

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG III
D.E.A. de Droit des Affaires 1999-2000

Mémoire en vue de l'obtention
du D.E.A. de Droit des Affaires

***LES PERSPECTIVES D'UTILISATION DE LA
SOCIETE PAR ACTIONS SIMPLIFIEE (SAS) DANS
LES STRATEGIES DES GROUPES DE SOCIETES***

Soutenu par
ARISTIDIS GOULANDRIS

Sous la direction de
Monsieur le Professeur QUENTIN URBAN

SEPTEMBRE 2000

PLAN SOMMAIRE

Première Partie:

La SAS comme structure permettant le rapprochement des groupes des sociétés

Titre I : La filiale commune, une structure aux frontières de la liberté contractuelle et du droit des sociétés

Chapitre I : L'originalité de la structure de la filiale commune

Chapitre II : Les structures d'accueil de la filiale commune

Titre II : La SAS, une structure adaptée aux besoins d'une filiale commune

Chapitre I : L'aménagement du pouvoir de décision

Chapitre II : La maîtrise du capital

Deuxième Partie :

La SAS, comme structure aménageant la dépendance dans les groupes de sociétés

Titre I : La SAS, un outil de gestion des groupes de sociétés

Chapitre I : Le dépassement par la pratique du but législatif

Chapitre II : L'officialisation des filiales à 100%

Titre II : La SAS, outil de contrôle et de développement des groupes de sociétés

Chapitre I : La SAS, une structure d'accueil des sociétés mères avantageuse

Chapitre II : La mise en oeuvre de la SAS dans les montages destinés à dissocier le capital et le pouvoir

TABLE D'ABBREVIATIONS

<i>Al</i>	Alinéa
<i>Art.</i>	Article
<i>Ass.</i>	Assemblée
<i>Banque</i>	Revue Banque
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
<i>Bull. Joly Bourse</i>	Bulletin Joly Bourse et produits financiers
<i>C.</i>	Code
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de l'entreprise
<i>Cass.</i>	Cour de Cassation
<i>C.civ.</i>	Code Civil
<i>ch.</i>	Chambre
<i>chron.</i>	Chronique
<i>CMF</i>	Conseil des marchés financiers
<i>COB</i>	Commission des opérations de bourse
<i>Com.</i>	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation
<i>Contra</i>	Solution, opinion contraire
<i>D.affaires</i>	Dalloz Affaires
<i>Décr.</i>	Décret
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>Dr. et Patrimoine</i>	Droit et Patrimoine
<i>Dr. sociétés</i>	Droit des sociétés
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>IBLJ</i>	International Business Law Journal
<i>JCP G.</i>	Semaine juridique édition générale
<i>JCP E.</i>	Semaine juridique édition entreprise
<i>JCP N.</i>	Semaine juridique édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOAN</i>	Journal officiel édition Débats parlementaires
<i>L.</i>	Loi
<i>Op. Fin.</i>	Option Finance

<i>Règl.</i>	Règlement
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
<i>RJ com.</i>	Revue de la jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de la jurisprudence du droit des affaires
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle du droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle du droit commercial

Introduction

1. Notre époque est fortement marquée par le phénomène de la mondialisation, qui recouvre la réalité de l'économie du marché, se traduisant par une mobilité croissante des capitaux, des idées et des hommes, par delà les frontières naturelles et juridiques. Ce phénomène, qui se caractérise par l'apparition des moyens d'information et de communication révolutionnaires, entraîne une formidable accélération des évolutions de la vie des affaires. Il s'ensuit que les Etats sont obligés à revoir leur réglementation et les procédures selon lesquelles elle est appliquée¹. Le droit des affaires jouant par sa nature un rôle essentiel dans le domaine économique, on considère qu'il doit s'évoluer corrélativement. C'est pourquoi le droit des sociétés connaît aujourd'hui, plus que jamais des modifications et des dilemmes d'une telle importance, qu'on s'interroge sur son avenir.

2. Le développement des groupes de sociétés se place au sein de phénomène de l'internationalisation de la vie des affaires, dont ils constituent à la fois la source et la conséquence. D'une part, les groupes utilisent la faculté de se déplacer, et délocalisent leurs filiales au gré des circonstances, entraînant ainsi un mouvement des personnes, des biens et des capitaux. D'autre part, dans la plu part des cas, les dures lois de la vie économique ne laissent pas le choix aux sociétés qu'entre vivre groupées ou mourir absorbées². En tout cas l'ampleur du phénomène de la mondialisation et les mutations conséquentes de l'économie ont entraîné non seulement une croissance du nombre et de la taille des groupes de sociétés mais aussi une diversification des formes de groupement des sociétés.

3. Face à cette situation, certains admettent passivement que le droit se trouve impuissant, car il ne peut pas saisir la réalité extraordinairement disparate des groupes de sociétés. D'autres³ sont tentés de créer un statut d'ensemble des groupes, sans toutefois atteindre le résultat escompté. Il est généralement admis aujourd'hui qu'une introduction d'une réglementation d'ensemble des groupes de sociétés ne s'impose pas, car elle serait contradictoire avec la nature du groupe de sociétés qui tient son intérêt du fait qu'il constitue un dispositif de contrôle économique masqué par l'indépendance juridique apparente des sociétés qui le composent. En effet, la loi du 24 juillet 1966 est imprégné par le principe de l'autonomie juridique des sociétés. Toutefois il s'agit d'un principe souple, qui accepte des infléchissements, permettant ainsi au

¹ P.Bezard, «Le droit des sociétés français face aux défis de la mondialisation», *Rev.des sociétés janv.-mars 2000 p.55.*

² C.Champaud, «Les méthodes de groupement des sociétés», *RTD com. n° 15 p.1003.*

³ La loi allemande du 6 septembre 1965 (Aktiengesetz) édictant un Konzernrecht
La loi brésilienne du 15 décembre 1976

droit des sociétés de prendre en compte les groupes. On s'aperçoit que «le droit des groupes existe, hétéroclite, contradictoire, éclaté dans les diverses branches du droit, mais il n'est pas tel qu'on l'attendait»⁴. On doit remarquer, dès maintenant, que cette manière de concevoir le groupe de sociétés, est un des rares preuves de flexibilité, inspirée par une approche réaliste de la question⁵.

4. Pour mieux comprendre le besoin de flexibilité des groupes de sociétés, il serait utile de suivre la réflexion de M. Hannoun, qui en considérant que le droit des groupes reflète la structure générale du droit contemporain, note que le trait caractéristique de ce droit est, qu'il est développé en se diversifiant. Cela a entraîné une multiplication des règles, qui a eu pour corollaire la prolifération des notions à caractère fonctionnel. Cette évolution montre que la nature du droit a changé. En introduisant le principe de la gouvernementalité, il considère que le droit dévient plus un instrument tactique de réalisation d'objectifs et de stratégies définies par les individus jugés compétents pour gouverner, qu'une ordre de contrainte⁶. La nécessité d'adapter en permanence le droit aux réalités économiques, conduit nécessairement à donner aux règles du droit un caractère plus souple, plus flexible. Ce besoin de flexibilité est particulièrement ressentie aux groupes de sociétés, où on recherche non seulement la création d'une équilibre entre des catégories d'intérêts, mais aussi la conciliation de deux impératifs contradictoires: le maintien du principe d'autonomie des sociétés et la reconnaissance de la réalité économique du groupe.

5. C'est exactement dans ce courant de pensée que s'inscrit la SAS. Structure souple et flexible, elle a été depuis longtemps revendiquée par les milieux des affaires. En effet, la loi de 1966 reflète l'esprit de l'après-guerre, favorable à l'intervention de l'Etat en matière économique. La réglementation surabondante et détaillée montrait le rôle prépondérant de l'autorité régulatrice. La société anonyme se caractérise par un formalisme excessif et aujourd'hui devenu, dans quelques cas inutile. En plus, son régime est marqué par l'uniformité, fait démonstratif de son inadaptation à la diversité de la réalité. Il est évident que ce cadre contraignant et uniforme est inapte à prendre en compte les besoins des groupes de sociétés.

6. Cette inadaptation de la société anonyme est devenue plus perceptible aujourd'hui où le phénomène de la mondialisation et la progression de la construction européenne, révèlent un véritable concurrence juridique entre les états. En effet les transformations du monde des affaires nous incitent à mettre toujours le droit des sociétés en perspective avec les droits étrangers,

⁴ Ch.Hannoun, «Le droit et le groupe de sociétés», L.G.D.J., Bibliothèque du droit privé. tome 216, 1991

⁵ B.Saintourens, «La flexibilité du droit des sociétés», *RTD com.* 40 (4), oct.-déc. 1987 p.457

⁶ Ch.Hannoun, op.cit.p.14

perçus désormais comme des systèmes juridiques concurrents. Les capitaux et les entreprises vont aux endroits où les conditions de leurs réunion sont les plus favorables. La France a été victime d'un «*forum shopping*», puisque le cadre contraignant de la SA a conduit à des nombreuses «évasions» des sociétés relevant du droit français. Il est apparu donc nécessaire de renforcer l'efficacité du droit français, car un droit de sociétés efficace est un facteur important pour l'expansion économique⁷.

7. Bien évidemment, la nécessité de mieux répondre aux besoins des entreprises qui cherchent à développer leurs activités, à se restructurer ou à coopérer, afin d'améliorer leur compétitivité, a conduit le législateur français à l'institution de la société par actions simplifiée, réservée aux seules sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne. Cette démarche consacre l'idée que le droit de sociétés doit évoluer dans la voie de la diversification des modes d'organisation et de fonctionnement des sociétés. En effet, il est souhaitable de ne plus persister à imposer des normes identiques aux sociétés fermées et aux sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé, car leurs actionnariats respectifs ne connaissent pas de problèmes analogues et ne requièrent pas les mêmes règles de fonctionnement⁸. L'actionnaire de la SAS cesse d'être considéré comme le profane, dont la protection est nécessaire. Il devient un agent du monde économique, apte à veiller à la sauvegarde de ses propres intérêts.

8. L'institution de la SAS est le résultat des efforts des milieux économiques et académiques d'optimiser la part de «flexibilité» de droit des sociétés et d'ouvrir de nouveaux espaces à la liberté contractuelle⁹. Désormais, on admet que les volontés individuelles peuvent adapter à leurs besoins les structures sociétaires, dès lors qu'elles ne perturbent pas les rapports externes de la personne morale. Cette renaissance de l'initiative des acteurs économiques passe nécessairement par moins de dispositions d'ordre public, plus de liberté contractuelle, des normes légales supplétives chaque fois que possible.

9. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée a été conçu assez rapidement, et dans un consensus général sur ces fondements essentiels. Il s'agit d'un troisième type de société par actions, qui cette fois-ci est

⁷ Ch.Hannoun, «Avant-propos: la société par actions simplifiée entre son présent et son avenir», dans le Colloque «La société par actions simplifiée; expériences nationales et étrangères, perspectives européennes» *Petites affiches*, 9 avril 1997, n° 43

⁸ P.Bissara, «Au seuil d'un nouveau millénaire: quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés?», *Rev. sociétés jan.-mars 2000* p.69

J.Paillusseau, «La contractualisation de la société anonyme fermée», *Gaz. Pal.* 10 octobre 1998 p.1257

⁹ J-P.Bertrel, «Liberté contractuelle et sociétés: essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés», *RTD com.* 49 (4), oct.-déc. 1996 p.597

franchement marqué par le sceau du libéralisme¹⁰. La nouveauté de sa conception a fait de cet loi un événement qui a bouleversé le droit français des sociétés. En effet la SAS est la première société par actions du droit français qui laisse une large place à la liberté contractuelle, comblant ainsi une lacune du droit français, et lui permettant de faire face au concurrence étranger. Le point majeur de la nouvelle société est la liberté, l'autonomie de l'organisation et du fonctionnement tant dans le domaine du pouvoir de direction que dans le domaine du contrôle du capital. Par conséquent, les fondateurs d'une SAS disposent d'une marge de liberté d'une ampleur suffisante pour organiser leurs relations en fonction de leurs besoins. Comme son nom l'indique la SAS est imprégné par un souci de simplification de son fonctionnement qui permet la suppression de contraintes vécues comme inutiles et rigides.

10. A coté des conditions spécifiques de sa constitution -qui ont été supprimés par la loi de 12 juillet 1999- la loi ne fixe de normes impératives que pour ce qui concerne la représentation de la société, la responsabilité des dirigeants, le domaine réservé aux décisions des associés et les conventions entre la société et ses dirigeants. Mis à part cet ordre public minimum, la loi du 3 janvier 1994 a écarté les articles 89 à 177-1 de la loi L.1966 et le reste des dispositions a été déclaré applicable à titre supplétif. Ainsi le régime juridique de la SAS se compose de ses dispositions propres (art. 262-1 à 262-21), des règles concernant les sociétés anonymes auxquels nous renvoie l'art. 262-1 et des dispositions générales applicables, selon le cas à l'ensemble des sociétés, aux sociétés commerciales ou aux sociétés par actions. On s'aperçoit que le caractère spécifique de la SAS résulte du faible nombre des articles de la loi la régissant et de la latitude qu'ils laissent aux statuts pour définir une grande partie de l'organisation sociétaire interne.

11. Bien évidemment, le principe fondamental de l'organisation de la SAS est celui de la liberté contractuelle, puisque les associés sont laissés autonomes dans l'organisation de leur société. La seule contrainte est que la SAS impose l'utilisation des statuts comme norme d'organisation de la société, au moins pour un domaine réservé. Cela confère au statut, le contrat d'organisation de la société, un caractère institutionnel. Les statuts doivent prévoir les conditions de la direction de la société (art.262-6) les décisions collectives (art.262-10) et les modalités de cessions d'actions (art.262-14 et s.). La SAS devient ainsi un facteur de sécurité juridique tant pour les tiers que pour les associés, car les statuts qui sont toujours publiés, reflètent l'organisation de la société qui bénéficie ainsi d'une présomption de légalité et validité. En plus, on peut éviter le danger de la mise en cause de la validité des pactes, car dans la SAS, les accords entres les associés sont le mode normal et légitime de l'organisation de la société. Ainsi la SAS

¹⁰ J-P.Bertrel, op.cit

devient un facteur de simplicité puisque les associés sont invités à exposer tant leur projet d'organisation que les accords qui les lient, dans une norme unique, les statuts.

12. Toutefois, tandis que la prédominance de la conception institutionnelle dans les sociétés anonymes permet l'adoption des statuts simplifiés, le renouveau de la liberté contractuelle dans la SAS confère aux rédacteurs du pacte social une responsabilité particulière, car l'organisation de la structure de la nouvelle société se trouve rendue plus complexe. En effet le régime juridique de la SAS est loin d'être parfait. La liberté de son organisation n'est pas seulement limitée par quelques règles d'ordre public, qui lui sont spécifiques, mais aussi par le renvoi à titre supplétif au droit de la société anonyme (art.262-1 L.1966). Ainsi il doit être concilié le respect de la lettre de l'article 262-1, la nature originale de la SAS et l'intention du législateur de créer une forme autonome de société. En plus, on pourrait être tenter de dire que le rédacteur des statuts ne dispose plus d'un espace légal qu'il suffit de compléter. Si on ajoute le fait qu'il n'y a pas de jurisprudence propre en la matière et que la SAS a été récemment ouverte à toute personne, on comprend bien que la tâche du rédacteur des statuts est très difficile. Il s'ensuit qu'il doit faire oeuvre d'ingénieur social, en proposant des solutions originales qui soient à la fois efficaces en termes de management et conformes à l'état d'un droit plus difficilement saisissable¹¹.

13. Malgré ses insuffisances, il est évident que le dispositif légal de la SAS, simple, flexible et transparent répond à un souci d'efficacité. Celle-ci devient un objectif interne à l'organisation¹². La SAS permet aux associés de régler eux-mêmes leurs relations par rapport à leurs intérêts économiques. Et cela, parce que le législateur estime qu'une réglementation indépendante et autonome est la solution la mieux indiquée, car les associés connaissent, mieux que lui, leurs besoins et les moyens de parvenir à leurs satisfaction¹³.

14. On s'aperçoit aisément que la SAS peut être considérée comme la structure sociétaire qui présente les traits les plus convenables aux groupes de sociétés. Plus précisément, les groupes sont des structures diversifiés tant en ce qui concerne leur taille qu'en ce qui concerne les liens qui les unissent. En plus, ils poursuivent des objectifs différents en fonction non seulement de

¹¹ P-L.Périn, «Structures de direction et principes de management dans la SAS: quelques avancées et un recul» *D. Affaires n° 4 1996 p.109*.

¹² Les sciences de la gestion vont plus loin, et considèrent que l'efficience n'est pas seulement un but interne à l'organisation mais son explication fondamentale et la justification même des organisations économiques (COASE, cité par P-L.Périn «La société par actions simplifiée; l'organisation des pouvoirs éditions Joly, collection Pratique des affaires)

¹³ A cet égard, on s'approche à Kelsen, qui, dans la «La théorie juridique de la convention», *Arch.Phil.du Droit*, 1940 p.48, estime que la loi institue la convention comme un juridique créateur de

leur structure mais aussi de leur stratégie. Tantôt ils recherchent la coopération et mettent en place des filiales communes, tantôt ils recherchent l'organisation des liens de dépendance entre eux et recourent à des filiales «exclusives» ou à des montages juridiques. Seule une société avec un régime souple, pourrait réincarner leurs besoins. Un examen attentive de groupes de sociétés et de leurs besoins, pourrait nous conduire à les mettre en corrélation avec la SAS et l'évolution des ses utilisations.

15. Comme il a été déjà souligné, les mutations importantes de l'économie mondiale ont entraîné une mobilité des entreprises et une concurrence accrue entre elles. La menace constante de leur acquisition conduit les sociétés à se concentrer et à créer des liens entre elles. Ces liens peuvent être structurés autour d'une coopération ou autour d'une dépendance. Tandis que dans le cadre d'une collaboration, les sociétés ou les groupes de sociétés qui se rapprochent restent indépendantes, dans le cas contraire, elles se soumettent à une unité de décision économique.

16. Aujourd'hui on constate une tendance à la coopération des entreprises. Leur projets de développement donnent lieu, bien souvent, à la constitution des entités dont l'esprit est la mise en commun des moyens ou la recherche d'objectifs communs. Les sociétés qui se rapprochent, peuvent opter pour une structure sociétaire qui revêt de la personnalité morale, ou pour une société en participation ou même elles peuvent rester à un accord purement contractuelle («*basic agreement* ou *shareholder's agreement*»)¹⁴. Dans le cas où les parties choisissent une structure sociétaire on parle de filiale commune. Cette forme juridique d'intégration permet aux entreprises de se grouper pour atteindre des buts économiques qu'elles ne peuvent pas poursuivre seules, sans perdre leur individualité et leur indépendance juridique, tout en créant une unité de décision économique efficace¹⁵. Ainsi les filiales communes ou autrement dit «les sociétés de sociétés»¹⁶ n'entrent pas dans la conception classique du groupe de sociétés¹⁷, qui présuppose l'existence d'une société mère qui fait prévaloir sur les sociétés dominées sa démarche stratégique générale, en organisant ainsi une unité de décision économique. Bien au contraire, la

droit «parce que le législateur veut laisser au sujets de droit le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques...»

¹⁴ J-J.Sarfati, «Ingénierie juridique: intérêts d'une division des accords dans une alliance stratégique», *Dr. et patrimoine septembre 1997 p.28.*

¹⁵ C.Champaud, *op.cit.*

¹⁶ C.Champaud, «Le pouvoir de concentration de la société par actions», Thèse, Rennes, 1961, éd. Sirey 1962

¹⁷ «l'ensemble constitué par plusieurs sociétés, ayant chacune leur existence juridique propre, mais unies entre elles par des liens divers en desquels l'une d'elles, dite société mère, qui tient les autres sous sa dépendance, exerce un contrôle sur leur ensemble et fait prévaloir une unité de décision», Memento Pratique «Groupes de sociétés».....

filiale commune est assujettie à deux ou plusieurs sociétés mères qui se consultent entre eux pour définir ses objectifs et sa politique de gestion.

17. Toutefois les frontières d'un groupe sont imprécises, car il s'agit d'une situation de fait, qui ne peut pas être strictement définie. Selon M. Hannouin, «toute définition descriptive, est condamnée à privilégier que l'un des aspects des choses, car elle est induite de l'observation d'une réalité fluctuante». L'unité de direction, l'état de dépendance de la filiale décrivent certains groupes, plutôt qu'ils définissent une notion. Ainsi, à un moment donné, il peut arriver qu'une filiale ait deux sociétés mères, ou qu'elle ait la possibilité d'influencer les décisions de la société mère¹⁸. En effet, on peut concevoir qu'une filiale commune est contrôlée par des sociétés appartenant à un même groupe et par conséquent elle aussi est soumise à l'autorité économique de la société mère du groupe. Certes, certains pourront contredire que dans ce cas là, il ne s'agit pas d'une filiale commune¹⁹, car cette structure présuppose l'indépendance de la filiale commune face aux sociétés mères. Ainsi selon M. Champaud, avec la filiale commune se trouve créée «une indépendance dans l'interdépendance»²⁰. Toutefois l'auteur remarque, qu'en la réalité, il arrive souvent que cette structure devient une étape entre l'indépendance et la dépendance. On peut encore parfaitement concevoir que l'alliance stratégique qui se réalise sous la forme de filiale commune, n'a pour objectif que la coopération de deux sociétés concurrentes, ressortissantes du même groupe ou des groupes différents.

18. On s'aperçoit que la filiale commune, même si elle n'entre pas, selon l'opinion actuelle, dans les frontières d'un groupe, elle peut parfaitement être intégrée aux plans stratégiques du groupe. Elle permet par le biais de la coopération dans des domaines stratégiques, à la fois de développer le groupe et d'éliminer la concurrence existant entre des sociétés appartenant à des groupes différents²¹. L'alliance stratégique, qui prend la forme d'une filiale commune, peut ainsi être considérée comme un instrument de stratégie des groupes dans ses relations internes ou externes.

19. En général, le phénomène des filiales communes est assimilé à celui des «*joint-ventures*» de droit des Etats-Unis, car cette notion tente elle-même à s'internationaliser. Cette structure, création jurisprudentielle, «semble se situer à la limite du droit des sociétés et du droit

¹⁸ C.Hannoun, op.cit.p.114

¹⁹ Dans ce cas là, ils considèrent qu'il est plus juste et plus significatif de parler de «sous-filiales», C.Champaud op.cit.p.1016, M.Fleuriet «Les filiales communes: Le choix d'une forme juridique», *JCP G. 1979 doctrine 2945*.

²⁰ C.Champaud, op.cit.p.1015

²¹ Ainsi M.Sarfati op.cit. estime que: «*l'alliance est souvent la continuation de la guerre économique par d'autres moyens*».

des contrats»²². La filiale commune, donc, qui se caractérise par une *affectio societatis* particulière et un *intuitus personae* marqué, va s'organiser autour d'un accord qui va institutionnaliser les relations des parties. Dans la plu part des cas, cet accord doit revêtir la forme statutaire, car il est dangereux de confier les règles de dévolution du pouvoir et les clauses de la maîtrise du capital à un pacte extrastatutaire. En plus, les statuts doivent contenir des clauses de résolution des conflits, puisque le fait que la coopération soit fondée souvent sur le principe d'égalité, alors que les parties maintiennent une activité dans des domaines voisines ou autres, fragilise les filiales communes. On comprend facilement que la structure d'accueil de la filiale commune doit être apte à une combinaison originale entre la flexibilité d'un contrat et les avantages propres à une société des capitaux.

20. Avant l'institution de la SAS, malgré la liberté de choix des partenaires entre un nombre élevé des sociétés aux caractéristiques diverses, aucune structure ne pouvait exprimer les besoins spécifiques d'une filiale commune²³. La vague de délocalisation de joint-ventures dans de pays étrangères, a mis en lumière cette insuffisance du droit français. Ainsi, la loi du 3 janvier 1994 portant institution de la SAS a été conçue dans un objectif précis: créer une société qui en bénéficiant d'un régime souple et d'une autonomie des partenaires dans l'organisation de leur société, pourrait devenir un moyen de rapprochement des sociétés ou des groupes.

21. Partant de l'idée que pour la coopération interentreprises la plu part des règles de la société anonyme sont des contraintes pesantes et inutiles qui n'ont plus de raison d'être, le législateur a pu créé la SAS qui est particulièrement adaptée aux exigences des partenaires d'une filiale commune. Ceux-ci, animés par une *affectio societatis* particulière qui dans la plu part des cas est renforcée, bénéficient d'une liberté dans l'aménagement du pouvoir de décision de la société (direction et décisions collectives), fait qui leur permet d'organiser les relations corrélativement. A titre d'exemple, ils peuvent instaurer statutairement la loi de l'unanimité. En plus, les partenaires, peu nombreux, et animés par un fort *intuitus personae*, ont la faculté d'instaurer dans les statuts de la société des clauses divers qui leur permettent de maîtriser le capital, soit en établissant une cohésion et une stabilité de l'actionnariat soit en adaptant l'actionnariat de la filiale commune aux situations de conflits et de crises. On comprend bien que

²² J-P.Béguin, «Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement. Le régime des participations», Genève 1972, p.60, citée dans la thèse de J-P.Brill «La filiale commune», Strasbourg 1975 p.29.

²³ A cet égard, il n'est pas étonnant que M. Brill, op. cit. p.239, après une analyse scrupuleuse des sociétés du droit français, se conduit à la conclusion que la structure idéale pour une joint-venture, serait un type de sociétés proche à responsabilité limitée jouissant d'une grande liberté contractuelle,

le régime légal de la SAS correspond parfaitement aux filiales communes, car cette société est caractérisé par une nature juridique hybride: elle est mi-société de personnes et mi-société de capitaux²⁴; ainsi, elle combine les avantages de tous les deux²⁵.

22. Bien que les intentions législatives affirmées tant par les initiateurs du projet²⁶ que par le Sénat étaient de restreindre l'utilisation de la SAS aux sociétés d'une taille importante dans le cadre d'une coopération interentreprises, la nouvelle société a également pu être utilisée par les groupes de sociétés dans d'autres objectifs. La loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 n'indiquant aucune restriction quand à l'objet de la SAS, les seules utilisations qui lui sont expressément interdites sont celles où il s'agit de faire publiquement appel à l'épargne (art. 262-3 L.1966). Et il était clair, dès sa création, que les conditions spécifiques de sa constitution, indiquées dans les articles 262-1 et 262-2 (qui, ont été supprimés par la loi du 12 juillet 1999) ne pourraient pas empêcher les groupes de sociétés à utiliser les avantages de la SAS dans la poursuite des objectifs tous différents.

23. En effet, la SAS semble davantage être utilisée comme une structure permettant une meilleure organisation des groupes de sociétés. Tout d'abord, en permettant la simplification de son organisation, la SAS devient un outil de gestion de groupes de sociétés particulièrement efficace. Ensuite la combinaison de l'allègement du régime légal de la SAS, avec sa possibilité de dissocier le capital et le pouvoir, lui permet de devenir un instrument original de contrôle et de développement des groupes de sociétés.

24. Comme il a été observé par plusieurs auteurs, les règles du fonctionnement des sociétés anonymes entraînent un très fort alourdissement de la gestion juridique des filiales d'un groupe, détenues à 100% . Il n'est donc pas étonnant que, contrairement aux objectifs que le législateur lui a assigné, dans la pratique, la SAS a été prospérée davantage comme «filiale

dans laquelle il reviendrait aux associés de défendre leurs propres droits sous réserve de quelques dispositions essentielles

²⁴C.Hannoun, «La société par actions simplifiée: essai de prospective juridique», dans les mélanges, *Etudes à la mémoire d'Alain Sayag* p.285 1997, où il souligne «qu'à de nombreux égards elle eût mieux reçue la qualification inédite de "société en nom collectif à responsabilité limitée(M.Jeantin, «Les associés de la SAS», *Rev.sociétés* 1994, p.223), tout en étant curieusement soumise au régime des sociétés anonymes, dont les règles ont un caractère supplétif, sans pour autant que les avantages liés à la libre négociabilité des actions lui sont reconnus ou recherchés. Pourquoi alors ne pas être parti de la SNC pour créer une variante à responsabilité limitée adaptée au cas particulier des filiales communes?»

²⁵ On s'aperçoit que tant M. Brill en 1975 que M. Hannoun trois ans après l'institution de la SAS, se réfèrent à une combinaison originale entre la responsabilité limitée dont bénéficient les sociétés par actions et la liberté contractuelle qui caractérise les sociétés de personnes.

²⁶ Rapport CNPF par B.Field, «La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises», oct.1990. Voir «Le projet de société anonyme simplifiée», *Bull.Joly novembre 1990* p.939.

exclusive». Dans cette perspective, la SAS présente l'avantage de la simplification qui permet une rationalisation de la gestion juridique des groupes de sociétés. En plus, les potentialités qu'elle présente tant concernant les présidents personnes morales que concernant les présidents personnes physiques, facilitent la soumission des filiales à une unité de décision économique.

25. Toutefois, le fait que la SAS filiale exclusive devait être constitué par deux personnes morales qui remplissaient quelques conditions spécifiques, obligeait les sociétés mères à trouver une autre société pour constituer leur filiale exclusive. Ainsi la loi conduisait les groupes de recourir à la fictivité, car leur filiale qui prenait la forme de la SAS était détenue à 99% par la société mère et à 1% par une autre société du groupe. Le législateur, en reconnaissant le dépassement par la pratique de l'objectif de la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994, est venu avec la loi 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche non seulement à supprimer les conditions spécifiques de la création de la SAS mais aussi à permettre même à une seule personne physique de créer une SAS. Ainsi le législateur, même si son objectif était tout autre²⁷, a officialisé l'utilisation de la SAS comme structure d'accueil de filiales détenues entièrement par un groupe de sociétés. En effet, la SAS unipersonnelle peut être utilisé soit comme structure d'accueil des entreprises individuelles, soit pour la filialisation des activités des groupes de sociétés. Dans le cas second, il apparaît nécessaire d'examiner les particularités du régime juridique de la SAS unipersonnelle et les incidences que l'avènement de cette structure peut entraîné sur la notion de la personnalité morale.

26. Dans le cadre de ses applications dérivées qui permettent une meilleure organisation du groupe, se figure en deuxième plan l'utilisation de la SAS en tant que un moyen de contrôle et de développement des groupes de sociétés. La loi du 12 juillet 1999 en supprimant les conditions spécifiques de la constitution de la SAS, a permis aux groupes de recourir facilement à des montages juridiques destinés à dissocier le capital et le pouvoir de décision. Plus spécifiquement, parmi les règles de la société anonyme rendues inapplicables à la SAS, figure la règle fondamentale de la proportionnalité des droits de vote à la quotité du capital détenu (art. 174 de la loi du 24 juillet 1966). Désormais les statuts peuvent prévoir des clauses totalement inégalitaires et faire en sorte que les détenteurs du capital ne sont pas ceux qui dirigent. A l'instar

²⁷ Cette innovation importante qui constitue une révolution du droit des sociétés fermées a été insérée dans la loi par la voie d'un amendement de la Commission des affaires culturelle. Son souci était «*de permettre à tous d'accéder à une forme sociale qui se caractérise par la très grande liberté accordée à ses fondateurs tant dans son organisation interne -direction, décisions collectives- que dans le contrôle de son actionnariat, et qui ouvre toutes les possibilités de dissociation capital-pouvoir. Cette formule est particulièrement adaptée à la création des entreprises innovantes*» (J-P.Bret. JOAN 2ème séance du 3 juin 1999, p.5424).

de la société en commandite par actions (laquelle a reconnu un regain de faveur grâce à la dissociation capital-pouvoir qu'elle permet), mais avec la simplicité en plus, la SAS permet d'avoir un organe de gestion pour ainsi dire inamovible²⁸. Il s'ensuit que la SAS peut s'avérer intéressante non seulement comme structure d'accueil des filiales d'un groupe, mais comme support juridique des sociétés mères des groupes.

27. La SAS permet en effet de combiner deux fonctions différentes. D'une part, ses fondateurs peuvent organiser librement le pouvoir de direction et la maîtrise du capital, et d'autre part, elle permet de dissocier le pouvoir du capital. Ainsi elle présente d'intéressantes potentialités en matière d'effet de levier. Cette aptitude permet d'utiliser la SAS dans des montages juridiques auxquels ses caractéristiques financières ne semblent pas la prédisposer. Ceci étant, elle peut s'avérer une société très attractive, tant pour les holdings tête du groupe que pour les holdings de rachat des sociétés. En plus ces avantages la rendent particulièrement attractive pour les investisseurs extérieurs (sociétés d'investissement et sociétés de capital-risque). D'une manière générale, la SAS permet de prendre en compte dans l'organisation du groupe les intérêts des tiers. Toutefois si sa mise en oeuvre peut être un moyen d'assurer le contrôle ou de faciliter la croissance d'un groupe, ses fondateurs doivent faire preuve d'une attention particulière aux inconvénients que la SAS présente dans de tels montages.

28. En schématisant on peut distinguer les utilisations éventuelles de la SAS en deux grandes catégories. Les SAS qui sont utilisés, comme structure d'accueil des filiales communes, en vue d'organiser le rapprochement et la collaboration des sociétés et par voie extensive des groupes de sociétés et les SAS qui sont utilisées soit comme des filiales exclusives soit comme des holdings en vue d'aménager la dépendance dans les groupes de sociétés. Les premières ont été expressément prévues par le législateur de la loi de 1994 pour faciliter la coopération interentreprises. Par contre, les deuxièmes, sans être exclues, ne correspondaient pas au but législatif, mais aux besoins spécifiques des groupes de sociétés, qui ont tiré profit de la souplesse de la SAS. Concernant les deuxièmes, la loi de 1999 a marqué un nouvel épisode de dialogue entre la pratique et le législateur. D'une part en permettant les SASU, il a officialisé l'utilisation de la SAS comme filiale exclusive, et d'autre part en supprimant les conditions spécifiques de sa création, il a non seulement toléré mais aussi facilité l'utilisation des avantages que la SAS offre dans le champ de la dissociation du pouvoir et du capital.

²⁸ X.Jaspar, «Les autres utilisations de la société par actions simplifiée», *Op. Fin. n° 301, 5 avril 1994* p.

29. Il nous appartient donc à examiner tour à tour l'utilisation de la SAS comme une structure qui permet le rapprochement des groupes de sociétés (première partie) et l'utilisation de la SAS comme une structure qui aménage la dépendance dans les groupes de sociétés (deuxième partie).

PREMIERE PARTIE

LA SAS, COMME STRUCTURE PERMETTANT LE RAPPROCHEMENT DES GROUPES DE SOCIETES

30. Il est généralement admis que la filiale commune est une structure sociétaire particulière qui permet la coopération de deux ou plusieurs sociétés sur un projet commun. Cette société originaire se place aux frontières de la liberté contractuelle et du droit des sociétés (premier titre). C'est pourquoi le législateur français, en prenant en compte cette réalité, a été amené à créer une structure d'accueil propre aux *joint-ventures*, la SAS (deuxième titre).

TITRE PREMIER

LA FILIALE COMMUNE, UNE STRUCTURE AUX FRONTIERES DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE ET DU DROIT DES SOCIETES

31. Les partenaires qui optent pour la création d'une filiale commune, s'imprègnent de deux préoccupations principales. D'une part ils désirent que la structure qu'ils vont mettre en place bénéficie d'une souplesse et d'une flexibilité qu'elle pourra leur permettre de régler leur relations de façon qu'il leur convienne. D'autre part, ils veulent éviter que ce souci leur conduise à des accords purement contractuels, ou à la création d'une société en participation. Bien au contraire, ils désirent que la nature contractuelle de l'accord bénéficie de l'habillage de la personnalité morale et, si possible, de l'avantage de la limitation de la responsabilité au montant de leurs apports. Il nous appartient donc, d'examiner dans un premier temps l'originalité de la structure de la filiale commune (premier chapitre) avant de passer dans un deuxième temps à l'examen des ses éventuelles structures d'accueil (deuxième chapitre).

Chapitre premier

L'originalité de la structure de la filiale commune

32. La structure de la filiale commune a un caractère original, car elle n'est qu'une façade derrière laquelle on découvre un accord *sui generis*, qui emprunte ses caractéristiques, tantôt à la collaboration conventionnelle, tantôt au droit des sociétés²⁹. Il nous apparut donc très important, avant de passer à l'analyse de ses structures d'accueil, d'examiner tour à tour la particularité de *l'affectio societatis* (première section) et le caractère marqué de *l'intuitus personae* (deuxième section).

Première section

Une affectio societatis particulière

33. Essai d'une première définition. Il est difficile de délimiter la notion de la filiale commune, car il s'agit d'une forme de rapprochement des sociétés, le degré et la forme duquel peut différer selon les circonstances. Un critère précis, clair et unique qui serait applicable à tous les cas, serait inapte d'appréhender la réalité économique d'une filiale commune. Toutefois, sous l'appellation de la filiale commune, on s'aperçoit la situation suivante: deux ou plusieurs sociétés, qui constatent une possibilité de synergie entre leurs plans stratégiques pour une activité donnée, décident de conjuguer leurs moyens pour vivre une aventure conjointe sur cette activité pendant un temps déterminé³⁰.

34. Le terme de la filiale commune est contradictoire. Toutefois ce terme fut l'objet de nombreuses critiques. Tout d'abord on lui reproche d'être en quelque sorte irrationnelle. Selon l'article 354 de la loi 66-537 du 24 juillet 1966: «lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre, la seconde est considérée comme la filiale de la première». Par conséquent une société ne peut être en même temps la filiale des plusieurs sociétés. En plus, il y a une antinomie flagrante entre les termes "filiale" et "commune", car le terme "filiale" implique l'existence des relations de pouvoir, puisque la société mère impose sa volonté à la filiale en vue de réaliser une unité de décision économique au sein du groupe, tandis que le terme "commune" implique l'existence des liens de collaboration. On constate, donc, que le terme "filiale commune" inventée par la pratique, comme un terme qui décrit le terme anglo-américain «*joint-venture*» est mal choisi.

35. Le but d'organiser une indépendance dans l'interdépendance. Il est donc d'une importance primordiale que l'on puisse relever un critère d'appartenance à une filiale commune à la fois précise, cohérent et souple. Les caractères apparemment opposés de ce critère sont

²⁹ J-P.Brill, «La filiale commune», Thèse Strasbourg 1975 p.239

³⁰ J-P.Brill, op.cit.

expliqués aux traits contradictoires d'une filiale commune. En effet, d'un part les sociétés mères ont comme préoccupation principale d'organiser la dépendance de la nouvelle société. D'autre part les sociétés associées doivent rester indépendantes entre elles. Il s'agit donc d'une concertation souple qui permet aux sociétés de se grouper sans perdre leur individualité et leur indépendance juridique, tout en créant une unité de décision économique efficace. Cette concentration, qui prend la forme économique de l'intégration, se caractérise, au niveau des relations des sociétés mères dans le cadre de la filiale commune, par une indépendance dans l'interdépendance³¹. Pour que cette filiale commune puisse atteindre ses objectifs, quels qu'ils soient, les sociétés participantes doivent organiser leur collaboration. Celle-ci sera caractérisée par une *affectio societatis* originaire.

36. L'*affectio societatis* dans les filiales communes. Etant un élément plus de nature psychologique que juridique, *l'affectio societatis* est considérée comme l'intention des associés de se traiter comme des égaux et de poursuivre ensemble l'œuvre commune³². Caractérisée par une grande souplesse et une faculté d'adaptation le contenu de *l'affectio societatis* varie selon le type de la société en cause. Dans une filiale commune, l'intensité de *l'affectio societatis* est beaucoup plus vive que dans les autres types des sociétés, puisque elle a vocation à élaborer, en son sein, une politique économique commune. A la différence des sociétés anonymes, où l'appel public à l'épargne nécessairement affaiblit la connexion psychologique des associés, la filiale commune implique l'intéressement personnel des partenaires dans la vie sociétaire³³.

37. La volonté de collaboration des associés. On s'aperçoit que le trait caractéristique de la filiale commune est la volonté de collaboration. Celle-ci doit être organisée et voulue en tant que telle. Ainsi la nécessité d'une collaboration effective exige que les sociétés mères puissent participer à la prise des décisions et au contrôle de la société indépendamment de la quotité du capital qu'ils détiennent. La simple participation de chaque société associée à la formation de la volonté de la filiale commune ne saurait pas suffire. Dans ce cas-là, rien ne distinguerait les rapports entre les sociétés associées de ceux d'associés ordinaires et actifs³⁴. Le lien de collaboration entre les sociétés mères doit être plus intense, plus égalitaire. Cela peut-être conçue des deux manières différentes: soit aucune des sociétés participantes ne peut exercer seule

³¹ C.Champaud, op.cit.

³² Cass.Com. 3 juin 1986, *Rév. sociétés* 1986, 585, note GUYON, la Cour de Cassation a considéré dans cet arrêt que «*l'affectio societatis suppose une collaboration effective à l'exploitation du fonds dans un intérêt commun et un pied d'égalité avec les autres associés*»

³³ C.Champaud, «Le pouvoir de concentration», 1962, où il considère que «*ces filiales communes ont pour but à réaliser à l'égard des groupes des sociétés une concentration analogue à celle que les sociétés des personnes ont initialement ouverts aux entrepreneurs individuels*»

le contrôle de la filiale commune, soit aucune des sociétés participantes ne peut se voir imposer une décision par sa ou ses partenaires. La deuxième solution nous paraît plus convenable, car elle est compatible avec le souci d'efficacité et de rapidité du fonctionnement de la filiale commune. Chaque société mère a ainsi le pouvoir d'influencer la vie sociale de la filiale commune dans la mesure où elle ne peut pas se laisser imposer une décision.

38. Le rééquilibrage des pouvoirs des associés. Le problème alors qui se pose est de trouver les moyens d'assurer un mode de fonctionnement qui correspondra au souci de collaboration. Il faut que les fondateurs mettent en place une interdépendance, une équilibre dans l'organisation du pouvoir. Exiger dans tous les cas, un rapport égalitaire des participations aboutirait à méconnaître la réalité économique, afin de dégager aisément un critère juridique³⁵. Ce qui importe plutôt c'est la manière selon laquelle ces participations seront utilisées. A titre d'exemple, on peut concevoir qu'un rapport de participation inégalitaire soit contrebalancé par une répartition égale de sièges dans les organes d'administration et de direction. On s'aperçoit que cette *affectio societatis* renforcée tend à substituer la loi de la majorité avec la loi de l'unanimité. Ainsi les statuts peuvent soit imposer l'unanimité des associés, soit laisser le pouvoir de décision à la majorité tout en assurant un droit de veto à quelques actionnaires minoritaires. Cette organisation doit permettre qu'une société minoritaire puisse jouer le même rôle que la société majoritaire, du fait, à titre d'exemple, de son apport technologique à la filiale commune.

39. Une collaboration limitée et éphémère. Par ailleurs, on doit marquer que l'*affectio societatis* des sociétés mères se caractérise par un objet limité et une durée souvent courte. Les sociétés mères sont des sociétés indépendantes qui conviennent de mettre en commun leurs moyens industriels ou commerciaux dans un domaine déterminé. La nature et l'intensité des leurs relations varieront selon les liaisons économiques existantes entre la filiale commune et ses sociétés fondatrices et selon la position de la filiale commune par rapport au marché. De plus, cette *affectio societatis* est aussi éphémère que les plans stratégiques qui en sont la source³⁶, car les conditions qui conduisent les sociétés à de telles concentrations apparaîtront et disparaîtront au gré des circonstances.

Cette conception de *l'affectio societatis* nous conduit inévitablement à s'interroger sur l'importance de la considération de la personne dans la filiale commune.

³⁴ J-P.Brill «La filiale commune» Thèse Strasbourg 1975, p.53

³⁵ J-P.Brill, op.cit.

³⁶ J-L.Reymont, "La SAS: premières expériences et premières difficultés", *Petites Affiches* 20 novembre 1996 n°140 p.15

Deuxième section

Le caractère marqué de l'*intuitus personae*

40. Pour que cette collaboration des sociétés soit productive et efficace il faut que les partenaires puissent se coopérer. L'aventure conjointe que toute joint-venture implique, nécessite la préexistence de deux conditions: d'abord la communauté de vues sur le rôle et les perspectives d'évolution de la société commune et la convergence de leurs intérêts et ensuite la confiance mutuelle entre les partenaires. Pour que les sociétés mères puissent s'assurer de l'existence de ces conditions, il faut se négocier et parvenir à un accord qui sera apte de constituer le support nécessaire pour le succès de la filiale commune. Il nous convient d'examiner l'importance de la personne dans une filiale commune (première paragraphe) qui va inévitablement conduire les partenaires à la conclusion d'un accord. Celle-ci va renfermer des clauses ayant pour objet le fonctionnement de la filiale commune (deuxième paragraphe) et des clauses ayant trait aux situations des crises (troisième paragraphe).

Première paragraphe

L'importance de la personne dans une filiale commune

41. **La négociation préliminaire.** Le choix réciproque donc des partenaires constitue sans doute le facteur décisif de réussite ou d'insuccès de la filiale commune³⁷. On s'aperçoit facilement que la négociation préliminaire a une importance primordiale à toute opération de concentration qui doit être rigoureusement planifiée et prévue dans ses moindres détails. La permanence de convergence des vues nécessite que les négociations soient longues, la longueur constituant même un gage de succès de l'opération projetée. Ces négociations permettront de découvrir si les modalités du fonctionnement, divergentes ou similaires, des futures sociétés mères rendent possible l'instauration d'une véritable communauté d'intérêts. Ainsi, pour chacune des sociétés il s'agira de déterminer si sa future partenaire a les mêmes vues en matière de politique financière, industrielle et commerciale, si sa gestion est saine. Si l'entente existe sur les différents points, elle pourra être matérialisée par une convention³⁸.

42. On constate que *l'intuitus personae* est particulièrement marquée dans les filiales communes, car les caractéristiques des sociétés comme personnes morales ou même des

³⁷ J-P.Béguin "Les entreprises conjointes internationales dans les pays en voie de développement" Genève 1972; p.220

³⁸ J-P.Brill, op.cit. p.146

personnes physiques qui les animent sont des éléments essentiels dans le choix de chaque partenaire. Les sociétés mères prennent en compte la compétence, l'imagination, le savoir-faire et la solvabilité des personnes qui sont en tête de la société contractante ou qui en détiennent le capital.

42. La volonté des partenaires de régler leur avenir conjoint les conduit, quel que soit la structure d'accueil de la filiale commune, de stipuler dans les statuts ou dans des protocoles d'accords des clauses qui définissent les modalités d'accord entre les sociétés mères. Cet accord cadre précisera les objectifs des partenaires, les moyens à mettre en œuvre, les principales modalités de fonctionnement et de dissolution du groupement en se référant soit aux statuts, soit aux conventions annexes.

On peut classer les clauses de l'accord entre les sociétés mères en deux groupes. Ressortent de la première catégorie les clauses ayant pour objet d'assurer le fonctionnement de la filiale commune. Dans la deuxième catégorie on trouve les dispositions ayant relation aux situations de crise.

Deuxième paragraphe

Les clauses ayant pour objet le fonctionnement de la filiale commune

43. Les clauses concernant la création de la filiale commune. Une filiale commune peut-être créée tant dans le cadre d'une société existante que dans le cadre d'une société nouvelle³⁹. En tout cas, il faut que les sociétés mères lui fournissent certaines contributions annexes. L'exemple caractéristique de telles contributions sont les apports en industrie. Celles-ci ne pouvant pas donner lieu à la remise d'actions, ne sont pas susceptibles de faire partie du capital social. Souvent les partenaires s'obligeront à mettre à la disposition de la filiale commune certaines connaissances ou savoir-faire, à lui livrer quelques matières premières ou encore à prendre en charge une partie ou la totalité de la production de la filiale commune⁴⁰.

44. Les clauses visant la vie sociale du groupement. En tout cas les partenaires doivent veiller aussi au fonctionnement de la vie sociale du groupement. Comme on a vu précédemment, la volonté d'une collaboration effective sur un pied d'égalité conduit les sociétés mères à participer activement à la direction de la filiale commune. Un comportement passif des associés dont les traits caractéristiques sont l'absentéisme des assemblées et l'indifférence sur la direction est tout à fait incompatible avec l'esprit de fonctionnement d'une filiale commune. Même dans

³⁹ J-P.Béguin op.cit. p.78

⁴⁰ J-P.Brill, op.cit p.162

une filiale commune inégalitaire, l'associé minoritaire ne sera jamais un partenaire dormant («*sleeping partner*»). Dans la plu part des cas, il sera doté d'un pouvoir de contrôle sur les décisions des organes exécutifs. Les partenaires veillent à ce que les hommes clés soient désignés et maintenus avec leur aval et à ce que les décisions stratégiques soient prises selon certains procédures.

Toutefois le trait originaire de la filiale commune se trouve dans l'intéressement particulière à la prévention des conflits susceptibles d'être créés entre eux.

Troisième paragraphe

Les clauses ayant trait aux situations de crise

45. Hors les cas où la fin d'une filiale commune est provoquée par l'arrivée du terme ou l'achèvement du projet commun, la dissolution de la coopération des partenaires peut aussi être la conséquence soit d'un désaccord soit d'une rupture entre les parties. Tandis que dans le premier cas, l'échec de l'entreprise n'est pas inéluctable, dans la seconde les possibilités de la continuation de l'entreprise paraissent minimes. Il s'agit des deux situations différentes, fait qui doit être prise en compte dans la rédaction des accords de la filiale commune.

1) Les clauses visant à trouver une solution aux désaccords des associés

46. La règle de l'unanimité dans les filiales communes et ses effets. En effet, le caractère marqué de l'intuitus personae a pour corollaire la substitution de la loi de la majorité par la loi de l'unanimité, fait qui aboutit à l'instauration d'un droit de veto. Si cela permet la sauvegarde des intérêts de chaque partenaire, elle a pour contrepartie nécessaire la multiplication des possibilités des désaccords. Le spectre d'une paralysie du fonctionnement des organes sociaux de la filiale commune peut et doit inciter les partenaires tout d'abord à essayer de tarir les éventuelles sources des conflits et après à prévoir des modes de résolution des conflits qui peuvent naître malgré les précautions prises. Les rédacteurs de l'accord instituant une filiale commune doivent toujours prendre en compte que ce groupement n'est pas statique mais évolue au fur et à mesure que les circonstances et la volonté des parties changent. Etant l'institutionnalisation d'un projet de collaboration dans un domaine précis, la filiale commune consacre un équilibre et une interdépendance entre les sociétés mères, que la fluidité et l'interpénétration des phénomènes économiques sont susceptibles à perturber.

47. En tout cas, la préoccupation essentielle des parties sera la conciliation de leurs points de vue et le sauvetage de leur union. Cela sera possible dans le cas d'un désaccord (différence d'appréciation) entre les parties. En l'occurrence, le traitement préventif des désaccords peut-être assuré par deux types de clauses:

- **La clause d'appel à l'échelon hiérarchique**

Le traitement du désaccord peut-être soumis soit au conseil d'administration ou à tout autre organe collégial de direction qui sera composé des dirigeants qui ne participent pas à la gestion du quotidien, soit à la décision de l'actionnaire de référence⁴¹.

- **Clause de médiation ou de recours à l'expertise**

Les parties confient à un tiers le soin d'étudier les positions respectives des parties et de faciliter le débat entre elles, la médiation peut influencer les partenaires à résoudre leur conflit. Les partenaires peuvent recourir également à un expert en cas de désaccord technique.

48. Le trait commun de ces clauses. Toutes ces procédures reposent sur le principe qui consiste à confier à un tiers le soin de trancher le conflit. La loyauté (impartialité) et la diligence (compétence) sont des caractéristiques indispensables de cette personne. En tout cas, la solution dégagée ne devra pas léser ou devra léser proportionnellement les intérêts de chaque société mère.

2) Les clauses visant à faire face aux situations de conflit

49. Les difficultés les plus graves paraissent quand la rupture s'avère certaine et les partenaires décident mettre un terme à l'expérience commune. Pour les éviter, il est fréquent que

⁴¹ On peut citer deux exemples de telles clauses (P.Roux, "Prévenir et gérer les conflits entre les partenaires d'une joint-venture", *Dr. et Patrimoine mai 1997 p.35*) :

Variante 1

En cas de blocage lors de certaines décisions prises collégalement ou de désaccord entre les parties, les faits à l'origine du blocage et/ou du désaccord seront soumis au président de la société X et au président de la société Y qui tenteront de trouver une solution mutuellement acceptable dans un délai maximum de 30 jours à compter de la saisine du dernier des dirigeants.

Variante 2

"Comité de pilotage": La société X et la société Y acceptent de créer un Comité de pilotage afin de s'assurer que le projet tel qu'il est défini sera mis en œuvre conformément au contrat de joint-venture et à l'objet social de la société commune à constituer. Le Comité suivra et supervisera l'application et des termes du contrat de joint-venture et des ses annexes et sera composé de deux membres: a) Le président de la société X, b) le président de la société Y. Toutes difficultés, blocages ou désaccords qui surviendraient à l'occasion de l'exécution de ces contrats seront soumis par un représentant de chaque société au Comité de pilotage. Les membres du Comité feront en sorte de trouver une solution mutuellement acceptable dans un délai maximum de 30 jours à compter de sa saisine du Comité.

les parties stipulent dans le contrat/accord de la filiale commune une clause de retrait volontaire ou d'une clause d'éviction⁴².

50. La clause de retrait volontaire. Dans le cas premier, les partenaires conviennent que la réalisation de tel ou tel événement pourra remettre en cause la continuité de la société elle-même. Analysées juridiquement comme des promesses des ventes, elles se distinguent des clauses d'éviction en ce que l'achat/vente est prévue et acceptée dès l'origine comme un événement normal de la vie de la filiale commune et dans le fait qu'elles ne portent pas atteinte au droit de propriété des associés. Une telle clause est la clause dite "buy or sell arrangement"⁴³. Au terme de cette clause, chaque actionnaire est en droit de fixer un prix pour chaque action: dans un délai déterminé l'autre actionnaire devra soit acheter les actions de son partenaire, soit vendre les siennes au prix unitaire proposé. La clause "buy or sell arrangement" permet d'éviter la dissolution de la personne morale qui constitue le support juridique de la filiale commune en cas de conflit insurmontable entre les partenaires. Autres clauses qui pourraient jouer un rôle pareil sont les clauses d'agrément et de préemption. En général, le caractère renforcé de l'intuitus personae impose la conciliation de la liberté de chaque société mère de céder ses titres avec un droit de regard sur les qualités de l'éventuel cessionnaire. En plus ce caractère spécifique d'une filiale commune conduit parfois les partenaires à stipuler des clauses qui visent le changement de direction dans l'une des sociétés mères.

51. La clause d'éviction. Dans le cas second, voir celui de la clause d'éviction, l'un des partenaires impose le retrait d'un autre comme la sanction d'un comportement de celui-ci. Portant atteinte aux droits de propriété des associés, cette clause permet également le désengagement d'un partenaire sans provoquer la fin de l'entreprise commune.

52. Les dangers susceptibles d'être engendrés par la stipulation de telles clauses. Toutefois ce dispositif des précautions imposé par l'intuitus personae, peut susciter des résultats inverses de ceux escomptés par leurs rédacteurs. Les clauses d'une telle sévérité et d'une telle importance que la clause d'éviction sont susceptibles de compromettre l'avenir de la filiale commune, car elles démontrent la manque d'une confiance mutuelle. Or la collaboration effective présuppose cette confiance. Le risque de faire planer un ombre sur le groupement peut mettre en péril l'affectio societatis des partenaires dans la filiale commune. C'est pourquoi la clause d'éviction n'est pas systématiquement utilisée dans les accords des *joint-ventures*, chacun

⁴² P.Roux, op.cit. p.37

⁴³ J-P.Brill, op.cit. p.223

des répugnants, le cas échéant, à se la voir opposer⁴⁴. On doit donc essayer de trouver le juste milieu entre la sécurité juridique qui s'exprime par la considération de la personne et l'efficacité du fonctionnement qui nécessite la confiance mutuelle des partenaires.

53. Tous ces caractéristiques propres d'une filiale commune laissent parfois perplexes les juristes des affaires. En effet, comme il a été démontré, la survie et le succès de la filiale commune exigent la combinaison des plusieurs conditions qui sont parfois contradictoires. Tout l'art du juriste consiste donc au choix d'une structure sociétaire qui pourra exprimer au mieux les particularités, les objectifs, le plan et les caractéristiques de l'alliance stratégique.

Chapitre deuxième

Les structures d'accueil de la filiale commune

54. La tâche du juriste français était encore plus difficile, car le droit français n'offrait pas jusqu'à 1994 une forme sociétaire propre à la coopération des entreprises. Cette inadaptation du droit français (première section) a suscité un mouvement d'implantation de joint-ventures vers l'étranger, fait qui a provoqué l'intervention du législateur par l'institution de la société par actions simplifiée (deuxième section).

Première section

L'inadaptation du droit français

55. Le problème initial qu'on rencontre lors de l'essai de recherche d'une structure d'accueil pour la filiale commune, est l'inexistence d'une forme sociétaire qui pourrait opérer une combinaison originale des avantages d'une société des personnes et d'une société des capitaux. Seule la consécration de la liberté contractuelle pourrait permettre l'intégration plus ou moins complète d'un accord de collaboration dans un cadre sociétaire. Il convient donc d'examiner dans un premier temps, les sociétés commerciales qui pouvaient éventuellement constituer une structure d'accueil pour une *joint-venture* et de préciser en quoi elles font défaut.

Première paragraphe

La société anonyme

56. Une structure inadaptée. La société anonyme est très prisée en tant que support d'une filiale commune. Cela s'explique par l'argument d'ordre psychologique que cette structure

⁴⁴ P.Roux, op.cit. p.37

est la plus connue, donc considérée par les sociétés mères comme la plus sûre⁴⁵. Néanmoins les avantages incontestables que cette forme sociétaire présente, sont susceptibles de s'avérer insuffisants dans le cadre d'une *joint-venture*. Ainsi la règle de la limitation de responsabilité des actionnaires au montant de leurs apports présente un intérêt modéré car les partenaires occuperont probablement les places d'administrateurs de la filiale commune et donc en cas des difficultés de cette dernière seront exposés à une action en comblement du passif. Encore, la possibilité d'une société anonyme d'ouvrir facilement son capital à des investisseurs extérieurs risque de rester lettre morte, car il n'est pas fréquent qu'une filiale commune soit ainsi ouverte à des investisseurs autres que ceux ayant participé à la création. En plus, le caractère ouvert de la société anonyme, consacré par la règle de la libre cessibilité des actions, peut aller à l'encontre de *l'intuitus personae* qui réside la création et éventuellement le fonctionnement de la filiale commune.

57. Une structure pesante. La société anonyme étant un être abstrait et théorique, qui recouvre des réalités extraordinairement disparates⁴⁶, semble ignorer la diversité des besoins des affaires. Régie par un carcan des règles d'ordre public, impératives et rigides elle manifeste une uniformité qui empêche les partenaires de doter leur joint-venture d'un cadre juridique adapté à leurs besoins. Plus spécifiquement les sociétés associés ont deux préoccupations.

58. Tout d'abord ils veulent organiser leurs relations ainsi que le fonctionnement de la société. Les souplesses que le droit de la société anonyme présente dans ce domaine sont rares⁴⁷. Ainsi la volonté de chaque partenaire de disposer un véritable droit de veto sur certaines questions fondamentales ne peut avoir une suite positive, car le fonctionnement des assemblées générales est régi par des règles impératives de majorité, qui sont intangibles à peine de nullité (article 155 de la loi 66-537 du 24 juillet 1966). De même, les associés ne peuvent pas prendre directement certaines décisions essentielles, puisque ils ne peuvent agir que dans le cadre des réunions d'assemblées générales. Mais surtout les droits et obligations des actionnaires sont strictement définies par la loi.

59. La deuxième préoccupation majeure des partenaires est de mettre en place une structure solide qui pourrait résister à l'évolution de leurs relations et à l'apparition des différends. Dans le cas d'une filiale à 50/50, un dissentiment grave peut conduire au blocage de

⁴⁵ J-P.Brill, op.cit.p.38

⁴⁶ P.Bissara, "L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions", *Revue sociétés 1990* p.553

la société, faute de majorité. L'éventuelle soumission des différends à un arbitrage est inopérante, car il a été considéré qu'il est contraire à l'ordre public de s'en remettre à un tiers pour une décision qui relève légalement des organes sociaux. Toutefois, on doit noter que la pratique a imaginé comme palliatif de transformer l'arbitre en actionnaire. Dans le cas contraire, d'une filiale inégalitaire, la règle de la majorité peut transformer le minoritaire en partenaire dormant ("sleeping partner"). De même en ce qui concerne l'apparition des différends on ne peut pas prévoir dans les statuts l'exclusion d'un actionnaire.

60. On s'aperçoit que la forme classique de la SA ne se prête pas du tout à une volonté de participation égalitaire entre les sociétés mères. En plus, elle présente l'inconvénient d'un pouvoir exécutif unique concentré dans les mains du président directeur général. Par conséquent, l'exercice par les sociétés mères d'un certain contrôle sur la gestion de leur filiale, doit s'opérer au niveau des assemblées (assemblées générales, Conseil d'administration) par la concertation sur les problèmes importants, le résultat de cette consultation s'imposant au pouvoir exécutif. Toutefois cet envahissement du pouvoir du conseil et des assemblées va à l'encontre des dispositions légales qui sont d'ordre public.

61. L'inadaptation de la SA à structure dualiste. De même si ce type de SA présente l'avantage de laisser la gestion quotidienne à la compétence d'un collège, le directoire, dans lequel les sociétés mères peuvent être représentées sur une base égalitaire, il n'est pas apte de donner la solution escomptée par les partenaires. Les membres du directoire doivent être obligatoirement des personnes physiques, nommés à titre personnel pour une durée de quatre ans et ils ne peuvent être révoqués que par l'assemblée générale. Même si chaque société est représentée par le même nombre des personnes au sein du directoire, l'objectif d'un contrôle efficace de la gestion de la filiale n'est pas atteint. En effet, chaque partenaire doit donner sa confiance à une personne pour la représenter pour une durée de quatre années dans la filiale commune, fait qui n'exprime pas les soucis des sociétés mères.

62. Les solutions de la pratique. Toutefois, malgré ces inconvénients, la pratique a élaboré des solutions pour surmonter l'uniformité du cadre légal et l'absence de souplesse statutaire de la société anonyme. La première solution consiste à la création d'un holding de contrôle, qui dissocie la mission du contrôle de la gestion opérationnelle. La deuxième façon de se servir de la société anonyme est de conclure un protocole d'accord où pourront être incluses

⁴⁷ A titre d'exemple on peut citer l'exigence de sept associés, les règles relatives à la composition minimale du conseil, la révocation ainsi que l'exigence d'une personne physique pour exercer les fonctions du président.

des clauses exprimant les intérêts des sociétés mères. Ces pactes extrastatutaires, définissent les modalités de coopération des associés, les questions qui feront l'objet de concertation obligatoire, les répartitions de sièges et des responsabilités et les modalités de règlement de leurs litiges ainsi que celles de leur éventuel divorce. Pourtant les pactes d'actionnaires ne peuvent guère établir une sécurité juridique dans les relations des parties, car ils se caractérisent par une efficacité limitée⁴⁸.

63. Bien évidemment les sociétés mères fondatrices de la filiale commune ont parfois recours à d'autres formes juridiques pour pallier les insuffisances et la rigidité de la société anonyme. Toutefois l'exemple de ces sociétés montre qu'il n'y a pas d'équivalent entre une société anonyme dont les associés disposeraient de la liberté statutaire et les autres instruments juridiques mis à leur disposition⁴⁹.

Deuxième paragraphe

La société en nom collectif

64. Les avantages de la société en collectif en tant que structure d'accueil d'une filiale commune. Faisant une large part à *l'intuitus personae*, elle se caractérise par une souplesse de création et de fonctionnement, car elle permet aux sociétés d'aménager conventionnellement leurs relations sans avoir besoin à recourir à des pactes extrastatutaires. Elle est, à bien des égards, très adaptée à la coopération. Permettant d'organiser la gestion de façon strictement égalitaire, la société en nom collectif répond parfaitement aux objectifs des associés qui constituent une filiale commune. En effet elle leur permet de surveiller la filiale commune et de lui imposer une conformité aux vues de chaque société. Cela peut-être achevé, en instituant une cogérance, chaque société pouvant par exemple, être nommée gérante ou en stipulant dans les statuts que toutes les décisions ou certains devront être prises à l'unanimité. De cette façon, les parties sont condamnées à s'entendre ou à dissoudre la *joint-venture* si les désaccords sont fondamentaux. On doit remarquer que les inconvénients traditionnels de la société en nom collectif ne seront pas très dissuasifs⁵⁰. Ainsi l'absence de la libre cessibilité (et négociabilité) des parts sociales permet de renforcer *l'intuitus personae*. S'agissant de la responsabilité

⁴⁸ Tandis que la violation des clauses statutaires entraîne la nullité de la résolution ou de la délibération, la violation de la clause conventionnelle entraîne seulement la réparation du préjudice subi. En plus les partenaires n'hésitent pas à invoquer la nullité d'ordre public de certaines stipulations extrastatutaires ou leur caducité pour se dégager des obligations qu'ils ont souscrites. On s'aperçoit donc facilement qu'en faisant entrer dans la société anonyme *l'intuitus personae*, on arrive parfois à une dénaturation de cette forme sociétaire

⁴⁹ P.Bissara, op.cit. p.564

solidaire et indéfinie des associés on s'aperçoit qu'elle constitue une garantie essentielle pour les créanciers et donc elle procure un avantage quand au financement. En plus, le problème s'atténue lorsque les associés sont des personnes morales comme par exemple au cas de deux sociétés anonymes.

65. Les inconvénients de la SNC en tant que structure d'accueil d'une filiale commune. Toutefois la responsabilité solidaire et indéfinie des associés est rédhitoire. Même si les groupes assurent généralement en fait le soutien de leurs filiales au-delà de leurs obligations juridiques, ils hésitent d'entendre ses dernières a priori, surtout lorsque ils n'ont pas le contrôle exclusif de la filiale. La nécessité donc d'une stricte séparation des patrimoines conduit à écarter, notamment pour les coopérations les plus importantes, le recours aux formes des sociétés qui comportent une telle responsabilité. On doit ajouter que le régime de transmission des parts⁵¹, marqué par un formalisme très rigide, interdit en pratique aux associés de régler, selon leurs soucis les mécanismes de sortie, élément essentiel des structures de coopération.

Troisième paragraphe

Le Groupement d'intérêt économique

66. Ses avantages. Reste à examiner le Groupement d'intérêt économique, qui a rencontré un succès dans les années 70, démontrant le besoin des entreprises pour des structures souples et contractuellement définies. Plus spécifiquement la liberté d'organisation du GIE est aussi large que possible. Sa gestion peut-être organisée de façon strictement paritaire, les parties pouvant librement façonner les statuts comme ils entendent. Le GIE est aussi une structure très avantageuse au plan du financement, puisque il peut être constitué sans capital initial et il peut émettre des obligations sous réserve que ses membres soient des sociétés anonymes ayant la capacité requise à cet effet.

67. Les raisons de l'échec du GIE en tant que structure favorisant la coopération des entreprises. Néanmoins, le G.I.E. ne doit pas réaliser à titre principal des bénéfices, ce qui ne correspond pas toujours aux objectifs des partenaires. En plus, le G.I.E. a un objet limité, pas forcément adapté à une opération de développement en commun de projets, puisque il doit se trouver dans le prolongement de l'activité économique de ses membres, mais ne peut pas avoir un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci. Enfin la responsabilité solidaire et illimitée des

⁵⁰ J-P.Bertrel, "La SNC filiale commune", *Dr. et Patrimoine* 1994 p.20

⁵¹ La cession ou la transmission des parts est subordonnée au consentement unanime des autres associés

membres du groupe peut se révéler très dangereuse, si des dissensions apparaissent au cours de la vie sociale.

68. On constate qu'à la veille de la loi du 3 janvier 1994 qui a institué la société par actions simplifiée, aucune forme sociétaire du droit français ne semblait adaptée aux besoins des entreprises lorsque elles entendaient entreprendre ensemble. En effet la loi 537-66 du 24 juillet 1966 est contraignante, sans que le caractère impératif de beaucoup de ses dispositions soit rationnellement justifié⁵². Cette rigidité était notamment gênante en matière des filiales communes, où il fallait recourir à des aménagements statutaires complexes souvent complétés par des conventions extrastatutaires.

Section deuxième

Le souci du législateur de créer une structure propre pour la coopération des entreprises

69. La pratique des filiales communes, ne cessait de mettre en évidence les entraves et rigidités du droit français des sociétés, offrant un spectaculaire contraste avec la faculté d'adaptation des certains autres droits (première paragraphe). Il s'imposait donc de proposer une réforme qui soit susceptible de mettre un terme aux difficultés dans ces hypothèses de rapprochement interentreprises. Ainsi le législateur a franchi le pas et il a créé la SAS (deuxième paragraphe).

Première paragraphe

L'adaptation des droits étrangers aux besoins des filiales communes

70. La concurrence entre les états membre comme un facteur d'évolution du droit.
Le processus de l'harmonisation des législations européennes et la mondialisation des échanges ont accéléré les évolutions. Les entreprises sont désormais capables d'établir leur siège dans n'importe quel pays membre de l'Union Européenne. A l'instar de ce qui se passe aux Etats-Unis, il est probable que la concurrence entre les pays membres pour attirer les sociétés étrangères devient de plus en plus forte. Le droit s'avère dans la pratique des affaires, un moyen indispensable soit pour attirer les sociétés étrangères soit pour faire face à la concurrence. Ainsi lorsque un des partenaires d'une filiale commune était étranger, la tentation était grande de

⁵² E.du Pontavice: "Le droit des sociétés commerciales en question", *RJCom.1989.241*

constituer la société hors de France, afin de bénéficier d'une législation plus souple, notamment aux Pays-Bas, au Luxembourg ou en Grande-Bretagne⁵³.

71. La flexibilité du droit néerlandais. En examinant le droit néerlandais, on s'aperçoit que la société anonyme hollandaise, la *Naamlose Vennotschap (N.V)* a été fréquemment utilisée à cet effet⁵⁴. A titre d'exemple on peut citer que "l'*Alcatel N.V.*" laquelle regroupait la branche télécommunications du groupe "*Alcatel Alsthom*" et "*G.E.C.-Alsthom*". Encore des sociétés ou groupes tels que "*Sommer-Alibert*", "*S.G.S.*", "*Thompson*" et plusieurs banques ont créé des sociétés de même nature. La pression de délocalisation des sociétés françaises a été renforcée, avec la création de la *Besloten Venotschap*", forme sociale simplifiée très répandue aux Pays-Bas et qui s'est très vite imposée au détriment de la *N.V*⁵⁵. Ainsi il est possible au Pays-Bas:

- de constituer une *B.V.* ou une *N.V.* avec un seul associé
- d'en confier la direction à un dirigeant unique
- d'éviter la dispersion du pouvoir de décision en émettant des certificats d'actions sans droit de vote, en limitant le nombre des voix dont peut disposer un même associé ou en concluant des conventions de vote.
- d'organiser statutairement un équilibre des pouvoirs au sein de l'organe de direction, voire une direction tournante.

72. Le droit américain. Le droit américain a depuis longtemps montré la voie de la simplification, par la création de la "*Limited Liability Company (LLC)*"⁵⁶, connue sous le nom de "*statutory patnership association*"⁵⁷. Il s'agit d'une structure originale à mi-chemin entre le partnership et la corporation qui ressemble à la SARL, mais aussi à la SAS par sa souplesse et la règle de la limitation de la responsabilité des associés à la concurrence de leurs apports.

73. Le droit allemand. Il est évident que la SAS a été concurrencé la "*besloten venootschap*" du droit néerlandais. Dans le même esprit la réaction du législateur allemand, à

⁵³ Un auteur a ainsi pu noter: "Si les groupes préfèrent localiser leurs holdings au Luxembourg et surtout aux Pays-Bas, c'est moins pour des raisons fiscales que pour des raisons juridiques; avec sa rigidité, le droit français fait figure d'épouvantail".

⁵⁴ S.Faye, "Des accords de coopération à la société par actions simplifiée" dans l'ouvrage collectif «Elements d'ingénierie sociétaire», Presses universitaires d'Aix Marseille

⁵⁵ Bien que la BV soit généralement considérée comme l'équivalent de la SARL de droit français, elle reste très proche de la NV dont elle est une variante simplifiée. Les similitudes sont ainsi plus importantes entre la BV et la NV qu'entre la SARL et la SA françaises.

⁵⁶ R.Turcon, "La LLC américaine: étude du droit comparé" apparu dans le colloque "La société par actions simplifiée Expériences nationales et étrangères, perspectives européennes", *Petites Affiches* 9 avril 1997 n°43 p.26.

⁵⁷ C'est dans l'Etat de Wyoming que la LLC a vu le jour en 1977. Depuis, plus de quarante Etats l'ont adopté.

l'institution de la SAS en France, a été surprenante⁵⁸. “Après avoir sommeillé pendant dix années”⁵⁹, le processus législatif ayant conduit à la loi sur la petite société anonyme s’est déroulé à une vitesse étonnante à partir du 19 janvier 1994. Le 2 août 1994,⁶⁰ la loi “pour petites sociétés par actions et portant déréglementation du droit des sociétés”⁶¹ a institué la “petite société anonyme” (*Kleine Aktiengesellschaft*)⁶². Le législateur allemand, sans instituant une nouvelle forme de société anonyme, a seulement, de façon pragmatique, appliqué des retouches éparses au droit en vigueur, en le modifiant ou en supprimant nombre d’obstacles normatifs rendant difficile l’accès à cette forme de société. Donc la nouvelle société anonyme allemande se différencie principalement de la SAS. Toutefois les motifs présidant à l’institution de deux, participent à la même idée de base: relancer l’économie en rendant aux sociétés par actions leur liberté et souplesse de fonctionnement perdues au fil des années de législation nationale et communautaire.

Deuxième paragraphe

L’institution de la SAS

74. Le droit français avant la création de la SAS. On constate que le point de départ de processus qui a conduit à l’institution de la SAS est la constatation que le droit français n’offrait pas un cadre réellement adapté aux conventions passées entre groupes, lorsque ils entendent s’associer dans le cadre d’une entreprise commune. Le nombre élevé de groupements aux caractéristiques diverses que le droit français propose, ne permettait de satisfaire les besoins spécifiques des entreprises.

75. Les étapes successives qui ont conduit à la l’institution de la SAS. L’impulsion fut donnée par une commission *ad hoc* du CNPF⁶³ qui convainquit les pouvoirs publics de réaliser une réforme demandée par les entreprises. Ce groupe de travail, constitué en octobre 1989 sous l’égide du CNPF et présidé par Bernard Field, a conçu le projet de loi portant création de la SAS. Composé dans le souci d’y voir participer des représentants des diverses “familles” des praticiens

⁵⁸ Selon K.Kreyze, (“Exemple de la petite société anonyme en droit allemand”, *Petites Affiches 9 avril 1997 n°43 p.21*), jusqu’au 1994, le droit allemand des sociétés des capitaux se caractérisait par un dualisme entre les grandes entreprises utilisant la forme de la SA et les petites et moyennes entreprises utilisant la forme de la SARL

⁵⁹ C.Hannoun, *op.cit.*

⁶⁰ Comme le souligne expressément le professeur C.Hannouin c’était seulement sept mois après la loi du 3 janvier 1994 instituant la SAS.

⁶¹ B.G.B.I., n°52, p.1961

⁶² Le but principal de la réforme a été de rendre accessible la forme de la société anonyme aux moyennes entreprises, dans la perspective d’améliorer les possibilités de financement des sociétés et d’ouvrir l’appel public à l’épargne.

du droit⁶⁴, cette commission a rendu en octobre 1990, un rapport intitulé: “la société anonyme simplifiée, outil de rapprochement des entreprises”.

76. La commission proposa un projet d’une nouvelle forme sociale destinée à fournir aux entreprises un instrument de coopération qu’elles ne peuvent trouver dans aucune autre forme sociale. Ce projet avait le double avantage d’ouvrir un espace de liberté dans le droit des sociétés, sans bouleverser les règles existantes et surtout sans provoquer des effets pervers. Au lieu de préciser les articles de la loi du 24 juillet 1966 auxquels il était licite de déroger, la commission Field a préféré ne pas modifier les textes et d’instaurer une nouvelle forme de société qui pourrait combler les lacunes du droit français en matière de coopération des entreprises. Cette société échapperait à la plu part des contraintes résultant de l’application de la loi du 24 juillet 1966. En contrepartie elle serait réservée à des actionnaires avertis des risques des affaires, à des sociétés d’une certaine importance.

77. Le souci du législateur d’éviter les “utilisations pervers” de la SAS. La préoccupation essentielle de ce groupe de travail a été de trouver un moyen de limiter les usages possibles de la nouvelle forme sociale, sans restreindre son objet social. Le G.I.E. fut un exemple caractéristique où l’objet strictement limité de la société a ruiné sa possibilité d’en faire sa possibilité d’en faire la siège d’une entreprise commune. Le seul moyen d’y parvenir était à travers les conditions de la constitution de la nouvelle société.

78. En effet, le développement de la nouvelle société dans les milieux des affaires serait en corrélation avec sa facilité de constitution. Il n’est pas étonnant que le point d’opposition fondamental entre les deux assemblées soit l’extension qu’il conviendrait de donner à cette innovation de la SAS. D’une part M.X. de Roux, pour l’Assemblée Nationale, s’est montré partisan de la plus complète libéralisation de l’utilisation et de l’organisation de la SAS. D’autre part le sénateur E.Dailly, tout en acceptant le projet, s’est efforcé de limiter les utilisations possibles⁶⁵ et d’encadrer le fonctionnement interne⁶⁶. C’est pourquoi il a souhaité un capital social relativement élevé de 3 millions F. A l’issue du débat il a été adopté un capital social de

⁶³ devenu depuis le MEDEF

⁶⁴ voir juristes d’entreprises, juristes de banques, avocats, universitaires,

⁶⁵ Sur ces points il s’exprimait très clairement: “sans qu’il soit besoin d’insister sur le caractère très spécifique de ce nouvel instrument, il est évident qu’il ne saurait devenir la forme sociale d’usage commun”.

⁶⁶ E.Dailly: “*les grands groupes si on leur donne cet outil qu’ils réclament depuis longtemps ne doivent pas être tentés d’aller loger leurs opérations les plus risquées dans de telles sociétés qu’ils créeraient afin d’être tranquilles et perdre au maximum 250.000F*”, *JO Sénat CR*, 23 décembre 1993. P.6881.

250.000F⁶⁷. Toutefois les conditions de la constitution de la SAS selon la loi 3 janvier 1994 demeurent strictes⁶⁸. La SAS ne peut donc être constituée que par des sociétés dont le capital entièrement libéré est de 1,5 millions F. au moins. Le montant ne peut devenir inférieur à cette somme pendant la vie sociale.

79. Il est donc clair que la loi du 3 janvier 1994 a voulu réaliser un compromis entre l'objectif précis de donner toute liberté aux opérateurs économiques pour favoriser la constitution des filiales communes et le souci de maintenir des restrictions destinées à éviter un usage élargi de cette forme de société.

80. Le succès de la SAS-filiale commune. Mis en place comme une forme juridique destinée à faciliter les rapprochements et les coopérations des entreprises, la SAS a rencontré dès son adoption un succès considérable. Il apparaît que les premiers qui ont estimé comme structure d'accueil de joint-ventures étaient les étrangers et notamment les Américains⁶⁹. Ainsi, en se référant à l'exigence de sept actionnaires pour la constitution d'une société anonyme, un cadre supérieur d'un groupe américain a observé que "les groupes étrangers sont particulièrement sensibles à la disparition d'une contrainte dont ils ne saisissaient pas toujours l'utilité"⁷⁰. Un autre cadre supérieur, en appréciant la large place laissée à l'initiative contractuelle, souligne que "les relations entre actionnaires ou l'organisation des pouvoirs en interne, sont ainsi régies par les statuts de la société et donc modulables en fonction des besoins et des objectifs des nouveaux partenaires"⁷¹. Enfin le directeur juridique du groupe 3A, en se référant à la filiale commune de son groupe (75%) avec Bongrain (25%), les Fromageries Occitanes, il note que "nous avons pu organiser son fonctionnement de telle sorte qu'il s'approche du mode coopératif".

Il nous appartient donc d'examiner de plus proche les avantages que la SAS offre en tant que structure d'accueil des joint-ventures.

⁶⁷ P-L.Périn: Le dernier mot revenait au gouvernement qui par la voie du ministre de la justice, indiquait: "qu'en tout état de cause, après un ou deux années d'expérience, nous devons tirer le bilan de ces dispositions. Le montant du capital de la SAS pourrait alors éventuellement faire l'objet d'une adaptation..."

⁶⁸ La loi du 3 janvier 1994 réservait l'accès à la SAS à trois catégories de personnes morales:

- les sociétés françaises ou étrangères, ayant un capital entièrement libéré d'une valeur au moins égale à 1,5 MF;
- les établissements publics de l'Etat qui ont une activité industrielle ou commerciale et ne sont pas soumis aux règles de la comptabilité publique;
- les établissements de crédit de droit privé non constitués sous forme de société

⁶⁹ N.R., "La SAS séduit les entreprises", *Op. Fin.* 6 juin 1994 n°310 p.8; où il est noté que "les deux géants américains de l'industrie pharmaceutique, Johnson & Johnson et Merck, qui ont souhaité réaliser un important investissement en France, ont immédiatement considéré la SAS comme la forme juridique la plus appropriée pour leur filiale commune".

⁷⁰ Christophe Heck, collaborateur chez Gide Loyrette Nouel

⁷¹ Jacques Pickering, collaborateur chez Cliiford Chance

TITRE DEUXIEME

LA SAS, UNE STRUCTURE ADAPTEE AUX BESOINS D'UNE FILIALE COMMUNE

81. En général les filiales communes font naître deux types de préoccupations: l'aménagement du pouvoir de décision dans l'entreprise commune et la maîtrise de son capital. Pour que la SAS puisse atteindre son objectif, c'est à dire de servir d'habit juridique à des filiales communes, de devenir la *joint-venture* du droit français⁷², elle a pu être dépouillée par le législateur de la plupart des règles d'ordre public. Prenant en compte le fait que les fondateurs de la SAS soient des opérateurs d'une taille importante qui en général possèdent un pouvoir de négociation équivalent, le législateur les a accordé une très grande liberté tant dans son organisation interne⁷³, c'est à dire la direction et les décisions collectives (premier chapitre), que dans le contrôle de son actionnariat, voir la possibilité d'insérer dans les statuts divers clauses (deuxième chapitre).

Chapitre premier

L'aménagement du pouvoir de décision

82. En élargissant le champ de la liberté contractuelle, le régime applicable à la SAS permet aux rédacteurs des statuts d'innover particulièrement en matière d'organisation des pouvoirs. L'effacement des articles 89 à 177-1 L.1966 laisse aux statuts le soin de déterminer le fonctionnement tant de la direction et de l'administration que des assemblées. Il nous convient donc dans un premier temps de procéder à l'analyse des organes de la direction de la SAS (première section) avant d'examiner dans un deuxième temps les pouvoirs appartenant à la collectivité des associés (deuxième section).

Section première

Les organes de la direction de la SAS

⁷² J.Epstein et X.Barre, "La SAS ou la joint-venture de droit français", *Fusions et Acquisitions* avril 1994 p.48

⁷³ Selon A.Lefevre, "Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel?" *RJ com.* 1992; p.89; il fallait "faire en sorte que tous les actionnaires de la SAS soient de véritables partenaires au sein de celle-ci, capables de négocier réellement les termes du contrat de société; autrement dit, que les statuts expriment une véritable relation contractuelle horizontale et non une série des conditions imposés par certains partenaires à d'autres. Cela est une contrepartie nécessaire à la liberté contractuelle, qui ne peut avoir de sens qu'entre gens d'un niveau comparable et parlant un même langage".

83. Avec l'article 262-1 alinéa 3 L.1966⁷⁴ le législateur a entendu faire confiance aux associés, dans le but d'adapter la SAS aux besoins de leur filiale commune. Il a accepté de débarrasser la SAS de la plu part des règles impératives et contraignantes qui sont relevantes aux statuts des dirigeants et administrateurs de la société anonyme, au fonctionnement du conseil d'administration, du directoire, du conseil de surveillance. La loi du 3 janvier 1994 ne raye pas seulement de la carte juridique des articles du droit positif (89 à 177-1) mais elle efface une conception générale⁷⁵ qui fondait les rapports des organes sociaux sur un principe d'hierarchie⁷⁶. La question sera vite posée de savoir s'il existe des limites à l'invention des parties.

Pour donner une réponse, on doit analyser la fonction de direction en deux pouvoirs: la prise de décisions et l'engagement de la société. Le domaine de la prise des décisions appartient à la liberté d'organisation de la société (première paragraphe) . Le domaine de la représentation est encadré par la loi (deuxième paragraphe).

Paragraphe première

Le domaine de la prise des décisions

1) Le président

84. L'impératif: le président. En commençant par les organes de direction on s'aperçoit que le seul organe obligatoire est le président. Chaque société doit disposer un président et un seul. L'article 262-7 ("la société est représentée à l'égard des tiers par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts") nous laisse à comprendre que l'existence d'un président est impérative⁷⁷. En les combinant avec les articles 262-1 et suivants, qui n'évoquent le président qu'au singulier, on s'aperçoit que le président est unique. Il est donc impossible de nommer de

⁷⁴ Qui dispose que "les attributions du conseil d'administration ou de son président sont exercés par le président de la SAS ou celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet"

⁷⁵ Le principe de hiérarchie fait partie du droit positif des sociétés anonymes depuis une décision fameuse de la Cour de Cassation de 1946, l'arrêt Motte, selon lequel: "la société anonyme est une société dont tous les organes sont hiérarchisés et dans laquelle l'administration est exercée par un conseil élu par l'assemblée générale"; il n'appartient donc pas à la l'assemblée générale d'empiéter sur les prérogatives du conseil en matière d'administration", Cass. Civ., 14 juin 1946

⁷⁶ M.Germain, "La société par actions simplifiée", JCP E. 1994 études et chroniques n°341 p.156, où il a pu caractériser ce principe de hiérarchie légale, et sa disparition dans la SAS, de la manière suivante: *actuellement l'opinion dominante regroupe sous cette principe trois idées intimement liées: les seuls organes habilités sont ceux qui sont prévus par la loi de 1966; la répartition des pouvoirs peut être aménagée par les statuts, de telle sorte, qu'aucun organe ne perde la substance essentielle de ses compétences; la société est une structure pyramidale, d'où résulte que les associés nomment un conseil d'administration qui désigne un président. Ce triple soubassement du principe de la hiérarchie paraît caduc: l'existence des organes sociaux est abandonné à la volonté des parties; le président n'a plus forcément le pouvoir de direction et le système de l'élection par degrés n'est plus imposé*".

coprésident des personnes physiques. L'objectif de ce dispositif impératif est de rendre le président un point fixe dans l'organisation des pouvoirs de la SAS.

85. Les dirigeants personnes morales. Toutefois on peut pallier la rigidité de ces règles par la nomination comme président d'une personne morale, ce qui est original par rapport à la société anonyme. Cette faculté peut être utilisée dans les filiales communes comme un moyen de contrôler ou de partager le pouvoir. On peut imaginer une société à la place du président, qui pourra avoir plusieurs gérants, représentant chacun un des partenaires associés dans la SAS. On peut aussi utiliser cette possibilité comme un moyen de déléguer à des gestionnaires professionnels la direction de l'entreprise, sous le contrôle des associés⁷⁸.

86. Une direction librement organisée. Sous réserve de ces dispositions d'ordre public, les statuts bénéficient de la plus grande liberté, fait qui permet aux rédacteurs des statuts d'une filiale commune de créer une société qui exprime les besoins et les objectifs des partenaires. Pour satisfaire les exigences d'une *joint-venture* les statuts d'une SAS pourront comprendre les clauses suivantes:

- la nomination du président dans les statuts et son irrévocabilité. Les statuts sont libres de ménager au président le degré de stabilité qu'ils désirent.;
- la nomination et la révocation du président soit par les associés ou par certains d'entre eux, soit encore par les dirigeants ou par certains d'entre eux. On s'aperçoit que le fait que la nomination du président ne fasse pas partie des décisions qui doivent être prises collectivement par les associés, permet aux partenaires d'aménager le pouvoir de direction selon leur objectives. Il est donc possible de faire nommer le président par un collège spécial ou par un actionnaire, ou même par un tiers (comité de groupe);
- une présidence tournante, chacun des associés (ou le représentant qui auront désigné) présidant la société à tour de rôle. En combinant cette faculté avec la possibilité de la révocation du président par l'associé l'ayant nommé, on assure à chaque associé une participation effective à la gestion des affaires sociaux, fait qui convient aux accords *joint-ventures*;

⁷⁷ En pratique, les greffes de tribunaux de commerce refusent l'immatriculation de la SAS dont les statuts ne prévoient pas l'existence d'un président.

⁷⁸ Cette faculté trouve ses limites dans la règle que les dirigeants de ladite personne morale sont soumis aux mêmes conditions et obligations et encourent les mêmes responsabilités civile et pénale que s'ils étaient président ou dirigeant en leur nom propre (article 262-8 L 1966). La loi dispose, par ailleurs, que sont applicables au président les règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration et du directoire de la société anonyme (article 262-9 L.1966).

87. Les pouvoirs du président dans l'ordre interne. En ce qui concerne les attributions du président dans l'ordre interne, on voit qu'elles sont très largement sous l'influence du pacte social. Il est donc possible soit de conférer au président de très larges pouvoirs, afin qu'il soit en mesure de gouverner librement la société, soit au contraire de le restreindre, en lui imposant un comité de direction ou un directoire, seul compétent pour prendre telle ou telle décision, ou la consultation de telle personne, l'information de telle autre, etc. Par contre, dans l'ordre externe, le pouvoir de représentation de la société par le président ne peut pas être mis en cause. On s'aperçoit que le président de la SAS se trouve à une position à mi-chemin entre le président du conseil d'administration et le président du directoire. Tandis qu'il a le pouvoir d'engagement de la personne morale, il n'est pas légalement investi de la direction générale.

2) Les dirigeants

88. Le dispositif légal. Sous la réserve de la place obligée faite au président, les statuts peuvent proposer les solutions les plus diverses. L'article 262-1 alinéa 3 L. 1966 donne la faculté aux statuts de prévoir la désignation de dirigeants autres que le président. Ceux-ci, qui peuvent être choisis indifféremment parmi des personnes physiques ou des personnes morales, ainsi que les propres dirigeants de ces dernières, sont soumis aux mêmes règles de responsabilité que le président (articles 262-8 et 262-9 L. 1966).

89. Les dirigeants de la SAS n'ont pas la qualité d'organe légal et doivent être considérés comme de simples mandataires conventionnés de la SAS. Leur présence étant facultative, les associés ont l'obligation de définir le rôle des dirigeants dans la SAS, car aux termes de l'article 262-6 "les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée". Si les statuts ne font aucune allusion aux dirigeants, la SAS n'est dirigée que par son président. Si les statuts mentionnent les dirigeants sans bien indiquer leurs pouvoirs, il s'agit d'un mandat incomplet.

90. Le domaine de la liberté statutaire. La loi laisse aux statuts le soin de fixer les modalités de la nomination et de la révocation des dirigeants, la durée et l'étendue de leur mandat, les modalités de leur rémunération et de leur attributions. Rien n'interdit de prévoir les clauses suivantes :

- que les dirigeants doivent réunir certaines qualités ou remplir certaines conditions (nationalité, diplômes, appartenance à tel groupe d'un niveau hiérarchique déterminé, respect d'une limite d'âge et pour les personnes morales situation financière etc.);

- en ce qui concerne leur nomination, les dirigeants peuvent être choisis parmi les associés ou en dehors d'eux (des tiers). Les statuts peuvent prévoir que les dirigeants sont nommés par la collectivité des associés et préciser les conditions de la majorité nécessaire. Ils peuvent aussi stipuler qu'une catégorie d'associés pourra désigner directement un nombre déterminé de dirigeants.
- les dirigeants ont la faculté de cumuler leurs fonctions avec un contrat de travail⁷⁹;
- la durée de fonction du dirigeant peut être différente selon la catégorie des dirigeants intéressés (exemple: le mandat d'un dirigeant appartenant à la catégorie A est d'une durée d'un an, celui appartenant à la catégorie B de deux ans etc.);
- la révocation d'un dirigeant ne sera possible qu'avec l'accord de l'associé qu'il représente ou seulement par ce même associé;⁸⁰
- les dirigeants exercent le pouvoir de direction, sous la seule réserve que le président doit demeurer le représentant légal et que les limitations statutaires ainsi apportés aux attributions de ce dernier sont inopposables aux tiers;
- les dirigeants peuvent se voir consentir une délégation des pouvoirs par le président, à condition que celle-ci soit limitée dans le temps et quand à son objet;
- les dirigeants qui remplissent les conditions fixés par la loi peuvent se voir octroyer des *stock options* ;

91. La faculté d'adaptation aux systèmes étrangers. Dans le cas où il y aurait plusieurs dirigeants, les conditions de leur travail sont déterminées librement par les statuts qui peuvent proposer les solutions les plus diverses. Il peut être décidé que les dirigeants dépendent du président ou qu'ils exercent leurs fonctions indépendamment les uns des autres. Des titres divers peuvent leur être donnés, pourvu qu'aucune confusion n'en découle. En plus des "directeurs généraux", des titres anglo-américains peuvent être utilisés comme les "executive officer", "chief executive", "general manager" etc. Il est aussi possible de reproduire plus exactement le système allemand des "Vorstand" et "Aufsichrats", qui a déjà inspiré le directoire et le conseil de surveillance. On relève également des SAS s'inspirant du système belge des administrateurs délégués.

⁷⁹ Il reste toutefois indispensable que cet éventuel cumul respecte les conditions générales propres au contrat du travail lui-même: il doit correspondre à un travail effectif et à un lien de subordination réel envers la société

⁸⁰ J-J.Caussain, "L'organisation statutaire des pouvoirs dans la société par actions simplifiée", *Op. Fin.* n°303 18 avril 1994 p.30; cette solution peut être inspirée "du droit des sociétés du Delaware, qui permet aux statuts de prévoir que lorsque coexistent plusieurs catégories d'administrateurs seuls les associés ayant élu les administrateurs de leur catégorie peuvent décider de révoquer l'un d'entre eux"

92. Les avantages de cette faculté. On s'aperçoit facilement que divers avantages pourront résulter d'une éventuelle organisation de la SAS selon ces systèmes étrangères. D'une part il est fort probable qu'une telle organisation de la SAS peut être plus convenable au projet commun. D'autre part les partenaires étrangers qui prennent la décision de créer une *joint-venture* en France, ne connaissant pas les particularités du droit français, seront naturellement attirés⁸¹ par une structure qui leur permettra d'insérer dans les statuts de la société les modes d'organisation auxquelles ils sont familiarisés.

3) Les organes collégiaux

93. Naturellement, la pratique sera inclinée de transposer les solutions déjà éprouvées en matière des sociétés anonymes en mettant en place un ou plusieurs organes collégiaux, qui pourront organiser en leur sein une répartition des tâches. Leur fonctionnement doit nécessairement faire l'objet de stipulations particulières. Les partenaires ont le choix soit de s'inspirer aux règles applicables au conseil d'administration ou au conseil de surveillance soit d'innover.

94. Le domaine de la liberté statutaire. Concernant son fonctionnement, les délibérations de l'organe collégial se dérouleront dans les conditions que les statuts arrêteront (par exemple sous forme des téléconférences avec l'utilisation des moyens de communication à distance). Les statuts peuvent aussi stipuler des majorités variables en fonction de la nature de la décision soumise à l'organe collégial. On peut ainsi envisager:

- que cet organe revêt la forme d'un conseil, d'un directoire, d'un comité de direction ou de tout autre structure ad hoc visant à regrouper les dirigeants;
- que chaque catégorie d'associés a le droit de désigner directement un ou plusieurs dirigeants, selon un clé de répartition fixée dans les statuts;
- que l'organe collégial peut non seulement décider des orientations stratégiques mais aussi s'occuper de direction quotidienne de la société, le président n'étant pas investi légalement dans l'ordre interne d'aucune prérogative particulière. On peut aussi cantonner le président au seul rôle de l'organe exécutif des décisions de l'organe collégial;

4) Les organes de contrôle

⁸¹ N.R, "La SAS séduit les entreprises" *Op. Fin.* n°310 6 juin 1994 p.8 où l'auteur cite "Premiers groupes à utiliser ce nouvel instrument juridique pour réaliser un investissement commun en France,

95. L'intérêt d'un contrôle renforcé. Il peut s'avérer très intéressant pour une filiale commune, d'instaurer des organes de contrôle ou de la surveillance de la direction. N'étant pas obligés d'être impliqués à la gestion quotidienne de la société, ces organes se placent dans un niveau intermédiaire entre la direction et la collectivité des associés. Ils pourront organiser une meilleure séparation des fonctions direction et de surveillance que l'assemblée des actionnaires puisqu'ils exercent leurs fonctions sur une base permanente. Ainsi il sera possible pour l'organe de surveillance de contrôler la régularité de la gestion dans tous ses aspects (comptable, industriel, commercial, financier, politique d'investissement). L'organe de surveillance peut avoir la faculté d'apprécier la régularité de la gestion non seulement au regard de la loi et des statuts mais aussi des orientations stratégiques définies par un organe habilité qui peut être le président, la collectivité des associés, un comité stratégique.

96. L'innovation de la SAS. La mise en place des organes spécialisés dans la surveillance dans le cadre d'une SA, peut s'avérer insuffisante pour les besoins d'une filiale commune, puisque l'organe de direction de la société anonyme à structure dualiste (le directoire) dispose un pouvoir général de direction de nature institutionnelle. Il n'est pas donc possible de soumettre le directoire à l'obligation d'autorisation des ses décisions par le conseil de surveillance. Bien au contraire l'organe de direction de la SAS, ne disposant pas d'une définition légale, il ne bénéficie pas d'une telle protection. La SAS donc bénéficie donc d'une grande liberté dans la définition du rôle dévolu à ces organes de surveillance et de contrôle. Il est donc possible d'étendre la liste des décisions soumises à autorisation, en fonction du degré de contrôle recherché. On peut aussi imaginer que la gestion de la société par l'organe de la direction doit être conforme à un plan stratégique ("business plan") défini et modifié par les partenaires selon les objectifs du projet commun. Dans cette construction, l'organe de contrôle devra surveiller la conformité de la gestion aux critères du programme par le biais d'une autorisation préalable. Les partenaires pourront aussi mettre en place un système d'autorisation préalable des décisions de haute gestion ou des actes présentant une importance particulière au regard de l'activité de la société (comme certains actifs vitaux)⁸².

les Américains ont des émules: la joint-venture spécialisée dans les automates programmables, récemment créée par Schneider et le groupe allemand AEG, a ainsi pris la forme d'une SAS"

⁸² P.-L.Périn, "Structures de direction et principes de management dans la SAS: quelques avancées et un recul", *D. Affaires* n° 4, 1996, p.109.

On constate que le législateur a accepté de faire confiance aux fondateurs de la société en leur laissant une plus grande liberté dans l'organisation des fonctions sociales⁸³. Toutefois cette liberté, presque illimitée dans l'ordre interne, est encadré par la loi dans le domaine de l'engagement et de la représentation de la société.

Deuxième paragraphe

La représentation de la société

97. La règle de la représentation par le président et sa raison d'être. La seule fonction qui soit attribuée *ne varietur* à un seul organe de la SAS est la fonction de la représentation de la société. Soigneusement distinguée de la direction, dont traite l'article 262-6, la représentation est confiée par l'article 262-7 au président et à personne d'autre. L'impératif de la sécurité des tiers⁸⁴ a, en effet, conduit le législateur à un choix que certains considèrent qu'elle se trouve en contradiction avec l'esprit libéral de la loi⁸⁵.

98. Le dispositif légal. L'article 262-7 L.1966 dispose que le président représente la société à l'égard des tiers et qu'il est "investi des pouvoirs les plus étendus d'agir, en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social". Il est précisé en outre que "dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve". Aux termes de cet article, "les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers".

On s'aperçoit facilement que les dépassements de pouvoir et d'objet sont des actes graves, pouvant mettre en danger la pérennité de la *joint-venture*. Engager la société au-delà de son objet, risque de porter une atteinte sérieuse au projet commun sans que les partenaires puissent opposer ce dépassement aux tiers.

⁸³ X de Roux, présentation du projet à l'Assemblée Nationale, séance du 11 juin 1993: il s'agit selon lui d'un retour à "l'origine du droit des sociétés, le contrat, la liberté contractuelle entre partenaires majeures, qui n'ont besoin d'aucune formalité particulière pour se protéger des aléas de la vie des affaires, qu'ils connaissent parfaitement"

⁸⁴ D.Randoux, "Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre", où il considère que "le législateur a faire preuve d'une vigilance et c'est montré attentif au maintien de ce qu'on appelait la sécurité juridique" puisque en consacrant l'existence du pouvoir de représentation du président, il n'a pas méconnu les intérêts des tiers au profit des besoins d'organisation de la SAS.

⁸⁵ En remontant aux origines de la loi du 3 janvier 1994, et plus particulièrement aux débats parlementaires, on voit que la conception conservatrice du Sénat l'a emporté: "il faut éviter aux tiers toute incertitude dans l'analyse des statuts à laquelle ils se livrent à propos de la qualité exacte du ou des dirigeants et de leurs pouvoirs".

99. On constate que la SAS se trouve, dans l'ordre externe, dans la même situation que les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée (articles 113 et 49 L.1966). Toutefois il peut s'avérer décevant d'organiser des modes sophistiqués d'encadrement des pouvoirs de direction, s'ils n'ont de réalité que dans l'ordre interne.

100. Les issues de la pratique. Mais comme il a été souligné à plusieurs reprises, “la pratique se satisfait mal de cette organisation univoque⁸⁶”. Il est souvent utile pour une filiale commune de disposer plusieurs représentants. Tout d'abord, on peut tirer parti de la possibilité de nommer aux fonctions de président de la SAS une personne morale pour démultiplier la fonction de représentation de la SAS. Dans cette configuration, chaque partenaire de la filiale commune nomme un gérant qui peut sous sa seule signature engager la société-président et en cette qualité engager la SAS.

101. La délégation par le président du pouvoir de la représentation. La question qui se pose tout naturellement par la pratique est de savoir si les associés ont été investi de la loi le pouvoir de désigner d'autres représentants de la société. Selon une première conception, le président a le monopole de la représentation de la société sous réserve de la délégation par celui-ci de son propre pouvoir. La seconde conception, en se fondant sur l'esprit libéral de la loi, reconnaît que les statuts peuvent désigner d'autres organes qui seront capables de représenter la société⁸⁷. En tout état de cause la délégation des pouvoirs de représentation doit faire l'objet d'une publication⁸⁸.

Deuxième section

La collectivité des associés

102. Les caractères propres de l'actionnariat d'une filiale commune. L'actionnariat d'une filiale commune constitué sous la forme d'une SAS, est limité en nombre, désirant participer à la vie sociale, ayant pour cela les compétences et étant animé par un fort *affectio societatis*. Par conséquent, tout laisse penser que les attributions conférées à cet organe souverain seront importantes, et ce malgré la discrétion du législateur.

⁸⁶ P-L.Périn, ouvrage “La société par actions simplifiée; l'organisation des pouvoirs” éditions Joly collection Pratique des affaires p.117

⁸⁷ Ainsi Y.Guyon, Traité 3ème édition 1997 n°66, où il a indiqué sa faveur pour la possibilité de désigner plusieurs représentants légaux: “une interprétation exagérément restrictive de l'article 262-7 conduit certains à estimer que la société ne peut avoir qu'un représentant légal alors que ce texte n'interdit pas d'en désigner plusieurs”.

⁸⁸ P-L.Périn, ouvr.opt.cit.p.121, qui considère que cela constitue une bonne solution, car elle respecte à la fois la liberté d'organisation de chaque SAS et la protection des tiers

103. Le dispositif légal. En général, la participation à la vie sociale est imposée par l'article 1844 du Code Civil. Elle se réalise par l'information et le vote. L'article 262-10 L.1966 prévoit un principe et une exception. Le principe est celle de la liberté : "les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient" (article 262-10 alinéa 1). L'exception est que certaines décisions fondamentales doivent être obligatoirement arrêtées par les associés⁸⁹. Il s'agit d'un dernier "garde-fou" prévu par la loi pour protéger les actionnaires⁹⁰.

104. L'interprétation de l'article 262-10 alinéa 2. Cette disposition signifie à l'évidence que ces décisions particulièrement importantes doivent être prises par l'ensemble des associés. Elle ne protège pas seulement le domaine réservé de compétence des associés par rapport aux autres organes de la SAS, mais il interdit également qu'un seul associé ou une fraction d'entre eux, s'approprie une telle compétence réservée et l'exerce sans que les autres associés puissent participer à la prise des décisions. Toutefois elle n'indique pas si une telle décision doit être prise au moins par la majorité, alors que le texte initial le prévoyait⁹¹. Une minorité qualifiée peut donc décider. Cette situation qui paraît étrange, l'est beaucoup moins si l'on se rappelle que des actions à droit de vote multiple sont possibles dans le cadre d'une SAS.

105. Les décisions collectives exigeant l'unanimité des associés. A côté de cette distinction fondamentale, on peut voir qu'il coexiste un autre type de décisions collectives, celles qui supposent l'unanimité des actionnaires. Il s'agit des clauses relatives au contrôle de l'actionariat. Aux termes de l'article 262-20 de la loi 1966, les clauses statutaires visées aux articles 262-14 (clauses d'inaliénabilité), 262-15 (clauses d'agrément), 262-17 (clauses d'exclusion), et 262-18 (clauses envisageant le changement de contrôle affectant un actionnaire) ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés. Cet règle est à l'évidence de l'ordre public. Il en est ainsi pour les décisions prises par la collectivité des associés en matière de liquidation (article 415 L.1966). De même en application des règles communes à toutes les formes des sociétés, doivent être prises à l'unanimité les décisions entraînant une augmentation des engagements des associés, un transfert du siège social à l'étranger ou une atteinte aux droits fondamentaux des associés.

⁸⁹ Selon l'article 262-10 alinéa 2, ces décisions concernent les matières d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution, de nomination de commissaire aux comptes, de comptes annuels et de bénéfiques. Ce sont donc, d'une part, ceux que, dans les sociétés anonymes, on qualifie d'extraordinaires -mais pas toutes-, et, d'autre part, certaines décisions "ordinaires".

⁹⁰ S.Faye, "Des accords de coopération à la société par actions simplifiée" op. cit.

⁹¹ V. *JOAN CR*, 12 juin 1993, p.1415

La loi dispose aussi que les statuts doivent prévoir les formes et les conditions dans lesquelles les décisions sont prises collectivement par les associés (article 262-10 alinéa 1). Cette liberté peut revêtir une double expression.

106. La tenue de l'assemblée et les modalités de la convocation. Il conviendra d'abord de préciser le mode d'expression de la volonté des associés. La réunion de l'assemblée n'étant pas obligatoire on pourrait la remplacer par des consultations écrites. De la même façon l'acte constitutif de la société devra régler la question de la périodicité des consultations et des informations qui seraient préalablement fournies aux associés. Si des assemblées sont prévues, il faudra qu'ils soient définies les règles applicables à leur convocation à leur ordre du jour et éventuellement à la représentation des associés. Le pacte social pourra contenir ainsi les stipulations suivantes:

- la collectivité des associés pourra être convoquée à tout moment, par un seul associé ou par un groupe d'associés, même par un tiers;
- la convocation pourra être faite par tout moyen (téléphone, e-mail, télécopie...);
- certaines personnes non associés pourront participer aux décisions collectives par une voix consultative;
- la réunion pourra se tenir par téléconférence, e-mail, visioconférence;
- les associés pourront se faire représenter par tout mandataire de leur choix.

107. Les modalités de la prise des décisions. En second lieu, la liberté statutaire peut s'exprimer au regard des modalités de la prise des décisions. En effet, l'article 174 de la loi du 24 juillet 1966 étant inapplicable, la nouvelle société n'obéit plus au principe de la proportionnalité du droit de vote à la quotité du capital que représente chaque action. Cela permet aux partenaires d'une *joint-venture* de déterminer les modalités de la prise des décisions, indépendamment de leur participation financière au capital. Ainsi on peut prendre en compte l'importance réelle de chaque société-associé à l'association. Il peut donc être stipulé aux statuts:

- qu'une catégorie d'actions ou d'associés exercera la majorité des droits de vote pour certaines catégories de décisions dans un domaine bien défini (par exemple industriel) et qu'une autre en disposera dans un autre domaine (par exemple financier). Cela peut correspondre parfaitement à la structure propre d'une filiale commune.
- que différentes catégories d'actions pourront être créées avec des droits différents: on peut ainsi envisager que les actions de catégorie A bénéficient chacune d'un

droit de vote simple, les actions de catégorie B bénéficient chacune d'un droit de vote triple, et ainsi de suite.

- que selon la catégorie d'actions concernée, les droits de vote seront réduits (possibilité déjà offerte aux sociétés par actions par l'article 177 de la loi du 24 juillet 1966) ou encore augmentés notamment par la création des catégories d'actions à vote plural.
- qu'un tiers désigné expressément dans les statuts (banquier, avocat, expert-comptable...) pourra arbitrer en cas de partage des voix entre les associés. S'inspiré par le droit néerlandais, l'arbitrage peut également être confié au président ou à un associé de la société;
- que le quorum de majorité variera en fonction de la nature de décision soumise à l'assemblée, sous réserve bien entendu, des règles d'ordre public imposant l'unanimité. On peut donc admettre le vote à une majorité simple, à une majorité supérieure à 50% des voix ou même exiger l'unanimité;
- que les actionnaires ont la faculté de bloquer tous leurs droits de vote sur une ou quelques-unes des résolutions présentées ⁹²;
- qu'un associé ou une catégorie des associés dispose d'un droit de veto. Il est aussi loisible de stipuler qu'un des partenaires de la filiale commune ou tous les partenaires, quel que soit le pourcentage du capital qu'il détient, bénéficie du droit de bloquer une ou plusieurs décisions telles que, par exemple, l'agrément d'un nouvel associé, le lancement d'un nouveau projet industriel, l'accroissement de l'endettement de la société ou l'octroi d'une garantie par la société;
- qu'un associé peut s'opposer à ce qu'une décision soit prise immédiatement et de proposer qu'elle soit soumise à une délibération ultérieure dans un délai maximal déterminé par les statuts (droit d'ajournement);
- qu'un ou quelques actionnaires minoritaires réservent le soin de prendre certaines décisions, en subordonnant à leur agrément toute nomination de dirigeant social ou toute aliénation de fonds de commerce ou d'immeubles appartenant à la société;

⁹² Pour que ce système ("*cumulative vote*"), connue en droit américain (et plus précisément dans l'Etat de l'Illinois), fonctionne, il faut prévoir que chaque action donnera droit à autant des voix qu'il y aura de résolutions distinctes à voter lors d'une réunion déterminée. En application d'une telle clause, les droits de vote d'un associé lors d'une décision collective peuvent être réunis et utilisés sur une seule résolution. Par exemple, lors d'une assemblée comportant 5 résolutions, un associé titulaire de 10 actions donnant droit chacune à une voix disposera au total 50 voix, qu'il pourra utiliser en tout ou partie sur une résolution, ce qui réduira d'autant les droits de vote sur les autres résolutions.

On constate que, mis à part d'un ordre public minimum, les partenaires d'une joint-venture peuvent façonner leurs relations en fonction de leurs besoins et de leurs objectifs. Toutefois cette liberté statutaire serait incomplète, si elle ne permettait pas aux sociétés-associés de maîtriser le capital de la nouvelle société.

Deuxième chapitre

La maîtrise du capital

108. C'est exactement dans le domaine de la maîtrise du capital que le droit de la SAS apporte les solutions les plus novatrices. En effet, depuis longtemps les milieux des affaires insistaient sur la nécessité d'un actionnariat stable et cohérent dans l'hypothèse d'une *joint-venture*. La considération de la personne joue un rôle primordiale⁹³, car les partenaires sont expressément choisis pour mener à bien une œuvre commune. Le plus souvent les partenaires souhaitent maintenir l'équilibre instauré avec beaucoup des efforts lors de la constitution de la société. C'est pourquoi ils prévoient des clauses d'agrément et des clauses d'inaliénabilité (première section). Mais, parfois soit des situations de crise soit le changement du plan stratégique conduisent à la rupture de cette précieuse équilibre. Pour se prémunir contre ces dangers, les partenaires prévoient des clauses de changement de contrôle affectant un actionnaire, des clauses de retrait, des clauses de suspension des droits non pécuniaires, des clauses de règlement des conflits et en dernier ressort des clauses d'exclusion (deuxième section).

Première section

Les clauses visant à maintenir l'équilibre dans la filiale commune

109. Comme il a été démontré, *l'intuitus personae* joue un rôle essentiel dans les filiales communes. En introduisant dans les statuts de telles clauses, les actionnaires visent de renforcer la stabilité et la cohésion de l'actionnariat. La SAS s'avère en effet un véhicule parfaitement convenable aux accords des *joint-ventures*, puisque elle permet de donner force statutaire et par conséquent force exécutoire, à des clauses qui font habituellement l'objet de pactes extra-statutaires dans les sociétés anonymes. En contrepartie de cette sécurité juridique, les clauses

⁹³ J.-P. Bouère, "Société anonyme simplifiée et accords des actionnaires", *Les Petites Affiches* 13 mars 1991 n° 31 p.6, où il note "Elle est (la société anonyme simplifiée), on l'a vu une société extrêmement close, entre les parties qui se connaissent bien et entendent s'associer pour une longue période; *l'intuitus personae* y est tel que l'altération de la personnalité de l'un des actionnaires peut entraîner sa dissolution ou l'exclusion de l'actionnaire en cause".

statutaires contenues dans les statuts de la SAS ne pourront être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité (article 262-20).

110. La SAS est une société fermée. Ses actionnaires sont appelés à collaborer, pour développer une politique commune. Il est donc de la nature de la SAS, telle qu'elle a été conçue par le législateur, de permettre le contrôle de l'évolution de son capital. En effet, par le choix des mécanismes et des types des clauses, par la sélection des associés ou des titres concernés et enfin par la désignation des organes compétents, le contrôle du capital de la filiale commune peut être gradué à la volonté. Dans cette perspective, on va examiner tour à tour la clause d'inaliénabilité (première paragraphe) et la clause d'agrément (deuxième paragraphe).

Paragraphe première

Clause d'inaliénabilité

111. L'évolution de la clause de l'inaliénabilité dans la SAS. Jusqu'à la loi du 3 janvier 1994, il était généralement considéré qu'une clause imposant aux actionnaires l'inaliénabilité des actions qu'ils détiennent ne pouvait pas être incluse dans les statuts de la société, car portant atteinte au principe de la libre cessibilité des actions. Toutefois des clauses extrastatutaires d'inaliénabilité sont possibles mais sous la double condition de d'un intérêt sérieux et légitime et d'une durée limitée. La SAS est la seule société dont les statuts pourront valablement stipuler l'inaliénabilité des titres des actionnaires pour une durée maximale de dix ans et ainsi renforcer significativement l'intuitus personae et assurer la stabilité de l'actionnariat. Dans la SAS donc les choses sont plus sûres: la limite dans le temps est clairement connu et la référence à l'intérêt sérieux et légitime a disparu. Concernant le point de départ de la clause, on s'aperçoit que dans les rapports entre les associés il peut être fixé librement. Mais à l'égard des tiers, la clause n'est opposable qu'à partir de la publication des statuts.

112. La liberté laissée aux associés est très large car l'inaliénabilité peut frapper toutes les actions ou certaines d'entre elles. Elle peut par exemple concerner les actions des dirigeants ou celles appartenant aux associés ou affecter les actions détenues par les nationaux ou celles des étrangers, ou viser les actions des nouveaux arrivants en laissant pleine liberté aux anciens. Etant donné que la décision doit être prise à l'unanimité il suffit aux parties de s'entendre et de définir la combinaison contractuelle qu'elles souhaitent. De même, rien n'interdit aux partenaires, passé une première période de dix ans, de renouveler, par un nouveau consentement unanime l'effet de la clause. Dans tous les cas, si la clause s'avère trop contraignante, il sera possible, avec l'accord

unanime des associés, de l'amender par une modification des statuts ou par une exception à la clause (comme par exemple en cas d'exclusion d'un associé ou de rachat forcé de ses titres).

113. La raison d'être de l'innovation. La clause d'inaliénabilité est conforme avec le caractère *intuitus personae* de cette société, qui permet d'éviter de subordonner leur validité à la justification d'intérêt légitime. Cet intérêt se présume en l'occurrence et cette présomption est irréfragable, car la loi ne dit rien de cette exigence. Faite pour protéger *l'intuitus personae* dans les filiales communes, l'inaliénabilité doit, sauf fraude, empêcher la saisie des actions ou tout au moins, leur vente forcée, dans la mesure où cette opération détruit les bases mêmes du projet commun.

Paragraphe deuxième

La clause d'agrément

114. L'apport de la loi du 3-1-1994 sur les clauses d'agrément. L'article 262-15 de la loi de 1966 précise que "les statuts peuvent soumettre toute cession d'actions à l'agrément préalable de la société". Par contre, en ce qui concerne la société anonyme, la Cour de Cassation a interprété l'article 274 L.1966 de manière restrictive en considérant que nulle clause ne pouvait s'opposer à des cessions entre actionnaires. Une nouvelle fois la liberté conférée aux rédacteurs des statuts est plus grande que dans la société anonyme puisque la clause d'agrément va aussi bien concerner les cessions entre actionnaires eux-mêmes et donc permettre un contrôle plus efficace des mouvements dans la répartition du capital.

115. L'utilité d'une telle clause dans une filiale commune. La disposition garantit l'indépendance de la société et aussi la stabilité du pouvoir au sein de la structure sociétaire, en permettant de préserver l'équilibre entre les divers fondateurs de la filiale commune. En d'autres termes, on pourra non seulement organiser une défense externe de la société mais encore, et c'est ce que certains rédacteurs appellent "la défense interne", les clauses d'agrément pourront s'appliquer aux mutations internes du capital. C'est la raison pour laquelle, ces clauses sont souvent recherchées par les dirigeants, qui entendent éviter que la sortie d'un actionnaire donne lieu à l'entrée d'un concurrent, voire au renforcement d'un actionnaire.

116. Une application de la clause d'agrément dans une *joint-venture*. En autorisant une procédure d'agrément préalable sans aucune précision, la loi abandonne aux parties la liberté de définir les modalités de la procédure de l'agrément. Il appartient aux statuts d'indiquer quel sera l'organe compétent pour statuer sur l'agrément. Ce peut être le président, un autre organe de direction, la collectivité des associés ou même un actionnaire ou un groupe d'actionnaires. A titre

d'exemple, dans une *joint-venture* où sont associés deux sociétés et comprenant deux catégories d'actions (A et B), il pourrait être stipulé que les cessions d'actions de la catégorie A devront être agréées par les actionnaires de la catégorie B, et inversement. Il revient aussi aux statuts d'indiquer si l'agrément est discrétionnaire, ce que l'on peut présumer en l'absence de toute mention. Il leur incombe enfin d'impartir des délais aux différents protagonistes et de déterminer les modalités des demandes et des réponses.

Deuxième section

Les clauses ayant trait à la perturbation de l'équilibre au sein de la filiale commune

117. La nécessité des clauses prévoyant les situations de crise. On constate que les partenaires cherchent, par le moyen des clauses insérés dans les statuts de la SAS, à organiser une meilleure cohésion et stabilité de l'actionnariat afin de préserver l'équilibre voulue au moment de la création de la filiale commune. Toutefois la persistance de cette équilibre peut s'avérer dans certains cas un facteur contraignant et rigide. En effet les évolutions des circonstances étant perpétuelles dans la pratique des affaires, les groupements d'entreprises sont substantiellement instables et ont un besoin constant de changement⁹⁴. La coopération, reposant sur deux facteurs fragiles, à savoir la confiance mutuelle et l'entente sur le projet commun, peut être facilement affectée par les mutations des circonstances. Il n'est donc pas étonnant que *l'intuitus personae* conduit non seulement au maintien du "*status quo*", mais aussi à la réadaptation de l'équilibre entre les partenaires. Le législateur reconnaît expressément ce besoin en permettant d'insérer dans les statuts de la SAS une clause de changement de contrôle affectant un actionnaire (article 262-18), une clause de suspension des droits non pécuniaires et une clause d'exclusion (article 262-17).

Paragraphe première

Clause de changement de contrôle affectant un actionnaire

118. Le problème des changements de contrôle indirectes. Les cessions indirectes, c'est à dire les cessions emportant changement de contrôle dans le capital des sociétés actionnaires, ont régulièrement posé problème dans les sociétés anonymes. En effet, il est difficile de se prémunir contre un changement de contrôle de l'un des associés ou contre la

substitution d'un nouvel associé par absorption ou scission d'un associé existant, puisque les procédures d'agrément sont insuffisantes sur ces plans.

119. Le champ d'application de la disposition. L'article 262-18, qui ne concerne que les associés personnes morales, permet aux statuts de la SAS d'appréhender le cas où une société actionnaire passe sous le contrôle d'un nouvel actionnaire. Son alinéa premier se réfère expressément au contrôle tel qu'il est défini par l'article 355-1 L.1966. Il prend en compte le résultat, c'est à dire le changement de contrôle, quel que soit l'opération qu'il l'a provoqué. La deuxième alinéa précise que certaines opérations particulières comme la fusion, la scission et la dissolution entraînent les mêmes effets que le changement du contrôle du premier alinéa.

120. L'obligation légale prévue. La société associé dont le contrôle ainsi défini est modifié, doit, dès cette modification, en informer la SAS. Les statuts ont la faculté de préciser les modalités de cette information.

121. Les éventuelles mesures de la SAS. La filiale commune qui a choisi la forme de la SAS, peut réagir à ce changement de contrôle avec deux mesures. D'une part les organes de la SAS pourront décider de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé, à savoir le droit à l'information et le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés. D'autre part, les organes de la SAS pourront décider, dans les conditions fixées par les statuts, d'exclure la société associé en cause⁹⁵.

122. La raison d'être de l'article 262-18. On pourrait peut-être se demander si ce type de pacte est bien nécessaire. En effet l'hypothèse qu'il saisit, c'est à dire le changement de contrôle d'une société associé, peut être incluse dans une clause d'exclusion de l'article 262-17 L.1966. Néanmoins le législateur a édicté une disposition particulière pour rappeler aux parties qu'elles devaient penser à cette hypothèse dont l'importance est primordiale.

Paragraphe deuxième

Clause d'exclusion

123. La raison d'être de cette clause. Le droit de rester dans la société est considéré comme une des prérogatives essentielles de l'associé. Toutefois l'article 262-17 L.1966 dispose que "dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut-être tenu de céder ses actions". Pour déroger qu'elle soit l'exclusion d'un actionnaire s'inscrit

⁹⁴ Filip de LY, «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises interantionaux», *RJDA/IBLJ*, n° 3, 1995 p.279.

parfaitement dans la logique de la loi instituant la SAS. Visant de créer une structure d'accueil pour les filiales communes, la loi du 3 janvier 1994, permet la cession forcée des actions d'un associé pour éviter (comme le justifie le rapport Field) que le dissentiment des associés ne ruine l'entreprise commune. L'idée de base est donc que dans les cas de dissentiments entre associés menant à un blocage du fonctionnement social, l'exclusion d'un associé est préférable à la dissolution de la société.

En observant l'article 262-17 on s'aperçoit que formule utilisée est très souple. Il revient aux statuts de déterminer tout ce qui concerne tant la décision de l'exclusion que le mécanisme de cession.

124. La décision d'exclusion. Tout d'abord les associés ont l'obligation de prévoir les motifs d'exclusion. Il s'agit d'une exigence générale visant à empêcher qu'un associé soit soumis au menace permanent et injustifié de son exclusion de la société. Toutefois la clause de cession forcée pourra être mis en œuvre pour tous les cas prévus par les statuts. Ces cas peuvent être définis librement soit par voie de disposition générale, soit par voie d'exemples, soit en combinant les deux techniques. En tout cas, on doit éviter introduire des discriminations intolérables fondées sur les qualités des dirigeants de la société objet de l'éviction. Mieux vaut de prévoir des cas précisément définis, d'éviter des cas trop généraux ou trop flous qui laisseront trop de place à la subjectivité et donc à l'arbitraire des associés ou qui pourraient faire naître un conflit sur leur interprétation.

125. Motifs d'exclusion. N'étant pas fixés ni par la loi, ni par la jurisprudence, on peut essayer de proposer quelques motifs qui seront convenables à une joint-venture:

- Motifs tenant à la situation de l'associé comme l'interdiction faite à un associé de participer aux activités de la SAS, la mise en liquidation judiciaire ou une situation financière dégradée ne respectant plus certains ratios ou planchers de ressources ou de performances prédéfinis;
- Comportement fautif de l'associé comme infraction aux statuts ou à la loi, faute de gestion dans la conduite des affaires de la société, concurrence ou concurrence déloyale, dénigrement de la société, atteinte aux intérêts, à la réputation l'image de marque de la société;

⁹⁵ N.R, "La SAS séduit les entreprises", *Op. Fin.* n°310 6 juin 1994 p.8 où l'auteur cite "cette clause a par exemple été intégrée dans les statuts de General Pack, SAS constituée par 9 sociétés de transports de la région parisienne, et pourra notamment jouer si le contrôle de l'un se trouvait modifié.

- Mésentente entre les associés comme différend grave, situation de blocage des décisions, désintérêt pour la gestion de la société marqué par un absentéisme répété, obstruction à une décision prédéfinie;

126. La procédure d'exclusion. Les statuts devront tout d'abord désigner l'organe compétent pour prendre la décision d'exclusion. Cette décision peut être confié soit à la collectivité des associés soit à un organe dirigeant soit à un tiers. En fait le choix de l'organe doit être adapté au type de motifs considérés en vue d'exclusion. Ensuite la procédure doit respecter le principe du contradictoire et des droits de la défense. Néanmoins pour assurer l'efficacité de la procédure, il est dans certains cas indispensable de prévoir statutairement que l'associé dont le sort est discuté est privé de son droit de vote.

127. Suspension des droits non pécuniaires. L'alinéa 2 de l'article 262-17 L.1966 dispose que les statuts peuvent prévoir la suspension des droits non pécuniaires de l'associé dans la mesure où celui-ci n'a pas procédé à la cession⁹⁶. La raison d'être de cette mesure est d'empêcher l'associé exclu de participer à la gestion de la société qu'il est amené à quitter.

Paragraphe troisième

Les autres clauses

128. L'apparition des différends et des conflits d'intérêts entre les partenaires d'une filiale commune peut conduire soit à la dissolution de la société soit au réajustement du pacte social. Les sociétés associés soucieuses non seulement de prévenir les différends mais aussi de régler antérieurement les éventuelles situations de crise, ne se bornent pas aux pactes prévus expressément par la loi portant création de la SAS. Il n'est pas rare que les partenaires intègrent dans les statuts de la SAS d'autres clauses, qui sont valables pour autant qu'elles ne se heurtent pas l'ordre public contractuel et sociétaire propre à la SAS. Ces clauses ne sont pas soumises à l'exigence de l'unanimité pour leur adoption et leur modification (article 262-20 L.1966) et elles ne sont pas affectés par les dispositions relatives au prix des actions (article 262-19 L.1966). Toutefois elles sont très efficaces, car la loi a pris soin d'égaliser elle-même les sanctions de leur violation (article 262-16 L.1966): la nullité est la sanction générale de toutes les cessions effectuées en violation des clauses statutaires.

129. La clause d'option d'achat. En effet, les associés acceptent par avance de se trouver placés dans la situation de céder leurs actions si une situation donnée (par exemple, un

⁹⁶ Les droits concernés sont le droit de vote, le droit à l'information et le droit de demander une expertise en gestion

des signataires du pacte se trouve détenir la quasi-totalité du capital, presque 90%) se produit. Une telle clause acclimate aux sociétés fermées les procédures de retrait obligatoire ou “squeeze out” qui s’appliquent par voie légale dans les sociétés cotées. Cette clause est convenable dans une filiale commune, car la collaboration effective ne peut plus exister si les rapports entre les partenaires deviennent fortement inégalitaires.

130. La clause de sortie conjointe. Elle offre à tous ou à certains associés le droit de céder tout ou partie de leurs actions, dans le cas où l’un des associés recevrait une offre d’achat portant sur ses actions. En effet, le succès de la filiale commune repose sur la collaboration laquelle présuppose l’entente des partenaires sur les traits principaux du projet commun. L’intuitus personae conduit donc à l’adoption de telles clauses.

131. La clause de retrait. Elle permet à un associé de quitter la société quand il le souhaite en obtenant que celle-ci ou ses coassociés lui remboursent la valeur des droits sociaux. Les dangers qui découlent de l’exercice d’un tel droit sont évidents. En risquant de mettre en danger la trésorerie de la société, elle peut déstabiliser son fonctionnement. Il faut donc éviter la possibilité d’un retrait purement discrétionnaire.

Toutefois il est évident que la clause de retrait renforce la cohésion des partenaires. En aucun cas on ne peut obliger les sociétés associées à l’entente et la coopération⁹⁷. Par ailleurs, il est toujours dangereux de maintenir quelqu’un dans une “équipe” contre son gré. C’est pourquoi ces clauses peuvent être considérées comme sources de pérennité de la filiale commune.

132. La combinaison de clauses. L’examen de la pratique nous montre que rarement, tous ces types des pactes sont stipulés aux statuts indépendamment les uns des autres. Bien au contraire, dans la majorité des cas, ils sont emboîtés et mis en relation. Ainsi une clause d’inaliénabilité partielle peut se compléter par une clause d’agrément suivie par une clause de préférence. Une clause d’agrément peut être accompagnée par une clause d’inaliénabilité et doit être complétée par une clause de rachat. A titre d’exemple on peut citer la SAS Mideco⁹⁸ dont les statuts prévoient une inaliénabilité des actions pendant deux ans, puis un droit de préemption assorti d’une clause de sortie conjointe ainsi qu’un système d’options d’achat et de vente en cas

⁹⁷ Il est caractéristique qu’un auteur (Raaijmakers, M.J.G.C., Joint-Ventures, Deventer, Kluwer, 1976, 5; op.citée par Filip de LY «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d’entreprises internationaux» *RJDA/IBLJ*, n° 3, 1995 p.279) estime que «une joint-venture ressemble à un mariage. Si les deux associés ne veulent pas que ça marche, cela ne marchera pas».

⁹⁸ P-L.Périn, ouvrage “La société par actions simplifiée: l’organisation des pouvoirs” Joly éditions Colléction Pratique des affaires p.28

de changement de contrôle d'un actionnaire⁹⁹. Cette imbrication des pactes, se basant sur le principe de la liberté contractuelle, est sans doute indispensable pour répondre aux besoins de la filiale commune. Il nous a paru indispensable avant de conclure la première partie de procéder à une analyse précise et courte de deux principaux hypothèses d'application de la SAS à la filiale commune.

Le cas de filiale à 50/50. Il s'agit d'une joint-venture entre deux groupes. En étant en présence d'une société parfaitement paritaire, on doit tout d'abord organiser bien la distinction entre la direction et la supervision d'une part et la gestion opérationnelle d'autre part. Ainsi on peut concevoir l'existence de deux organes:

- Un conseil d'administration présidé alternativement et consisté des membres nommés et révoqués par chaque groupe; il sera doté du pouvoir de direction et de supervision de la société.
- Un conseil de direction avec un directeur général alterné et de membres nommés et révoqués par chaque groupe; il sera chargé de la gestion opérationnelle de la joint-venture.

Dans le souci d'éviter un blocage des décisions les deux groupes pourront mettre en point un mécanisme "anti-blocage", prévoyant la concertation des présidents (possibilité de s'entendre pour recueillir l'avis d'un tiers ou recourir à l'arbitrage) et en dernier ressort l'offre mutuelle de rachat des actions. Le contrôle de la société peut rester sous la surveillance des partenaires en prévoyant une clause d'inaliénabilité à la terme duquel l'associé cédant pourra informer l'autre associé de son intention de céder. Ce dernier pourra soit donner son accord soit exercer un droit de préemption soit exercer un droit de suite. Les statuts de la SAS pourront prévoir une clause d'exclusion soit comme mesure de sanction pour un comportement fautif (manquement à une obligation essentielle), soit comme mesure pour faire face à une mésentente grave entre les associés.

Le cas de filiale commune entre un majoritaire et un minoritaire La SAS permet d'organiser une certaine protection du minoritaire(B) tant en ce qui concerne la prise des décisions importantes que la possibilité de sortie. On peut créer les organes suivants:

⁹⁹ En tout cas on pourrait éviter, dans une certaine mesure, le recours à de telles montages complexes, si on admettait avec certitude la possibilité d'une SAS à capital variable. Cela permettra de gérer les situations d'entrée et surtout de sortie des certains associés; car le capital venant à diminuer, il n'y aura pas lieu de trouver un cessionnaire pour les actions de l'associé sortant ou de les faire racheter par la société elle-même.

- Un comité exécutif qui, composé uniquement des membres du majoritaire(A), exercera la direction opérationnelle de la société.
- Un comité de surveillance à laquelle le minoritaire sera représenté; elle sera chargée des décisions importantes

En cas de blocage de décision au sein du comité de surveillance, les statuts pourront prévoir le recours à une personnalité éminente désignée par A et B.

La SAS permet de prévoir une clause de sortie en faveur du minoritaire. Ainsi le minoritaire peut exiger du majoritaire le rachat de ses actions en cas de dégradation de la solvabilité de la société ou en cas de d'une modification substantiellement défavorable de l'équilibre économique. Il peut être aussi prévu que le minoritaire aura l'option d'exiger le rachat de ses actions à partir d'une certaine période sans aucune raison particulière. En revanche, les statuts pourront prévoir une clause d'exclusion, selon laquelle le majoritaire aura la faculté d'exiger que le minoritaire lui cède ses actions soit simplement à partir d'une certaine période, soit en cas d'une modification substantiellement défavorable de l'équilibre économique des relations entre les associés.

133. Cette analyse de la SAS nous montre clairement que sa création correspondait à un objectif précis: permettre aux agents économiques de développer une coopération interentreprises dans un cadre sociétaire à la fois souple et flexible. Toutefois, rien n'imposant de conférer à la nouvelle société un objet spécifique, le cantonnement de la SAS à cette voie n'a pas pu être atteint. Il n'est pas étonnant que la pratique, en explorant les potentialités de la loi nouvelle, ait trouvé des nouvelles voies en dehors de toute perspective de coopération.

DEUXIEME PARTIE

LA SAS, COMME STRUCTURE AMENAGEANT LA DEPENDANCE DANS LES GROUPES DES SOCIETES

134. Comme le souligne Hannoun¹⁰⁰, il était illusoire de considérer que l’usage de la SAS pourrait rester très limité par les exigences de sa constitution. L’absence de restriction dans le texte quant à son objet social, a permis à la nouvelle société d’ouvrir des “mondes nouveaux” aux associés¹⁰¹ et surtout aux groupes de sociétés. Tout d’abord, les groupes de sociétés ont tiré profit du régime de la SAS pour faciliter la gestion de leurs filiales (titre premier). Ensuite les praticiens ont trouvé dans la SAS, les éléments qui leur permettront de mieux organiser le contrôle et la croissance interne et externe des groupes de sociétés (titre deuxième).

TITRE PREMIER

LA SAS, OUTIL DE GESTION DE GROUPES DES SOCIETES

135. L’analyse des utilisations de la SAS montre clairement que la pratique a tiré profit de la discordance entre les motifs législatifs invoqués et les applications dérivées non totalement interdites, pour dépasser le cadre étroit des seules filiales communes¹⁰². Les praticiens sont servis de la SAS surtout pour simplifier les structures intergroupes, en transformant en SAS, des filiales qui n’étaient maintenus qu’artificiellement et coûteusement sous la forme de société anonyme (premier chapitre). Le législateur français a pris en compte cette évolution qui montrait le besoin créateur de droit. Ainsi, avec la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l’innovation et la recherche, il a non seulement permis à toute personne, physique ou morale, d’être associé dans une SAS, mais aussi il a autorisé la constitution des SAS unipersonnelles, en consacrant ainsi l’officialisation des filiales détenues à 100% (deuxième chapitre).

Premier chapitre

Le dépassement par la pratique du but législatif

136. La société anonyme, étant institué par le législateur dans la perspective de l’ouverture de son capital à un nombre élevé des investisseurs, vise à organiser une véritable démocratie dans son fonctionnement. Il s’ensuit qu’elle est imprégné par des règles impératives et contraignantes, qui sont inadaptées aux besoins de gestion des groupes de sociétés (première section). Bien au contraire, les filiales exclusives, c’est à dire les filiales qui sont contrôlées en

¹⁰⁰ CH.Hannoun, “La société par actions simplifiée: essai de perspective juridique”, dans les mélanges “*Etudes à la mémoire d’Alain Sayag*” p.287

¹⁰¹ M.Germain, “Aperçu rapide sur la loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée”, *JCP E. 1994 n° 3*

¹⁰² CH.Hannoun, “La société par actions simplifiée: essai de perspective juridique”, dans l’ouvrage collectif “*Etudes à la mémoire d’A.Sayag*”.

totalité, directement ou indirectement par la société mère du groupe, n'ont, d'un point de vue économique et décisionnel, qu'un seul actionnaire et sont soumises à un contrôle exclusif. C'est pourquoi que la SAS, dont le caractéristique principal est la souplesse, présente plusieurs avantages en tant que structure d'accueil d'une filiale exclusive (deuxième section).

Première section

L'inadaptation de la société anonyme aux besoins d'organisation des groupes de sociétés

137. Le rigorisme de la société anonyme¹⁰³. En effet la société anonyme est une structure pesante, car elle se caractérise par un formalisme excessif et, dans la plupart des cas, inutile¹⁰⁴. Le législateur dans le souci de la sécurité des actionnaires et des tiers, a doté la société anonyme d'un régime contraignant qui se caractérise par le triomphe de l'uniformité. Cette uniformité ne permet la prise en compte des intérêts légitimes des groupes de sociétés¹⁰⁵. L'exemple le plus caractéristique de la rigidité du régime légal de la société anonyme est l'exigence de sept actionnaires pour sa constitution¹⁰⁶, alors que tous savent bien qu'il extrêmement rare que l'on constitue une société avec sept actionnaires réels. Par conséquent, la société mère devra trouver six autres actionnaires, dont au moins une personne physique¹⁰⁷, pour détenir les actions de sa filiale¹⁰⁸.

138. L'inadaptation des règles relatives au conseil d'administration. La loi du 24 juillet 1966 dispose, dans son article 89 alinéa 1, que le conseil d'administration doit être composé de trois membres au moins, chacun d'entre eux ne pouvant que tenir huit mandats au

¹⁰³ R.Cannard, "Pourquoi et comment utiliser la SAS?", *Dr. et Patrimoine* avril 1994 p.24;

J-L.Reymont, "La société par actions simplifiée, premières expériences et premières difficultés", *Les Petites Affiches* 20 novembre 1996 n°140 p.14

P-H.Conac, "Quelques réflexions sur un avant projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)", *D.1999 chronique* 133 p.606.

¹⁰⁴ J-B.Thomas et O.Ortega, "La société par actions simplifiée ou le droit saisi par la pratique", *Cah. droit de l'Entreprise* 1994 n°2 p.4

¹⁰⁵ Comme le souligne J.Paillusseau («La contractualisation de la société anonyme fermée» *Gazette du palais* 1998 2ème sem. p.1257), la loi du 24 juillet 1966 "est une loi pointilliste, elle organise les sociétés dans le détail et comporte un nombre excessif de règles impératives". Il remarque que "si à l'époque était inévitable, la tendance actuelle, c'est la volonté d'accroître la part de la liberté laissée aux utilisateurs du droit dans l'organisation de leurs affaires, particulièrement pour les opérateurs économiques".

¹⁰⁶ La France avec l'Irlande sont les seuls pays de l'Union Européenne qui exigent sept actionnaires pour la constitution d'une SA, alors que dans la grande majorité des états membres un ou deux actionnaires peuvent constituer une SA.

¹⁰⁷ En effet, le président du conseil d'administration, obligatoirement choisi parmi les actionnaires disposant le statut de l'administrateur, doit être une personne physique (article 110 L.1966).

plus. Dans la pratique, il est très difficile pour les filiales d'un groupe de respecter cette obligation légale. Pour satisfaire l'exigence de la loi, ces sociétés ont régulièrement recours à des administrateurs de complaisance, qui tiennent de conseils d'administration fictifs et font de faux procès-verbaux¹⁰⁹. Certaines sociétés ont imaginé pouvoir cumuler sur une même personne et au sein d'un même conseil, un mandat d'administrateur en nom propre et un mandat de représentation permanente d'une personne morale administrateur¹¹⁰. Si la loi n'interdit pas explicitement ce cumul, on doit s'interroger sur sa liceité car il pourra affecter non seulement les règles de la majorité et du quorum mais surtout le principe de collégialité du conseil d'administration et donc son caractère délibératif¹¹¹.

139. Un autre exemple très marquant de l'inadaptation de la société anonyme aux besoins des groupes de sociétés, offrent les règles de convocation et de tenue des assemblées générales qui sont trop rigides. De même le statut des mandataires sociaux (révocabilité *ad nutum* et sans possible indemnisation) pose de difficultés aux groupes dans leur essai de recruter des cadres supérieurs.

140. Le succès de la SAS comme filiale exclusive. Il n'est donc pas surprenant que la société par actions simplifiée a plutôt été utilisée dans un but autre que ce que le législateur lui a assigné. Dans la pratique actuelle, la SAS intéresse principalement les filiales internes à un seul groupe¹¹² et, dans une moindre mesure les filiales communes utilisées comme véhicule de joint-ventures¹¹³. Beaucoup de grands groupes ont recouru à la SAS, la considérant comme la structure d'accueil la plus avantageuse pour leur filiale exclusive: la Société Générale, Rhône-Poulenc, Philips, Shell, Alcatel, Crédit Agricole, la Caisse centrale des banques populaires, Bongrain,

¹⁰⁸ P.Bissara, op.cit. "Il suffit pour s'y adapter de trouver quelques préposés pour faire nombre et tant pis si les statuts ne reflètent pas la répartition réelle du capital et du pouvoir"

¹⁰⁹ J.Paillusseau, op.cit.

¹¹⁰ A.Theimer, "La SAS: une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés", *JCP E. 2000 pratique p.593*

¹¹¹ Dans des cas extrêmes, le cumul des mandats de représentation pourrait amener une personne à siéger seule aux "réunions" du conseil d'administration. Or la jurisprudence a condamné la tenue d'un conseil réduit à un administrateur unique. Un tel cumul doit être considéré contraire à l'esprit de la loi.

¹¹² P-L.Périn, ouvrage op.cit. p.25 où il observe: "il semble possible d'avancer que 40% au moins des SAS observés pour la période du premier semestre 1998 appartiennent à cette catégorie. La proportion est bien moindre pour l'échantillon des SAS créées postérieurement à la réforme de 1999".

¹¹³ S.Plantin, "Transformer une société anonyme en société par actions simplifiée: motifs et procédure" *JCP E. 1999 pratique p.1906*

J-P.Bertrel, "La SAS: bilan et perspectives" *Droit et Patrimoine septembre 1999 n°74 p.40*, où il constate que "la SAS ne sert plus alors d'habit juridique à une filiale commune, mais à une filiale à 100% (détenue par exemple, à hauteur de 99% par le holding et à hauteur de 1% par une autre filiale)

Paribas, Thompson, Matra, etc¹¹⁴. En effet, la liberté d'organisation était très attractive pour que les divers groupes puissent surpasser les possibilités que la nouvelle société leur offre.

141. Toutefois on remarque que le vaste dispositif de la loi du 3 janvier 1994 concernant les clauses de maîtrise du capital est inapplicable dans les SAS filiales exclusives¹¹⁵, car la géographie du capital est régulée par la seule volonté de la société de tête du groupe. Toutefois la SAS retrouve tout son intérêt, en ce qui concerne les filiales internes à un groupe, grâce à son droit souple, minimaliste et flexible.

Deuxième section

Les avantages de la SAS en tant que structure d'accueil des filiales exclusives

142. La SAS constitue un instrument de simplification et de rationalisation de l'organisation des groupes de sociétés. Dans cette perspective ses avantages principaux concernent la simplification de la gestion de la filiale (premier paragraphe) et le statut des dirigeants (deuxième paragraphe).

Paragraphe première

La simplification de la gestion

143. Comme son nom l'indique, l'avantage le plus important de la nouvelle société est de simplifier la gestion avec un objectif d'efficacité et de rapidité des prises des décisions. En supprimant les articles 89 à 177-1 de la loi du 24 juillet 1966, le législateur a conféré une liberté presque totale à ses utilisateurs. Cela fait inévitablement de la SAS un champ d'expérimentation des procédures conduisant à l'allègement du formalisme¹¹⁶.

144. L'allègement des règles du fonctionnement. Le seul organe légal de la SAS étant le président, il n'est plus nécessaire de constituer, composer et réunir un quelconque conseil d'administration, habituel. En plus l'article 95 L.1966 étant inapplicable, les administrateurs ne doivent pas être obligatoirement propriétaires d'actions. Ainsi les groupes de sociétés n'ont pas besoin de recourir à la pratique juridique des prêts d'actions pour exercer une influence sur les organes de direction de leur filiale. Concernant les attributions de l'assemblée générale des associés, la loi laisse un large marge de liberté aux rédacteurs des statuts. L'article 262-10 L.1966 permet aux fondateurs d'une SAS de limiter l'obligation d'une décision collective aux cas

¹¹⁴ G.Baudeau, "La SAS: pratiques statutaires", op.cit.

¹¹⁵ O.Douvreleur, "Enquête sur les utilisations de la SAS" op.cit.p.8 où il affirme que "*la clause d'agrément est fréquente mais nullement systématique. Elle est absente des statuts des filiales à 100%, dites alors exclusives où elle perd de son intérêt*".

expressément prévus par la loi. Ainsi dans une SAS, les prêts et avances intergroupe, qui en facilitant la centralisation de trésorerie, permettent de réduire le recours aux emprunts bancaires, ne doivent pas faire l'objet d'une approbation de la collectivité des associés ou d'une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance. Mais le plus intéressant pour les filiales exclusives, est qu'il leur donne la possibilité de déterminer librement les conditions de la convocation et de la prise des décisions de la collectivité des associés. Les mécanismes d'initiative, de convocation, de fixation de l'ordre du jour, de quorum, de modes de scrutin, de majorité et de tenue des registres pourront être librement définis. De même les rédacteurs des statuts d'une filiale détenue à 100%, ne peuvent pas ignorer la possibilité de prendre les décisions par consultations écrites et même par voie de consentement unanime des actionnaires exprimé dans un acte sous seing privé.

145. L'exemple de la Société Générale. La dématérialisation du processus de décision des organes de décision et de la collectivité des associés permettra des économies de temps et de coût¹¹⁷. La simplification offerte par la SAS, explique dans une large mesure le vague des transformations de sociétés anonymes en SAS. La *Société Générale* a été une des premières sociétés à explorer cette nouvelle voie¹¹⁸. Comme l'admet le secrétaire général de la banque Bernard-Martin Laprade: "A titre de dossier test, nous avons transformé en SAS hypersimplifiée une petite société de portefeuille. Cela nous a permis de supprimer son conseil d'administration, de réduire à deux le nombre des actionnaires, et d'alléger les formalités d'assemblée générale". Il estime "que pour une fois, une mesure juridique peut avoir un réel impact de rentabilité". En concluant, il souligne que "cette première SAS pourrait bientôt être suivie de dizaines d'autres, toutes filiales à 100% de la *Société Générale*".

146. La SAS: une structure convenable aux comités spécialisés. La création d'une SAS peut s'avérer très utile sur le plan de l'organisation fonctionnelle des groupes. Celle-ci exige parfois un certain nombre d'organes collectifs (comités) appelés dans l'ordre interne du groupe à formuler des avis ou à autoriser des décisions. Ces comités, spécialisés par domaine de compétence, peuvent exister dans les sociétés anonymes, mais leur rôle sera limité, car le conseil

¹¹⁶ P-L.Périn, "Structures de direction et principes de management dans la SAS: quelques avancées et un recul", *D. Affaires* 1996 n°4 p.108

¹¹⁷ P-L.Périn, op.cit.

¹¹⁸ N.R, "La SAS séduit les entreprises", *Op. Fin.* n°310 6 juin 1994 p.8

d'administration reste seul chargé, sous leurs recommandations, de prendre toutes décisions de gestion¹¹⁹.

147. Bien au contraire, dans la SAS, ces comités se distinguent par le fait qu'ils peuvent dépasser le rôle de préparation des décisions de l'organe délibérant, pour exercer en propre un pouvoir décisionnel¹²⁰. Ces comités sont aptes de réunir des responsables internes à la société et d'intervenants extérieurs spécialisés. En mettant à leur disposition les moyens exigés par les circonstances et en leur donnant accès aux informations nécessaires, ces organes peuvent maîtriser le domaine qui leur sera confié¹²¹. Mais l'avantage le plus important de ces comités, qui se caractérisent comme des organes de direction à part entière, est qu'ils permettent de mettre en place une véritable politique de groupe. En effet, les comités spécialisés permettent à la société mère du groupe d'exercer un contrôle efficace sur les décisions de leurs filiales¹²².

On peut citer les comités suivantes :

- comité de nomination et de rémunération;
- comité en charge de l'audit et du contrôle de la gestion;
- comité de la gestion du personnel;
- comité technique spécialisé dans un domaine de l'activité commerciale ou industrielle;
- comité financier chargé non seulement de la gestion comptable quotidienne, mais aussi des politiques de placement d'endettement et de couverture des risques tandis que d'opérations financières plus complexes ;
- comité d'éthique ou de patronage d'activités par exemple scientifiques¹²³;

Toutefois il faudra prévoir l'articulation du fonctionnement de ces comités avec le président, qui seul pourra exécuter leurs décisions, parce que lui seul dispose le pouvoir de représentation et d'engagement de la société.

¹¹⁹ Y.Guyon, "Traité des contrats. Les sociétés-aménagements statutaires et conventions entre associés", LGDJ 2ème édition 1995 n°142 et 279; Cass.com. 4 juillet 1995, De la Fournière c Aymard, *D. Affaires.1995.27*.

¹²⁰ P-L.Périn, ouvrage op.cit.p.92 où il souligne que «*c'est là l'effet de la liberté d'organisation du pouvoir de direction*»

¹²¹ Ainsi on peut éviter la critique, faite aux organes de la société anonyme, qu'en restant à un niveau superficiel d'analyse ils n'interviennent pas en profondeur dans la gestion de la société.

¹²² P-L.Périn, "Structures de direction et principes de management dans la SAS: quelques avancées et un recul", *D. Affaires 1996 n°4 p.108*, où l'auteur note que "*ces comités pourront être utilisés comme relais de directions centrales du groupe auquel peut appartenir la SAS*"

¹²³ L'instauration des comités indépendants a été proposée par le mouvement de la corporate governance (provenant des Etats-Unis) pour l'amélioration du gouvernement des sociétés. Ces comités ont étudié et mis en place dans les sociétés cotées, notamment sous la pression des fonds de pension, mais ils sont parfaitement utilisables dans les SAS.

Deuxième paragraphe

Le statut du président

148. La SAS: un instrument d'intégration des groupes. La loi du 3 janvier 1994, laisse aux statuts la faculté d'organiser librement les fonctions de direction, sous réserve de l'existence impérative du président qui dispose légalement le pouvoir de représentation de la société. Les statuts de la SAS ont la faculté de nommer à la place du président une personne morale, ce qui est original par rapport à la société anonyme. On peut donc nommer président d'une filiale exclusive, la société mère du groupe. Par conséquent, la SAS peut être considérée comme un instrument merveilleux d'intégration des groupes¹²⁴. Ainsi les sociétés mères du groupe peuvent soit exercer elles-mêmes la direction de leurs filiales soit confier la présidence à une société spécialisée dans la gestion des filiales.

149. "Le secrétariat société". Comme le remarque Paul Le Cannu: "cette rationalisation du secrétariat société a été d'emblée le fruit le plus goûté par les créateurs de la SAS¹²⁵". Il est intéressant de relever que presque un tiers des SAS étudiées ont fait usage de la possibilité de désigner en tant que président une personne morale¹²⁶. Dans la majorité des cas le président est une société du droit français représentée par deux personnes physiques titulaires de fonctions de gérant ou de président du conseil d'administration. Mais on trouve aussi quelques cas d'"empilages", c'est à dire le président est une personne morale elle-même dirigée par une autre personne morale.

150. Cette solution attire les sociétés étrangères -notamment les *limited liability companies*, qui sont soumises au droit du Delaware- car il permet à un groupe de créer en France une société qui serait dirigée par des organes sociaux fonctionnant selon le droit du siège du groupe¹²⁷. Elle permet aussi d'isoler un projet déterminé (ex: un crédit-bail immobilier, une

¹²⁴ Ainsi P-L.Périn, ouvr.op.cit.p.28, il cite la SAS Société d'Exploitation de Services Audiovisuels comme l'exemple d'une société interne à un groupe. S'agissant d'une filiale du groupe Canal+, détenue à 95% par la société de tête de ce groupe et à 5% par une filiale de cette société, elle a président la société de tête. Tout associé a le droit de participer aux assemblées, même s'il est privé du droit de vote. Les décisions se prennent à la majorité simple et à l'unanimité pour les modifications statutaires, sauf pour les augmentations du capital avec droit préférentiel de souscription où la majorité simple suffit.

¹²⁵ P.Le Cannu, "Un nouveau lien de savoir-faire contractuel: La société par actions simplifiée", *Deffrénois 1994 Doctrine et jurisprudence article 35933 p.1351*.

¹²⁶ P-L.Périn, ouvrage op.cit. p.24

¹²⁷ Toutefois un arrêt récent (Cass.civ.1re, 8 décembre 1998, Sté General Accident c. BNP: *JCP E 1999 p.576, note Bonneau*) rappelle que "l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relevait de la loi dont dépendait la société". Selon P-L.Périn: dans notre cas, si le fonctionnement de la société président est régi par le droit de son siège, les pouvoirs de cette société en tant que président de la SAS sont soumis en droit français. Concernant le pouvoir de représentation de la SAS, il paraît difficile de donner

acquisition de navire, un gros contrat d'assistance technique, une opération d'innovation etc.). Toutefois elle risque d'entraîner une augmentation du nombre des sociétés.

151. Les SAS “coquilles”. Certains groupes arrivent à créer une société de gestion pour toutes les SAS d'un groupe¹²⁸. De même, il n'est pas étonnant que les organismes bancaires ou autres créent des SAS “coquilles” pour tous les clients qui en ont besoin¹²⁹. Dans l'attente de son adoption, la SAS peut être déclarée provisoirement sans activité ou elle peut servir à détenir quelques participations de la banque ou du groupe “vendeur”; il arrive parfois qu'un groupe constitue d'un coup plusieurs sociétés, qui ne se distinguent entre elles que par leur dénomination. Les SAS ainsi créées, servent des formes juridiques de réserve, qui peuvent être utilisés si le besoin pressenti est confirmé. On comprend bien que leur mode d'administration soit particulièrement simplifié.

152. L'intérêt d'un président-personne morale pour le groupe. L'administration de la SAS interne, par une personne morale (soit la société mère, soit la une société de gestion spécialisé), permet non seulement une simplification de l'organisation et de la gestion des filiales, mais aussi d'éviter aux cadres supérieurs d'avoir à être considérés mandataires sociaux de droit. Ainsi la société-président de la SAS peut demander à ses cadres supérieurs, qui ont la qualité du salarié, d'exercer des fonctions de gestion administrative, technique ou financière au sein de la SAS. Le cadre peut ainsi bénéficier sans restriction, de son statut de salarié. Il ne devrait pas être considéré comme mandataire social de la SAS, dans la mesure où la délégation des pouvoirs est limité et ne l'assimile pas à un dirigeant de fait¹³⁰. Selon l'article 464-4 de la loi du 24 juillet 1966 peut être considéré dirigeant de fait¹³¹ “toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé la direction d'une SAS sous le couvert ou au lieu et place du président et des dirigeants de cette société”. Selon la jurisprudence¹³² la qualification en dirigeant de fait est caractérisée par l'immixtion dans des fonctions déterminantes pour la

effet aux dispositions de la loi du siège de la société-président alors qu'il s'agit de déterminer, au regard du droit français, les conditions d'engagement de la SAS.

¹²⁸ R.Cannard, “Groupes des sociétés: Faut-il transformer en SAS les filiales sous contrôle exclusif?”, *Les Echos 1er juin 1994*.

¹²⁹ Les sociétés coquilles ont fait l'objet de plusieurs critiques car certains auteurs y ont vu un abus de la personnalité morale ou une fictivité en raison de l'absence de l'affectio societatis: (C.Cutayar-Riviere, “La société écran, essai sur sa notion et son régime juridique” LJDG, Bib.Dt.Privé, t.292, 1998; P.Diener, “Un abus de la personnalité morale: les sociétés en sommeil”, in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec, 1978, p.81s.)

¹³⁰ R.Cannard, “Pourquoi et comment utiliser la SAS”, Dr. et Patrimoine avril 1994 p.24

¹³¹ La qualification de dirigeant de fait entraîne la responsabilité civile et pénale de son titulaire.

¹³² CA Paris 15 janvier 1999, Katz Sulzer c. sté Skarne System: BRDA, 1999-6; Cass.com., 12 mai 1998, Argo c. Nodée et Willems: RTD com., 1998 p.862; CA Versailles 6 avril 1998 Lejeune c. Me

direction générale de l'entreprise, impliquant une participation à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la société en cause. Toutefois comme J-P.Bertrel souligne "l'écran présenté comme protecteur de la société de gestion ad hoc peut avoir un impact psychologique et faciliter, par exemple le recrutement d'un cadre supérieur pour piloter une filiale".

153. L'intérêt d'un président-personne physique pour le groupe. A l'encontre de la pratique décrite précédemment, on relève d'autres groupes, comme Rhône-Poulenc, qui ont choisi de nommer président de leur filiale exclusive une personne physique¹³³. D'une part ce choix est très intéressant pour le groupe et pour ses dirigeants. L'absence de la nécessité du conseil d'administration ou du directoire, permet de nommer, dans chaque filiale détenue à 100%, une seule personne à la place du dirigeant qui sera ainsi le seul responsable de sa gestion. Ainsi on peut transférer les responsabilités des dirigeants du groupe vers les présidents de la SAS et protéger juridiquement le groupe.

154. Les avantages de la SAS pour les présidents-personnes physiques. D'autre part, les personnes physiques qui sont appelés à jouer le rôle du président de la SAS-filiale interne, peuvent négocier en contrepartie des risques encourus des avantages très importants. La règle d'ordre public de la révocabilité *ad nutum* n'étant pas appliquée à la SAS, on peut imaginer de nombreuses formules très protectrices pour le président (unanimité, modification des statuts, décision d'un tiers)¹³⁴. En plus, le président peut négocier et obtenir une promesse d'indemnisation substantielle en cas de révocation ("golden parachute")¹³⁵, car les contraintes des articles 107 à 110 L.1966 sont levées pour les dirigeants de la SAS. Mais l'avantage le plus apprécié par les praticiens est la possibilité pour une personne de cumuler sans limite les mandats de président de la SAS"¹³⁶. Enfin on doit noter qu'aujourd'hui les présidents personnes

Chavinier: RTD com., 1998 p.860; Cass.com., sté Fauvet c. Sté Ford France: RJDA 11/99 p.945 concl.J.-P.Remery

¹³³ J-L.Reymont, "La société par actions simplifiée: premières expériences et premières difficultés", *Petites affiches 20 novembre 1996, n°140, p.14*

¹³⁴ P-L.Périn, ouvrage op.cit.p.106, l'auteur considère que cette faculté n'est pas dominante dans la pratique puisqu' il "il note à la lecture des statuts de SAS consultés, une tendance à prévoir des mandats brefs et renouvelables à l'américaine: la durée d'un an est fréquente. Il arrive que les statuts prévoient une prorogation automatique, à défaut de décision contraire de l'assemblée annuelle des associés. Une autre pratique consiste à nommer le président pour une durée indéterminée".

¹³⁵ Le caractère contractuel de la SAS renforce l'idée du caractère conventionnel de la fixation de la rémunération.

¹³⁶ O.Douvreleur op.cit.p.42 qui remarque qu' «on relève de nombreux cas dans lesquels une même personne physique exerce plusieurs présidences de SAS, au-delà de deux mandats permis dans la société anonyme; on trouve ainsi dans l'échantillon 13 SAS présidées par une même personne physique»

physiques bénéficient d'une protection sur le plan civil par une "assurance responsabilité civile mandataires sociaux"¹³⁷.

155. A la fin de ce chapitre on constate que la limitation à l'accès de cette forme sociale, si elle était de la part du législateur tout à fait justifiée, elle n'était pas de l'essence de la SAS. Cette limitation constituait "une simple précaution, une mesure pour une période transitoire"¹³⁸, car la loi de 1994 dans le souci de la prudence, recherchait l'acclimatation progressive de la SAS dans un champ restreint. Même si la SAS a été utilisé pour satisfaire des besoins de la pratique que le législateur n'a pas prévue, elle n'a pas connu de scandale fondé sur l'écrasement des petits associés par les majoritaires¹³⁹. La voie était donc ouverte pour pouvoir élargir le champ d'application de la nouvelle société.

Deuxième chapitre

L'officialisation des filiales détenues à 100%

156. Le fait que la SAS, bien plus souvent qu'aux filiales communes, serve aux filiales entièrement contrôlées, nous a conduit à penser que l'exigence d'une deuxième personne morale constituait un obstacle injustifié pour l'organisation des groupes¹⁴⁰. Le législateur a pris acte des ces évolutions, et a inséré l'article 3 dans la loi n° 99-587, 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche (dite loi Allègre), qui non seulement permet à toute personne physique d'être actionnaire dans une SAS, en supprimant ainsi les restrictions de la loi précédent, mais aussi elle autorise la constitution des SAS unipersonnelles. Prenant en compte les aspirations de la pratique, la nouvelle loi a d'une part transformé la SAS à "un véhicule tous usages"¹⁴¹, et d'autre part a consacré l'officialisation des filiales entièrement contrôlées. En s'intéressant spécialement

¹³⁷ J-P.Bertrel, "La SAS: bilan et perspectives", *Dr. et Patrimoine septembre 1999 n°74 p.40*; ainsi P-L.Périn op.cit. note que "ces contrats d'assurance couvrent les dommages causés à des tiers, et que cette catégorie est usuellement comprise comme pouvant inclure tous les partenaires de l'entreprise (financiers, sociaux et commerciaux) y compris, dans certains cas, les actionnaires majoritaires"

¹³⁸ Y.Guyon, "L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées (loi du 12 juillet 1999, article 3), *Revue sociétés 1999 p.505*, où il considère que la limitation à l'accès constituait "une sorte de mesure transitoire qui allait permettre de savoir si les milieux des affaires feraient un bon usage des SAS, auquel cas l'expérience pourrait être généralisée ou si, au contraire, ces sociétés favoriseraient les fraudes ou les abus, auquel cas elles seraient supprimées. Le bilan des cinq premières années d'application des SAS a montré que la liberté laissée aux associés n'a pas été mal utilisée".

¹³⁹ P-L.Périn ouvrage op.cit.p.184, où il note que "les exemples des statuts consultés montrent une tendance au renforcement des protections et des pouvoirs des associés minoritaires".

¹⁴⁰ P.Le Cannu, "La SAS pour tous (L. n° 99-587, 12 juillet 1999, article 3)", *Bull. Joly août-septembre 1999 n°8-9 p.841*, où il considère qu' «il paraît dès lors artificiel de maintenir l'exigence d'une dualité des associés, alors que de toute façon, la société est placée sous une direction économique unique»

sur la deuxième modification¹⁴², on va examiner dans un premier temps, son régime juridique (première section), avant de passer dans un second temps à l'analyse des enjeux qu'elle peut susciter tant sur un niveau théorique que sur un niveau pratique (deuxième section).

Première section

Le régime juridique de la SAS unipersonnelle (SASU)

157. La loi du 12 juillet 1999 consacre un nouveau cas¹⁴³ où une société peut être instituée par l'acte de volonté d'une seule personne. La SAS unipersonnelle offre ainsi une structure commode aux groupes pour leurs filiales entièrement contrôlées, permettant ainsi de simplifier encore plus leur fonctionnement. Dans l'objectif de trouver les intérêts de la SASU pour les groupes de sociétés, on va examiner dans un premier temps les modalités de sa constitution (première paragraphe) avant de passer dans un deuxième temps à l'examen de ses caractères particuliers (deuxième paragraphe).

Première paragraphe

La constitution de la SAS unipersonnelle

158. Tout d'abord, on doit noter que la SASU n'est pas une forme particulière de société, car il s'agit d'une SAS qui se trouve lors de sa constitution ou lors de sa vie sociale avoir un seul actionnaire. Ensuite aucune prohibition analogue à celle de l'article 36-2 L.1966 n'étant prévue¹⁴⁴, rien n'interdit à une SASU d'être elle-même l'actionnaire unique d'une autre SASU. Il en résulte que la simplification de structures juridiques du groupe pourrait se faire en cascade. Ces précisions faites, les groupes de sociétés peuvent constituer une SASU soit par création soit par transformation d'une autre société.

159. La création *ab initio*. L'article 262-1 prévoit qu'une SAS peut être instituée par une ou plusieurs personnes. Rien n'étant prévu sur les modalités de cette création se sont les dispositions prévues aux articles 75 et s. L.1966 qui seront appliqués, puisque l'article 262-1 alinéa 3 nous renvoie au droit commun des sociétés anonymes. Il s'ensuit que les groupes

¹⁴¹ P.Le Cannu, op.cit., où il justifie cette expression, en raison de la personnalité juridique complète de la SAS, puisqu'elle comporte une limitation de responsabilité.

¹⁴² En effet, la première modification (l'ouverture de la SAS à tous) ne nous intéresse pas, puisque les groupes de sociétés qui choisissent la SAS comme structure d'accueil de leur filiale exclusive, dans la majorité des cas disposent une telle surface financière qui leur permettait de satisfaire les exigences de la loi du 3 janvier 1994.

¹⁴³ A côté de l'EURL instituée par la loi du 11 juillet 1985.

¹⁴⁴ Article 36-2 L.1966 selon lequel: "Une société à responsabilité limitée ne peut avoir pour associé unique une autre société à responsabilité limitée composée d'une seule personne".

peuvent éviter la perte du temps liée aux négociations entre les futurs associés et à la rédaction des statuts.

160. La création par conversion d'une SAS. Avant la loi du 12 juillet 1999, on pourrait envisager la situation suivante: une SAS pourrait devenir unipersonnelle de fait, par la cession des toutes les actions à un seul associé. Toutefois l'article 1844-5 du Code Civil donnait la faculté à tout intéressé de demander la dissolution de la société. Mais selon la nouvelle rédaction de l'article 262-5 L.1966¹⁴⁵, la SAS poursuit normalement son existence sans avoir à affronter le risque de dissolution. Par conséquent, le passage d'un état à l'autre ne s'analyse pas à une transformation de la forme sociale, mais à une conversion qui résulte d'un changement dans la composition de l'actionnariat et qui ne nécessite en soi ni décision d'un organe de la société ni quelques formalités particulières (ex. publicité)¹⁴⁶. Il en résulte, que ces nouvelles dispositions seront largement utilisés par les groupes, qui y trouveront un outil de gestion d'une valeur inappréciable. En effet, ils pourront d'une part convertir facilement leur filiales entièrement contrôlées en sociétés unipersonnelles, et d'autre part adapter le nombre des associés en fonction des besoins de la filiale.

La loi du 12 juillet 1999, devra faciliter la transformation des filiales existantes, qui dans la plu part des cas ont choisi la forme de la société anonyme, en SAS. Cette transformation paraît intéressante pour les sociétés-tête du groupe qui exercent un contrôle exclusif sur leur filiale (qui a pris la forme de SA).

161. La transformation en SASU d'une société anonyme qui fait appel public à l'épargne. Cette transformation¹⁴⁷ pourrait se passer de la manière suivante: le ou les actionnaires agissant en concert au sens de l'article 356-1-3 de la L.1966, qui détiennent au moins 95% de droits de vote de la filiale, ont la faculté de lancer une offre publique de retrait¹⁴⁸ suivie d'une retrait obligatoire¹⁴⁹. Ensuite l'actionnaire unique de la société anonyme devra transformer cette dernière en SAS unipersonnelle, le plus vite possible, pour qu'il puisse éviter une demande de dissolution judiciaire fondée sur l'article 1844-5 du Code Civil (qu'il est encore applicable). L'intérêt particulier de la SASU pour la société mère se trouve dans le fait qu'elle ne

¹⁴⁵ "en cas de réunion en une seule main de toutes les actions d'une société par actions simplifiée, les dispositions de l'article 1844-5 du C. civil relatives à la dissolution judiciaire ne sont pas applicables".

¹⁴⁶P.-H.Conac, "Quelques réflexions sur un avant projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU)", *Dalloz 1999 chronique* 133 p.607, où il a pu écrire que "La SASU serait donc virtuellement pluraliste et la SAS virtuellement unipersonnelle. La SAS bénéficierait alors d'une souplesse inconnue des autres formes des sociétés par actions".

¹⁴⁷ En tout cas la transformation en SAS d'une société anonyme selon l'article 236 L.1966 présuppose deux conditions soient réunies: deux d'existence et l'approbation des bilans de deux premiers exercices

¹⁴⁸ Article 5-6-3 du Règlement Général du Conseil des marchés financiers.

sera pas obligée, avant la transformation, de céder aucune action de sa filiale à une autre de ses filiales, puisque selon l'article 262-1 la SAS peut être composée valablement d'une personne. Le seul obstacle à cette procédure¹⁵⁰ est que la COB peut continuer à exercer son contrôle même après la transformation, car le statut le statut d'émetteur faisant appel public à l'épargne ne se perd automatiquement avec le passage du statut d'une forme sociale faisant appel public à l'épargne à une société fermée¹⁵¹.

162. La transformation en SASU des sociétés anonymes fermées. Cette transformation sera plus difficile que le cas précédent, puisque, contrairement à ce qui est prévu dans le cas du retrait obligatoire, il n'y a pas de moyen juridique d'obliger les actionnaires minoritaires de céder leurs actions. Cette situation est regrettable pour les groupes, puisque au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet, il y avait de nombreuses filiales exclusives non cotées sous la forme de la société anonyme (soit pour des raisons historiques soit en raison de l'absence d'une structure légale adéquate)

Deuxième paragraphe

Les caractères particulières de la SASU

163. Les relations entre l'associé unique et le président. La loi du 12 juillet 1999 a inséré dans les articles 262-10 et 262-11 deux paragraphes nouveaux, dans le souci d'éclaircir les difficultés résultant de la présence d'un associé unique. En effet, on doit distinguer le cas où la personne de l'associé unique s'identifie avec celui du président et le cas d'une dissociation entre ces deux personnes. Dans la première hypothèse, il est tout à fait logique que le formalisme sociétaire est limité. Dans la seconde hypothèse, l'associé unique est le titulaire exclusif des pouvoirs dévolus aux associés lorsque une décision collective est imposée par la loi (article 262-10 alinéa 1 et 2)¹⁵². L'associé unique doit également approuver les comptes et le rapport de gestion établis par le président, après rapport du commissaire aux comptes (article 262-10 alinéa 3). Ce formalisme, un peu ennuyant dans le fonctionnement des groupes, doit être approuvé, car "il garantit un minimum de contrôle du gestionnaire par l'apporteur des fonds, ce qui constitue

¹⁴⁹ Article 5-7-1 et suivants du Règlement Général du CMF.

¹⁵⁰ P-H.Conac, op.cit., constate que «cette opération aussi spectaculaire qu'elle peut paraître, dans la pratique elle ne pose pas de difficultés majeures»

¹⁵¹ En effet la COB est venue de préciser les conditions relatives à la perte d'émetteur faisant appel public à l'épargne dans son règlement 98-10

¹⁵² P-L.Périn op.cit.p.193 où il considère que «ces pouvoirs sont réservés aux associés dans le cadre d'un ordre public de protection et correspondent à une séparation, minimale mais intangible, des pouvoirs»

une protection tant pour ce dernier que pour les tiers”¹⁵³. En interdisant aussi à l’associé unique la délégation de ses pouvoirs¹⁵⁴, le législateur s’inscrit dans l’idée que, dans une société par actions, l’apporteur des capitaux doit détenir, en dernier ressort, le pouvoir de décision.

164. L’émission des obligations: un mode d’intégration de la SASU dans un groupe des sociétés. Le mode de financement le plus adapté à la SASU est l’émission des obligations¹⁵⁵, car l’émission d’actions pourrait entraîner la modification de son actionnariat. En effet, la SASU pourrait recourir à l’émission auprès des ses salariés¹⁵⁶ soit des obligations convertibles en actions de la société mère, soit des bons leur donnant droit de souscrire des actions de la société mère, afin de les faire intéresser aux résultats de l’ensemble du groupe¹⁵⁷. De sa part, la société tête du groupe pourrait émettre des options de souscription d’actions destinées aux salariés de la filiale.

165. Le régime applicable aux cessions d’actions par l’associé unique. Selon l’article 262-21, toutes les dispositions qui concernent les cessions d’actions dans une SAS, ne sont pas applicables dans la SASU. En effet l’unicité de l’associé fait que ces mesures sont sans objet. Mais pour éviter un alourdissement du régime de la SAS¹⁵⁸, qui serait la source des plusieurs difficultés pour les groupes de sociétés, il faut s’en tenir à une interprétation téléologique de cet article¹⁵⁹. Il est souhaitable d’envisager, dès l’adoption des statuts de la SASU, son éventuelle conversion en SAS, en prévoyant des clauses instituant un véritable *intuitus personae*. Comme l’explique D.Randoux: “la forme sociale demeurant identique, l’ouverture du capital social ne doit pas nécessiter une refonte totale des statuts”¹⁶⁰. En plus, la protection du nouvel associé est assurée, car lorsque il acquiert des actions d’une SASU, il connaît les statuts et souscrit donc implicitement à leur contenu.

¹⁵³ P-H.Conac, op.cit.

¹⁵⁴ P-L.Périn, op.cit.p.194, où il tire la conséquence que «*d’un point de vue pratique, cela revient à exiger que toutes les décisions de l’associé unique soient prises par lui-même, c’est à dire, lorsqu’il s’agit d’une personne morale, par son représentant légal*»

¹⁵⁵ Selon l’article 285 L.1966, seules les sociétés par actions ayant deux années d’existence et un bilan approuvé peuvent émettre des obligations

¹⁵⁶ Cette émission se ferait sous la forme d’une simple émission sans appel public à l’épargne

¹⁵⁷ P-H.Conac, op.cit.

¹⁵⁸ La lettre de la loi pourrait nous conduire à comprendre que l’associé unique ne peut pas préparer sa société en adoptant de telles clauses, et lorsque des nouveaux associés sont entrés, rien ne pourrait leur être imposé sur ce plan. Cela empêcherait la conversion de la SASU en SAS, et donc il sera en contradiction avec l’esprit de l’article 262-5 qui en excluant le cas de la dissolution judiciaire cherche d’établir une facilité au passage entre la SASU et la SAS.

¹⁵⁹ D.Randoux, “Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée (SAS)”, *JCP E 1999 n°46 p.1812*

P-L.Périn, op.cit.

J.Paillusseau, “La nouvelle société par actions simplifiée. Le Bing-Bang du droit des sociétés”, *D. Affaires 1999 n°175 p.1354*

Deuxième section

Les incidences du démarche du législateur sur la notion de la personnalité morale

166. La théorie de la réalité de la personnalité morale. L'examen du droit français nous révèle que la reconnaissance de la société unipersonnelle par le législateur a rencontré des graves difficultés. En restant attachée à la lettre de l'article 1832 du Code Civil¹⁶¹, la Cour de Cassation a élaboré au fil des années une jurisprudence constante, fidèle à la théorie de la réalité de la personnalité morale¹⁶². Cette jurisprudence posait une position de principe, selon laquelle, la personnalité morale pourrait être attribuée à "tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être protégés".

167. L'effondrement de la théorie de la réalité de la personnalité morale. Aujourd'hui cette jurisprudence devient caduque, puisque elle est en opposition avec les évolutions législatives récentes qui admettent que l'attribution de la personnalité morale n'est pas obligatoirement liée à l'existence d'un groupement de personnes. Cette évolution s'inscrit, dans un processus d'harmonisation du droit français des sociétés avec la législation européenne¹⁶³. Dans un contexte de concurrence entre les états membres¹⁶⁴, le législateur français a permis à toute personne d'instituer une SAS unipersonnelle, contribuant ainsi à la "banalisation" de la société unipersonnelle et par conséquent, au changement du contenu de la notion de la personnalité morale.

168. Les incidences de développement des groupes de sociétés sur l'évolution de la conception de la personnalité morale. En effet, il arrive souvent que les groupes de sociétés, suivant un plan de restructuration des domaines stratégiques d'activités, veulent créer une filiale pour gérer une partie déterminante de leur activité. Cette filiale, tout en étant totalement assujettie à la société mère, doit posséder simultanément la personnalité juridique, pour qu'elle

¹⁶⁰ D.Randoux, op.cit.

¹⁶¹ Article 1832: "La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens..."

¹⁶² Elle a été affirmée pour la première fois, *Cass.Civ. le 28 janvier 1954, JCP 1954.II.7958, concl.Levasseur*, pour la personnalité du comité d'établissement; elle a été réaffirmée par la chambre sociale, le 23 janvier 1990, pour le comité de groupe, *Rev.sociétés 1990.444, note R.Vatinet*; et le 27 avril 1991, pour le comité d'hygiène et de sécurité, *Rev.sociétés 1992.53*. Dans son rapport pour 1990 p.291 et s., la Cour de Cassation souligne qu'il s'agit d'une position de principe

¹⁶³ La Commission des Communautés Européennes recommande la reconnaissance de la société anonyme unipersonnelle dans les Etats membres de manière à faciliter la transmission des entreprises, Recommandation du 7 décembre 1994, *J.O.C.E., n°L385/14 du 31 décembre 1994* et communication de la Commission relative à cette recommandation *J.O.C.E., n°C 400/1 du 31 décembre 1994*.

¹⁶⁴ Le droit de Pays-Bas permet aux *Naamlose Vennootschap* et aux *Besloten Vennootschap* d'avoir qu'un seul associé. Le droit allemand admet également, depuis 1994, l'existence des sociétés anonymes unipersonnelles.

puisse donner une autonomie de pouvoir et de responsabilité comptable, économique et sociale à son activité. La seule structure juridique qui pourrait permettre la réalisation d'un tel projet serait une société unipersonnelle qui d'une part bénéficierait de la personnalité morale et d'autre part ne serait composée que d'une seule personne: la société mère. Le législateur en reconnaissant la légitimité d'un tel intérêt a créé la SASU. Ainsi que le souligne M. Paillusseau "l'intérêt de l'existence de la personnalité morale ne naît pas du seul fait de l'existence d'un groupement des personnes ou d'une seule personne, mais du besoin qu'elles ressentent de conférer une autonomie juridique à leur opération à leur action, à leur activité ou à leur entreprise"¹⁶⁵. Il constate que la personnalité morale en devenant une réponse juridique à des besoins pratiques et juridiques elle devient une technique d'"autonomisation" et de personnification juridique¹⁶⁶.

169. Les enjeux de la filiale unipersonnelle pour les tiers. Cette banalisation de la personnalité morale risque d'atténuer la protection qu'il procure aux tiers qui entrent en relation avec la société. En effet, la personnalité morale des filiales sous forme de SASU, risque de se confondre avec celle de sa société mère, puisque elle est l'associé unique. La distinction entre ces deux serait encore plus difficile à faire si le président de la SASU serait la société mère ou son représentant. En tout cas une telle confusion va entraîner la qualification de la SAS de société fictive, ce qui conduit à sa nullité. Dans l'objectif d'assurer que la personnalité morale de la SASU ait une consistance véritable, les tribunaux devront continuer à contrôler la réalité de l'intérêt social et l'indépendance de gestion de la filiale. Ils devront aussi être particulièrement attentifs aux intérêts légitimes des tiers confrontés à une telle construction¹⁶⁷. Par conséquent, il est indispensable que tous les règles ayant comme objectif la protection de la réalité et de la consistance du patrimoine social soient respectées, même si parfois il apparaît que leur respect constitue un formalisme innécessaire.

170. En tout cas, ainsi que le remarque M.Périn: "il serait vain de ne pas utiliser la possibilité de créer des SAS à un seul associé et de perpétuer la fiction de l'affectio societatis

¹⁶⁵ J.Paillusseau, "Le droit moderne de la personnalité morale", *RTD civ. (4) oct.-déc.1993 p.705*

¹⁶⁶ Selon la théorie de J.Paillusseau pour l'entreprise: Les mutations socio-économiques sont à l'origine de la tendance de considérer l'entreprise non plus comme un objet de propriété mais comme un sujet de droit indépendant tant des personnes qui la créent que du groupement constitué, et qui vit la vie juridique en tant que tel. La société n'est plus représentée comme un groupement de personnes qui concluent un contrat, mais comme une structure d'accueil pour l'entreprise, comme une structure d'organisation juridique de l'entreprise; le nombre des associés reste donc indifférent. La reconnaissance donc de la société unipersonnelle consacre, selon lui, une évolution de la conception de la société qui change sa figure de contrat-expression de l'autonomie de la volonté contre celle de l'organisation juridique de l'entreprise.

¹⁶⁷ P-L.Périn, op.cit.p.189

entre deux associés dont l'un ne serait que le paravent de l'autre. Il vaut mieux assumer cette responsabilité en prenant soin de faire vivre à la filiale sa vie propre et autonome”¹⁶⁸.

171. A la fin de ce titre, on s'aperçoit, une fois en plus que, dans le domaine des affaires, les relations entre le droit et la pratique sont réciproques. En effet, le législateur, avec la loi de 12 juillet est venu officialiser l'usage que la pratique a fait de la SAS. Toutefois en élargissant le champ d'application de la SAS à toutes les personnes physiques, il est venu à supprimer un des dernières obstacles¹⁶⁹ qui empêchaient les praticiens de l'utiliser comme un outil de contrôle et de développement de groupes de sociétés.

TITRE DEUXIEME

LA SAS, OUTIL DE CONTROLE ET DE DEVELOPPEMENT DE GROUPE DES SOCIETES

172. D'un examen attentif de la loi portant institution de la SAS, on tire la conclusion que cette nouvelle forme sociale était dotée du législateur des avantages qui lui permettaient d'intervenir dans tous les montages destinés à dissocier le capital et le pouvoir de décision¹⁷⁰. On doit attendre que les groupes de sociétés vont utiliser les potentialités de la SAS, comme un instrument non seulement de contrôle du pouvoir, mais aussi comme un instrument de croissance. Il nous convient donc d'examiner dans un premier temps les avantages de la SAS en tant que structure d'accueil d'un holding (chapitre premier) avant de passer dans un deuxième temps à l'analyse de ses éventuelles applications en tant que holding (chapitre deuxième).

Chapitre premier

La SAS, une structure d'accueil des holdings avantageuse

173. Le groupe de sociétés en conjuguant l'indépendance juridique avec la dépendance économique, cherche à établir une politique d'ensemble. Toutefois cette combinaison porte en elle les germes d'un conflit entre l'intérêt global du groupe et l'intérêt particulier des chacune des sociétés affiliés. Ainsi il faut que la société mère du groupe est apte non seulement de mettre en place une stratégie commune mais aussi de protéger les intérêts catégoriels impliqués¹⁷¹. D'une manière surprenante, la SAS présente des avantages considérables tant comme société holding de

¹⁶⁸ P-L.Périn, op.cit.p.189

¹⁶⁹ Les autres obstacles sont l'interdiction de faire appel public à l'épargne et la difficulté de transformation en société anonyme V. n°

¹⁷⁰ Ch.Hannoun, op.cit.

¹⁷¹ Contin R., Hovasse H., «L'autonomie patrimoniale des sociétés», *D. 1991, chr. p.198*

tête d'un groupe de sociétés (première section), que comme une structure permettant la prise en compte des intérêts externes du groupe (deuxième section).

Section première

Les avantages de la SAS en tant que holding

174. Bien que le terme holding soit une création de la pratique, d'origine anglo-saxonne, et il n'existe pas de régime spécifique sur le plan juridique en droit français, on s'accorde à lui reconnaître une existence spécifique¹⁷². Il ne s'agit pas d'une forme sociale particulière, mais d'un type des sociétés qui se caractérisent par leur objet qui consiste à détenir, à titre principal¹⁷³, des participations dans une ou plusieurs sociétés, en vue de les contrôler. Sa création peut répondre à diverses considérations de nature différente. Ainsi on peut la concevoir soit comme un instrument d'assurer l'unité d'un groupe de sociétés tout en maintenant l'autonomie juridique de chacune d'entre elles soit comme un instrument ayant pour objectif de faciliter le rachat d'une société. C'est pourquoi, il conviendra de présenter successivement les avantages que la SAS présente en tant que holding tête du groupe (première paragraphe) et en tant que holding de rachat (deuxième paragraphe).

Première paragraphe

La SAS, holding-tête du groupe

175. Le rôle du holding tête du groupe. Même si la société mère n'a pas toujours un rôle identique¹⁷⁴, il peut apparaître souhaitable d'apporter ou céder toutes les participations à un holding qui permettra de concilier la nécessité d'avoir une politique commune et celle de conserver des unités autonomes responsables de leur gestion. La mise en place d'une telle structure permet de concentrer le pouvoir de direction au sein d'une société. La société mère

¹⁷² Plus spécifiquement, il y a des textes qui visent les holdings, comme le régime dit des "sociétés mères et filiales" (articles 145 et 216 du CGI) et le régime d'intégration fiscale.

¹⁷³ La doctrine s'accorde à faire une distinction entre les holdings "pures" qui ont pour objet exclusif la gestion d'un portefeuille de titres de participations, et les holdings "impures" qui parlent à la gestion des participations exercent une activité industrielle ou commerciale propre.

¹⁷⁴ La société mère peut jouer à la fois un rôle industriel et financier en regroupant des activités économiques identiques, proches ou complémentaires, tout en conservant elle-même une activité industrielle. Dans d'autres cas, la société mère jouera un rôle exclusivement financier et donc elle portera le nom de holding. On note qu'aujourd'hui, le holding assume de plus en plus, une action de direction et de gestion, "Les groupes de sociétés", Ed. Francis Lefebvre; on s'aperçoit que la typologie des holdings présuppose qu'on établit une typologie des groupes. Et les groupes les plus importants en France sont les groupes industriels (Renault, Rhône-Poulenc, Saint-Gobain, etc.) qui sont nés d'une croissance patrimoniale, "LAMY Droit du Financement 2000" p.626. Il s'ensuit que le nombre des holdings industriels -qui correspondent à la dénomination des "holdings impurs"- n'est pas du tout négligent. En se référant donc à la société mère, on s'aperçoit dans la plupart des cas un holding.

pourra ainsi définir la politique du groupe, rationaliser sa gestion, fixer un plan stratégique, déterminer les investissements à réaliser.

176. N'étant pas visée par la loi en tant que telle, la société-holding a besoin d'une structure d'accueil, pour qu'il puisse avoir un statut juridique propre. En général, le choix de la forme juridique de cette société, doit être en corrélation avec les objectifs qui lui sont assignés. Théoriquement le holding peut être indifféremment une société de personnes ou une société de capitaux.

177. Les éventuelles formes sociales d'un holding. Ainsi on a pu imaginer que la société civile peut-être choisie, comme le support juridique de la holding, car elle présente nombre d'avantages en termes de souplesse de gestion et de pérennité du contrôle¹⁷⁵. Toutefois ses inconvénients, à savoir la responsabilité indéfinie des associés au passif social, impossibilité de lui conférer un rôle financier ni de l'activer, limitent ses éventuelles utilisations à un rôle de holding familial. Bien au contraire, la société en commandite par actions a été beaucoup plus utilisée en tant que holding afin de drainer sans risque de perte des pouvoirs les capitaux nécessaires au développement du groupe¹⁷⁶. La dissociation entre le capital détenu par les commanditaires et de la direction exercée par les commandités a permis à la SCA de constituer un arme anti-OPA efficace. Néanmoins la responsabilité solidaire et indéfinie des commandités, constitue un inconvénient primordial qui impose des montages complexes¹⁷⁷. Enfin plusieurs holdings têtes de groupes optent pour la structure de la société anonyme, notamment en raison de la responsabilité limitée des actionnaires au montant de leurs apports et du puissant effet de levier qu'elle offre grâce à l'utilisation des techniques des chaînes de holdings et de titres particuliers. Toutefois sa rigidité, la révocabilité *ad nutum* des dirigeants et la prohibition de variabilité du capital constituent des faiblesses inhérentes à chaque holding tête d'un groupe.

178. L'examen du régime légal de la SAS nous laisse à présager que cette nouvelle forme sociale peut s'avérer une structure idéale pour les holdings à condition que les juristes soient aptes d'aménager les statuts convenablement. Etant "une nature juridique hybride, mi-sociétés de

¹⁷⁵ R.Cannard, "Comment et sous quelle forme constituer un holding?" *Droit et Patrimoine novembre 1993 p.24.*

¹⁷⁶ S.Castagne, "La dernière compilation des holdings: n°1 du "hit parade" des transmissions d'entreprises", *Droit sociétés décembre 1998 p.4*

¹⁷⁷ R.Cannard, op.cit.; pour lui, la structure idéale d'un holding serait la SCA, dans laquelle, pour éviter d'avoir à supporter une responsabilité indéfinie et solidaire, les commandités se réunissent sous forme de sociétés (en général une SA ou une SARL cette dernière étant à capital variable, surtout dans les groupes familiaux, pour faciliter l'entrée et la sortie des membres de la famille). Ce montage permet de diriger le holding sans avoir à verrouiller le capital et sans risque de perte de contrôle. Toutefois, on doit noter qu'à la date de publication de cet article la SAS n'existait pas et donc l'auteur n'a pas pu l'examiner comme une éventuelle structure d'accueil de holding.

personnes, mi-sociétés de capitaux” selon l’expression de M. C.Hannouin¹⁷⁸, la SAS permet de combiner les avantages des deux genres des sociétés, en présentant une seule faiblesse: l’interdiction de faire appel public à l’épargne (article 262-3 L.1966).

179. La liberté d’organisation. Etant donné que la société-holding de tête du groupe est un instrument d’organisation juridique¹⁷⁹, qui lui-même est subdivisé en sous-holdings¹⁸⁰, il est évident que sa forme juridique doit bénéficier d’une souplesse qui lui permettra d’adopter une organisation convenable à la structure du groupe. La SAS répond parfaitement à cette exigence, car son principe fondamental d’organisation est celui de la liberté contractuelle. La loi n’édicte que quelques règles spécifiques et ne suggère aucun mode d’organisation fonctionnelle. En effet le législateur, en supprimant les articles 89 à 177-1, laisse un vide légal de l’organisation interne de la SAS, qui doit être pleinement assumé par ses fondateurs. En plus il est possible de déterminer librement les formes et les conditions dans lesquelles sont prises les décisions collectives, sauf les plus importantes. Ainsi la SAS permet une rationalisation de la gestion du groupe, en évitant les rigidités du régime de la société anonyme.

180. Une stabilité accrue. On doit aussi noter que le fonctionnement des groupes de sociétés exige une certaine continuité dans la gestion des affaires sociaux. Ainsi des mesures doivent être prises pour assurer la stabilité du groupe majoritaire. Dans la poursuite de cet objectif, la SAS, à l’encontre de la société anonyme, permet de prévoir soit un président personne morale soit un président personne physique irrévocable (ou révocable sous certains conditions comme l’unanimité, la modification des statuts)¹⁸¹. La SAS offre aussi la faculté de contrôler l’entrée et la sortie des actionnaires grâce à l’entrée dans les statuts des clauses d’agrément, d’inaliénabilité, d’exclusion, de surveillance de modification de contrôle des sociétés actionnaires. En plus l’insertion de ces clauses dans les statuts leur confère une efficacité réelle car selon l’article 262-16 L.1966 “toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle”. Il s’ensuit qu’il n’est plus nécessaire pour les sociétés holdings de tête des groupes de recourir ni à des pactes extrastatutaires (sauf si ils désirent l’opacité), ni à des montages juridiques complexes.

¹⁷⁸ Ch.Hannoun, op.cit.

¹⁷⁹ A.Couret et D.Martin, “Les sociétés holdings” Que sais-je? PUF 1991 p.12

¹⁸⁰ Lamy Droit du financement 2000 p.1074: Dans tous les grands groupes on trouve des sociétés holdings opérationnelles qui contrôlent et animent un secteur d’activité particulier. A côté de la société holding principal, on trouve des sociétés holdings opérationnelles qui regroupent les entreprises aux activités complémentaires ou possédant des caractéristiques analogues

¹⁸¹ X.Misson, “La société par actions simplifiée: ses raisons d’être et ses perspectives d’avenir”, *JCP N.* 1996 n°7 doctrine p.263 où il considère qu’on pourrait imaginer que les dirigeants seront réunis dans une société civile ou une SARL, qui jouera le rôle du président, unique et irrévocable de la SAS.

Deuxième paragraphe

La SAS, holding de rachat

181. Le holding est souvent utilisé pour assurer le contrôle de la société dans le cadre d'une politique de développement du groupe. L'objectif de ce politique est d'acquérir le contrôle d'une ou plusieurs sociétés en utilisant un minimum des fonds. Pour atteindre cet objectif, le holding de rachat doit créer un effet de levier qui lui permettra de "contrôler sans argent et emprunter sans surface"¹⁸².

182. La nécessité d'une société des capitaux. Les sociétés qui sont habituellement utilisées pour créer un effet de levier juridique sont les sociétés de capitaux, en raison de la règle de la limitation de la responsabilité au montant des apports des associés et de la libre cessibilité des titres. Ces deux conditions sont indispensables, dans la mesure où participent dans des tels montages des investisseurs extérieurs financiers¹⁸³. Dans la pratique, les holdings de rachat choisissent la forme de la société anonyme car elle présente l'intérêt de favoriser un puissant effet de levier juridique, en utilisant soit la technique des chaînes de holdings, soit celle des titres particuliers.

183. L'effet de levier que la SA permet. Dans la première technique, en partant de l'hypothèse qu'il suffit de détenir 51% d'une société pour la contrôler, on peut augmenter le nombre de holdings, chacun détenant un peu plus de la majorité du suivant. La validité des holdings étant, depuis longtemps, admise par la jurisprudence¹⁸⁴, on peut théoriquement "contrôler une société de taille quelconque sans engager soi-même de capitaux propres"¹⁸⁵. En plus, on peut recourir au mécanisme des titres particuliers, comme les actions à droit de vote double (art.175 L.1966), les certificats d'investissement ou les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, et le "capital latent" qui vise tous les instruments financiers permettant à leur propriétaire de souscrire à une date ultérieure au capital d'une société. Toutefois ces mécanismes demeurent sujet à certaines réserves, comme la difficulté de trouver des investisseurs pour chaque holding, le risque de la dépendance financière, le danger de dilution de la participation de

¹⁸² J.Peyrelevade, "Contrôler sans argent, emprunter sans surface", *Banque n°453 septembre 1985* p.773.

¹⁸³ J.-P.Bertrel et M. Jeantin, «Acquisitions et fusions des sociétés commerciales», 2ème éd. 1991, Litec p.165

¹⁸⁴ Trib.com. Marseille 8 septembre 1983, selon lequel le protocole par lequel deux sociétés anonymes ont organisé la prochaine constitution d'une société holding, ayant pour mission de déterminer la politique d'ensemble du nouveau groupe, ne constitue pas en raison de ses termes et de son objet une convention prohibée; Cour d'appel Paris (1er Ch., sect.A, aud.sol.) 18 juin 1986, selon lequel la constitution d'une société holding n'est interdite par aucune disposition légale ou réglementaire.

la société majoritaire en raison des augmentations de capital, le coût engendré par les recours à des montages complexes. On doit aussi noter le fait que les financiers aient tendance à décôter¹⁸⁶ ce genre des structures trop éclatées¹⁸⁷.

184. L'intérêt de la SAS. Le choix de la SAS, permet d'éviter le recours à de tels montages ou au moins de les rendre plus efficaces en les simplifiant. En effet, la SAS présente des intéressantes potentialités en matière d'effet de levier, car son régime légal permet d'organiser une dissociation du capital-pouvoir originale. Cette dissociation est particulièrement intéressante pour les reprises des sociétés dans le plan de la croissance d'un groupe.

185. La dissociation du capital-pouvoir. Plus précisément, l'article 174 L.1966, qui dispose que, sous réserve des certaines exceptions, "le droit de vote attaché aux actions de capital ou de jouissance est proportionnel à la quotité du capital qu'elles représentent et chaque action donne droit à une vote au moins", n'est pas applicable dans les SAS. La seule restriction reste le respect de l'article 1844 du Code civil¹⁸⁸ qui interdit aux statuts d'une SAS de priver un associé de tout droit de vote en l'écartant d'une participation aux décisions collectives. Sous cette réserve, on peut prévoir des clauses totalement inégalitaires¹⁸⁹, qui peuvent faciliter les montages juridiques. Toutefois, on doit remarquer que l'égalité entre les associés (conçue plutôt comme une égalité entre actions) est un principe majeur du droit des sociétés, à valeur constitutionnelle¹⁹⁰, et par conséquent, il faut la concilier avec la liberté d'organisation des SAS, où la proportionnalité est susceptible de beaucoup d'adaptations. Ainsi, une fois les droits particuliers définis dans les statuts, le traitement au sein d'une même catégorie des actions ou entre associés disposant les mêmes droits doit être égalitaire et aucune discrimination ne doit se produire.

186. Sous la réserve que chaque associé doit disposer au moins un droit de vote au minimum, il est loisible d'attribuer un droit de vote plural (double, triple ou davantage). Les articles 174 à 177 L.1966 n'étant pas applicables, les associés restent libres de définir la forme de ces différenciations de droits. Ils ont la faculté de les attribuer aux actions soit à une seule ("golden share") soit à plusieurs qui forment alors une catégorie. Il est aussi possible d'attacher

¹⁸⁵ J.Peyrelevade, op.cit.

¹⁸⁶ La capitalisation boursière devient inférieure à la valeur globale réelle de leurs actifs. La raison de ce phénomène est que les boursiers se méfient de holdings dont la lisibilité n'est pas aussi claire à leurs yeux que celle de sociétés industrielles ou tertiaires directement engagées dans le système productif.

¹⁸⁷ S.Castagné, op.cit.p.6

¹⁸⁸ Selon lequel "tout associé a droit le droit de participer aux décisions collectives"

¹⁸⁹ Ch.Hannoun, op.cit.

¹⁹⁰ Cons.const.,déc.n° 87-232 DC, 7 janvier 1988, Mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole, *Rev.sociétés* 1988 p.229 note Y. Guyon.

les droits définis par les statuts aux associés à titre personnel. Si les droits sont attachés à l'action, ils ont cessibles, alors que dans le cas contraire, ils disparaissent en cas de cession de l'action. Le droit de vote plural peut varier selon la nature de décision ou en fonction d'autres critères, tels que l'ancienneté, l'appartenance à un groupe industriel, le chiffre d'affaires etc. Il peut aussi être consenti pour une période limitée et disparaître à la fin de la durée prévue dans les statuts¹⁹¹.

187. Les investisseurs extérieurs. Il est évident que la mise en place d'un tel dispositif permet à conserver le contrôle de la société mère, tout en limitant le montant d'investissement. En plus, elle offre les moyens d'attirer les investisseurs extérieurs, qui seront ramenés à apporter plus de la moitié du capital de la SAS. En contrepartie de leurs apports, les sociétés d'investissement (ou sociétés de capital-risque) exigent d'exercer une surveillance sur les décisions les plus importantes et d'être assurées de leur remboursement. La SAS peut répondre à leurs soucis. Ainsi on peut imaginer que les sociétés d'investissement disposent un droit de regard, sous la forme d'un veto sur les décisions stratégiques. Il est aussi loisible que les statuts de la SAS leur confèrent le droit de décider sur l'opportunité de distribuer ou non des bénéfices. Cela peut être réalisé par en leur conférant un droit de vote différent, suivant les décisions..

188. La clause de variabilité du capital. On peut encore stipuler une clause de variabilité du capital, laquelle peut être de nature de séduire les sociétés de capital-risque qui font ainsi un investissement plus liquide que dans la société anonyme¹⁹². En effet, une partie de la doctrine considère qu'une telle clause est interdite¹⁹³. Toutefois la majorité de la doctrine¹⁹⁴ admet la possibilité d'insérer une telle clause dans les statuts d'une SAS, pour deux raisons. D'une part, l'article 48 de la loi de 1867 (qui prévoit la possibilité pour une société de disposer d'un capital variable) exclut seulement la SA et non toutes les sociétés par actions. D'autre part, l'admission d'une telle clause aux sociétés en commandite par actions, nous conduit à admettre qu'il n'y a plus de raison de l'interdire dans une SAS.

Deuxième section

¹⁹¹ J-J.Caussain, "L'organisation statutaire des pouvoirs dans la société par actions simplifiée", *Op. Fin.* n°303, 18 avril 1994 p.33.

¹⁹² J-P.Bertrel, "La SAS: bilan et perspectives", *Dr. et Patrimoine* n°74 septembre 1999 p.40

¹⁹³ M.Germain, "La société par actions simplifiée", *JCP E.* 1994, I, n°341, car il considère que dans la mesure où les règles de la société anonyme sont normalement applicables dans ce cas, pareille clause paraît interdite, comme dans la société anonyme".

¹⁹⁴ M.Jeantin "Constitution de la société par actions simplifiée", in *Société par actions simplifiée*, ouvrage collectif dirigé par A.Couret et P.LeCannu, GLN Joly, 1994, p.14.

J-P.Bertrel, "La variabilité du capital social", *Droit et Patrimoine* 1998, n°66, p.78.

J.Mestre, *Lamy Sociétés Commerciales* 1999, n°3841, p.1663.

La SAS et les intérêts externes du groupe

189. L'évolution des groupes de sociétés peut entraîner une perturbation des mécanismes juridiques existants. La mise en place d'une politique commune est effectuée par les actionnaires majoritaires au sein de la société mère. En ajoutant le fait qu'il arrive souvent que les groupes déploient une stratégie à l'échelle mondiale, guidée par la seule recherche de l'optimum économique, on s'aperçoit que les dangers pour les filiales, et par voie de logique, pour les intérêts catégoriels qui y sont impliqués, sont accrus. Il s'avère donc intéressant d'examiner si la SAS, en tant que société mère d'un groupe des sociétés, est apte d'institutionnaliser la prise en compte, dans l'établissement de la politique de groupe, des différents intérêts catégoriels.

190. Pour donner une réponse, on peut recourir à une théorie de conception économique et d'origine anglo-américaine. Ensuite on essaiera de combiner les conclusions qu'on va tirer avec une autre théorie récurrente, en droit américain, la théorie des *stakeholders*. Même si ces deux théories aboutissent à des conclusions tout à fait différentes, on va essayer de les combiner en tentant de trouver une autre perspective d'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés.

191. La théorie de l'entreprise vue comme “*a nexus of contracts*”¹⁹⁵. En l'occurrence, la constitution et le développement de l'activité de l'entreprise nécessitent la conclusion d'accords avec ses partenaires, associés ou non. Selon donc l'opinion dominante aux Etats-Unis, l'entreprise peut être conçue comme le point d'articulation de nombreux contrats connexes, comme un réseau, un “nœud de contrats”¹⁹⁶. En effet l'entreprise est une sorte de marché, dans la mesure où elle constitue un processus complexe d'équilibrage contractuel d'intérêts naturellement divergents. On peut tenter de transposer cette réflexion aux groupes de sociétés. En effet, on peut considérer le groupe, dans sa conception élargie, comme un marché, et sa société mère comme le point d'articulation de nombreux contrats. La conception américaine considère que tous les contrats qui forment l'entreprise, ont un pivot commun, qui est constitué, dans l'entreprise en société, par l'ensemble des associés¹⁹⁷. Cette théorie, en considérant que les associés sont eux qui encourent les risques provenant de la direction de la direction, sert de

¹⁹⁵ P. Didier, «Théorie économique et droit des sociétés», dans les *Mélanges à la mémoire d'Alain Sayag 1997* p.227.

¹⁹⁶ Cette conception “*the nexus of contracts*” a été développé, dans les temps modernes, par le *Chicago School of law and economics*, et elle considérée comme la base théorique de ce que la doctrine américaine appelle “*the property conception of the corporation*”.

¹⁹⁷ Ces associés ont vocation au solde de toutes les opérations de l'entreprise; ils sont les ayants droit au dernier rang, “*les residual claimants*”. Il s'ensuit que les actionnaires supportent tous les risques, et par voie de logique ils doivent tirer tout le profit de la gestion de l'entreprise.

support juridique à la conception que l'entreprise est la propriété des actionnaires, et donc la société doit être gouvernée dans leur intérêt¹⁹⁸.

192. L'émergence des *stakeholders* et leur effet sur le courant de la *corporate governance*. La théorie contraire, celle des *stakeholders* ou autrement la théorie de la responsabilité sociale de l'entreprise¹⁹⁹, essaie de mettre en cause la conclusion précédente. En effet, on ne peut pas considérer que les actionnaires sont les seuls qui ont un intérêt sur la gestion de l'entreprise et qui seuls supportent les risques, car, dans un tel cas, tous les autres personnes qui sont en relation avec l'entreprise devront être compensés par des contrats complets, à savoir des contrats qui prévoient toutes les circonstances²⁰⁰. Sans entrer trop dans les détails, on s'aperçoit que la *corporate governance* reflète un débat sur l'articulation entre des intérêts de nature différente mais convergents²⁰¹. On peut essayer de transposer la théorie des *stakeholders* dans les groupes de sociétés, en considérant que les sociétés affiliés et les intérêts catégoriels qui y sont impliqués doivent trouver leur écho dans l'élaboration de la politique générale du groupe.

193. L'évolution de la jurisprudence. Concernant les intérêts des filiales, on doit noter que la Cour de Cassation, par le biais d'une jurisprudence constante, a dégagé la fameuse conception *Rosenblum*²⁰², qui vise à instaurer un équilibre entre les filiales et le groupe, en imposant quelques conditions²⁰³ pour que l'on fasse accepter des inconvénients à une société d'un groupe sans entrer en contradiction avec le droit en vigueur. En ce qui concerne les intérêts catégoriels mis en péril par la stratégie du groupe, on doit remarquer l'arrêt *Fruehauf*²⁰⁴, où la

¹⁹⁸ C'est la conception stricte de la *corporate governance*, qui considère que l'objectif du gouvernement de la société par les dirigeants doit être la maximisation du gain financier susceptible d'être perçu par les actionnaires, ce que l'on dénomme *shareholder value*.

¹⁹⁹ M.Blair, "Ownership and Control: rethinking corporate governance for the twenty-first century, ed.Brooklings Institution, 1995; Reinhart H.Schmidt "Corporate governance: the role of other constituencies" dans l'ouvrage des A.Pezard/J-M.Thiveaud: "Workable corporate governance: cross border perspectives" Montchrestien, Paris 1997

²⁰⁰ O.Hart, "An economist view of fiduciary duties", LSE Discussion Paper 1993. Selon lui tel est loin d'être le cas, car "dans un monde de contrats imparfaits et incomplets et des marchés financiers (autrement coûts de transaction non négligeables) les arguments a priori qui peuvent expliquer pourquoi une entreprise doit être dirigée dans l'intérêt des actionnaires sont faibles, et la valeur de l'action est un indicateur incomplet de l'intérêt commun des actionnaires..."

²⁰¹ Q.Urban, "La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés", *RTD com.* 53 (1), janvier-mars 2000 p.1

²⁰² Cass.crim., 4 févr. 1985, D.1985, jurispr., 478, note OHL; JCP II. E 1985, 14614, note W.Jeandidier; Rev.soc., 1985, p.648, note B.Bouloc; CA Paris 29 mai 1986, Gaz.Pal. 1986, juris.,479; Cass.crim. 13 févr. 1989, Rev.soc. 1989,692, note B.Bouloc.

²⁰³ Ces conditions sont le renforcement structurel du groupe, une politique de groupe cohérente et l'équilibre entre les avantages et les inconvénients au sein du groupe.

²⁰⁴ Paris 22 mai 1965, D.1968, p.147, note R.Contin; JCP. II. 1965, 14274, concl. M.l'Av. Gén. Nepveu; *RTD com.* 1965, p.619, obs. R.Rodiere; D. 1968, chr. p.45 de R.Contin, «L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés».

Cour de Paris a opposé la prépondérance des intérêts des salariés, des créanciers et de l'Etat français, pour mettre en échec la décision de la société mère.

194. Les possibilités de la SAS dans le domaine d'intervention des tiers. Dans ce contexte, la SAS peut s'avérer une structure fort intéressante, dans la mesure où elle permet l'organisation d'un groupe de sociétés structuré comme un "nœud des contrats". Ainsi les tiers, qualifiés comme *stakeholders*, peuvent bénéficier de la faculté d'intervenir dans la direction de la société mère qui a la forme de SAS. En effet, on peut utiliser le fait que, dans la SAS, la source des pouvoirs soit statutaire et non légale. Les principes de séparation des organes et de hiérarchie des pouvoirs, dégagés par l'arrêt *Motte*²⁰⁵, qui doivent protéger les domaines de compétence définis par la loi contre les intrusions des tiers, ne sont pas appliqués ici²⁰⁶. En plus, la SAS est une société transparente, puisque elle impose l'utilisation des statuts comme norme d'organisation de la société. La publication des statuts étant obligatoire, les dangers pour les tiers non parties à ces accords sont évités. Encore l'inscription de ces accords dans les statuts a pour effet de les considérer conformes à l'intérêt social (puisque les associés y ont librement adhérents).

195. Toutefois, il faut éviter l'immixtion dans la gestion quotidienne, car il y a toujours le danger de la qualification de dirigeant de fait. Les modes de la participation des tiers à la direction de la société peuvent varier: d'un simple droit à l'information jusqu'à leur intervention à la sphère des décisions stratégiques selon leur nature ou parce qu'ils engagent la société à long terme (par exemple: octroi de prêt ou garanties, vente d'immeubles ou d'autres actifs importants, emprunts, émissions de valeurs mobilières etc.)²⁰⁷. On constate que la SAS permet aux sociétés mères des groupes de s'externaliser, tout en bénéficiant des avantages communs des sociétés de capitaux comme la limitation de responsabilité des associés au montant de leurs apports.

196. En dérogeant aux règles de base du droit des sociétés de capitaux, c'est à dire la libre négociabilité des actions et le principe de la majorité, la SAS offre un outil inappréciable aux groupes de sociétés. La SAS leur confère une liberté d'action accrue, tout en permettant aux partenaires financiers et autres de préserver leurs intérêts. Il peut donc s'avérer très intéressant de procéder à l'examen des nouvelles voies que le régime de la SAS ouvre aux groupes de sociétés.

Deuxième chapitre

La mise en oeuvre des montages destinés à dissocier le capital et le pouvoir dans une SAS

²⁰⁵ Cass.com., 14 juin 1946: *JCP, II, 3518 note Bastian*.

²⁰⁶ P-L.Périn, op.cit.p.167

197. A côté de la simplicité, la SAS offre la faculté de dissocier totalement le capital et le pouvoir. Si on ajoute le fait de l'ouverture de la SAS à toute personne, physique ou morale, sans les conditions spécifiques de la loi de 3 janvier 1994, on comprend aisément la diversité des ses éventuelles applications. On va donc examiner tour à tour les applications et les inconvénients de la SAS, comme un moyen d'assurer le contrôle d'un groupe de sociétés (première section) et comme un moyen de faciliter la croissance d'un groupe de sociétés (deuxième section).

Première section

La SAS, comme un moyen d'assurer le contrôle d'un groupe de sociétés

198. La souplesse de la régime juridique de la SAS, permet à ses associés de restructurer le groupe de sociétés tout en simplifiant le fonctionnement et en conservant le contrôle. Toutefois il faut se garder du risque de la qualification d'agir en concert. Il nous appartient d'analyser dans un premier temps quelques applications de la SAS dans le but d'assurer le contrôle du groupe (première paragraphe), avant d'analyser dans un deuxième temps la nouvelle présomption de l'article 356-1-3 de la loi 66-537 du 24 juillet (deuxième paragraphe).

Première paragraphe

Les applications de la SAS dans le but d'assurer le contrôle d'un groupe

199. L'hypothèse de l'ouverture du capital. Prenons l'hypothèse de deux personnes ou deux familles (personnes physiques ou morales) qui désirent l'ouverture du capital de la société, tout en maintenant la maîtrise de la gestion. On peut imaginer qu'elles peuvent, dans un premier temps, transformer la société mère en SAS. Dans un deuxième temps, elles peuvent prévoir dans les statuts de la SAS que leurs actions seront dotés d'un droit de vote plural tandis que les autres ne confèrent droit qu'à un simple vote. Ensuite elles pourront faire apport de leurs titres à une société qui deviendrait actionnaire de la société mère, qui comme on a dit a pris la forme d'une SAS. Après l'ouverture du capital à des investisseurs extérieurs, la société réunissant les deux personnes deviendrait minoritaire tout en conservant la maîtrise de la gestion, grâce aux droits de vote plural conférés à ses actions²⁰⁸.

200. La clause d'exclusion comme arme anti-OPA. La SAS présente des potentialités intéressantes, comme défense contre les offres publiques d'achat ou d'échange hostiles, c'est à dire sans l'accord du conseil d'administration (ou plus généralement de la direction). Le premier

²⁰⁷ P-L.Périn, op.cit.p.169

²⁰⁸ P.Cote, «La société par actions simplifiée: mode d'emploi», Les Echos 21 janvier 1994.

montage qu'on peut imaginer, consiste à l'utilisation du dispositif de la SAS qui concerne la maîtrise du capital. On peut imaginer que les actionnaires majoritaires d'une société cotée, qui peut être la société mère d'un groupe, sont réunis en sein d'une SAS et la contrôlent. On peut en effet verrouiller les capital des actionnaires en prévoyant, dans les statuts de la SAS, une clause d'exclusion, si la répartition de leur propre capital connaissait des variations significatives (article 262-18)²⁰⁹. Cette clause permet de dissuader toute tentative de rachat hostile des actionnaires, en liant la participation dans la SAS à la stabilité du capital des actionnaires.

201. Le président irrévocable comme arme anti-OPA. Le deuxième montage qu'on peut imaginer comme défense anti-OPA, consiste à interposer entre la société mère du groupe et les filiales qu'elle contrôle une SAS en tant que holding intermédiaire. Le président de la SAS, qui exercera au nom de la SAS les pouvoirs de l'actionnaire majoritaire sur les sociétés opérationnelles du groupe, serait nommé pour une longue période sans possibilité de révocation par les associés de la SAS²¹⁰. Ainsi l'actionnaire qui arrive à acquérir le contrôle de la société cotée ne pourrait remplacer le président de la SAS qui aurait été désigné par l'ancienne majorité. Comme le souligne M.C.Hannouin²¹¹, «par ce montage serait en définitive instaurée une indépendance du pouvoir de gestion à l'égard du capital», indépendance du même type que celle que réalise déjà la société en commandite par actions²¹². Toutefois tant l'efficacité que la validité d'un tel montage peuvent être mises en cause. L'efficacité, parce que on ne peut pas être surs que le président résistera à la pression des associés même si ces derniers ne disposent que les pouvoirs qui leur sont réservés par la loi. La validité, parce que l'intérêt de cette structure pour le groupe et la société elle-même peut être mise en cause.

202. L'exemple du groupe Siparex²¹³. La restructuration juridique du groupe Siparex nous offre un exemple concret des potentialités de la SAS pour les groupes de sociétés. La structure de cet groupe, spécialisé en capital-développement était la suivante: à la tête du groupe se place la SA «Siparex Associés», qui détient 6% de deux sociétés d'investissement, «Siparex» et «Siparex Développement», sociétés en commandite par actions (pour limiter les risques d'OPA) dont l'associé commandité est «Siparex Associés»; cette dernière détient également le contrôle de deux sociétés de services «Sigefi» et «Siparex Gestion». Les besoins du fonctionnement du groupe exigeaient la transformation de la forme sociétaire de deux sociétés de

²⁰⁹ Voir paragraphe

²¹⁰ P-L.Périn, op.cit.p.107.

²¹¹ Ch.Hannoun, op.cit.p.288.

²¹² P.Cote, op.cit.

²¹³ F.Vidal, «La SAS conquiert Siparex», *Op. Fin.* 16 janvier 1995, n°338, p.18

services. En effet, d'une part les dirigeants de «Siparex» ont souhaité avoir la maîtrise de gestion de sociétés de services afin de l'harmoniser avec celle de deux sociétés d'investissement, et d'autre part les actionnaires de «Siparex Associés» voulaient conserver le contrôle de sociétés de service²¹⁴.

La SCA ayant été écarté pour des raisons divers²¹⁵, seulement la SAS pourrait déconnecter le droit de vote et la détention du capital. Par conséquent, suite à une redistribution des participations entre les sociétés du groupe, les deux sociétés de services ont été transformées en SAS, et grâce sa souplesse le groupe a été restructuré. Ainsi les présidents des SAS ont été nommés pour un mandat de quatre ans et ne pouvaient être révoqués que pour «justes motifs». D'autre part les actionnaires de «Siparex Associés» ont pu conservé un droit de regard sur le choix et l'action du président, car les statuts les ont conférés un droit de vote double pour toute décision relative à la nomination du président, sa révocation ou le renouvellement de son mandat, ainsi que pour l'approbation des comptes annuels. Ils ont encore préservé un contrôle sur la transmission des actions, grâce à la prévision d'une clause d'agrément. Comme le remarque M.Vidal «la SAS a permis au groupe de parvenir à ses fins en simplifiant son organisation, sans réduire pour autant ses garde-fous».

Deuxième paragraphe

L'action de concert

203. Les raisons d'être de la nouvelle présomption. On s'aperçoit, que, grâce à sa souplesse tant dans l'organisation du pouvoir que dans la maîtrise du capital, la SAS peut devenir un instrument très efficace pour maintenir le contrôle d'un groupe aux mains de certains actionnaires mêmes minoritaires. Les fondateurs d'une SAS peuvent exploiter la très grande liberté de structuration que la loi leur offre, pour faire en sorte que la détention du capital ne reflète le pouvoir de décision, en créant ainsi un arme anti-OPA. Il s'ensuit que, à l'instar de la société en commandite par actions²¹⁶, la SAS peut devenir l'enjeu de batailles boursières. On peut escompter que l'initiateur de l'offre, va rencontrer une difficulté presque insurmontable, car pour acquérir le contrôle de la société cible, il devra d'abord acquérir le contrôle de la SAS. On

²¹⁴ Il s'agissait de confier le pouvoir opérationnel dans les sociétés de services aux sociétés d'investissements, tout en maintenant un pouvoir de contrôle des actionnaires historiques.

²¹⁵ L'exigence de 4 associés n'était pas convenable avec le souci du groupe d'éviter l'ingérence de tout partenaire extérieur. L'autre obstacle qui a empêché le groupe de choisir la société en commandite par actions était la responsabilité indéfinie et solidaire des associés commandités pour les dettes sociales,

²¹⁶ Affaire OCP, Paris 27 avril 1993, *Bull. Joly Bourse juillet-août 1993*, p.396 note P.Le Cannu; *JCP E. 1993, II, 457, note A. Viandier*;

voit que, malgré l'interdiction de faire appel public à l'épargne, la SAS est apte d'influencer le fonctionnement des marchés financiers. Bien évidemment, la situation ainsi créée porte atteinte à la sécurité et à la transparence du marché boursier, car elle aboutit à empêcher le libre jeu des offres et des surenchères.

204. Le dispositif légal. En prenant en compte ces risques, le législateur, avec l'article 3 de la loi du 3 janvier 1994, a ajouté un nouvel alinéa à l'article 356-1-3 L.1966, qui dispose qu'un accord caractérisant l'action de concert est présumé exister «entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle». L'objectif de cette nouvelle présomption est de faciliter la tâche des autorités boursières et des tiers, sans faire peser une trop lourde charge sur la SAS²¹⁷. Le domaine d'application de l'action de concert entre les associés d'une SAS est limité aux sociétés contrôlées par la SAS²¹⁸. En effet, le législateur, en contrepartie du régime extrêmement souple de la SAS, déplace la charge de la preuve sur les associés d'une SAS, en évitant ainsi l'analyse spécifique des ses statuts.

205. L'analyse des statuts de la SAS, comme un moyen de faciliter la preuve contraire. Ainsi les associés d'une SAS, lorsque ils détiennent des participations dans une société cotée, se trouvent sous la menace constante d'être caractérisés d'agir en concert et par conséquent de subir les contraintes de la réglementation boursière²¹⁹. Les associés d'une SAS ont donc tout intérêt de renverser la présomption. Il nous semble que la preuve contraire peut être établie, par le biais de l'analyse des statuts, car, à l'encontre de la SA, où les statuts ont un caractère un peu formel et l'essentiel se trouve dans la sphère des pactes extrastatutaires, la SAS impose l'utilisation des statuts comme norme d'organisation de la société. En contrepartie de la liberté statutaire dont les associés d'une SAS bénéficient, la loi impose un formalisme et une transparence accrue, qui constituent une garantie, tant pour les participants que pour les tiers. Même si les pactes extrastatutaires ne sont pas interdites, il est impossible de stipuler contrairement aux statuts, ni de pallier la silence des statuts sur des points réservés par la loi à ces derniers. Il s'ensuit que l'examen des statuts est apte de révéler non seulement l'existence d'une action de concert mais aussi du cycle des personnes qui agissent ensemble.

Deuxième section

²¹⁷ P.Le Cannu, H.Brandford Griffith, «La société par actions simplifiée et action de concert», *Bull. Joly Bourse et produits financiers*, mai-juin 1994 p.235.

²¹⁸ M.Germain, «La SAS», *JCP 1994, I, 3749*. Il considère que cette présomption «*crée un lien direct entre les actionnaires d'une société par actions simplifiée et les filiales de celle-ci en faisant abstraction de la société elle-même*»

La SAS comme un moyen de faciliter la croissance d'un groupe de sociétés

206. Il est vraisemblable que le périmètre des grands groupes a vocation à évoluer avec le temps. Dans cette perspective, la SAS peut se révéler très utile, car elle permet la dissociation du capital et du pouvoir et l'ouverture du capital à des tiers. Il nous appartient donc d'examiner l'utilisation de la SAS dans les montages de «*leverage buy out*» (première paragraphe). Toutefois la structure de la SAS présente quelques inconvénients qui pourraient empêcher les repreneurs à recourir à cette forme sociétaire (deuxième paragraphe).

Première paragraphe

La SAS, en tant que holding de reprise dans les opérations de «*leverage buy out*»

207. Les traits caractéristiques du LBO. Le LBO profite d'un double effet de levier: un effet de levier juridique, qui résulte de la mise en oeuvre des diverses techniques permettant à un associé de contrôler une société sans détenir la majorité de son capital, et un effet de levier financier qui repose sur l'utilisation massive de l'endettement, afin d'accroître la rentabilité des capitaux investis²²⁰. La première étape (et la plus importante) de la mise en place de cette opération, est la constitution d'une société, l'holding de reprise, qui va s'endetter pour racheter les titres de la société cible. L'objectif sera un endettement maximum de la holding, remboursé grâce aux remontées des dividendes de la société cible. C'est à dire que les repreneurs cherchent un de mettre en place un montage qui fera supporter à la société reprise le coût de son propre rachat²²¹, en d'autres termes comme l'a écrit de façon évocatrice M. Couret de «se payer sur la bête»²²².

208. Le holding de reprise. Ainsi on a pu imaginer que les repreneurs constituent un holding de reprise sous la forme de la SAS en partenariat avec les sociétés de capital risque. Le capital de la SAS serait détenu par des sociétés de capitale risque et son président serait une SARL ou une SA irrévocable et contrôlée par le repreneur²²³. Dans cette hypothèse, la SAS joue le rôle de «char d'assaut financier», de même que la société en commandite par actions²²⁴. Par

²¹⁹ Cela entraîne deux obligations: la déclaration du franchissement des seuils que l'article 356-1 L.1966 définit et le dépôt d'une offre publique (articles 5-5-2 et suiv. du Règlement Général du CMF).

²²⁰ Lamy *Sociétés Commerciales* 1999 p.364

²²¹ J-P.Bertrel, «Acquisitions de contrôle et vampirisme financier», *Dr. et Patrimoine*, janvier 1993 n°1 p.52

²²² A.Couret, «La loi sur l'épargne». *Cahier de recherche de l'I.A.E. de Toulouse*. n° 75 décembre 1987 p.17.

²²³ J-P.Bertrel, op.cit.

²²⁴ J-P.Bertrel, «La commandite, technique d'ingénierie juridique», *Droit et Patrimoine* 1993, n°12 p.26.

conséquent, le ou les repreneurs en contrôlant la personne morale-président de la SAS, qui aurait de façon irrévocable le pouvoir de direction au sein du holding de reprise, ils pourraient contrôler la société rachetée. On doit ajouter que la stipulation d'une clause de variabilité du capital dans les statuts de la SAS, pourrait apporter une flexibilité appréciable par les sociétés de capital-risque qui font ainsi un investissement plus «liquide» que dans une SAS.

209. Les actions préférentielles. Toutefois, il y a un domaine très important pour les sociétés de capital-risque, où le droit français n'offre pas jusqu'à maintenant les solutions souhaitables. Il s'agit du domaine de la répartition conventionnelle des profits et de pertes. Selon l'article 1843-2 du Code civil: «Les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci». Dans le même sens, on lit dans le rapport du Sénat que «S'agissant des droits pécuniaires, le projet de loi (instituant la SAS) ne s'écarte pas ni ne s'avère incompatible avec le droit commun»²²⁵. Ainsi la SAS ne déroge pas au droit commun. Bien au contraire, aux Etats-Unis les sociétés non cotées sont autorisées de développer une ingénierie juridique autour des actions préférentielles («*preferred shares*»). La société est libre d'organiser le rachat par elle-même de ses propres actions ou de fixer des dividendes attachés aux actions de priorité, y compris sous la forme d'intérêts fixes ou non, ou même d'accorder une priorité de remboursement des actions prioritaires par rapport aux actions ordinaires en cas de liquidation, de cession d'actifs ou de fusion²²⁶. Les actions privilégiés présentent des avantages tant pour les financement en fonds propres des sociétés privées que pour les sociétés de capital-risque, qui pourraient ainsi payer des primes importantes pour la souscription d'actions, en contrepartie de ces droits préférentiels. On peut escompter que le législateur français va autoriser la SAS à développer librement les droits pécuniaires attachés aux valeurs mobilières qu'elle émet.

210. Toutefois le fait que le législateur n'a pas utilisé la SAS pour consacrer l'utilisation dans les sociétés cotées des actions préférentielles, n'est pas l'inconvénient majeur de la SAS. En effet, la SAS à la différence de la société anonyme et de la société en commandite par actions ne peut pas faire appel public à l'épargne et accéder aux marchés boursiers.

Deuxième paragraphe

Les limites de la SAS

²²⁵ 1er Rapport Sénat, Doc. 35 du 14 octobre 1993, p.10

²²⁶ P-L.Périn, op.cit.p.224

211. Les justifications de l'interdiction pour une SAS de faire appel public à l'épargne. Si la loi 99-587 du 12 juillet 1999, n'a pas supprimé l'interdiction pour la SAS de faire appel public à l'épargne, c'est parce qu'il s'agit du contrepartie nécessaire à la liberté laissée aux associés. Cette disposition (l'article 262-3) a observé M. De Roux «est cohérente avec le caractère fermé de la SAS, avec l'intuitus personae qui marque les rapports entre les actionnaires et avec la liberté dont ceux-ci disposent pour organiser la société». En effet, il est généralement admis que la protection de l'actionnaire d'une société faisant appel public à l'épargne, nécessite l'imposition des règles détaillées et contraignantes, qui ne sont pas compatibles avec le régime de la SAS. Il faut toutefois remarquer que les droits étrangers permettent aux sociétés avec un régime plus souple que celui de la société anonyme, de faire appel public à l'épargne²²⁷. C'est notamment le cas des *naamlooze vennotschap* du droit néerlandais, des *public limited companies* du droit anglais et des *limited liability companies* du droit américain.

212. L'étendue de l'interdiction de faire appel public à l'épargne. La violation de l'interdiction serait sanctionnée, selon l'article 1841 du Code civil par la nullité de l'émission²²⁸. Il est aussi prévue par l'article 464-3 de la loi du 24 juillet 1966 une sanction pénale, amende 120.000 francs. Ainsi sont exclus de la SAS l'admission d'un instrument financier émis par la SAS aux négociations sur un marché réglementé et l'émission ou la cession de cet instrument financier dans le public ou auprès d'investisseurs n'agissant pas pour leur propre compte. En tout cas, selon M. Périn «la nouvelle définition de l'appel public à l'épargne permet à la SAS d'émettre ou céder des instruments financiers (y compris les obligations ou les titres de créances négociables)²²⁹, en ayant recours, soit à la publicité, soit au démarchage, soit à un établissement de crédit ou un prestataire de services d'investissement, auprès d'investisseurs qualifiés ou dans un cercle restreint d'investisseurs, à la condition que ces investisseurs agissent pour compte propre»²³⁰.

213. Les effets de l'interdiction de faire appel public à l'épargne. Par conséquent si la SAS présente un grand intérêt en tant que technique d'organisation, dans le domaine du financement elle présente des faiblesses graves. En effet, l'interdiction de faire appel public à

²²⁷ P-L.Périn et O.Edwards, «La société par actions simplifiée: un outil attractif pour créer sa start-up», *Option Finance* n°572, 22 novembre 1999 p.31

²²⁸ Selon l'article 1841 Code civ. «Il est interdit aux sociétés n'y ayant pas été autorisés par la loi de faire publiquement appel public à l'épargne ou d'émettre des titres négociables, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis».

²²⁹ Contra V. Tandeau de Marsac, «La SAS, outil de transmission d'entreprise?», *Bull. Joly des sociétés* n°1 p.28, qui en évoquant le *Bull. ANSA*, 1er décembre 1994, n°2744, soutient que la SAS ne peut pas émettre des titres de créance négociables.

²³⁰ P-L.Périn, op.cit.p.49

l'épargne constitue une faiblesse congénitale pour les sociétés du capital-risque, qui considèrent qu'une introduction en bourse constitue dans les montages de LBO, une voie de sortie royale pour eux²³¹. A coté de cet inconvénient, la SAS s'avère incapable d'offrir, en contrepartie d'un financement, les garanties qu'elles peuvent offrir les sociétés en nom collectif et les groupements d'intérêt économique, car la responsabilité des associés est limitée à leurs apports.

214. La transformation de la SAS en société anonyme. La SAS ne pouvant pas faire appel public à l'épargne, il peut s'avérer intéressant d'envisager, dans un moment donné, sa transformation en société anonyme. Dans ce cas là, plusieurs difficultés peuvent apparaître. D'abord l'article 72-1 relatif à la nomination d'un commissaire à la transformation est applicable à la SAS²³². Ensuite, les articles 236 et 237 n'étant pas écartés par les dispositions spécifiques à la SAS, doivent également s'appliquer. Ainsi les conditions que ces articles posent doivent être respectées. La décision de la transformation n'exige ni l'unanimité des associés (article 262-20) ni même une décision collective (article 262-10). Toutefois il conviendra d'appliquer l'article 1836 du Code civil qui exige l'unanimité des associés pour la modification des statuts. En ce qui concerne l'exigence de l'article 73 L.1966, c'est à dire l'obligation pour une SA d'être constituée par sept actionnaires, on doit noter que la suppression des conditions spécifiques de la création de la SAS par la loi du 12 juillet 1999 est susceptible de faciliter la tâche de la transformation.

Conclusion

215. Il nous apparaît que les multiples perspectives de l'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés, montrent l'identité des traits caractéristiques des deux entités. Le groupe de sociétés, qui n'est pas doté de la personnalité morale, est considéré comme une entité économique qui est aperçue par le droit, des manières diverses. Toutefois pour que le groupe puisse exercer ses activités et mettre en oeuvre une véritable stratégie commune, il doit trouver des structures d'accueil tant pour la société mère que pour les sociétés filiales qui correspondent à ses exigences. Comme la pratique le démontre, les traits originaux de la SAS, peuvent apporter des solutions dans les groupes de sociétés.

216. L'évolution de la corrélation entre la SAS et les groupes de sociétés montre un dialogue constant entre le législateur et les besoins de la pratique. En effet, la politique législative vers les groupes de sociétés doit trouver un équilibre entre d'une part la nécessité de favoriser le

²³¹ J-P.Bertrel, op.cit.

²³² *Rép.min.Justice n°19959 à M. G. Trémège, dép., JOAN n° 49, 5 décembre 1994, p. 6074; Bull. Joly, 1995, p.67.*

développement des groupes, et d'autre part le besoin de sécurité juridique et de protection des tiers. Cette équilibre est difficile d'être acquis, puisque le fonctionnement des groupes de sociétés s'imprègne des soucis contradictoires, à savoir l'unité de décision économique et l'autonomie juridique des sociétés affiliés, et par conséquent ils sont considérés comme un facteur de déréglementation du droit. On pourrait même tenter de dire que les groupes de sociétés et leurs besoins spécifiques sont à l'origine d'une autre manière d'apercevoir le droit des sociétés. Il apparaît que l'évolution de la SAS par rapport aux groupes de sociétés, peut être considérée comme un exemple qui illustre parfaitement l'application du principe de la gouvernamentalité, qui considère que l'art du droit est la meilleure façon de gérer les problèmes collectifs²³³. Ainsi le législateur français, en déduisant le but des lois concernant la SAS des choses qui sont à gouverner (les groupes des sociétés), il a créé une structure qui combine de façon remarquable la simplicité et l'efficacité.

217. Toutefois la simplification du régime de la SAS, passe par une déréglementation du droit des sociétés, fait qui n'a pas manqué d'inquiéter certains. Le gouvernement de la SAS (l'organisation interne et la maîtrise du capital) peut être organisé librement par les associés de manière efficace et transparent. Mais l'équilibre des pouvoirs et des droits individuels de chacun n'étant pas définie par la loi, cette liberté peut être utilisée en vue d'organiser la société de façon inégalitaire. Si on prend en compte le fait que la loi de 1999 a ouvert la SAS à toute personne, on s'aperçoit que les risques relevant de la nouvelle société ont accru. Ainsi la SAS peut être considéré qu'elle prend le contre-pied d'un courant d'une envergure mondiale, la *corporate governance*, puisque le rôle de l'intérêt social s'affaiblit dans l'organisation et le fonctionnement de la SAS²³⁴. La volonté commune des associés étant la plupart du temps souveraine, la dichotomie entre l'intérêt commun des associés et celui de la personne morale se renforce. Mais en fin de compte tout dépend de la volonté commune des associés fondateurs de la SAS et rien ne les empêche de promouvoir l'intérêt social dans l'organisation de la société. On peut donc inverser la logique et considérer que la liberté de l'organisation de la SAS accompagnée par une efficacité et une sécurité juridique accrue, permettent aux associés de la transformer à un outil très efficace des diffusions des conceptions de la *corporate governance*.

218. On s'aperçoit que la SAS grâce à sa souplesse et sa flexibilité, est apte à être utilisée par les groupes de sociétés, des manières les plus différentes: de structure d'accueil de la société

²³³ C.Hannoun, op.cit.

²³⁴ D.Poracchia, «Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée», *Rev. sociétés* (2) avr.juin 2000 p.223

mère à structure d'accueil de la société affiliée, de filiale commune à filiale exclusive. En tout état de cause, ses utilisateurs doivent montrer une attention particulière dans la rédaction des statuts de la SAS pour qu'ils évitent les impairs et les impasses. La difficulté de cette tâche est accentuée par le fait de l'ouverture du régime de la SAS à tous. Les dangers qui émanent de ces faits, nous amènent à penser que la SAS peut faire dans l'avenir -quand le nombre des SAS sera peut être plus élevé des autres sociétés fermées²³⁵- l'objet de nouvelles interventions législatives. Toutefois le souci de rendre le régime légal de la SAS plus clair et plus cohérent, ne doit pas conduire à remettre en cause les avantages que cette société tire de la liberté d'organisation.

²³⁵ La libéralisation du régime de la SAS permettent d'anticiper une forte accélération de leur rythme annuel de création (plus de 4000 créations nettes par an).

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

- Bardet H., Charveriat A., Gouthière B., Janin Ph. : «Les holdings: guide juridique et fiscal», Dossiers pratiques, éditions Francis Lefebvre, 1995 2ème édition
- Cozian M., Viandier A., «Droit des sociétés», Litec 11ème édition 1998
- Guyon Y., «Traité des contrats, les sociétés: aménagements statutaires et conventions entre associés», L.G.D.J., 4ème édition
- Hannouin C., «Le droit et le groupe de sociétés», L.G.D.J., Bibliothèque du droit privé. tome 216, 1991
- Jeantin M. : «Droit des sociétés», éditions Monchrestien, 3ème édition, 1994
- Lefebvre F. : «Memento Pratique. Groupes de sociétés», 1998-1999
- Lefebvre F. : «Memento pratique, Droit des affaires. Sociétés commerciales», 2000
- Mestre J., D. Verladochio, Petel P., Faye S., Couret A., «Eléments d'ingénierie sociétaire», Presses universitaires d'Aix-Marseille

Ouvrages spéciaux

- Attar F., Tournu O. : «La société par actions simplifiée», éditions Puits Fleuri, mars 2000.

- Bertrel J-P., Jeantin M. : «Acquisitions et fusions des sociétés commerciales», deuxième édition 1991, Litec
- Brill J-P.: «La filiale commune», Thèse STRASBOURG 1975
- Couret A., Le Cannu P., *et al.*, «Société par actions simplifiée», GLN Joly éditions, coll. Pratique des affaires, 1994.
- Couret A., Martin D., «Les sociétés holdings», PUF 1991, collection «Que sais je?»
- Charveriat A., Couret A., «Société par actions simplifiée, Nouveau régime juridique, fiscal, social» Dossiers pratiques F. Lefebvre, éd. F. Lefebvre, 1999.
- Masquelier F., Nicolas Simon de Kergunic : «La société par actions simplifiée: création, gestion, évolution», éditions Delmas, février 2000.
- Perin P-L: «La société par actions simplifiée», éditions Joly, Collection Pratique des affaires
- Prieto C., «La société contractante», Préface J. Mestre, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 1994.
- Uetwiller J-J. et Larrivé P.: «Guide de rédaction des statuts de la SAS», EFE-LITEC 1995
- Vidal D.: «La société par actions simplifiée», Montchrestien 1998

Articles et études

- Baranger G., «Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette», *Bull. Joly des sociétés* 1999 n°197 p.831;
- Baudeau G., «La SAS-commentaires de la loi du 3 janvier 1994 et éléments des clauses statutaires», *Petites Affiches* 9 mai 1994, n°55, p.10;
- Baudeau G.: «La SAS : pratiques statutaires», *Petites Affiches* 9 avril 1997, n°43, p.10;
- Bertrel J.-P., «La SAS: bilan et perspectives» *Droit & Patrimoine*, n°74, septembre 1999;
- Bertrel J-P., «La liberté contractuelle en droit des sociétés» *RTD com. oct.-dec. 1996* p.595;
- Bertrel J-P., «La SNC filiale commune» *Droit & Patrimoine* 1994, p.20;

- Bertrel J-P., «Acquisition de contrôle et vampirisme financière» *Droit & Patrimoine* 1993 n°1 p.52;
- Bertrel J.-P., «Droit Comparé des Sociétés», «*Droit et Patrimoine* n°84 juillet-août 2000 p.57;
- Bertrel J-P., «Modernisation du droit des sociétés: ce qui prévoit le «rapport Marini» , *Droit & Patrimoine* octobre 1996 p.10;
- Bertrel J-P., «Liberté contractuelle et sociétés. Essai d'une théorie du «juste milieu» en droit des sociétés» *RTD com. octobre-décembre 1996* p.595;
- Bertrel J-P.,: «Le débat sur la nature de la société» *Mélanges Sayag* 1997;
- Bissara P., «L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions» *Revue des sociétés* 1990 p.553;
- Bissara P., «Au seuil d'un nouveau millénaire: quelles perspectives d'évolution pour le droit des sociétés ?» *Revue des sociétés* 2000 p. 69;
- Borde D., Poncelet A., «Coopération inter-entreprises: La société par actions simplifiée (SAS), *Revue de droit des affaires internationales- International Business Law Journal* 1-4-1994 p.221-228 n°2;
- Bouère J.P., «Société anonyme simplifiée et accords statutaires» *Petites Affiches* 13 mai 1991 n°31 p.4;
- Brandforth-Griffith et Le Cannu P., « Société par actions simplifiée et action de concert» *Bull. Joly et produits financiers* n°3 1-5-1994 p.235-247;
- Cannard R., «Pourquoi et comment utiliser la SAS ?» *Droit & Patrimoine* 1994 n°15 p.24 et s.;
- Cannard R., «Comment et sous quelque forme constituer un holding?» *Droit & Patrimoine* 1993 p.24;
- Champaud C., «Les méthodes de groupement des sociétés» *RTD com. 1967* n° 15 p.1003;
- Champaud C., Danet O., «Présentation de la SAS», *RTD com. 1994* p.274;
- Charvériat A., «La refonte de la SAS signe-t-elle l'arrêt de mort de la SA?» *Option Finance* n°556 12 juillet 1999 p.25;
- Charveriat A., «Naissance de la SAS, instrument attendu pour les rapprochements d'entreprises» *Option Finance* 17-1-1994 n°290 p.23;

- Causain, «Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs» *JCP E 21 octobre 1999, n°42, p.1664*;
- Caussain J-J, «A new vehicle for doing business in France» *Revue de droit des affaires International-International Business n°8 1-1-1997 p.939*;
- Caussain J.-J., «L'organisation statutaire des pouvoirs dans la société par actions simplifiée» *Option Finance n°303,304 avril 1994*;
- Colombani J-L., «La société par actions simplifiée sera-t-elle un moteur pour la société européenne?» *Petites Affiches 29 mars 1999 p.7*;
- Conac, «Quelques réflexions sur un avant projet de loi créant une société par actions simplifiée unipersonnelle» *D.1999 chronique 133*;
- Cote P., «La société par actions simplifiée: mode d'emploi» *Les Echos 10 janvier 1994*;
- Couret A., «La transformation en société anonyme est-elle en pratique réalisable?» *Bull Joly des sociétés 1998.81 p.208*;
- Couret A., «Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés» *Revue des sociétés 1984 p.10*;
- Daigre J.-J., «Les clauses relatives à la cession des actions» *JCP éd. E 1994, Cah. Droit de l'entreprise, suppl.2, p.13*;
- Daigre J.-J., «Faut-il banaliser la SAS?» *JCP édition E n°23 10 juin 1999*;
- Daigre J.-J., Le Blanc H., Gerry D., «La société par actions simplifiée» *Droit des sociétés, Actes pratiques 1993 n°12*;
- De LY Filip, «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationaux», *Revue de la jurisprudence du droit des affaires internationales/IBLJ, n° 3, 1995 p.279*;
- Desjardins C., «Donner le pouvoir à l'un de ses enfants sans léser l'autre grâce à une SAS», *Option finance n°513 7 septembre 1998 p.18*;
- Destame C., «SAS: formule cadre des statuts», *JCP édition N. 1994 p.23*;
- Destame C., «Reforme de la société par actions simplifiée-Formule cadre», *JCP édition N. 1999 p.1605*;
- Didier P., «Théorie économique et droit des sociétés», *Mélanges A. Sayag 1997 p.227*;
- Didier P., «La théorie contractualiste de la société» *Rév. Sociétés janvier-mars 2000 p: 95*;

- Douvreur O., «Enquête sur les utilisations de la SAS» *Petites Affiches* 9 avril 1997 n°47 p.7;
- Douvreur O., «Le projet de loi instituant une société par actions simplifiée» *Petites Affiches* 11 mai 1992 n°31 p.4;
- Edwards E. et Périn P.-L., «SAS et pactes d'actionnaires» *Capital Finance hors série spécial Capital risque*, 1999, p.42;
- Epstein J. et Barre X., «La société par actions simplifiée ou la joint-venture du droit français» *Fusions et Acquisitions* avril 1992 p.44;
- Feitz V.A., «La mode des holdings light» *Option Finance* 14 septembre 1992 p.17;
- Field B., «Le projet de société anonyme simplifiée» *Bulletin Joly sociétés* novembre 1990 p.939;
- Fleuriet: «Les filiales communes: le choix d'une forme juridique», *JCP* 1979 édition G. 2945;
- Foyer J., «Quel droit des sociétés dans le millénaire qui s'avance?», *Rév. sociétés* janvier-mars 2000 p.101;
- Frison-Roche M.A.: «La société par actions simplifiée: une véritable révolution», *Le Monde* 19 octobre 1999;
- Germain M., «La SAS libérée», *JCP édition G. n°38* 22 septembre 1999 p.1657;
- Germain M.: «La société par actions simplifiée», *JCP* 1994 édition E. n°11 p.153;
- Guyon Y., «Présentation générale de la SAS», *Revue des sociétés* 1994 p.207;
- Guyon Y., «L'élargissement du domaine des sociétés par actions simplifiées», *Revue des sociétés* 1999 p.505;
- Hannouin C., «Avant-propos: La SAS entre son passé et son avenir», *Petites Affiches* 9 avril 1997;
- Hannouin C., «La société par actions simplifiée, essai de prospective juridique», *Mélanges Sayag* 1997 p. 283;
- Honorat, «La SAS ou la résurgence de l'élément contractuel en droit français des sociétés», *Petites Affiches* 16 août 1996 n°99 p.4;
- Jacomet T., Matignon P., Montet S., «LBO: utilisation de l'effet de levier juridique et financière lors d'une acquisition», *Bulletin Joly Sociétés* 1990 p.415;
- Jaspar X., «Les autres utilisations de la SAS», *Option Finance* n°301 p.27;
- Jeantin M., «Les associés de la SAS», *Revue des sociétés* p.233 n°60 p.223;

- Labaudé Hervé, «Joint-ventures», *International Finacial Law Review* 1-4-1998 p.15-18
- Le Cannu P., «Un nouveau lien de savoir faire contractuel: la société par actions simplifiée», *Défrenois* 1994 article 35933;
- Le Cannu P., «Les dirigeants de la société par actions simplifiée», *Revue sociétés avril-juin 1994* p.239;
- Le Fevre A.,: «Le droit des sociétés redeviendra-t-il contractuel ? Perspective d'une société anonyme simplifiée», *RJ com.* 1992 p.89;
- Le Cannu P., «La SAS pour tous», *Bull. Joly Sociétés, août-septembre 1999 chronique* p.841;
- Le Cannu P., «Les dirigeants de la société par actions simplifiée», *Rev.sociétés (2) avr.-juin 1994* p.239;
- Lorton A., «Réflexions sur la SAS: souplesse à surveiller», *Gazette Palais 1 mai 1994 doctrine* p.531;
- Misson X., «La SAS: ses raisons d'être et ses perspectives d'avenir», *JCP edition N.* 1996 n°7 p.263;
- Paillusseau J., «La contractualisation de la société fermée in «La reforme des sociétés commerciales», *Gazette du Palais 9 et 10 octobre 1998* p.22;
- Paillusseau J., «Les opportunités de la nouvelle société par actions simplifiée», *Les Echos 2 septembre 1999*;
- Paillusseau J., «La nouvelle société par actions simplifiée. Le Bing-Bang du droit des sociétés», *Dalloz Affaires n°175 jeudi 23 septembre 1999* p.1354;
- Paillusseau J., «Le droit moderne de la personnalité morale», *RTD civ. (4) oct.-déc. 1993* p.705;
- Peyrelevade J., «Contrôler sans argent, emprunter sans surface» *Banque n.453 septembre 1985* p.773;
- Périn P-L., «L'information des associés de la société par actions simplifiée», *Dalloz Affaires 1997* p.1060;
- Périn P-L., «De quelques pièges à éviter dans l'organisation de la SAS», *Droit des sociétés juin 1994*;
- Périn P-L., «Comment maîtriser le statut des dirigeants et des associés de SAS?», *Droit des sociétés août-septembre 1994*;

- Périn P-L., «Structures de direction et principes de la SAS: quelques avancées et un recul», *Dalloz affaires* 1996 p.109;
- Périn P-L. Edwards O., «La société par actions simplifiée: un outil attractif de créer sa start-up», *Option Finance* n°572 22 novembre 1999 p.31;
- Périn P-L., «Le projet de loi Allègre assouplit les règles sur la SAS» *Option Finance* n°572, 22 novembre 1999;
- Plantin S., «Transformer une société anonyme en société par actions simplifiée: motifs et procédures», *JCP édition E*. p.1906;
- Porachia D., «Le rôle de l'intérêt social dans la société par actions simplifiée», *Rev. sociétés* (2) avril-juin 2000 p.223;
- Randoux P., «Le droit des sociétés à la recherche d'un nécessaire équilibre», *Révue sociétés* janvier-mars 2000 p. 105;
- Randoux P., «Une forme sociale ordinaire: la société par actions simplifiée», *JCP édition E* 1999 n°46 p.1812;
- Randoux P., «La liberté contractuelle réservée aux grandes entreprises», *JCP édition N* 1994 n°8 p.69;
- Reinhart Y., «Société par actions simplifiée», *RTD com.* 1994 p.300;
- Reumont J-L., «La SAS : premières expériences et premières difficultés», *Petites Affiches* 20 novembre 1996 n°140 p.14;
- Roux P., «La responsabilité du président dans la SAS», *Bull Joly des sociétés* 1996, p.905;
- Roux P., «Prévenir et gérer les conflits entre partenaires d'une joint-venture», *Droit et Patrimoine* mai 1997 p.34;
- Roux X., « La SAS est un pacte des actionnaires», *La vie judiciaire* n.2463 p.4 21-6-1993;
- R. N., «La SAS séduit les entreprises», *Option Finance* n°310 6 juin 1994 p.8;
- Saintourens B., «La flexibilité du droit des sociétés», *Rév. Trim. Droit com.* 40 (4), oct-déc. 1987 p.457;
- Sarfati J.-J., «Ingénierie juridique: intérêts d'une division des accords dans une alliance stratégique», *Droit et Patrimoine* septembre 1997 p.28;
- Solle B., Godet D.: «Faut-il avoir peur de la SAS?» *Les Echos* 28 avril 1994;

- Stoufflet J., «Aménagements statutaires et actionnariat de la société par actions simplifiée», *Rev. sociétés (2) avril-juin 2000 p.239*;
- Stucki D., «Statuts de la société par actions simplifiée», *JCP édition E, 7 octobre 1999*
- Tandeau de Marsac, «La SAS: outil de transmission de l'entreprise», *Bulletin Joly Sociétés 1999 n°1 p.28*
- Teissier A., «L'organe social de la société par actions simplifiée», *Travail et protection sociale, janvier 1999*;
- Theimer A., «La SAS: une nouvelle opportunité pour simplifier la gestion juridique des sociétés», *JCP E. n°14 6 avril 2000 p.593*;
- Thomas J-B, Ortega O., «La société par actions simplifiée ou le droit saisi par la pratique», *Cahier de droit de l'entreprise 2-1994 p.4*;
- Urban Q., «La communauté d'intérêts, un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés», *RTD com. 53 (1), janv.-mars 2000*;
- Valette D., «Contexte et méthode de l'adoption du nouveau régime de la société par actions simplifiée», *Rev. sociétés (2) avril-juin 2000 p.215*;
- Veron M.: «Le dispositif répressif de la loi du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée», *Droit pénal mars 1994 p.1*;
- Vidal D., «Observations sommaires sur la loi du 4 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée», *Petites Affiches 26 janvier 1994 p.4*;
- Vidal D., «Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée», *Droit des sociétés août-septembre 1999 p.4*;
- Vidal F., «La SAS conquiert Siparex», *Option Finance n°338 p.18, 1995*;

Jurisprudence

- Bastian, note sous l'arrêt «Motte» Cass. com. 14 juin 1946, *JCP II.3518 1946*
- Bonneau T., Cass.civ.1re, 8 décembre 1998, Sté General Accident c. BNP: *JCP E 1999 p.576*,
- Bouloc B. note sous arrêt Cass. Crim. 4 février 1985, *Rev.soc., 1985, p.648*
- Bouloc B., note sous l'arrêt Cass. crim. 13 février 1989, *Rev. sociétés 1989.692*
- Contin R.note sous l'arrêt CA Paris 22 mai 1965, *D.1968, p.147*

- Contin R., «L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés», *chron. D* 1968 p. 45.
- Guyon Y., Cass.com. 4 juillet 1995, De la Fournière c Aymard, *D. Affaires*.1995.27.
- Jeandidier W., note sous arrêt Cass. crim. 4 février 1985, *JCP II. E* 1985, 14614
- Levasseur, conclusion Cass.Civ. le 28 janvier 1954, *JCP* 1954.II.7958,
- Remery J-P., Cass.com., sté Fauvet c. Sté Ford France: *RJDA* 11/99 p.945
- Rodiere R., observation sous l'arrêt CA Paris 22 mai 1965, *RTD com.* 1965, p.619

INDEXE ANALYTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Agrément des cessions d'actions: **114s.**, 180
 Action de concert: **203s.**
 Actions préférentielles : **209**
Affectio societatis: 19, 21, 31, **35s.**, 102
 Appel public à l'épargne: 22, 178, **211s.**
 Assemblées d'actionnaires: 58, **106**, 139

B

Basic agreement/ shareholder's agreement: 16
Besloten vennotschap: **71**

C

Capital de la SAS: 78
 Clause d'agrément: V cessions d'actions
 Clause d'appel à l'échelon hiérarchique: 47
 Clause de changement de contrôle affectant un actionnaire: **118**
 Clause d'exclusion: **123s.**, 180
 Clause d'inaliénabilité: **111s.**, 180
 Clause de médiation ou de recours à l'expertise: 47
 Clause d'option d'achat: **129**
 Clause de sortie conjointe: **130**
 Clause de variabilité de capital: **188**
 COB: 161
 Comités spécialisés: **146**

Concurrence juridique: **6, 70s.**, 92
 Conseil d'administration: 87, **93s.**, 138
 Conseil de surveillance: V. surveillance
 Constitution de la SAS
 Co-présidence: 84
Corporate governance: 192, 217

D

Décisions collectives: **102s.**, 144
 Délégation de pouvoirs: **101s.**
 Direction: **81s.**
 Directoire: 61, 87
 Dirigeants: **88s.**
 Dirigeant de fait: 195
 Droit de vote: **185s.**

E

Effet de levier: 27, **181s.**, 207
 Efficacité de la SAS: 13
 Engagement de la SAS: **97s.**
 Expert-comptable: 47

F

Filiale commune: **14s.**, **29s.**
 Filiale «exclusive»: **24s.**, **135s.**
 Financement: 164
 Fruehauf (affaire): 193

G

Gouvernementalité (principe): 4, 216
 Groupement d'intérêt économique: **66s.**

H

Holding tête du groupe: 27, **175s.**
 Holding de rachat ou de reprise: 27, **181s.**, 207

I

Intuitus personae: 19, 21, 31, **39s.**, **108s.**

J

Joint-ventures: **19**

K

Kleine Aktiengesellschaft: **73**

L

Leverage buy out: **207s.**

Liberté contractuelle: **8s.**

Limited liability compagnie: **72**, 150, 211

Loi du 24 juillet 1966: 3, 5, 10, 33, 58, 68

Loi du 3 janvier 1994: 9, 10, 20, 22, 25, 28, 68, 155

Loi du 12 juillet 1999: 10, 25, 26, 28, **135s., 156**

M

Motifs d'exclusion: **125**

Motte (arrêt): 194

N

Naamlose vennotschap: **71**, 211

Négociation préliminaire: **40**

O

Objet social de la SAS: 22, **77s.**

OPA défense: **200, 201**

Ordre public: 8, 12, 81

P

Pactes d'actionnaires extra-statutaires: 62, 180

Personnalité morale: **166s.**

Présidence tournante: 86

Président personne physique: 24, **153, 154**, 180

Président personne morale: 24, **85, 152**, 180

Pouvoirs hiérarchie: 83

R

Représentation de la SAS: **97s.**

Retrait d'un associé: **50, 131**

Rosenblum (arrêt): 193

S

SAS unipersonnelle: 25, **156s.**

Sécurité juridique: 11

Société anonyme: 5, 6, 21, **56s.**, 111, 114, 118, 136, 160, 177, 183

Société en commandite par actions: 177, 188, 202

Société en nom collectif: **64s.**

Société en participation: 30

Sociétés coquilles: **151**

Surveillance: **95s.**

Statuts de la SAS: 11, **12**, 19, 205

T

Tiers: **194s.**

Transformation en SAS: **161s.**

Transformation de la SAS en SA: **214**

U

Unanimité: 21, 37, **46**, 105, 108

TABLE DES MATIERES

Plan sommaire	p.1
Table des abréviations	p.2
Introduction	p.4
Première partie	
La SAS, comme structure permettant le rapprochement des groupes de sociétés	p.15
<u>Titre premier:</u> La filiale commune, une structure aux frontières de la liberté contractuelle et du droit des sociétés	p.15
<u>Chapitre premier:</u> L'originalité de la structure de la filiale commune	p.16
<u>Section 1:</u> Une <i>affectio societatis</i> particulière	p.16
<u>Section 2:</u> Le caractère marqué de <i>l'intuitus personae</i>	p.19
a) L'importance de la personne dans une filiale commune	p.19
b) Les clauses ayant pour objet le fonctionnement de la filiale commune	p.20
c) Les clauses ayant trait aux situations de crise	p.21
1. Les clauses visant à trouver une solution aux situations de crise	
2. Les clauses visant à faire face aux situations de conflit	
<u>Chapitre deuxième</u>	

Les structures d'accueil de la filiale commune	p.24
<u>Section 1</u> : L'inadaptation du droit français	p.24
a) La société anonyme	p.25
b) La société en nom collectif	p.27
c) Le Groupement d'intérêt économique	p.28
<u>Section 2</u> : Le souci du législateur de créer une structure propre pour la coopération des entreprises	p.29
a) L'adaptation des droits étrangers	p.29
b) L'institution de la SAS	p.31

Titre deuxième: La SAS, une structure adaptée aux besoins d'une filiale commune

	p.34
<u>Chapitre premier</u> : L'aménagement du pouvoir de décision	p.34
<u>Section 1</u> : Les organes de la direction de la SAS	p.35
a) Le domaine de la prise des décisions de la SAS	p.35
1. Le président	
2. Les dirigeants	
3. Les organes collégiaux	
4. Les organes de contrôle	
b) Le domaine de la représentation de la société	p.41
<u>Section 2</u> : La collectivité des associés	p.42

Chapitre deuxième: La maîtrise du capital

<u>Section 1</u> : Les clauses visant à maintenir l'équilibre dans une filiale commune	p.46
a) La clause d'inaliénabilité	p.47
b) La clause d'agrément	p.48
<u>Section 2</u> : Les clauses ayant trait à la perturbation de l'équilibre au sein de la filiale commune	p.49
a) La clause de changement de contrôle affectant un actionnaire	p.50
b) La clause d'exclusion	p.51
c) Les autres clauses possibles	p.52

Deuxième partie

La SAS, comme structure aménageant la dépendance dans les groupes de sociétés

p.55

Titre premier: La SAS, un outil de gestion de groupes de sociétés

p.55

Chapitre premier: Le dépassement par la pratique du but législatif

p.56

Section 1: L'inadaptation de la société anonyme aux besoins de gestion des groupes de sociétés

p.56

Section 2: Les avantages de la SAS en tant que structure d'accueil d'une filiale exclusive

p.58

a) La simplification de la gestion

p.58

b) Le statut du président

p.61

<u>Chapitre deuxième:</u> L'officialisation des filiales détenues à 100%	p.64
<u>Section 1:</u> Le régime juridique de la SAS unipersonnelle (SASU)	p.65
a) La constitution de la SASU	p.65
b) Les caractères particulières de la SASU	p.67
<u>Section 2:</u> Les incidences du démarche du législateur sur la notion de la personnalité morale	p.69
<u>Titre deuxième:</u> La SAS, outil de contrôle et de développement de groupes de sociétés	p.71
<u>Chapitre premier:</u> La SAS, une structure d'accueil des holdings avantageuse	p.72
<u>Section 1:</u> Les avantages de la SAS, en tant que holding	p.72
a) La SAS holding tête du groupe	p.72
b) La SAS holding de reprise	p.75
<u>Section 2:</u> La SAS et les «intérêts externes» du groupe	p.78
Chapitre deuxième: La mise en oeuvre des montages destinés à dissocier le pouvoir et le capital dans une SAS	p.81
Section première: La SAS, comme moyen d'assurer le contrôle d'un groupe de sociétés	p.81
a) Les applications	p.82
b) L'action de concert	p.84
Section deuxième: La SAS, comme un moyen de faciliter la croissance d'un groupe des sociétés	p.85
a) La SAS en tant que holding de reprise dans le <i>leverage buy out</i>	p.85
b) Les limites de la SAS	p.87
Conclusion	p.89
Bibliographie	p.91
Indexe analytique	p.99
Table des matières	p.102

