposée dans les groupes; la légèreté de la structure fait merveille. Les avantages de la SAS unipersonnelle sont indéniables. Pour la direction, il suffit d'un président. Les assemblées générales sont remplacées par les décisions de l'associé unique qui sont prises sans formalisme préalable mais avec une formalité *a posteriori*: à peine de nullité les décisions doivent être inscrites sur un registre, qui est le registre des procès verbaux de l'assemblée lorsque la société a plusieurs associés. On ne peut imaginer plus simple.

De même encore, la SAS est très utile pour la mise en place d'une société holding lorsque, bien entendu, celle-ci ne doit pas être cotée en bourse. On songe ici tout particulièrement au holding intermédiaire à l'intérieur d'un groupe ou au holding qui est à la tête d'un groupe familial. Pour organiser les relations entre les membres de la famille, surtout lorsqu'il y a déjà eu une ou deux transmissions successorales, les possibilités offertes par la SAS

---

<sup>44</sup> Par exemple, risque de faux lorsqu'on dresse le procès-verbal d'une réunion obligatoire qui ne s'est tenue que sur papier.

permettent de trouver des solutions. Elles permettent de réserver le pouvoir de direction à certains tout en ménageant les intérêts des autres. Elles permettent de lier les membres de la famille tout en prévoyant tout de même certaines possibilités de sortie.

Ces diverses utilisations ne s'écartent pas vraiment des objectifs qui ont été ceux des initiateurs du projet. La SAS vient s'ajouter aux diverses formes qui étaient déjà proposées, notamment la SA et la SARL pour les activités commerciales. Mais rien n'interdit d'utiliser la SAS pour organiser une entreprise moyenne voire petite qui ne fait pas partie d'un groupe. Et là, elle ne vient pas s'ajouter, elle vient se substituer aux formes commerciales usuelles. Elle vient en quelque sorte en concurrence avec la SA et, à un moindre titre, avec la SARL. Est-ce qu'elle ne risque pas de prendre la place de ces dernières et notamment de la SA? Il faut bien comprendre que si la réponse est positive, c'est à un bouleversement du droit des sociétés que l'on assiste. Jusqu'ici, il y avait les formes très contractuelles, mais qui étaient toutes à risque illimité : société en nom collectif, société civile. La première est peu utilisée car tous les associés sont commerçants et solidairement tenus de la totalité du passif. La seconde, bien qu'à risque illimité mais sans solidarité, est nettement plus utilisée, sous la dénomination de société civile immobilière (SCI) : ce n'est pas une forme particulière; c'est une société civile du *Code civil* qui a pour objet la propriété et la jouissance d'immeuble(s). De l'autre côté, il y avait les formes rigides, institutionnelles, qui permettaient de bénéficier de la limitation des risques : SA et, dans une moindre mesure, SARL<sup>45</sup>. Celui qui recherchait une forme à risque limité avait le choix entre SARL (plus légère, un peu moins rigide) et SA (lourde et rigide). Il faut préciser que la SA est conçue comme la forme qui permet de faire appel public à l'épargne et qui a vocation à être cotée en bourse. Il est dès lors normal que la loi organise minutieusement le pouvoir car il faut protéger les actionnaires. Compte tenu de ces données, on aurait pu penser que seules les très grandes entreprises choisissent la SA. Pour des raisons fiscales et sociales qu'il serait trop fastidieux d'expliquer ici, ce n'est pas ce qui s'est produit. De très nombreuses moyennes entreprises ont été organisées en SA. Depuis quelque temps, il y a un reflux de

---

<sup>45</sup> On négligera, pour ne pas trop complexifier le propos, les sociétés en commandite qui, toutes, ont deux catégories d'associés : les commanditaires qui ne sont pas tenus des dettes de la société et les commandités qui le sont.

la SA et une croissance de la SARL<sup>46</sup>. Mais l'alternative demeurait SA ou SARL, la SAS étant réservée à des utilisations plus spécifiques.

Une autre configuration est peut-être en train de se révéler car rien n'interdit aux moyennes entreprises d'adopter la SAS plutôt que la SA ou la SARL. Il y a même des indices qui laissent à penser que, dans certaines sphères, ce serait souhaité. Un exemple. Dans la loi du 15 mai 2001 (dite loi NRE), une disposition imposait pour la SA de faire figurer dans le rapport de gestion la rémunération versée à chaque dirigeant. Cela permettait à chaque actionnaire et même aux tiers d'avoir connaissance de ces rémunérations. Ce n'était pas possible auparavant et compte tenu des mœurs françaises en matière de publicité des revenus, il est facile de mesurer l'ampleur de l'émoi suscité. Au cours des débats parlementaires, malgré cela on s'est orienté vers le maintien de la disposition – gouvernance d'entreprise exige. Mais, il a été remarqué que la même exigence n'existait pas dans la SAS. Autrement dit, si les règles applicables à la SA vous gênent, transformez-vous en SAS (on peut préciser au passage que la transformation en SAS n'est pas très difficile sous réserve d'une règle particulière : toute transformation en SAS exige l'unanimité des associés<sup>47</sup>; le législateur ici a considéré que les particularités de la SAS étaient telles qu'il fallait mieux que chacun y ait consenti; on peut préciser aussi que depuis, par une loi du 1<sup>er</sup> août 2003, le législateur est revenu sur l'obligation d'indiquer les rémunérations dans le rapport de gestion : elle ne subsiste plus que dans les sociétés cotées).

Si la suggestion faite est suivie, la SAS est destinée à devenir une forme banale. Il y aurait schématiquement la SARL pour les petites entreprises, la SAS pour les moyennes ou les grandes, la SA ne serait plus guère utilisée que pour les sociétés cotées.

Il n'est pas sûr que l'évolution se fasse rapidement dans ce sens. La SA peut demeurer très utilisée. Mais il y a potentiellement une évolution majeure du droit des sociétés. Le curieux est qu'elle ait été rendue possible en quelque sorte par la bande. Curieux en tout cas pour une tradition juridique si marquée de codes et de principes.

---

<sup>46</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2003, il y avait 145 075 SA et 898 142 SARL. Au 1<sup>er</sup> janvier 1999, il y en avait respectivement 168 900 et 770 661, et au 1<sup>er</sup> janvier 1993, 169 296 et 591 102.

<sup>47</sup> C. com., art. L. 227-3.

À moins que codes, principes ne soient pas antinomiques de souplesse. C'est peut-être l'enseignement, provisoire, qu'il faut tirer de toutes ces évolutions du droit des sociétés (SARL, SA, SAS). Le droit contemporain des sociétés impose moins qu'autrefois, il propose plus.

## **Appendice – Complément pour la Lecture des arrêts de la Cour de cassation**

Depuis la précédente chronique<sup>48</sup>, une réforme ponctuelle mais pratiquement importante est intervenue dans le fonctionnement de la Cour de cassation. Il est désormais permis de « déclarer non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation »<sup>49</sup>.

La Cour de cassation n'a toujours pas les moyens de sélectionner les affaires qu'elle évoque. On n'a pas, non plus, réinventé la Chambre des requêtes. Celle-ci, qui a existé dans le passé, était une chambre spécialisée dans le filtrage des pourvois. Elle a eu une efficacité réelle, mais elle présentait l'inconvénient d'élaborer sa propre jurisprudence, différente sur certains points de la jurisprudence de la chambre en charge du domaine. On a simplement permis à la Cour de cassation d'évacuer plus vite et avec une charge de travail moindre les pourvois qui manifestement n'avaient aucune chance d'aboutir<sup>50</sup>.

C'est la chambre saisie de l'affaire qui va statuer. Elle le fait en formation restreinte. Si elle estime que les conditions sont satisfaites, elle rend un arrêt dont le seul motif est, soit l'irrecevabilité du pourvoi, soit son caractère non fondé sur un moyen sérieux de cassation. Cet arrêt est un arrêt de non-admission. Il met fin à la procédure.

C'est une manière assez pragmatique d'aborder la question de l'encombrement de la Cour de cassation. Le rôle de cour régulatrice

---

<sup>48</sup> J.-C. HALLOUIN, *loc. cit.*, note 1.

<sup>49</sup> Art. L 131-6, al. 2, *Code de l'organisation judiciaire* tel qu'il résulte de la *Loi organique n° 2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*.

<sup>50</sup> Commentaires de la loi : André PERDRIAU, J.C.P. 2001.1657; M. COTTIN, D. 2002.748.

de la Cour de cassation est respecté. La Cour peut toujours être saisie (sous réserve d'invoquer un moyen de cassation), sans avoir cependant le pouvoir de sélectionner les affaires qu'elle juge. Mais dans la manière dont elle traite les pourvois, il y a plusieurs cheminement. L'un est très court et demande la mise en œuvre de peu de moyens : lorsqu'il y a une irrecevabilité ou lorsqu'il n'y a pas de moyens sérieux d'invoqués.

Il est permis d'espérer une certaine régulation. La perspective d'avoir à expliquer à son client une décision de non-admission devrait inciter les conseils à la prudence. D'un autre côté, il faut faire confiance aux magistrats de la Cour pour utiliser la non-admission à bon escient. Les premières années d'expérience sont de bon augure<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> G. CANIVET, D. 2002.2195. Selon les chambres, les pourcentages de non-admission oscilleraient entre 20 et 40 %.