



Jean-Jaques Uettwiller,
Associé,
UGGC Avocats

Les droits de l'associé de la société par actions simplifiée

Initialement, la société par actions simplifiée (la « SAS ») avait été conçue comme un instrument permettant d'organiser la coopération inter-entreprises et son régime très simplifié et contractualisé avait conduit le législateur (1) à limiter son utilisation en restreignant la qualité d'associé aux sociétés disposant d'un capital minimum de 1,5 million de francs. Cette restriction a été supprimée par la loi Allègre du 12 juillet 1999, ce qui a marqué le véritable essor de la SAS. Contrairement aux souhaits des travaux qui avaient conduit à sa création, ce nouveau type de société a, en premier lieu, été utilisé pour faciliter la gestion des filiales de groupe avant de devenir pratiquement la société de droit commun. En effet, l'inapplicabilité à la SAS de très nombreuses dispositions impératives, et souvent inadaptées, du droit des sociétés, a offert aux praticiens une grande liberté dans le fonctionnement de la société et dans la définition des droits patrimoniaux. Ainsi, le principe de la liberté statutaire favorise une personnalisation de la situation des parties au contrat qu'il convient d'examiner, comme il permet des fonctionnements très simples.

I. Une modulation de la gouvernance

Première singularité de la SAS, son organisation interne fait l'objet d'une grande liberté accordée aux associés. Lors de la rédaction des statuts, « un champ inédit de possibilités » (2) s'offre aux associés : à chacun sa société par actions simplifiée. Cette flexibilité concerne aussi bien la modulation des droits d'information (A) que l'organisation personnalisée des organes de direction et de contrôle de la société (B).

A. Les droits d'information

Indispensables pour participer activement à la vie sociale, les droits à l'information ont pour objectif de garantir une pleine information aux associés dans toutes les sociétés et notamment d'éclairer leur vote. La SAS fait-elle réellement exception ?

1. La liberté contractuelle et sa limite jurisprudentielle

En l'absence de dispositions législatives relatives à l'information des associés, il aurait été permis de penser qu'il était possible de supprimer tout droit à l'information (3).

Cependant, la jurisprudence consacre un droit minimal des associés à l'information sur les décisions qu'ils sont

amenés à prendre, de façon à pouvoir exprimer un vote éclairé. C'est ainsi que la Cour de cassation dans un arrêt du 20 mars 2007 (4) a jugé que « les actionnaires devant se prononcer sur une augmentation du capital d'une société dont les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital doivent disposer des informations leur permettant de se prononcer en connaissance de cause sur les motifs, l'importance et l'utilité de cette opération au regard des perspectives d'avenir de la société ». Certes, cet arrêt a été rendu en matière de société anonyme, mais il est à notre sens transposable à la SAS, comme l'a fait la cour de Limoges dans un arrêt du 28 mars 2012 (5) en décidant « que le droit d'information des associés, destiné à permettre un vote éclairé par des associés mis en situation d'apprécier la portée de leur vote par une information préalable ne doit pas être assimilé à une simple irrégularité formelle de convocation et l'adoption à l'unanimité de la résolution en cause, ne fait pas disparaître le droit pour tout associé de faire annuler une résolution prise alors qu'il n'a pas été en mesure de voter en connaissance de cause ».

Il ne s'agit pas ici de rétablir la totalité des droits à l'information des actionnaires de sociétés anonymes, mais d'appliquer un des principes généraux du droit des sociétés, qui est que tout actionnaire ou associé d'une société a le droit à une information minimale portant sur les décisions qui sont soumises à son vote (6). Dès lors, la liberté contractuelle est seulement freinée par un impératif jurisprudentiel : fournir les informations utiles à l'exercice du droit de vote. Toute la difficulté sera pour chaque décision de définir l'information nécessaire à l'expression d'un vote éclairé. Il faudra également tenir compte du devoir général de loyauté dont la cour de cassation sanctionne les manquements (7) et qui s'applique tout aussi bien au comportement du dirigeant qu'à la rigueur de l'information donnée.

Quelques garanties légales ne sont toutefois pas écartées avec l'applicabilité à la SAS de quelques dispositions du Code de commerce, dont l'article L. 225-231 du Code de commerce, qui permet aux associés représentant au moins 5 % du capital social de poser des questions écrites au président (ou au dirigeant désigné par les statuts à cet effet), portant sur une ou plusieurs opérations de gestion, et l'article L. 225-232 du Code de commerce qui permet aussi aux associés représentant au moins 5 % du capital social de poser, deux fois par an, des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Ce droit légal à l'information existe donc, tout en étant résiduel et encadré par le nécessaire éclairage du droit de vote et le devoir de loyauté. Mais force est de constater

1) Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994.

2) Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS La société par actions simplifiée, *Joly*, p. 287

3) Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS La société par actions simplifiée, *Joly*, p. 436

4) Cass. Com. 20 mars 2007
Pourvoi n° 05-19225.

5) CA Limoges du 28 mars 2012
n° de RG 10/00576 (sur renvoi après cassation).

6) Hélène Azarian, Fasc. 1532 : Sociétés par actions simplifiées – Création et statut des associés, JCI Commercial

7) Cass. Com. 18 décembre 2012
n° du pourvoi 11-24305.

8) Le mémento de la SAS/ SASU, *Revue Fiduciaire*, p. 252

9) Isabelle Urbain-Parleani, Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée, *Revue des sociétés*, 2016, p. 572, p. 31

10) Pour ce dernier point, depuis l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 (article 5).

qu'il est malgré tout résiduel et que l'attention du rédacteur des statuts doit être attiré sur l'aménagement qu'il y a lieu de faire au regard des besoins particuliers de chaque associé de la SAS. En effet, en l'état de la jurisprudence, ce droit à l'information est lié à l'exercice des droits de vote. Il est donc limité dans son étendue et quant aux moments où il s'exerce. Cela sera insuffisant dans bien des circonstances.

2. L'organisation contractuelle

Il est évident que tous les associés n'ont pas les mêmes exigences quant aux informations dont ils souhaitent avoir communication, l'investisseur financier n'a pas les mêmes soucis que le partenaire industriel, de telle sorte que l'on ne peut se contenter de formules toutes faites ou de dupliquer les droits d'information de l'actionnaire d'une société anonyme, mais qu'il faudra faire s'exprimer les besoins, tant en termes de formats qu'en termes de périodicité. Il est à cet égard naturel que les droits d'information des associés de la SAS puissent être différenciés, afin de répondre aux souhaits et besoins de chacun, même à l'intérieur d'une même société lorsqu'elle réunit des associés de différentes natures. Cette différenciation peut bénéficier soit à des associés dénommés soit à des catégories d'associés.

Ce droit d'information pourra aller jusqu'à la faculté de réaliser des audits, qui peuvent porter sur les comptes, mais également sur des process ou des modes de production. La limite sera sans doute l'excès susceptible de perturber le bon fonctionnement social ou de faire sortir de l'entreprise commune des secrets d'affaires ou des informations sensibles en matière de concurrence.

En l'absence de toute organisation législative du droit de communication, et donc de ses modalités, il est également nécessaire que les statuts organisent le droit de communication, en précisant qui en est débiteur et qui en est créancier, ce n'est en effet pas nécessairement l'associé lui-même, mais ce peut être, par exemple le ou les représentants qu'il aura nommé dans tel organe social créé par les statuts. Il n'est pas, non plus, inutile de préciser les fréquences et les délais. L'envoi d'un dossier de quelques dizaines de pages la veille d'une réunion d'assemblée n'est sans doute pas satisfaisant au regard de la jurisprudence citée *supra*.

S'il est loisible, dans ces limites de définir l'étendue et les modalités du droit de communication de l'associé, il faut éviter le piège (8) qui consisterait à rétablir le formalisme traditionnel des sociétés anonymes. En sens inverse, la flexibilité de ce sujet est sans doute pour beaucoup dans l'utilisation de la SAS pour les filiales de groupes de sociétés, dans lesquels la circulation de l'information est organisée en dehors du formalisme légal ou statutaire (9).

B. L'organisation de la direction et du contrôle de la société

En application de l'article 1844 du Code civil, il est acquis que tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Si le principe en demeure acquis pour la SAS, il est néanmoins susceptible d'assez larges aménagements, que ce soit dans le domaine des décisions collectives ou dans celui de l'exercice des droits de vote.

1. Le domaine modulable des décisions collectives

En vertu de l'article L. 227-9 du Code de commerce, « *les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient* ». Ainsi, les associés de la SAS peuvent décider librement des décisions qu'ils souhaitent soumettre à leur compétence, sous réserve des limites énoncées par ledit article L. 227-9 et de celle découlant de l'article L. 227-19.

D'une part, en effet, il ne peut être dérogé à la compétence minimale des associés, définie par l'article L. 227-9, qui énumère les décisions en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, d'approbation des comptes annuels et de bénéfécies.

D'autre part, les clauses statutaires limitatives de la libre disposition des actions de la SAS définies par les articles L. 227-13 (inaliénabilité des actions), L. 227-16 (obligation de céder), L. 225-17 (exclusion d'un associé en cas de changement de contrôle), ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision unanime des associés et les clauses d'agrément mentionnées à l'article L. 227-14 ne peuvent être adoptées ou modifiées que par une décision collective prise dans les conditions et formes prévues par les statuts (10).

Enfin, toute modification des statuts qui emporterait une aggravation des obligations d'un associé, ne pourra être décidée qu'avec le consentement de celui-ci en application du second alinéa de l'article 1836 du Code civil.

En dehors de ce cadre minimum, les statuts peuvent librement organiser le domaine de compétence des décisions collectives et étendre ce domaine. Il conviendra également de définir comment et par qui peuvent être modifiées les autres clauses des statuts, notamment celles touchant à l'organisation des pouvoirs de direction et de contrôle. On peut ainsi concevoir que toutes modification des statuts autres que celles qui sont par l'effet de la loi de la compétence des associés, leur échappe complètement et puissent être décidées par un organe de direction ou de contrôle, ou même par un tiers, par exemple la société tête de groupe.

À défaut de dispositions statutaires attribuant compétences pour ces modifications statutaires, il y aura lieu d'appliquer le premier alinéa de l'article 1836 du Code civil (« *Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés* ») et de les faire décider à l'unanimité des associés.

Dans la continuité, les associés peuvent fixer les modalités de consultation des associés et les règles de convocation. Toute forme de délibération semble pouvoir être fixée par les statuts, qu'il s'agisse d'une consultation téléphonique, d'une vidéo-conférence...¹¹ Par précaution et par souci de preuve, il est fortement souhaitable de privilégier un document écrit, tel qu'un procès-verbal signé. L'ensemble des modalités de la délibération doit être suffisamment détaillé, afin de faciliter la vie de la société, et surtout son suivi. L'organisation matérielle de la convocation des associés en cas de réunion physique, comme également les modalités des autres formes de prise de décisions collectives, relèvent de la liberté contractuelle, simplement encadrée par la nécessaire mise en mesure



« d'apprécier la portée de leur vote par une information préalable » (12).

Par conséquent, lors de l'établissement des statuts, les associés ont l'opportunité de délimiter l'étendue de leurs pouvoirs décisionnels. Il leur est loisible d'étendre ou de restreindre à leur convenance le domaine de leur intervention dans le processus des décisions impactant la vie de la société. Néanmoins, cette apparente liberté contractuelle n'est séduisante que si les associés se voient confier les outils contraignant afin d'assurer la bonne exécution des règles qu'ils se sont fixées (13), la jurisprudence restreignant la nullité des actes contraires aux statuts aux seuls cas pour lesquels cette nullité est expressément prévue par la loi.

La liberté contractuelle s'étend plus encore, notamment au regard des conditions de vote des décisions collectives.

2. L'aménagement des droits de vote

Par principe, il est admis qu'un droit de vote est attaché à une action. Mais, aucune disposition ne prévoit expressément que le droit de vote attaché aux actions de la SAS est proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent. Alors jusqu'où est-il possible de maîtriser les conditions de l'adoption d'une décision dite collective ?

La liberté contractuelle de la SAS n'est, une fois encore, pas illimitée. En l'espèce, la restriction est ici relative à l'unanimité requise pour certaines décisions collectives. En effet, un vote unanime des associés est nécessaire pour les décisions aboutissant à l'adoption ou la modification des clauses statutaires relatives à l'inaliénabilité des actions, à l'agrément du cessionnaire, à l'exclusion d'un associé, au changement de contrôle d'une société associée et de celles décidant la transformation en société en nom collectif (14).

En dehors de ces décisions impérativement votées à l'unanimité, libre aux statuts de déterminer les règles de majorité et de quorum. La liberté contractuelle retrouve son empire. Par sécurité, les associés minoritaires auront tendance à requérir une majorité renforcée, si ce n'est l'unanimité, pour les décisions modifiant leurs prérogatives ou jugées particulièrement importantes.

La SAS offre la possibilité de créer des catégories d'actions comportant des droits de vote différents, avec un grand champ des possibles en commençant par les droits de vote pluraux : les actions à droit de vote double, à droit de vote triple, quadruple... À constituer une catégorie d'actions à droits de vote multiple, le régime des actions de préférence tend à s'appliquer (15). Néanmoins, l'octroi d'un droit de vote plural peut être accordé à toutes les actions dans le respect de certaines limites.

La modulation des droits de vote n'est pas la seule adaptation possible. En effet, de nombreux mécanismes peuvent être prévus contractuellement. Nommons, de façon non exhaustive, les clauses de stage, les clauses de plafonnement, les golden shares, les clauses de vote par tête... Tout autant de rouages laissés à l'imagination des rédacteurs des statuts de la SAS. Tandis qu'un associé verra son influence renforcée, un autre verra son poids politique lourdement affaibli. L'affaiblissement peut-il aller jusqu'à la suppression même du droit de vote ?

Rappelons que l'article L. 228-11 du Code de commerce dispose que « les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent représenter plus de la moitié du capital social ». De même, il existe des privations ou limitations

légales du droit de vote (16). Sous couvert de ces exceptions légales, la question fut un temps de savoir si la liberté statutaire permettait de supprimer le droit de vote dans la SAS. La jurisprudence a rappelé qu'un « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives et de voter et que les statuts ne peuvent déroger à ces dispositions que dans les cas prévus par la loi* » (17). Ainsi, à l'exception des hypothèses expressément prévues par la loi, la suppression du droit de vote des associés apparaît impossible, y compris dans la SAS. Il est cependant certain que le fait de confier la décision à prendre à un autre organe que la collectivité des associés, permet de tourner cette interdiction, notamment pour des décisions sensibles telles que l'exclusion d'un associé. La liberté contractuelle dans les statuts de la SAS réside dans l'articulation des possibles.

Par ailleurs, la liberté contractuelle peut s'exercer en dehors des statuts. Les associés peuvent conclure des conventions de vote, sous réserve que la convention ne constitue pas une fraude, soit conforme à l'intérêt social et soit limitée dans son objet et sa durée. Néanmoins, pourquoi conclure une convention de vote annexe alors que les statuts de la SAS peuvent contenir l'ensemble des directives de vote ? (18) L'usage de la SAS permet dans de nombreux cas de se dispenser d'un pacte extrastatutaire.

Ainsi, l'avènement de la liberté contractuelle dans la SAS prend tout son sens par la déconnexion du capital et du pouvoir. Les associés ne sont pas les seuls maîtres de la vie sociale et les organes de directions et leurs compétences doivent eux aussi être précisément définis.

3. L'aménagement des organes de direction

Comme le dispose l'article L. 227-5 du Code de commerce, « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ». Cet article découle de l'éviction des articles L. 225-17 à L. 225-95-1 du Code de commerce relatifs aux organes de représentation et de direction générale applicables à la société anonyme.

Tout au plus, l'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que « la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts », règle européenne de protection des tiers qui impose pour toute forme sociale que la loi désigne la personne investie du pouvoir de représentation. Un président doit être nommé, et celui-ci se voit investi du pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers et d'engager en toutes circonstances la société, même pour les actes qui ne relèvent pas de l'objet social.

Après quelques incertitudes jurisprudentielles, il est désormais acquis que « les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes, autres que le président, portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué, peuvent exercer les pouvoirs » (19) de représentation confiés au président. Pour qu'il en soit ainsi, il doit être inséré une clause expresse dans les statuts déposés au Registre du commerce et des sociétés (20) pour que cette règle s'applique (21). Sans surprise la jurisprudence décide que : (22) : « les tiers peuvent se prévaloir à l'égard d'une société par actions simplifiée des engagements pris pour le compte de cette dernière par une personne portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué de la société ».

11) Dominique Stucki, Fasc. N-12 : Sociétés par actions simplifiées – Clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs – Commentaires, *JCI Notarial*, p. 27

12) CA Limoges du 28 mars 2012 n° de RG 10/00576 (sur renvoi après cassation), précité.

13) Caroline Coupet, Violation des règles statutaires définissant le champ des décisions collectives : pas de nullité, *Droit des sociétés* n° 8-9, août 2017, com. 141

14) Dominique Stucki, Fasc. N-12 : Sociétés par actions simplifiées – Clauses statutaires relatives à l'organisation des pouvoirs – Commentaires, *JCI Notarial*, p. 24

15) Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS La société par actions simplifiée, *Joly*, p. 447 et suivants

16) Hélène Azarian, Fasc. 1532 : Sociétés par actions simplifiées – Création et statut des associés, *JCI Commercial*

17) Com. 23 octobre 2007 n° 06-16537 ; Jean Paillusseau, La liberté contractuelle dans la société par actions simplifiée et le droit de vote, *Recueil Dalloz* 2008, p. 1563

18) Hélène Azarian, Fasc. 1532 : Sociétés par actions simplifiées – Création et statut des associés, *JCI Commercial* ; Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS La société par actions simplifiée, *Joly*, p. 456

19) Troisième alinéa de l'article L. 227-6 dans la rédaction issue de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 1966.

20) Cass. com. 3 juin 2008 n° 07-14457 et Cass. com. 14 décembre 2010 n° 09-71712

21) Cass. com. 21 juin 2011 n° 10-20878

22) Cass. com. 9 juillet 2013 n° 12-22627

23) *Lamy sociétés commerciales*, p. 4 241

24) Isabelle Urbain-Parleani, Le statut de l'associé de SAS : une originalité affirmée, *Revue des sociétés*, 2016, p. 572

25) Yves Guyon, Fasc. 132-10 – Administration Responsabilité civile des dirigeants, *Juriclasser sociétés*, p.18

26) Cass. com. 10 novembre 2009 n°08-19356

27) Cass. com. 4 décembre 2012 n° 11-25408

28) Cass. com. 11 janvier 2017 n° 14-27052 : Dominique Vidal, Abus de majorité et fraude aux droits des minoritaires dans une SAS : un pot-pourri sur les critères, *Lexbase Hebdo édition affaires* n° 497

29) *Lamy sociétés commerciales*, p. 4 271

30) Article L. 232-14 du Code de commerce

31) Article 1844-1

Reste à distinguer ces directeurs généraux et directeurs généraux délégués des personnes dont les pouvoirs sont issus de délégations spéciales. Ces autres dirigeants peuvent uniquement recevoir une délégation de pouvoir se limitant à des actes déterminés (23).

À défaut de précision supplémentaire, les associés ont la charge de choisir le système de gouvernance de la société. Aucun modèle ou substitut n'est suggéré pour la SAS. La liberté est reine dans l'organisation des fonctions sociales. L'aménagement des organes de direction est ainsi fortement contractualisé (24).

Les associés peuvent se laisser influencer par les modèles types de gouvernance des autres sociétés. Souvent, leur choix se portera sur le schéma d'un président et d'un conseil d'administration, voire d'un directeur et d'un conseil de surveillance, en parallélisme avec la société anonyme et sur l'élection des dirigeants et membres des organes de surveillance ou de contrôle par une décision collective. Or, ces organes et leurs compétences devront faire l'objet d'une stricte définition, les dispositions légales manquant.

La liberté contractuelle offre aux associés de la SAS le choix de complexifier la structure de gouvernance. En effet, rien n'interdit aux associés d'instaurer un ou plusieurs comités ou des dirigeants, dépouillant le président de tout pouvoir dans l'ordre interne par exemple, pour ne lui laisser que le pouvoir de représentation. De tels organes ne sauraient en effet être investis de pouvoir de représentation de la société à l'égard de tiers, mais ils pourraient se voir confier un véritable pouvoir de direction, et non uniquement de conseil, d'autorisation ou de contrôle, et pourraient donc être qualifiés d'organes dirigeants (25).

Enfin, comme appelé précédemment, l'article L. 227-6 du Code de commerce dispose que le président et éventuellement les autres dirigeants de la SAS doivent être désignés dans les conditions prévues par les statuts. Ces nominations n'entrent pas dans le cadre des décisions dont l'article L. 227-9 alinéa 2 du Code de commerce impose qu'elles soient prises collectivement par les associés.

Il est de pratique courante de réserver à l'associé principal (en tant que tel) le pouvoir de désigner le président dans les SAS internes à des groupes, comme pour les SAS inter-entreprise de faire nommer les dirigeants (au sens large) sociaux par tel ou tel associé, voire même par un tiers lorsque la SAS joue un rôle quasi fiduciaire.

Si les associés choisissent d'accorder de nombreux pouvoirs aux organes dirigeants, il reste néanmoins envisageable de renforcer les organes de surveillance pour un meilleur contrôle.

4. Les organes de surveillance

De la même façon que pour les organes de gouvernance, la loi est muette pour les organes de surveillance au sein de la SAS et laisse aux associés la charge d'élaborer le système de surveillance.

Libre alors aux associés de prévoir dans les statuts un organe spécifique de surveillance. La dénomination, les modalités de composition, la durée des fonctions et les pouvoirs attribués doivent être définis dans les statuts.

Tout au plus, certains mécanismes légaux permettent aux associés de suivre et s'exprimer sur les affaires sociales. Ils bénéficient effectivement d'un droit

d'alerte, conféré par l'article L. 225-132 du Code de commerce, ainsi que du droit d'engager la responsabilité des dirigeants issu de l'article L. 225-251 du Code de commerce.

La jurisprudence ne cesse également d'étoffer le dispositif lacunaire de protection des associés de la SAS. Ainsi, a été reconnu le droit de solliciter un administrateur provisoire lorsque la société est menacée d'un péril imminent (26), mais aussi ont été sanctionnés les abus de majorité, de minorité et d'égalité (27). Cette année encore, dans l'arrêt du 11 janvier 2017 (28), les juges ont favorisé l'ordre public sociétaire en vue de protéger des associés minoritaires. Ainsi, il convient de s'en remettre aux prévisions statutaires. Cette preuve supplémentaire était-elle nécessaire pour asseoir l'amplitude de la liberté contractuelle offerte aux associés de la SAS ? Manifestement, les droits politiques des associés se font l'écho de la liberté contractuelle de la SAS, bien plus que les droits patrimoniaux.

Dernière remarque sur ce sujet : on peut s'interroger sur la nécessité de prévoir certains organes collégiaux, reflétant l'actionariat, alors que les droits correspondants pourraient parfaitement être exercés directement par les associés eux-mêmes en tant que tels.

II. Les droit patrimoniaux

La liberté contractuelle de la SAS est-elle tout aussi maîtresse dans l'organisation des droits patrimoniaux ? Il est prudent d'en douter. Cette question pendante sera analysée au travers des dividendes et du boni de liquidation (A), puis de la cession des actions (B).

A. Les dividendes et le boni de liquidation

En principe, les droits pécuniaires des associés s'entendent d'abord de la participation aux profits de la société, ce qui se manifeste en cours de vie sociale par le droit aux dividendes et *in fine* par l'attribution du boni de liquidation.

Tout autant de droits dont le régime est fixé par le droit commun, faute de disposition particulière. S'appliquent dès lors les dispositions prévues pour la société anonyme aux articles L. 227-1 à L. 227-20 du Code de commerce (29). Quelle place reste-t-il pour la liberté contractuelle ? Tout d'abord, pour les dividendes, l'article 1844-1 du Code civil dispose que « *la part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social* ». Or, cette règle de proportionnalité n'est pas d'ordre public et la liberté contractuelle peut retrouver son rôle. Il apparaît possible de déroger à la règle de proportionnalité dans la répartition des dividendes et d'accorder des droits pécuniaires différenciés selon les associés ou par catégories d'actions. Citons par exemple les droits à un dividende prioritaire, les droits de recevoir une part majorée du dividende versé dans certaines conditions, les droits de bénéficier des résultats d'une filiale ou d'une branche d'activité, le droit à une majoration du dividende pour les actions inscrites au nominatif depuis au moins deux ans (30), etc.

Mais cette liberté relative aux dividendes est encadrée. Plusieurs limites ne peuvent être franchies. Il s'agit notamment de la prohibition des clauses léonines (31), clauses réputées non écrites lorsqu'elles attribuent à un

associé la totalité du profit ou l'en excluent totalement. Il est également interdit de distribuer des dividendes fictifs (32), ou de prévoir la stipulation d'un intérêt fixe ou intercalaire devant être payé à l'associé bénéficiaire y compris en l'absence de bénéfice et de réserve libre (33).

Cette liberté contractuelle restreinte se manifeste de la même façon également lors de la dissolution de la société. Rien n'interdit, en effet, d'insérer, par exemple, dans les statuts une clause dérogeant à la règle de proportionnalité pour la répartition du boni de liquidation, une fois que le nominal des actions a été remboursé (34).

B. La cession volontaire ou forcée des actions

Chaque associé bénéficie en principe du droit fondamental de demeurer associé. Comme toute société, la SAS permet d'aménager ce droit au travers de différents instruments contractuels.

Simplement pour ce qui concerne la SAS, la sanction du non-respect de ces clauses sera la nullité de la cession expressément prévue par l'article L. 227-15, alors qu'en droit commun des sociétés, la jurisprudence n'est pas parfaitement limpide à lire.

1. Les clauses de non-cession

La validité des clauses d'inaliénabilité est encore contestée en droit commun des sociétés, et surtout l'interrogation demeure sur la durée possible de telles clauses. Le débat est tranché pour la SAS, par l'article L. 227-13 du Code de commerce qui dispose que « *les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions pour une durée n'excédant pas 10 ans* », décidée à l'unanimité des associés (35).

Aucun motif sérieux et légitime n'est requis pour insérer une telle clause. Il n'y a qu'une seule condition clairement énoncée à la lettre de l'article : la durée de 10 ans. Mais cette condition est à nuancer, puisque rien n'interdit aux associés, au terme de la durée de 10 ans, de reconduire l'inaliénabilité portant sur les mêmes titres (36), mais il faudra leur accord unanime.

La clause d'inaliénabilité peut être modulée : générale, partielle, applicable uniquement à certaines opérations. Par souci d'efficacité en pratique, il est recommandé de préciser clairement le champ d'application de la clause d'inaliénabilité. D'autres modalités doivent être prévues, telles que le point de départ du délai. À ceci s'ajoute la possible différenciation des associés, des points de départ différents peuvent être déterminés pour chaque catégorie d'actions par exemple. De même, en considération du débat relatif à l'inaliénabilité et l'insaisissabilité, il semble préférable également de qualifier exactement les actes interdits en raison de l'inaliénabilité.

Pour éviter des situations de blocage, il peut être opportun de prévoir dans les statuts la levée de l'inaliénabilité dans certaines circonstances déterminées à l'avance. À défaut de telles prévisions, le strict respect de la clause d'inaliénabilité pourrait aboutir à un blocage de la société, ce qui n'est pas souhaitable.

2. Les clauses d'agrément

En vertu de l'article L. 227-14 du Code de commerce : « *les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions*

à l'agrément préalable de la société ». Depuis l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, l'insertion et la modification de la clause d'agrément ne sont plus soumises à la règle de l'unanimité, facilitant ainsi le recours à un tel mécanisme. Cette réforme souffre cependant de sa condition rédactionnelle, s'il est clair que la clause d'agrément existante ne pourra pas être modifiée autrement que par une décision collective prise selon les dispositions statutaires, il est tout aussi que sauf si les rédacteurs des statuts ont pris la précaution de définir les modalités d'introduction d'une clause d'agrément non prévue initialement, on reviendra par application de l'article 1836 du Code civil à la règle de l'unanimité pour cette insertion.

Quelles peuvent être les cessions visées ? La lettre de l'article est explicite : toutes les cessions peuvent être soumises à l'agrément, y compris celles entre associés. Les cessions visées sont bien plus larges que celles autorisées dans le cadre d'une société anonyme (37). En effet, la clause tend à s'appliquer également aux cessions au conjoint, descendant ou ascendant, voire aux cessions découlant de succession ou liquidation de communauté et enfin aux cessions d'une propriété démembrée.

Dans un souci d'efficacité, les statuts doivent prévoir les modalités de la demande d'agrément, déterminer l'organe compétent au sein de la société pour délivrer l'agrément, fixer les modalités de retrait et d'achat des actions en cas de refus. Les méthodes de calcul du prix de cession sont également du ressort des associés (38).

La rédaction de la clause doit être des plus complètes. Là où le vide juridique et les incertitudes dominent, comme c'est le cas pour le droit de repentir (39), les associés doivent se prononcer clairement.

Par exception, un point n'est pas soumis à la discrétion des associés. Lorsque la décision d'agrément est une décision soumise au vote de la collectivité des associés, alors l'associé sollicitant l'agrément de son projet de cession ne saurait être écarté du vote en application de l'article 1844 du Code civil.

3. Les clauses de préemption

Une clause de préemption permet aux associés restants d'augmenter leur participation dans la société dans l'hypothèse dans laquelle l'un d'entre eux déciderait de céder ses titres. Insérée dans les statuts, l'associé qui désire céder doit proposer la vente d'une partie ou de l'intégralité de ses titres par priorité aux bénéficiaires du droit de préemption.

La validité d'une telle clause dans les statuts a déjà été reconnue pour la société anonyme (40). Nul doute qu'une telle clause puisse être insérée dans les statuts d'une SAS.

L'arrêt de la Cour de cassation Com. 2 février 2016 n° 14-20747 a notamment précisé la portée d'une clause de préemption statutaire : « *la cour d'appel, qui a fait application de stipulations claires et dépourvues d'ambiguïté, ne nécessitant donc aucune interprétation, a statué à bon droit* ». Cet arrêt invite donc à être le plus précis possible dans la rédaction de la clause de préemption.

4. Les clauses de cessions forcées ou d'exclusion

Comme rappelé précédemment, il existe un droit fondamental de rester associé, dégagé par la

32) Articles L. 244-1 et L. 242-6 du Code de commerce

33) Article L. 232-15 du Code de commerce

34) Michel Germain et Pierre-Louis Périn, SAS La société par actions simplifiée, *Joly*, p. 433

35) Article L. 227-19 du Code de commerce

36) *Lamy sociétés commerciales*, p. 4281

37) *Lamy sociétés commerciales*, p. 4281

38) Articles L. 262-19 et L. 227-18 du Code de commerce

39) Hélène Azarian, Fasc. 1532 : Sociétés par actions simplifiées – Création et statut des associés, JCI Commercial

40) CA Paris 1^{ère} chambre A 14 mars 1990

41) Cass. com. 21 octobre 1997 n° 95-13891

42) *Lamy sociétés commerciales*, p.4283

43) Actionnaires de la SAS, Répertoire de droit des sociétés, *Dalloz*, p. 201

44) CA Versailles, 12^e chambre, 24 mai 2016 n° 14/03646

45) Cass. com. 23 octobre 2007 n° 06-16537 et Cass. com. 9 juillet 2013 n° 11-27235 ; Laurent Godon, La condition juridique de l'associé de SAS : une originalité contenue, *Revue des sociétés*, 2016 p. 580

46) Hélène Azarian, Fasc. 1532 : Sociétés par actions simplifiées – Création et statut des associés, JCI Commercial

jurisprudence du XIX^e siècle, droit absolu qui ne cède que devant l'accord marqué par l'associé dans le pacte social sur son éventuelle exclusion.

Aux termes de l'article L. 227-16 du Code de commerce, « dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions. Ils peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant que celui-ci n'a pas procédé à cette cession ». Ainsi, les clauses de cessions forcées ou d'exclusion peuvent parfaitement être insérées dans les statuts de la société, à l'origine ou en cours de vie sociale. En complément, l'article L. 227-17 du Code de commerce laisse aux statuts la possibilité de « prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure ». La possibilité d'insérer de telles clauses sous couvert d'unanimité est, une fois supplémentaire, révélatrice de la liberté contractuelle.

Qu'il s'agisse d'une clause de cession forcée ou d'exclusion (ce qui est la même chose), il convient de prévoir les motifs objectifs suffisamment précis. Une exclusion *ad nutum*, sans le moindre motif, ne saurait être acceptée (41). Les exemples de motifs sont nombreux, cessation des fonctions de mandataire social ou de salarié de l'associé, incapacité juridique, situation financière dégradée, mésentente grave entre associés, violation d'une clause statutaire, le changement de contrôle de l'associé personne morale... (42) Il s'agit d'éviter « les formules creuses, ou trop sujettes à discussion » (43).

Une fois l'événement réalisé, la clause peut entraîner une cession forcée/exclusion automatique ou alors facultative (44). Tout dépend de la marge de manœuvre et de la rigidité souhaitée du mécanisme.

Les modalités d'organisation (conditions de majorité, délais, notification) restent à la discrétion des rédacteurs des statuts. Il ne suffit pas de déterminer l'organe compétent, mais surtout de formaliser toutes les étapes du processus. Il est important que l'intéressé soit convoqué en temps utile et puisse être entendu s'il le souhaite afin de faire valoir ses arguments.

Comme pour la clause d'agrément, lorsque les cessions forcées et d'exclusion sont soumises au vote de la collectivité des associés, la liberté contractuelle ne permet pas de priver l'associé dont l'exclusion est proposée de son droit de participer à cette décision et de voter sur la proposition (45). Pour contourner cette difficulté, des solutions alternatives sont possibles, comme confier le pouvoir d'exclusion à un organe collégial de direction.

Enfin, tout le pan de rachat des actions doit être anticipé : quelles sont les conditions du rachat des titres de l'associé exclu (46), comment déterminer le prix, à quelle date, qui estime ? Autant d'éléments à prévoir afin de limiter le contrôle judiciaire, ou l'aléatoire décision expertale.

5. Les cessions conjointes

Certaines clauses peuvent également prévoir la sortie concomitante de plusieurs associés. Même si la loi est

muette sur ce sujet, il ne faut pas interpréter ce silence comme interdisant la possibilité de prévoir dans la SAS de telles stipulations.

Cette clause présente un intérêt certain, notamment pour les associés minoritaires. Selon sa rédaction de la clause, les engagements de l'associé cédant constitueront soit une obligation de moyens soit une obligation de résultat. Dans l'hypothèse d'une obligation de résultat, cette clause assure au minoritaire la faculté de pouvoir céder ses titres au même acquéreur et dans les mêmes conditions que l'associé majoritaire cédant. L'associé minoritaire ne subit ainsi pas de décote.

Lorsque la clause de sortie conjointe permet aux associés qui en bénéficient de céder la totalité de leur participation, la clause de sortie conjointe est, dans cette hypothèse, qualifiée de totale. Mais, il est possible de prévoir une clause de sortie conjointe proportionnelle, s'appliquant uniquement à une partie de la participation calculée au prorata de la participation cédée par l'associé sortant.

Par souci d'efficacité, les modalités de mise en œuvre de l'offre d'achat et les délais d'exécution doivent être précisés.

6. Le prix de cession

Un point est tout à fait essentiel lors de la mise en œuvre d'une clause obligeant un associé à céder ses titres dans des conditions statutairement défini (agrément, préemption ou exclusion, c'est la détermination du prix de cession. En effet, l'article L. 227-18 prévoit que lors de la mise en œuvre de l'une de ces clauses, le prix est fixé d'accord parties et à défaut d'un tel accord « dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil ».

Dans sa rédaction actuelle, issue de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, l'article 1843-4 du Code civil, dans sa rédaction prévoit la détermination du prix par un expert désigné en la forme des référés et précise que : « L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. »

Il est donc très important de définir avec précision dans les statuts ou dans un pacte extrastatutaire le mode de calcul du prix des actions dans le cas de mise en œuvre de ces clauses.

Cette dernière remarque conduit à une autre plus large. Il est encore de pratique courante de compléter les statuts par un pacte extrastatutaire. À notre sens, il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette habitude lorsque la société, par définition commune sinon la question ne se poserait pas, est une SAS. En effet, le premier pacte entre actionnaires est formé par les statuts et pratiquement la plupart des stipulations des pactes peuvent y trouver place. Outre que la coexistence de deux instruments contractuels pour le même objet est une source de contradiction, les statuts présentent une plus grande sécurité juridique dans l'application des conventions d'actionnaires. Certes, la jurisprudence a réduit la portée de cette remarque en limitant les cas où la violation des statuts est sanctionnée par la nullité de l'acte en cause, mais il demeure encore une meilleure protection.