

Voyage d'études 2014

Après-midi d'échanges à Bogota - Palais de Justice de Bogota

Monsieur Philippe Peyramaure
Co-président fondateur et Président d'honneur de
l'Association des Avocats Conseils d'Entreprises (ACE), avocat au Barreau de Paris.

LA SAS en droit français

Introduite dans notre droit en 1994, son régime juridique est fixé par les articles L 227-20 et L 2244-1 à L 244-4 du Code de Commerce. En outre, comme toute société commerciale, elle est soumise aux règles générales des articles 1832 à 1844-17 du Code civil. S'agissant d'une société par actions, elle est soumise aussi aux dispositions générales visant les sociétés (art. L224-1 et L 224-3) et aux règles concernant les valeurs mobilières émises par elles (art. L228-1 à L 228-106). Enfin, l'article L 227-1 précité dispose que dans la mesure où elles sont compatibles avec les textes propres à la SAS, les règles des sociétés anonymes lui sont applicables à l'exception de celles visant, d'une part, la direction et l'administration de la société, d'autre part, les assemblées d'actionnaires (art. L225-17 à L 225-126 et art. L233-8, I).

Après avoir à titre informatif traité la partie descriptive du statut, nous ferons, dans une seconde partie l'analyse des raisons de son succès en France.

A – LE STATUT DE LA SAS FRANÇAISE

La société par actions simplifiée est une forme de société par actions qui s'ajoute à la société anonyme et à la société en commandite par actions.

Elle peut être constituée entre des personnes physiques ou morales et ne comprendre qu'un seul associé. La SAS est théoriquement marquée par un fort intuitu personae des « associés », ce qui est en pratique parfois discutable par suite de l'évolution des textes.

Les membres de la SAS déterminent librement dans les statuts la nature et les fonctions des organes de direction, ainsi que les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives.

Bien que la SAS ait ses racines dans la société anonyme puisqu'elle est constituée, dissoute, liquidée selon les mêmes règles et que les mêmes obligations comptables s'imposent à elle, elle s'en sépare sur deux points essentiels :

- d'une part, son organisation et son fonctionnement relèvent des statuts, c'est-à-dire de **la seule volonté des associés** ;
- d'autre part, ces derniers peuvent dans une large mesure aménager comme ils l'entendent les conditions de leur entrée et de leur sortie de la société.

Elle permet ainsi de ne pas avoir recours à des pactes d'actionnaires dès lors que les clauses particulières envisagées doivent lier tous les associés et ne nécessitent pas une certaine confidentialité.

De ce fait, elle peut constituer un instrument efficace de rapprochement des entreprises, en particulier lorsqu'est envisagée la création d'une société holding ou d'une filiale commune.

Rien ne s'oppose non plus, sinon la prudence, à ce que des tiers (banquier, principal fournisseur) interviennent dans le fonctionnement de la société sous forme d'un droit de contrôle ou même d'un droit de veto pour certaines décisions.

I - CARACTERISTIQUES DE LA SAS

I-1 LORS DE SA CONSTITUTION

Personne physique :

Il n'est pas nécessaire qu'elle ait la capacité requise pour être commerçante.

Chaque époux peut librement devenir associé en faisant apport des biens propres dont son régime matrimonial lui permet de disposer, ainsi que le partenaire d'un pacte civil de solidarité (Pacs) ;

Un étranger peut librement faire partie d'une SAS.

Personne morale :

Toute personne morale qu'elle soit française ou étrangère peut être associée

Bien que dépourvu de personnalité morale, un fonds communs de placement peut détenir des actions d'une SAS car il est une copropriété.

La SAS peut valablement ne comprendre qu'un seul associé. Il n'est pas fixé de maximum.

Il est interdit à la SAS de procéder à une offre au public de titres financiers.

Les SAS sont autorisés à procéder à des offres réservées à des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs ou portant sur des titres dans des conditions telles qu'il n'y a pas offre au public. Les textes ne fixent pas le montant minimal pour le capital et la SAS peut être constituée avec un capital variable, ce qui peut être fort pratique.

Les apports peuvent être effectués soit en numéraire, soit en nature, soit en industrie.

Les actions représentatives d'apports en numéraire peuvent n'être libérées que de la moitié de leur valeur nominale, le surplus devant être versé dans un délai de cinq ans.

Les apports en industrie ne sont pas pris en compte pour la formation du capital, mais les actions attribuées en rémunération de ces apports donnent droit au partage des bénéfices et de l'actif net.

Apports en nature :

L'intervention d'un commissaire aux apports est nécessaire, comme pour les SA : c'est la protection des tiers qui justifie cette procédure assez lourde.

La valeur nominale des actions peut être fixée dans les statuts mais ce n'est pas une obligation.

L'émission de parts bénéficiaires ou parts de fondateur est interdite à peine de nullité.

Une SAS peut créer des actions de préférence.

La SAS doit être désignée par une dénomination sociale. Cette dénomination peut comporter le nom d'un ou de plusieurs associés.

La durée de la société ne peut pas excéder 99 ans. Elle court à compter de l'immatriculation au registre du commerce.

I-2 FONCTIONNEMENT DE LA SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE

La Gestion

- Les associés jouissent d'une totale liberté pour fixer dans leurs statuts la composition de l'organe de gestion, mais celui-ci doit nécessairement comprendre un **président**. Il n'est pas possible d'attribuer cette qualité à plusieurs dirigeants. L'utilisation d'un système de **coprésidence** paraît donc exclue.

Sous ces réserves, les statuts peuvent prévoir soit un dirigeant unique, soit un organe collégial (comité de direction ou conseil d'administration).

Les statuts doivent aussi préciser les conditions dans lesquelles sont prises les décisions de l'organe collégial.

Les statuts mettent parfois en place un « **comité** » ou un **conseil de surveillance** et/ou des **censeurs**.

- Le Code de commerce vise, outre le président, les « dirigeants » de la société en ce qui concerne les règles de responsabilité civile et pénale, le contrôle des conventions réglementées et les conventions internes, mais ne définit pas cette notion de « dirigeants » de SAS.

Le Comité juridique de l'Association nationale des sociétés par actions (Ansa) y inclue les membres des organes de surveillance, ce qui peut paraître contestable s'ils n'ont qu'un simple rôle de surveillance.

La CNCC considère que les dirigeants sont ceux qui exercent des pouvoirs comparables aux administrateurs d'une société anonyme, ce qui paraît plus conforme à la nature des fonctions de dirigeants.

- Les dirigeants et notamment le président peuvent être des personnes morales. Dans ce cas, les dirigeants de la personne morale « sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités que s'ils étaient président à titre personnel ».

A notre avis, le cumul d'un contrat de travail avec un mandat social de dirigeant **non associé** ou **associé** est possible. Le dirigeant **associé majoritaire** peut-il être titulaire d'un contrat de travail ? L'opinion la plus couramment répandue considère qu'il ne peut exister, dans cette situation, de lien de subordination. Mais à mon avis, il n'est pas interdit que le dirigeant conclue avec la société, directement ou indirectement, une convention de prestation de service.

Le contrat de travail et le contrat de prestation de service entrent dans les conventions soumises à contrôle.

Il n'existe aucun texte interdisant ou réglementant le **cumul de mandats dans les SAS** à la différence de ce qui existe dans les SA.

- Les **statuts** peuvent valablement imposer des conditions particulières pour devenir dirigeant. Les modalités de désignation sont librement fixées par les statuts. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit statutairement convenu qu'elle sera valablement décidée par un associé déterminé, un groupe d'associés, un organe collégial, ou même par un tiers non associé.

La Cessation des fonctions des dirigeants :

Les fonctions de dirigeant prennent fin

- par l'arrivée du terme ;
- par l'incapacité ou l'interdiction de gérer ;

- par le décès ou, s'il s'agit d'une personne morale, par la dissolution ;
- par la transformation ou la dissolution de la société.

Les statuts peuvent prévoir qu'un certain nombre d'évènements entraîneront automatiquement la cessation des fonctions : résultats, détention du capital, etc.... Les conditions dans lesquelles le président et les autres dirigeants peuvent être révoqués sont également fixées par les statuts. Il peut être prévu une possibilité de révocation ad nutum ou au contraire avec juste motif.

L'usage abusif du droit de révocation peut être sanctionné.

Rien n'interdit de prévoir dans les statuts que la cessation des fonctions de président ou de dirigeant de la SAS entraînera le versement d'une indemnité de rupture. Les statuts doivent préciser si l'indemnité est versée dans tous les cas ou si certains motifs de cessation des fonctions excluent son versement.

I-3 POUVOIRS DES DIRIGEANTS

Président

Le président représente la société à l'égard des tiers.

Cette disposition est impérative ; les statuts ne peuvent donc pas retirer au président cette qualité de **représentant légal** de la SAS qui constitue un élément de sécurité juridique pour les tiers qui traitent avec la société.

Comme dans toutes les sociétés par actions, le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social. Il n'existe aucune disposition légale, autre que l'étendue de l'objet social, limitant ces pouvoirs. Le président d'une SAS peut, librement consentir des cautions, avals ou garanties sur les biens de la société et procéder à des cessions d'immeubles ou de participations.

Toutefois, dans les rapports entre associés, les statuts peuvent limiter les pouvoirs. Mais ces limitations de pouvoirs sont inopposables aux tiers.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les **actes du président** qui ne relèvent pas de l'objet social.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne détermine l'étendue des pouvoirs des dirigeants de SAS autres que le président. Ces pouvoirs doivent donc être fixés avec précision dans les statuts.

Rémunération des dirigeants

Les fonctions de président ou de chacun des autres dirigeants de la SAS donnent droit à une rémunération sauf si les statuts ou une décision collective prévoient que les fonctions de directions sont gratuites.

Les statuts peuvent librement déterminer les modalités de rémunération fixe ou proportionnelle. Il peut aussi être prévu que les dirigeants recevront une partie de leur rémunération sous la forme d'une attribution d'actions (stock-options).

L'attribution d'une rémunération au président et aux autres dirigeants sociaux est, dans la SAS, de nature purement contractuelle ; elle s'analyse donc en une convention soumise à contrôle sauf si cette rémunération est fixée par décision collective des associés.

Le président et les autres dirigeants d'une SAS sont obligatoirement affiliés au régime général de la sécurité social.

I-4 RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

Responsabilité civile

Les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire des sociétés anonymes sont applicables au président et, s'il en existe, aux autres dirigeants de la SAS.

- Infractions aux dispositions législatives ou réglementaires
- Violations des statuts
- Fautes commises dans leur gestion

Le cas échéant en cas de procédure collective, le président et les dirigeants peuvent être tenus de supporter les dettes sociales et sont soumis à certaines mesures d'interdiction et de déchéance.

Responsabilité pénale – Infractions spécifiques aux SAS

- Ne pas consulter les associés dans les conditions prévues par les statuts en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500€ d'amende ;
- Procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre des actions aux négociations sur un marché réglementé puni d'une amende de 18 000€.

Les sanctions pénales prévues pour les administrateurs de société anonyme sont applicables aux dirigeants de SAS :

- Infractions relatives à la constitution de la société ;
- Abus de biens sociaux ;
- Abus de pouvoirs ou de voix ;
- Distribution de dividendes fictifs ;
- Défaut d'établissement des comptes sociaux ;
- Présentation de comptes infidèles ;
- Infraction relatives aux modifications du capital

Responsabilité fiscale

Lorsque par des manœuvres frauduleuses ou par l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales, ils ont rendu impossible le recouvrement de ces impositions et pénalités.

I-5 CAS PARTICULIER DES CONVENTIONS AVEC LA SOCIETE

Il s'agit des conventions conclues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses autres dirigeants.

On peut se demander si un membre d'un simple organe de surveillance doit être considéré comme un dirigeant.

Oui, par analogie avec l'article L 225-86 du Code de commerce, qui prévoit que les membres du conseil de surveillance de SA entrent dans le champ d'application de la procédure (Communiqué Ansa novembre-décembre 1995).

Cette procédure s'applique également aux conventions conclues entre la société et l'un de ses associés disposant de plus de 10% des droits de vote ou, s'il s'agit d'une société associée, de la société la contrôlant.

Par exception, les conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales ne sont soumises à aucune formalité.
Il n'existe pas, dans les SAS, d'autorisation préalable.

Il n'est pas non plus expressément prévu d'informer le commissaire aux comptes sur les conventions antérieures dont l'exécution s'est poursuivie.
Dans les SAS n'ayant pas de commissaires aux comptes, il appartient au président d'établir et de présenter le rapport aux associés.

Sanctions

Le **refus d'approbation** par les associés est sans conséquence pour la convention, à charge pour le dirigeant intéressé et pour les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables.

Le **défaut de rapport** sur les conventions soumises à contrôle, comme le défaut de consultation des associés, entraîne les mêmes sanctions que le refus.

Conventions interdites

- Sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société ;
- Se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement ;
- Faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers des tiers.

La même interdiction s'applique à toute personne interposée.

Les SAS d'une certaine importance sont soumises au contrôle d'un ou plusieurs commissaires aux comptes.

Expertise de gestion :

Elle peut être demandée par des associés représentant moins de 5% du capital.

1 Compétence : Décisions réservés aux associés

Il s'agit des décisions suivantes :

- Désignation des commissaires aux comptes ;
- Fusion ou scission ;
- Approbation des comptes annuels et affectation des bénéfices ;
- Dissolution ;
- Transformation en une société d'une autre forme.

Pour toutes les autres décisions, une **décision collective** n'est pas imposée **sauf si elle est prévue par les statuts**.

Pour les décisions sur lesquelles les **statuts ne sont pas prononcés** et qui ne relèvent pas de l'énumération ci-dessus, il convient de distinguer selon que la décision entraîne ou non modification des statuts. Dans l'affirmative, la décision collective doit être la règle.

2 Modalités de la consultation :

Les statuts déterminent librement les conditions et les formes dans lesquelles sont prises les décisions collectives. Les statuts peuvent aussi prévoir, par exemple, que certaines décisions devront obligatoirement être prises en assemblée, les autres faisant l'objet, au choix du président ou de l'initiateur de la consultation, d'une consultation par correspondance, d'une assemblée ou d'un acte ou d'une Visio conférence.

Les statuts doivent fixer les délais de **convocation** ainsi que les modalités.

Les statuts peuvent **organiser le dépôt par les associés de points ou de projets de résolution**.

La **représentation** est librement organisée par les statuts.

A noter : L'article 232-67 du Code du travail permet au **comité d'entreprise** :

- d'une part, de demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale en cas d'urgence ;
- d'autre part, de requérir l'inscription de projets de résolutions à l'ordre du jour de toute assemblée ;
- et enfin, d'envoyer des représentants pour assister aux assemblées et qui devront être entendus sur toutes les délibérations requérant l'unanimité des associés.

S'ils ne retiennent **pas la consultation des associés en assemblée générale**, les statuts doivent organiser les modalités selon lesquelles les délégués du comité d'entreprise pourront exercer ces droits.

Rapport de gestion

Applicable à toutes les sociétés commerciales, et donc les SAS, doivent l'établir annuellement.

Communication des comptes sociaux

Les comptes annuels des SAS et le rapport de gestion doivent être mis à la disposition des commissaires aux comptes si la société en est dotée dans un délai d'un mois avant la convocation de l'assemblée générale.

Comptes consolidés

Les dirigeants des SAS placées à la tête d'un groupe doivent établir et publier des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe.
Sauf clause contraire des statuts, les comptes consolidés n'ont pas à être approuvés par les associés.

Publicité

Le président ou les dirigeants désignés dans les statuts doivent déposer au tribunal de commerce les documents concernant les comptes de l'exercice écoulé.

3 Modification du capital

En cas **d'augmentation du capital par apports en numéraire**, les associés disposent d'un droit préférentiel de souscription.

En **d'apport en nature** par un associé, celui-ci ne peut pas participer au vote et ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité fixée par les statuts.

La SAS peut aussi procéder à des augmentations de capital par émission d'actions de préférence ou à des augmentations de capital différées par émission de valeurs mobilières complexes, dans les mêmes conditions qu'une SA ou une SCA.

Toute décision d'augmentation du capital d'une SA par apport en numéraire doit se prononcer sur projet de résolution tendant à réaliser **une augmentation de capital réservée aux salariés**.

La réduction du capital social est soumise aux règles fixées pour les SA en ce qui concerne la réduction en dessous d'un minimum légal.

II - CARACTERISTIQUES DE LA SAS

II-1 DROITS ET OBLIGATIONS DES ASSOCIES

Droit à l'information

Les dispositions légales relatives au droit de la communication des actionnaires et aux assemblées générales dans les sociétés anonymes sont écartées du régime applicable aux SAS.

En revanche, les autres dispositions concernant les sociétés anonymes peuvent être invoquées par les associés de SAS.

Il s'agit du droit pour tout actionnaire ou groupe d'actionnaires détenant au moins le vingtième du capital :

- de poser par écrit, deux fois par an, des questions au président sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ;
- de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Les associés de SAS doivent pouvoir exercer leurs pouvoirs en pleine connaissance de cause, ce qui impose notamment de les informer sur les sujets faisant l'objet de décisions collectives afin qu'ils puissent exprimer un choix éclairé. Tel est le cas, en particulier, de la communication des comptes sociaux et du rapport de gestion en vue de l'approbation des comptes annuels.

Rien n'interdit (à notre avis) de prévoir une information plus développée pour une catégorie d'associés ou un groupe d'associés.

Droit de participer aux décisions collectives

Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Il s'agit d'un droit fondamental auquel les statuts ne peuvent pas déroger.

Droit de voter

Outre le droit de participer aux décisions collectives, l'associé a, en principe, celui d'y voter, sauf disposition légale, ce droit ne peut pas être totalement supprimé.

Droit d'agir en justice

L'associé peut exercer toutes actions en justice pour la défense de ses droits personnels à l'encontre des organes sociaux ou même contre la société.

II – 2 DROITS PECUNIAIRES

Droit aux dividendes

La répartition des bénéfices s'effectue conformément aux statuts.
Le droit au remboursement de l'apport et au boni de liquidation est également fixé par les statuts.

II – 3 OBLIGATIONS DES ASSOCIES

Obligations au passif social

L'associé ne répond du passif social que dans la mesure de son apport. Il peut, toutefois, être tenu de tout ou partie de ce passif s'il s'est comporté comme un dirigeant de fait. Cette simulation est applicable notamment après ouverture d'une procédure collective faisant apparaître en clôture une insuffisance d'actif.

Restitution des dividendes fictifs

Il s'agit d'une application classique du droit des sociétés en France.

Admission et retrait des associés

La loi permet aux statuts de régler l'admission et le retrait des associés, ce qui rend l'avantage de les rendre opposables aux tiers. Leur **inobservation** est sanctionnée par la nullité de la cession.

Lorsque pour des raisons de confidentialité, les associés préfèrent continuer à insérer des clauses d'admission et de retrait dans un pacte extrastatutaire, ils peuvent en sanctionner la violation par la nullité de la cession en précisant expressément dans les statuts que le pacte constitue un complément nécessaire et indissociable de ceux-ci.

Les **clauses** statutaires d'inaliénabilité, d'agrément, d'exclusion ou de changement de contrôle d'un associé, qui ont pour objet de garantir la stabilité du capital de la SAS et de la cohésion de son actionnariat, ne peuvent **être adoptées ou modifiées en cours de vie sociale** qu'avec le consentement unanime des associés.

Aucune disposition légale n'interdit une **application discriminatoire** de ces clauses. Par exemple, la clause d'inaliénabilité jouerait pour certains associés, les autres étant soumis seulement à une clause d'agrément.

Clause d'inaliénabilité

Les statuts de la SAS peuvent prévoir l'interdiction pour les associés de céder leurs titres pendant une durée déterminée à la seule condition que celle-ci n'excède pas dix ans.
Toute cession qui serait effectuée en violation de la clause d'inaliénabilité serait nulle.

Fusion, scission, dissolution d'un associé par personne morale

Les dispositions examinées à propos du changement de contrôle d'une société associée sont applicables également en cas de remplacement d'un associé personne morale par un autre à la suite d'une fusion, d'une scission ou d'une dissolution.

III – SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE UNIPERSONNELLE

Une personne physique ou morale peut créer, par un acte unilatéral de volonté, une société par actions simplifiée dont elle est l'unique associé.

La société unipersonnelle peut également résulter de la réunion dans une même main de toutes les actions d'une SAS, cette réunion n'étant pas une cause de dissolution judiciaire de ce type de société.

Une SAS peut ainsi devenir unipersonnelle puis redevenir pluripersonnelle sans autres formalités que celle relatives aux cessions d'actions (ordre de mouvement et virement de compte à compte) ou aux augmentations de capital.

De même, une SAS peut être constituée de manière unipersonnelle puis devenir pluripersonnelle en fonction de son développement pour être transformée ensuite en SA si les perspectives d'avenir de la société et notamment la nécessité d'avoir recours à l'épargne l'exigent.

Les entrepreneurs individuels qui souhaitent exploiter leur entreprise en société tout en restant l'unique associé de celle-ci ont désormais le choix entre l'EURL et la SAS unipersonnelle.

De même, dans les groupes de sociétés, il est possible de créer, sous une forme de société par actions, des filiales à 100% comme on en trouve couramment à l'étranger.

En pratique, tant que la société demeure unipersonnelle, la SAS et l'EURL sont globalement soumises au même régime. Mais, si l'on tient compte de l'éventualité d'un passage à la société pluripersonnelle, la SAS présente de nombreux avantages par rapport à l'EURL : facilité de cession des droits sociaux, liberté d'organisation du fonctionnement de la société et des rapports entre associés. Enfin, autre avantage pour la SAS, le président peut être une personne morale, alors que le gérant d'une EURL doit obligatoirement être une personne physique et que les conditions de sa nomination et de sa révocation sont soumises à des règles rigides.

La SAS unipersonnelle est soumise au régime de la société par actions simplifiée exposé sous réserve de quelques particularités.

Associé unique

L'associé unique peut être une personne physique ou une personne morale.

Lorsque la SAS unipersonnelle peut résulter de la réunion de toutes les actions d'une SAS pluripersonnelle en une seule main, par exemple à la suite d'une cession ou d'une transmission successorale.

Dans ce cas, contrairement au régime de droit commun, il n'est pas possible à tout intéressé de demander en justice la dissolution de la société si celle-ci n'est pas redevenue pluripersonnelle à l'expiration du délai d'un an.

L'associé unique peut se désigner lui-même comme président de la SAS ou confier cette fonction à un tiers, personne physique ou morale.

Les conventions conclues directement ou par personnes interposées entre la société unipersonnelle et son **président** ne font pas l'objet d'un rapport. Elles doivent seulement être mentionnées sur le registre des décisions.

Les conventions entre la SAS unipersonnelle et l'associé unique non dirigeant ou, s'il s'agit d'une société associée, la société la contrôlant devraient donc donner lieu à l'établissement d'un rapport.

Comme dans les SAS pluripersonnelles, il est interdit aux président et autres dirigeants personnes physiques de contracter sous quelque forme que ce soit des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement et de faire cautionner ou avaliser par elle ses engagement envers les tiers.

Toutefois, cette interdiction ne visant que les dirigeants, l'associé unique non dirigeant d'une SAS y échappe.

L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à la collectivité des associés dans les SAS pluripersonnelle. Il lui appartient donc de se prononcer, sous forme de décisions unilatérales.

Comme dans les SAS pluripersonnelles, le comité d'entreprise doit être mis en mesure d'exercer les droits qui lui sont reconnus par l'article L 2323-67 du Code du travail en matière de décisions sociales.

Chaque année, le président de la société, qu'il soit ou non l'associé unique, doit arrêter les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés ainsi qu'un rapport de gestion. L'inobservation de cette obligation est sanctionnée d'une amende de 9 000€.

Transformation de la société

L'associé unique peut, par décision unilatérale, transformer sa société en SARL et passer ainsi de la SAS unipersonnelle à l'EURL.

B – L'UTILISATION PRATIQUE : LES RAISONS D'UN SUCCES

Depuis sa création, la **SAS** a remporté un **grand succès**. Le nombre de constitutions de SAS et de transformations de SA en SAS va croissant. Les SAS étaient 4500 en 2000, contre 225 000 SA. Elles ont atteint le cap des 149 000 en octobre 2009, et les proportions semblent définitivement inversées.

I – L'EVOLUTION DE LA SAS VERS LA SATISFACTION DES BESOINS DES ENTREPRISES

Le succès de la SAS peut s'expliquer en premier lieu par son histoire.

L'histoire des SAS peut dans la culture juridique française, se définir comme l'histoire d'un démantèlement (terme employé par Mr. O. DOUVRELEUR).

Au fil du temps, le côté institutionnel du droit français des sociétés avait très largement supplanté son caractère contractuel, ce qui entraînait un déséquilibre source de lourdeurs inappropriées.

Les SA destinées aux PME souffraient d'un fonctionnement trop complexe. Non conçue pour remédier aux défauts du droit français des sociétés, la SAS, par suite de modifications législatives successives, a comblé le besoin de souplesse liée à la restauration du consensualisme.

La création des SAS, réservé dans un premier temps aux grands groupes pour en simplifier le fonctionnement, a été la première étape de cette évolution puisque l'on a renoncé à cette restriction.

Puis, une fois créée, la SAS a continué cette évolution. Nous avons relevé que l'histoire de la société par actions simplifiée est celle du démantèlement progressif des garde-fous et des « protections » qu'avaient mis en place ses concepteurs d'origine.

Ceux-ci avaient considéré la liberté statutaire, sans limitation ni encadrement des droits et obligations des actionnaires justifiait de réserver l'accès à la SAS à des opérateurs suffisamment avertis. Pour satisfaire à cette condition, ne pouvaient être actionnaires que les sociétés, d'ailleurs d'une certaine taille puisque obligatoirement dotées du capital requis pour, à l'époque, faire publiquement appel à l'épargne. Dans cette optique, ils ont décidé qu'elle ne pouvait pas « faire publiquement appel à l'épargne », cette formule emportant interdiction d'être cotée sur un marché réglementé et celle de recourir pour le placement des titres à de la publicité, du démarchage ou un intermédiaire financier.

Ce sort particulier fait à la SAS n'a pas tenu longtemps. C'est ainsi que les « barrières à l'entrée » furent levées en 1999. La SAS devint alors, selon la formule de O. DOUVRELEUR une forme sociale « comme une autre », ouverte à tous, y compris aux personnes physiques et pouvant même être la société d'une seule personne, partageant ce privilège avec la seule SARL. Cette « banalisation » de la SAS trouva un autre témoignage dans l'atténuation, au fil des ans, du principe selon lequel elle ne pouvait faire publiquement appel à l'épargne. L'introduction en 1998 de la notion de placement privé, c'est-à-dire de la possibilité de faire appel public à l'épargne sans prospectus, dès lors que l'offre n'est faite qu'en direction d'« investisseurs qualifiés » ou d'un « cercle restreint », constitue en réalité un véritable retournement.

De même, l'ordonnance du 22 janvier 2009 a assoupli et clarifié l'interdiction frappant jusqu'alors la SAS. En matière d'offre au public, l'interdiction de principe demeure, mais la SAS peut désormais « procéder aux offres définies aux 2 et 3 du I et du II de l'article L. 411-2 du code monétaire et financiers ». Ces renvois du code de commerce au code monétaire et financier visent des opérations qui sont « soustraites » à son régime juridique et peuvent, en conséquence, être effectuées librement. En premier lieu, lorsque l'opération ne dépasse pas certains seuils ; en second lieu, par la prise en considération de la qualité des destinataires de l'offre : la SAS peut librement offrir ses titres aux personnes fournissant le service d'investissement de gestion de portefeuille pour compte de tiers, aux investisseurs qualifiés, ou à un « cercle restreint » de moins de 150 personnes.

S'agissant de la négociation sur un marché réglementé, le nouveau texte n'applique une interdiction qu'aux seules « actions » de la SAS ; sa lecture a contrario conduit à considérer que l'admission de ses obligations est désormais possible. Cela s'ajoute au fait que la SAS peut, dès lors que l'opération se fait sans offre au public, coter ses actions sur tout autre marché qu'un marché réglementé, entrant par conséquent dans la catégorie, consacrée par le code monétaire et financier et le règlement général de l'AMF, des « systèmes multilatéraux de négociation ».

L'intuitu personae s'est donc effacé.

Selon O. DOUVRELEUR « la SAS, on le voit, stationne aujourd'hui aux confins du territoire du droit financier et y fait même quelques incursions, alors qu'elle en était autrefois tenue éloignée ».

Mais ce que l'on a appelé démantèlement est en réalité le juste retour à un équilibre par la mise à disposition des acteurs économiques d'un instrument issue de la liberté contractuelle.

Nous ne disposons pas de statistiques suffisamment précises. Mais, partant d'un outil de structuration des grands groupes et d'un instrument adapté aux « joint-venture », on constate son utilisation privilégiée

:

- par les PME, familiales ou non ;
- par les opérateurs dans les opérations de LBO/MBO, c'est-à-dire tous les holdings de rachat.

II – LE TRIOMPHE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE DANS LES CLAUSES STATUTAIRES

La liberté contractuelle permet de renforcer les clauses habituellement intégrées dans les pactes extrastatutaires car on les intègre désormais dans les statuts.

Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les plus usuelles d'entre elles.

II – 1 Clause d'agrément

Il s'agit de l'un des points les plus importants des statuts de SAS.

Les SAS peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable dérogeant aux règles d'agrément applicable aux sociétés par actions, les statuts peuvent imposer un agrément non seulement pour les cessions à des tiers ou entre associés, mais aussi pour un conjoint, un ascendant ou à un descendant, ainsi que pour celle d'une dévolution successorale ou de liquidation de communauté des biens ou d'une sortie d'une indivision.

Les cessions peuvent être libres au sein du groupe. En cas de cession à une personne n'en faisant pas partie, il faut prévoir les conditions d'obtention de l'agrément. Dans le silence des statuts, il convient de suivre les règles du droit commun concernant les cessions d'actions.

Les statuts doivent indiquer l'organe compétent pour statuer sur l'agrément. Ce sera parfois le président, ou plus fréquemment, la collectivité des associés ou un autre organe collégial. Ce peut être également un associé ou un groupe d'associés. S'il est prévu que l'agrément est donné par décision collective des associés, les statuts ne peuvent pas interdire à l'associé cédant, ni, le cas échéant, à l'associé acquéreur, de participer au vote de cette décision.

Les statuts doivent préciser la forme de la demande d'agrément : acte extrajudiciaire, lettre recommandée AR, télécopie, etc. Ils doivent encore fixer le contenu des informations devant être notifiées. Le délai de réponse de l'organe compétent pour statuer sur l'agrément et les conséquences du défaut de réponse dans les délais doivent aussi y être précisés.

Les clauses d'agrément ne peuvent être insérées dans les statuts ou modifiées qu'à l'unanimité des associés. L'unanimité est également requise, en cas de suppression de ces clauses.

Dans une SAS comprenant deux catégories d'associés, il peut être stipulé que les cessions d'actions d'une catégorie doivent être agréées par les associés d'une autre catégorie et inversement. Ce procédé permet de maintenir l'équilibre existant à l'origine entre les différents groupes d'associés. Il peut aussi être prévu que les cessions sont libres au sein d'un même groupe et soumises à agrément en cas de cession à une personne ne faisant pas partie du groupe.

Certains statuts de SAS prévoient que l'agrément est réputé acquis à défaut de réponse.

Refus d'agrément

En cas de refus d'agrément de l'acquéreur proposé, l'associé cédant doit pouvoir se retirer de la société ; les autres associés sont tenus de racheter ou de faire racheter (au besoin par la société elle-même) les actions dont la cession était envisagée.

Il appartient aux associés de déterminer, dans les statuts, les conditions dans lesquelles doit s'effectuer le retrait de l'associé et notamment s'il dispose ou non d'un droit de repentir ou si la société peut ou non racheter les actions.

Lorsque les actions sont rachetées par les associés de la société, les statuts prévoient fréquemment que la répartition des actions entre les associés est déterminée par le président de la société proportionnellement à leur participation dans le capital et dans la limite de leurs demandes.

Lorsque les actions sont rachetées par la société, celle-ci est tenue de les céder dans un délai de six mois ou de les annuler. Les statuts prévoient généralement que le consentement de l'associé cédant constitue une condition préalable au rachat en raison des conséquences fiscales attachées à l'opération lorsque la société réduit son capital à la suite de ce rachat. En effet, une partie des sommes perçues par le cédant constitue un revenu distribué soumis à l'impôt sur le revenu.

Si les statuts ne prévoient pas cette clause, l'associé cédant semble pouvoir s'opposer au rachat, mais cette situation est une source de difficultés. Pour éviter que l'associé cédant ne soit bloqué par un rachat partiel, les statuts prévoient souvent que si la totalité des actions n'a pas été rachetée dans un certain délai à compter de la notification du refus, l'opération d'achat est annulée. Là encore, si les statuts ne prévoient pas cette condition, l'associé doit pouvoir refuser la cession partielle, mais il y a là une source de conflit.

II – 2 CHANGEMENT DANS LE CONTROLE D'UN ASSOCIE PERSONNE MORALE

Les associés peuvent convenir dans leurs statuts que tout changement intervenant dans le contrôle d'une société associée entraîne pour cette dernière l'obligation d'en informer la SAS.

Le contrôle s'apprécie au regard des dispositions de l'article L 233-3. Il peut donc être direct ou indirect.

Le changement de contrôle peut résulter de n'importe quelle situation : cession, apport, fusion, augmentation ou réduction de capital.

La SAS doit être informée dès que la modification du contrôle est intervenue.

La SAS peut alors, dans les conditions fixées par les statuts, décider de suspendre l'exercice par la société associée de ses droits de vote et d'exclure cette société.

II – 3 CLAUSE D'EXCLUSION

Un associé peut être tenu, dans les conditions prévues aux statuts, de céder ses actions et de quitter la société.

La loi laisse aux associés une grande liberté pour fixer dans leurs statuts les causes et les modalités de l'exclusion.

Si les statuts subordonnent l'exclusion à une décision collective, ils ne peuvent toutefois pas interdire à l'associé dont l'exclusion est envisagée de voter sur la proposition.

Pour éviter qu'un associé fasse obstacle à la décision d'exclusion, il est possible, de prévoir que l'exclusion sera décidée autrement que par une décision collective : elle peut ainsi être confiée à un organe de direction, un tiers arbitre ou une commission ad hoc. On peut envisager de subordonner l'exclusion à une décision collective mais en aménageant les modalités d'adoption de celle-ci de telle sorte que l'associé dont l'exclusion est envisagée puisse voter sans être en mesure de faire obstacle à la décision, s'il est majoritaire ou s'il dispose d'une minorité de blocage : par exemple en prévoyant que chaque associé ne dispose que d'une seule voix quelle que soit sa participation en capital ou en instituant un plafonnement des voix.

Rien ne s'oppose à ce que cette exclusion puisse être prononcée même en l'absence de faute de l'intéressé.

Rien ne s'oppose non plus à ce que la clause interdise d'exclure un ou plusieurs associés « de référence » nommément désignés.

Les statuts doivent préciser les formalités de l'exclusion.

Ils peuvent prévoir la suspension des droits non pécuniaires de l'associé exclu tant qu'il n'aura pas procédé à la cession de ses actions.

Les statuts doivent également indiquer les modalités de calcul du prix de rachat des actions. A défaut, et sauf accord entre les parties, ce prix est fixé par un expert dans les conditions prévues à l'article 1846-4 du Code civil.

*

Indépendamment des clauses examinées ci-dessus et qui sont expressément prévue par la loi, les associés d'une SAS peuvent insérer dans les statuts toutes les clauses de leur choix en vue d'organiser l'admission et le retrait des membres du groupement, sous réserve de ne pas porter atteinte à l'ordre public.

Les clauses « de sortie » les plus usuelles sont celle qui figurent habituellement dans les pactes d'actionnaires, par exemple la clause de préemption.

On donne également leur plein effet aux catégories d'actions conçues comme un moyen de traitement inégalitaires des associés.

La SAS permet ainsi l'élaboration de montages diversifiés, mais qui, eux, ne sont pas toujours simples. Elle est devenue la terre d'élection du juriste organisateur. Celui-ci participe ainsi à une évolution qui apporte de la valeur ajoutée à sa prestation et s'intègre réellement dans la recherche de compétitivité de nos entreprises.

L'un des exemples les plus notables est sa contribution à la structuration et au fonctionnement des groupes de sociétés. Citons bien entendu, son utilisation dans les joint-ventures, mais également dans tous les montages liés à une prise de contrôle, à la fois pour la mettre en place et ensuite pour bloquer toute évolution ou pour ne pas faire apparaître ce contrôle.

L'utilisation dans la logique de groupe est également illustrée par son utilisation dans des filiales de groupement divers, pas nécessairement à forme commerciale (associations, sociétés civiles, etc..) ou dans le système coopératif.

Elle connaît également un vif succès dans le domaine du capital investissement. Elle est ainsi un outil privilégiée à la fois dans la gestion du contrôle des cibles, dans la structuration des sociétés cibles et, bien entendu, dans les opérations de build-up.

Certaines critiques apparaissent que l'on peut résumer en l'absence de garde-fou au profit des contractants les plus faibles.

Mais, globalement, elle est aujourd'hui devenue la « colonne vertébrale » de la structuration des entreprises françaises.

Philippe PEYRAMAURE

Avocat

Président d'honneur de Droit et Commerce

Président d'honneur de l'Association des Avocats Conseils d'entreprises (ACE)

BIBLIOGRAPHIE SUCCINTE

- Edition Francis Lefebvre, Memento des Sociétés commerciales ;
- O. DOUVRELEUR dans « Le Droit des Affaires d'aujourd'hui à demain, CREDA » ;
- Dalloz : Ingénierie financière, fiscale et juridique ;
- Revue Juris Classeur, la SAS dans les groupes, n°138

CONCLUSION