

LE CONTENTIEUX DE LA SAS - I : LA NULLITÉ DES DÉCISIONS D'ASSOCIÉ(S) FONDÉE SUR L'ARTICLE L. 227-9, DERNIER ALINÉA, DU CODE DE COMMERCE

Paul LE CANNU

Professeur à l'Université de Paris I,
Directeur de l'UFR de droit des affaires

1. **L'état de grâce de la SAS.** - Le thème du contentieux de la SAS peut paraître hardi, alors que ce type de société n'a provoqué jusqu'ici qu'un très faible nombre de litiges. A s'en tenir aux revues juridiques, seules sont d'ores et déjà apparues des questions relatives à l'application du droit de la société anonyme lors de la transformation en SAS (1). Il existe pourtant potentiellement bien d'autres domaines dans lesquels la SAS peut donner lieu à contentieux.

2. **Des sociétés plus ou moins conflictuelles.** - Les raisons de telles difficultés ne manquent pas, mais il est indispensable de marquer d'entrée qu'elles se produiront plus facilement dans certaines situations. On peut en effet subodorer qu'une **SAS unipersonnelle** ne présente guère de danger contentieux, tant qu'elle est *in bonis* (2), qu'elle reste unipersonnelle, et qu'elle n'est pas vendue ou absorbée (3). L'unité d'intérêt qui caractérise son actionariat paraît la préserver des sources les plus courantes de litigation, encore que, par exemple, l'on puisse probablement poursuivre son président (4) pour abus de biens sociaux, comme le gérant d'une EURL (5).

3. **De la liberté de stipuler au risque d'exécution.** - Ce sont essentiellement les situations de diversité d'intérêts qui risquent de produire du contentieux dans et autour de la SAS. Mais ce terrain n'a rien de spécifique à la SAS. Les éléments caractéristiques relèvent ici d'autres phénomènes : d'une part, les statuts de la SAS peuvent et doivent contenir nombre de clauses particulières (6), ce qui peut rendre nécessaire de les interpréter et de combler leurs lacunes ;

(1) Pour des arrêts écartant l'exigence 'un commissaire à la transformation (art. 72-1, loi de 1966, devenu art. L. 224-4, n. c. com.) : CA Paris, 3^e ch. C, 26 mai 2000 : *Bull. Joly*, oct. 2000, p. 971, § 247, note A. Couret ; *D.* 2000, AJ, 333, obs. A. Lienhard ; 29 sept. 2000 : *D.* 2000, AJ, 416, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly*, janv. 2001, p. 59, § 18, note A. Couret.

(2) Naturellement, gare à la liquidation judiciaire et à l'application de l'article 1844-5 du code civil, et attention à la confusion des patrimoines...

(3) Son ou ses nouveaux associés et dirigeants peuvent en effet « remonter » dans le temps pour dénicher des irrégularités qui permettent d'obtenir des sanctions à l'égard du ou des anciens dirigeants, voire de l'ancien associé.

(4) C'est à dire le président personne physique, ou les dirigeants de la personne morale présidente (art. L. 227-7). La personne morale présidente n'est pas elle-même responsable pénalement (J. Paillusseau, SAS, la non-responsabilité pénale des dirigeants personnes morales : *D.* 2001, CDA, p. 221).

(5) *Cass. crim.* 14 juin 1993 : *Bull. crim.* n°208, p. 526 ; *Bull. Joly* 1993, 1139, § 337, note B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 1994, 90, note B. Bouloc.

(6) Souvent complétées par des pactes ; v. not. Ph. Brunswick, SAS et capital investissement : vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires ? *D.* 2000, 595.

d'autre part, les règles de fonctionnement de la SAS peuvent, si les associés y ont consenti, revêtir une nature inégalitaire bien plus forte que dans les autres sociétés ; et la protection que la loi accorde aux associés d'une telle société revêt un caractère minimaliste, potentiellement préjudiciable à ceux qui n'ont pas pu ou su négocier des droits « politiques ».

4. Une direction potentiellement très autonome. - A ces facteurs de risque s'ajoutent les particularités de la direction des SAS. Les pouvoirs, l'organisation, le statut des dirigeants laissent place à de nombreuses possibilités (7), et donc à des contentieux par nature plus variés que ceux qui affectent les dirigeants de société anonyme ou les gérants de SARL. Par exemple, le décalage possible entre le pouvoir de gestion et la détention du capital peut faire naître des pulsions contentieuses devant le mur statutaire et contractuel qui s'oppose aux rectifications voulues par les associés ou certains d'entre eux. A l'inverse, le président ou les dirigeants qui seraient très encadrés pourraient eux aussi se rebeller contre un dispositif peu conforme aux nécessités de la gestion.

5. L'article L. 227-9, dernier alinéa. - Dans ce contexte, seront évoquées diverses situations contentieuses, mais sans exhaustivité, car présomptueux serait celui qui prétendrait dire d'avance où peut prendre le feu.

Lors de cette première étude, une nouveauté législative de 1999 (8) va être examinée. C'est en effet la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 qui a ajouté à ce qui était à l'époque l'article 262-10 de la loi de 1966, et qui est devenu depuis l'article L. 227-9 du n. c. com., un alinéa ainsi rédigé : « *Les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé.* »

6. Deux ensembles différents. - On ne peut manquer de relever la différence de philosophie qui sépare la SAS d'une part, et le système de nullité applicable en matière de société, d'autre part. Alors que la première jouit d'une grande liberté, le second est marqué par son caractère impératif. Il s'agit d'ailleurs de déterminer la réaction du droit objectif en présence de comportements individuels ou collectifs jugés inacceptables. Toutefois, cette opposition ne doit pas être exagérée. D'abord, la liberté contractuelle peut intervenir à différents stades du processus qui mène à l'annulation d'un acte. La théorie des nullités, même en matière d'actes d'organes sociaux, n'est pas un bunker impénétrable. Ensuite, la SAS n'est pas seulement construite sur la liberté contractuelle. Pour tenir debout, elle a besoin, elle aussi, de principes fermes, dont l'ordre juridique doit assurer le respect. L'article L. 227-9, dernier alinéa, tente donc une synthèse subtile entre l'impératif et le supplétif, entre l'ordre et la liberté, parce que chacun a besoin de l'autre.

7. Les normes sanctionnées. - Pour saisir le sens de cette disposition, il faut naturellement regarder quels commandements porte l'article en cause. Deux sortes de questions bien distinctes sont évoquées dans le texte.

(7) M. Germain, Les clauses relatives au fonctionnement de la société : *Cah. dr. entr.* 1994/2, p. 11 ; P. Le Cannu, Un nouveau lieu de savoir-faire contractuel : la Société par Actions Simplifiée (SAS) : *Defrénois* nov. 1994, p. 1345.

(8) V. M. Storck, Les associés de la SAS : *Petites Affiches*, 15 sept. 2000, n° 185, p. 42 ; P. Le Cannu, SAS : Indications et contre-indications, même revue, p. 7.

Les deux premiers alinéas visent les *décisions collectives* ; ils énoncent :

- « Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient. »
- « Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. »

Quant à l'alinéa 3, il traite des *décisions d'associé unique* : « Dans les sociétés ne comprenant qu'un seul associé, le rapport de gestion, les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés sont arrêtés par le président. L'associé unique approuve les comptes, après rapport du commissaire aux comptes, dans le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice. L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions sont répertoriées dans un registre. »

Il semble donc opportun, si ce n'est parfaitement pertinent, de reprendre l'architecture légale et de distinguer la nullité des décisions collectives d'une part, et celle des décisions d'associé unique, d'autre part. Comme on l'a dit, la source et l'ambiance contentieuse seront généralement bien différentes dans les sociétés qui comptent au moins deux associés, et dans celles qui n'en ont qu'un seul. Cependant, le tronc commun aux deux situations porte sur l'essentiel : la répartition des pouvoirs et le régime de la nullité. Il emprunte largement au droit commun des nullités d'actes et délibérations d'organe social, avec lequel il se combine de manière variée, par exception ou par illustration.

Les SAS étant souvent des sociétés qui ne comptent que peu d'associés, et la situation de bi-personnalité y étant relativement fréquente (9), la nullité d'une décision peut apparaître comme un mal nécessaire pour sortir de certains blocages. Mais il n'échappe pas non plus qu'elle peut elle-même entretenir les blocages, ce qui, aussi, laisse augurer d'une jurisprudence complexe.

- I. La nullité des décisions collectives
- II. La nullité des décisions d'associé unique

I. La nullité des décisions collectives

8. Notion de décision collective. - La notion de « décision collective » n'est explicitement présente dans le code de commerce qu'à l'article L. 227-1, qui, dans le contexte de la SAS, l'oppose aux « décisions d'associé unique ». Encore n'est-elle apparue qu'avec la loi du 12

(9) V. L. Le Floc'h-Dessertine, La société bi-personnelle, thèse Bordeaux, dactyl., déc. 2000.

juillet 1999. Pourtant, elle préexistait à la SAS, car elle convient dans tous les cas où les associés d'une société participent à une décision sociale, sans participer à une assemblée (10). Elle se caractérise essentiellement par des procédés d'élaboration et de rencontre des volontés qui ne nécessitent pas forcément la présence ou la représentation des associés en un même lieu et en un temps donné. Toutefois, même en l'absence d'assemblée, la décision, collective dans sa formation puisque les associés doivent être mis en mesure d'y prendre part, reste une décision de la société, c'est à dire un acte guidé par le seul intérêt de la société. L'ensemble des associés forment donc dans ce cas l'organe social compétent pour prendre certaines décisions au nom de la société, sans que cet organe prenne nécessairement la forme d'une assemblée.

9. Questions traitées. - L'introduction d'une disposition explicite en 1999, brandissant la sanction de l'annulation à l'égard des décisions collectives de SAS, suscite une première question. En effet, on pouvait penser dès 1994 que, s'agissant des décisions collectives, l'article 360 de la loi de 1966 (devenu depuis art. L. 235-1 n. c. com.) pouvait sanctionner les termes apparemment impératifs de la répartition des matières (11). L'innovation était-elle donc nécessaire (A) ? Dans l'affirmative, la compréhension de la disposition appelle une détermination des causes d'annulation (B), et du régime de la nullité (C).

A. L'innovation due à la loi du 12 juillet 1999 était-elle nécessaire ?

10. Nature impérative des règles de fond de l'ancien article 262-10. - La nature impérative de l'ancien article 262-10 pouvait certes être discutée, faute d'indication précise dans le texte de cet article. Toutefois, la substance de la disposition ne laissait guère de doute (12). En effet, ce texte avait pour but de définir le minimum incompressible de la compétence reconnue collectivement aux associés de SAS, et donc du droit individuel de participer à la gestion de la société. Dans un environnement de grande liberté, la loi du 3 janvier 1994 avait créé là un îlot de résistance qui, par nature, ne pouvait être facultatif ; une autre lecture aurait abouti à la possibilité de supprimer tout droit pour un associé de participer aux décisions sociales. Or cette interprétation distinguerait la SAS de toutes les autres sociétés, alors qu'elle est elle aussi soumise au principe posé par l'article 1844, alinéa 1^{er}, du code civil (« tout associé a le droit de participer aux décisions collectives »), et que ce droit résulte de l'*affectio*

(10) La section III du chapitre consacré par le code civil à la société civile est intitulée « décisions collectives » ; les art. 1853 et 1854 de ce code envisagent deux modes de décision collective autres que l'assemblée : la consultation écrite et l'acte unanime. Ces techniques sont également présentes dans les sociétés commerciales, parfois depuis peu de temps, ce qui montre un certain déclin des assemblées ; V., dans le code de commerce, art. L. 221-6 (consultation écrite des associés en nom), L. 222-5 (décisions d'associés dans les sociétés en commandite simple, selon les « conditions fixées par les statuts », la réunion d'une assemblée de tous les associés étant de droit si elle demandée par un commandité ou par le quart en nombre et en capital des commanditaires), L. 223-27 (consultation écrite et acte unanime dans les SARL). La société anonyme sera touchée à son tour si les conseils et les assemblées peuvent se tenir par visio-conférence.

(11) V. cependant P.-L. Périn, La société par actions simplifiée. L'organisation des pouvoirs, Joly éd., 2000, n° 117 et s. ; mais l'opinion de l'auteur est nuancée : v. n° 125.

(12) En ce sens : M. Jeantin, Les associés de la SAS : *Rev. sociétés* 1994, p. 223, spé. n° 43 ; M. Germain, La Société par Actions Simplifiée (SAS) : *JCP éd. E*, 1994, I, 341.

societatis, élément caractéristique de la société encore reconnu par la majorité de la doctrine et par la jurisprudence.

La référence à ces textes n'est pas sans valeur en matière de sanction, puisque la violation de l'article 1832 est susceptible d'entraîner l'annulation de la société elle-même, alors que celle de l'article 1844, alinéa 1^{er}, norme explicitement impérative (13), suscite l'application de l'article 1844-10, alinéa 2 (« Toute clause statutaire contraire à une disposition impérative du présent titre, dont la violation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, est réputée non écrite. »), qui permet l'annulation des décisions sociales contraires.

11. Décisions collectives par la volonté des associés. - Certes, les concepteurs de la loi de 1994 avaient subtilement agencé le dispositif de l'article 262-10, puisqu'il permet aux associés de définir eux-mêmes la liste des décisions collectives. La notion de décision collective n'a donc pas en principe un contenu objectif, elle dépend des choix des rédacteurs des statuts. L'alinéa 2 du texte prend tout son sens en opposition à ce principe de liberté : la loi intervient pour situer la compétence obligatoire des associés, ce qui dispense de s'interroger trop souvent sur la portée des articles 1832 et 1844 du code civil en matière de SAS.

12. Au delà de l'article L. 235-1 ? - Dans ces conditions, qu'apporte le nouvel alinéa final du texte examiné, en présence de l'article L. 235-1 (14) ? On sait que ce texte distingue deux domaines de nullité : celui de la société elle-même, auquel il assimile les modifications de statuts (1°), et celui des actes et délibérations des organes sociaux (2°).

1°. Nullité des modifications de statuts.

13. Disposition «expresse» du Livre II. - S'agissant des modifications de statuts, l'article L. 235-1 n'admet d'annulation que si une disposition «expresse» du livre II du code de

(13) L'alinéa 4 de l'article 1844 dispose : « Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent. » Il en résulte que l'on ne peut déroger à l'alinéa 1^{er}. La Cour de cassation a adopté ce point de vue dans des arrêts célèbres (*Cass. com.* 4 janv. 1994, *Quot. jur.* 1994, n°10, p. 4, note P.M. ; *Dr. sociétés* mars 1994, n°45, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly*, 1994, 249, § 62, chron. J.-J. Daigre ; *Defrénois* 1994, 556, obs. P. Le Cannu ; *JCP éd. E* 1994, I, 363, obs. Viandier et Caussain, n°4 ; 1994, panor. 131, obs. A. Guengant ; *Rev. sociétés* 1994, 278, note M. Lecène-Marénaud ; *RTD civ.* 1994, 644, obs. F. Zénati ; *Cass. civ.* 3^e, 21 oct. 1998, Angeli c. SCI Domaine de Grignon ; *Bull. Joly*, 1999, p. 107, § 24, note L. Grosclaude ; *Defrénois* 1999, 1192, obs. J. Honorat ; *JCP éd. E*, 1999, 86, note Y. Guyon ; *Dr. sociétés* 1999, n° 10, obs. Th. Bonneau ; Lamy sociétés commerciales, maj fév. 1999, note L. Merland ; *Petites Affiches*, 11 mars 1999, n°50 ; v. rapp. C. Daum, *RJDA* 12/1998, p. 993 ; P. Le Cannu, Nullités et participation des associés aux décisions collectives : *RJDA* 12/1998, p. 967 ; *Cass. com.* 9 févr. 1999 ; *JCP éd. N*, 1999, p. 417 ; *Rev. sociétés* 1999, 79, note P. Le Cannu ; *JCP éd. E*, 1999, 724, note Y. Guyon ; *JCP éd. G*, 1999, II, 10168, note Blanc ; *RJ com.* mai 1999, note J.-Ph. Dom ; *Bull. Joly*, mai 1999, p. 566, § 122, note J.-J. Daigre ; *D. aff.* 1999, n° 155, p. 563, obs. M.B. ; *Defrénois* 1999, 625, obs. H. Hovasse ; *RTD com.* 1999, 902, obs. Y. Reinhard.

(14) « La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil. »

« La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent [*c'est à dire ne modifiant pas les statuts*] ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats ».

commerce, ou des lois qui régissent la validité des contrats, a été violée. Cette exigence se trouve d'ailleurs, pour les nullités de société, en deçà de celles qu'arrête la première directive de droit des sociétés du 9 mars 1968. Mais cette directive ne concerne pas elle-même les modifications de statuts – sans doute parce que la plupart d'entre elles n'ont pas d'effet sur l'existence de la personnalité juridique de la société (art. 1844-3, *in fine*, du code civil).

L'article L. 227-9 constitue-t-il l'un des textes qui permettent de justifier l'annulation d'une décision modificative des statuts ? On peut le penser. En effet, les modifications de statuts relèvent, selon les principes du droit commun des sociétés, de la compétence des associés. L'article 1836 du code civil énonce que « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés. » De plus, l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 du code de commerce vise un certain nombre de décisions qui ont la nature d'une modification de statuts. Et, puisque ce texte ne les vise pas toutes, les statuts peuvent placer les autres modifications de statuts dans la liste des décisions collectives ; ils ont d'ailleurs tout intérêt à stipuler sur cette question, parce que, sinon, l'unanimité sera exigée, en raison des termes de l'article 1836 qui viennent d'être cités.

Autrement dit, l'article L. 227-9 ne déroge pas à l'article L. 235-1, alinéa 1^{er}, mais il constitue une application du principe contenu dans ce texte. Les modifications de statuts décidées contrairement aux règles de l'article L. 227-9 peuvent donc être annulées.

14. Validité des clauses statutaires. - Le dernier alinéa de l'article L. 227-9 ne vise que les « décisions ». Il en résulte qu'il ne traite pas directement de la validité des clauses statutaires – qui sont à distinguer de la décision qui les crée. Sont donc renvoyés à une autre étude les problèmes que posent l'absence, la rédaction lacunaire ou les contradictions des clauses de statuts de SAS. D'ailleurs, ce phénomène ne se limite pas aux clauses qui doivent déterminer quelles sont les décisions collectives ou les décisions d'associé unique, et dans quelles formes et conditions elles doivent être prises. Il concerne plus généralement les cas où les statuts de SAS doivent, en vertu de la loi, comporter telle ou telle clause, et où ces clauses sont inexistantes ou mal conçues. Cela va conduire à ne pas évoquer, dans les développements qui vont suivre, la sanction du non-respect des dispositions de l'alinéa premier de l'article L. 227-9 par les statuts eux-mêmes, et à concentrer l'attention sur les décisions d'associé(s).

2° Nullité des autres décisions collectives.

15. Changement de système ? - L'alinéa 2 de l'article L. 235-1 limite les nullités des actes ne modifiant pas les statuts aux violations des dispositions impératives du livre II du code de commerce, ou des lois qui régissent les contrats. Une première question se pose désormais : la nullité spécifiée à l'article L. 227-9 est-elle susceptible de sanctionner des conséquences de la règle qui n'ont pas une nature impérative (a) ? Deuxième question : l'autre condition posée par l'article L. 235-1 (violation d'une disposition « du présent livre ») disparaît-elle, ou est-elle tout simplement satisfaite par l'article L. 227-9 lui-même (b) ?

a. La violation des règles n'ayant pas une nature impérative.

16. Règles à facettes. - Le raisonnement peut paraître curieux dans une société marquée par la liberté contractuelle... Il ne relève pourtant pas de l'in vraisemblable. En effet, la norme

exprimée par l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 renvoie à d'autres textes du code de commerce qui envisagent des facultés. Et l'on connaît la difficulté de déterminer le caractère impératif des textes du droit des sociétés (15).

En se fixant sur « les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes », l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 fait intervenir des règles assurément impératives, et d'autres qui le sont moins. Prenons l'exemple de l'article L. 225-129 (ex-art. 180 de la loi de 1966) ; le I de ce texte réserve de façon nettement impérative (16) à l'assemblée générale extraordinaire le pouvoir de décider une augmentation de capital ; mais il contient aussi des règles d'apparence facultative. Or cette dernière catégorie rassemble des espèces bien différentes, comme celle qui permet à l'assemblée générale extraordinaire de déterminer elle-même les modalités de réalisation des augmentations de capital, ou celle qui lui permet de décider que les droits formant rompus ne sont pas négociables.

Dans le premier cas, en effet, l'assemblée générale extraordinaire peut retenir sa compétence au lieu de la déléguer au conseil d'administration ou au directoire, ce qui appliqué à la SAS, se traduit par une décision collective de délégation à l'organe déterminé dans les statuts, ou, à défaut, au président (art. L. 227-1, dernier alinéa). La règle n'est impérative que d'un seul côté : seule l'assemblée générale extraordinaire peut déléguer à l'organe de gestion le pouvoir de déterminer les modalités de l'augmentation de capital dont le principe a été arrêté. Mais la possibilité même de délégation n'apparaît pas comme impérative.

En revanche, dans le second cas, c'est une compétence exclusive qui est reconnue à l'assemblée générale extraordinaire ; simplement, celle-ci n'est pas obligée d'en user. On peut en déduire que seule, une décision collective peut ôter leur caractère négociable aux droits formant rompus lors d'une augmentation de capital. La nullité entache donc une décision de ce genre si elle est prise par un autre organe ou une autre personne.

17. L'octroi d'une faculté et l'exercice de la faculté. - On voit que, dans ces exemples, l'on reste dans la problématique habituelle de la détermination des pouvoirs : s'il existe une faculté, son exercice ne peut par construction être sanctionné. Cependant, il se peut que la faculté ouverte soit limitée ; par exemple, la délégation ne peut être donnée qu'à tel organe. L'exercice du pouvoir en question par un autre organe pourra donc paraître contraire à une disposition impérative... En outre, la négation d'une faculté peut elle aussi constituer une violation d'une règle impérative.

b. L'intégration de la norme de référence exigée par l'article L. 235-1

(15) V. récemment sur cette question, L. Grosclaude, Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés, thèse Paris I, 1997 ; L. Bornhauser-Mitrani, La violation d'une clause statutaire : *Petites Affiches*, 8 avr. 1998, n° 42, p. 11 ; S. Grouchko-Schiller, Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés. Les «connexions radicales », thèse Paris II, 1999 ; dir. F. Terré ; et également : D. Grillet-Ponton, La méconnaissance d'une règle impérative de la loi, cause de nullité des actes et délibérations des organes de la société, *Rev. sociétés* 1984, 55 ; J.-P. Legros, La nullité des décisions de société, *Rev. sociétés* 1991, 275.

(16) Si l'on avait un doute, l'article L. 225-129, VII, dispose : « Les décisions prises en violation des dispositions du présent article sont nulles ».

18. D'où viennent les causes de nullité ? - L'utilité du dernier alinéa de l'article L. 227-9 paraîtra d'autant plus claire si l'on peut affirmer que « la violation des dispositions du présent article » peut comprendre la violation de normes résultant des statuts ou des décisions précédentes des organes sociaux, voire des dispositions des textes extérieurs au livre II du code de commerce, au delà de celles qui régissent la validité des contrats.

On sait que la jurisprudence applique avec une certaine sévérité la règle selon laquelle seules les dispositions du code civil ou du code de commerce sont seules sanctionnées par la nullité, à la différence des règles posées par les statuts (17), voire par les décisions d'organe social. Cette rigueur est-elle modifiée par les termes de l'article L. 227-9 ?

19. Interprétation stricte. - Dans une vision étroite, seules les règles légales figurant dans l'article L. 227-9 seraient susceptibles d'être sanctionnées par la nullité. Dans la mesure où ces dispositions renvoient aux statuts de la société, on peut soutenir que la disposition légale n'est sanctionnable qu'en ce qu'elle affirme la compétence statutaire. Cette interprétation pourrait être appuyée par le désir d'affirmer que la SAS est avant tout la chose des associés, et qu'il faut donc éviter le recours au juge, et donc limiter les causes de nullité.

20. Interprétation plus large. - On sent toutefois que cette argumentation n'est pas satisfaisante (18). D'abord, il semble que ce soit la totalité du dispositif de l'article L. 227-9 qui soit embrassée par le risque d'annulation – même si cela ne vise que les « décisions ». Dès lors, la répartition des attributions entre organes sociaux n'est pas seule en cause : la forme et la substance des règles édictées pour la prise des décisions collectives ou des décisions d'associé unique sont régies par le texte. Or ce dernier fait bien partie du Livre II du code de commerce...

L'article L. 227-9 manifeste donc une sorte d'intégration volontaire, par la loi, de la norme statutaire ; dans la mesure où celle-ci peut être regardée comme impérative, elle peut remplir les conditions posées par l'article L. 227-9.

Enfin, plus généralement, on peut penser que la « contractualisation » manifestée par le droit de la SAS n'exclut pas, bien au contraire, l'intervention judiciaire. En effet, nul ne dira que le contrat est par nature un instrument dont les troubles d'exécution doivent être hors de portée du juge. Au contraire, les litiges relatifs à l'interprétation, l'exécution et la terminaison des contrats viennent par nature à la connaissance du juge ou de l'arbitre. L'idée selon laquelle l'appréciation de l'opportunité de la gestion doit être réservée aux organes sociaux semble même devoir céder du terrain en matière de SAS, en raison du caractère « plus contractuel » de celle-ci. D'ailleurs, l'étendue considérable de la compétence statutaire ferait de la SAS un lieu de non-droit si les stipulations de ces statuts ne pouvaient être efficacement sanctionnées. Or la responsabilité des dirigeants se heurte dans le droit positif à de tels obstacles qu'elle ne

(17) Cf. dernièrement : *Cass. civ. 3^e*, 19 juillet 2000 : *Bull. Joly*, janv. 2001, p. 70, § 21, note L. Grosclaude ; comp. J.-P. Legros, La violation des statuts est-elle une cause de nullité ? *Dr. sociétés* avr. 1991, p. 1 ; v. aussi les analyses plus nuancées de Mme Bornhauser-Mitrani, art. précité.

(18) Déjà, dans la version initiale de la SAS, les meilleurs auteurs s'interrogeaient sur l'absence de sanction des stipulations statutaires : M. Germain, Les clauses relatives au fonctionnement de la société : *Cah. dr. entr.* 1994/2, p. 11.

peut être vue comme une garantie de justice vraiment satisfaisante pour les victimes d'actes irréguliers, de nature à remplacer la nullité des décisions irrégulières.

21. Utilité réelle de l'article L. 227-9, dernier alinéa. - L'article L. 227-9, dernier alinéa, peut donc être vu comme revêtant une réelle utilité s'il permet de lever les obstacles mis aux nullités par l'article L. 235-1, alinéa 2, qu'il s'attache à mettre en œuvre à propos de la majorité des règles de prise de décision. Or il faut toujours veiller à interpréter une disposition de façon à ce qu'elle produise un effet (19). On ne peut se cacher cependant qu'il en résulte davantage de risques contentieux, ce que l'évocation des causes de nullité rend aisément perceptible.

B. Les causes d'annulation des actes contraires à l'article L. 227-9, alinéa 1 et 2.

22. Pouvoirs et processus. - Le message essentiel de l'article L. 227-9 consiste à déterminer la compétence collective des associés (1°). Il doit être complété, dans la conception extensive qui vient d'être présentée, par des règles statutaires relatives à la forme et aux conditions des décisions collectives (2°).

1°. La violation des règles relatives à la compétence collective des associés.

23. Décisions légalement collectives. - L'alinéa 2 de l'article L. 227-9 détermine des domaines dans lesquels des décisions collectives doivent nécessairement intervenir (20). La liste paraît limitative, même si sa composition ne semble pas parfaitement rationnelle. En effet, n'y figurent pas les modifications de statuts en général, et, parmi les modifications de statuts importantes, la transformation est absente de la liste (21). Pourtant, d'autres décisions, qui n'ont pas le même impact juridique qu'une modification des statuts (décisions rendues en matière de nomination des commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices) font partie du minimum imposé. On peut entendre qu'il est question de protéger les associés dans leurs prérogatives essentielles, mais cet objectif aurait pu amener d'autres réponses.

a. Les décisions nécessairement collectives d'après l'article L. 227-9.

24. Risques des renvois de texte : mouvements du capital . - La liste pose en elle-même quelques problèmes d'interprétation. Les premiers tiennent au fait que les assemblées

(19) Cette directive est affirmée, on le sait, par l'article 1157 du code civil en matière d'interprétation des contrats : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. »

(20) V. notamment A. Charvériat et A. Couret, Société par actions simplifiée, éd. Francis Lefebvre, 1999, n° 1300 et s. ; P.-L. Périn, ouvr. précité, n° 417 et s. ; J.-J. Daigre, Les décisions collectives, in Société par actions simplifiée, ouvr. collectif sous la direction d'A. Couret et P. Le Cannu, GLN-Joly éd., 1994, p. 37, n° 57 et s.

(21) J.-J. Daigre, art. précité ; une transformation qui comporte une augmentation des engagements, ou une modification d'une des clauses visées par l'article L. 227-19, nécessite une décision unanime. De plus, la transformation en tel ou tel type de société pour lequel la loi exige une majorité qualifiée peut être vue comme une décision nécessairement collective, car l'entrée dans le nouveau type de société répond déjà aux règles propres à ce type.

d'actionnaires se voient reconnaître le pouvoir de prendre diverses décisions dans les domaines visés. Par exemple, en matière d'augmentation de capital, l'assemblée générale extraordinaire est rendue compétente à diverses reprises par les articles L. 225-129 et suivants. Ce n'est donc pas seulement sur le principe de l'augmentation de capital qu'une décision collective est requise dans les SAS, mais aussi, notamment, sur les décisions de délégation au président de la SAS ou à l'organe désigné par les statuts, à l'effet de réaliser une augmentation de capital, sur l'attribution des actions non souscrites à titre irréductible (art. L. 225-133), sur la suppression du droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'augmentation de capital ou pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation (art. L. 225-135), etc. Un raisonnement semblable doit être tenu en matière de réduction de capital.

25. Fusion et scission. - L'inclusion de la fusion et de scission dans la liste ne heurte évidemment pas la raison, à cause de l'importance de ce type d'opérations sur les droits tant des associés que des tiers ; mais elle pose un problème technique, puisqu'elle crée un risque mal maîtrisé de voir contester des opérations dont le législateur, non sans de solides motifs, souhaite limiter les risques d'annulation. On pourra penser que le risque n'est par nature guère différent de celui qu'entraîne l'exigence, dans la société anonyme, d'une décision régulière d'assemblée générale extraordinaire. Mais les modalités de celle-ci sont très bien connues, ce qui n'est pas le cas des « décisions collectives » de SAS.

La mention de la fusion et de la scission pose un problème d'interprétation redoutable (22) : faut-il décider que l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions doit lui aussi être décidé par voie de décision collective ? Contre, en plus de l'absence de mention explicite, on peut relever que cette opération ne peut mettre fin à la personnalité morale de la société, ni en créer une autre. Pour, la *ratio legis* consiste, dans les sociétés anonymes, à adopter le même mode de décision chez l'apporteuse que pour une fusion ou une scission (23) ; or c'est précisément la question du mode de décision que tranche l'article L. 227-9.

26. Dissolution – Il est impossible d'affirmer que toute dissolution doit résulter d'une décision collective. En effet, la compétence des associés n'intervient qu'en matière de dissolution anticipée (art. 1844-7, 4°). Les autres causes opèrent soit de plein droit (terme statutaire, réalisation ou extinction de l'objet, clauses statutaires de dissolution), soit en raison d'une décision de justice (justes motifs, liquidation judiciaire ou cession totale des actifs). L'exigence d'une décision collective fait en tout cas planer le doute sur la validité d'une clause statutaire qui aurait pour effet de donner à un seul associé, voire à un tiers, le pouvoir de décider la dissolution. La liberté laissée par l'article 1844-7, 8°, doit-elle l'emporter sur la garantie donnée aux associés par l'article L. 227-9 ? Nous penchons pour la négative, dans la mesure où la cause de dissolution définie dans les statuts ne serait pas une cause objective.

27. Nomination de commissaire aux comptes. - D'autres problèmes d'interprétation de l'article L. 227-9, alinéa 2, viennent de ce que le terme employé peut se prêter à une interprétation plus ou moins large. Ainsi, la nomination du commissaire aux comptes concerne-t-elle seulement la première nomination, ou aussi le renouvellement ? La seconde interprétation doit l'emporter, car, notamment, dans les autres sociétés par actions, l'article L.

(22) J.-M. Chataing, L'apport partiel d'actif soumis au régime des fusions-scissions ou l'ambiguïté du renvoi contenu dans l'article 387 de la loi du 24 juillet 1966, th. Paris II, 1994.

(23) En ce sens, J.-J. Daigre, art. précité, n° 65.

225-234 (ex-art. 227-1, loi de 1966) dispose que « lorsque, à l'expiration des fonctions d'un commissaire aux comptes, il est proposé à l'assemblée de ne pas le renouveler, le commissaire aux comptes doit être, s'il le demande, entendu par l'assemblée générale ».

28. Comptes sociaux. - Les décisions rendues en matière de comptes sociaux forment une catégorie un peu imprécise. On peut suggérer de dire qu'elles comprennent toutes celles qui sont confiées, dans la société anonyme, aux assemblées d'actionnaires, par le Chapitre II intitulé : « Des comptes sociaux » et comprenant les articles L. 232-1 à L. 232-23. Mais ce n'est un procédé limitatif, puisque d'autres textes, y compris extérieurs au livre II du code de commerce, peuvent accorder aux assemblées d'actionnaires une compétence dans le domaine des comptes sociaux. De plus, la question des bénéficiaires est incluse dans une section qui fait partie du chapitre relatif aux comptes sociaux, et peut donner lieu elle aussi à des textes extérieurs. Elle implique une décision collective pour distribuer un acompte sur dividende, ou un dividende en actions (24).

b. Extension aux décisions collectives d'après d'autres textes ?

29. Textes du code de commerce. – L'article L. 227-9 n'a pas de monopole : d'autres articles de code consacrés à la SAS impliquent des décisions collectives, même si le qualificatif est susceptible de sens divers. Ainsi, l'article L. 227-10, alinéa 2, commande que « les associés statuent » sur le rapport que dresser le commissaire aux comptes doit leur présenter sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président ou ses dirigeants. La décision est donc collective dans son élaboration et dans la manière dont elle est prise – même si aucune règle relative au vote, au quorum, ou à la majorité, n'est formulée par la loi.

De même, il résulte de l'article L. 227-19 que « les clauses statutaires visées aux articles L. 227-13, L. 227-14, L. 227-16 et L. 227-17 ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés ». L'expression diffère (les associés ne « statuent » pas, ce qui semble impliquer une délibération commune), mais elle signifie certainement que tous doivent participer à la décision, qui ne sera prise qu'en cas d'approbation de tous ensemble ou de chacun séparément (25). L'article L. 237-18, 6°, impose l'unanimité pour la nomination du liquidateur de la SAS ; mais les statuts peuvent adopter une clause « contraire » ; il en va de même pour certaines décisions collectives prises durant la liquidation (26). L'unanimité envisagée par l'article L. 237-6 est moins évidente, le président et les directeurs de la SAS ne faisant pas formellement partie de la liste des personnes qui ne peuvent acquiescer, sans consentement unanime des associés, l'actif d'une société en liquidation ; mais la *ratio legis* milite en faveur d'une extension de la règle à ces personnes.

(24) En ce sens, P.-L. Périn, ouvr. précité, n° 433.

(25) Sinon, on aurait écrit : « ... que par une décision collective unanime ».

(26) Selon la lettre de l'article L. 237-25, il s'agit de « l'assemblée des associés qui statue sur les comptes annuels, donne les autorisations nécessaires et éventuellement renouvelle le mandat des contrôleurs, commissaires aux comptes ou membres du conseil de surveillance » ; selon l'article L. 237-27, ces décisions sont prises « 3° Sauf clause contraire, à l'unanimité des associés, dans les sociétés par actions simplifiée ».

Par ailleurs, en dehors des dispositions spécifiquement consacrées à la SAS, il existe d'autres cas d'unanimité qui postulent un caractère collectif ; on peut citer l'article L. 236-5, qui exige une décision unanime en cas de fusion entraînant pour les associés une augmentation des engagements.

30. Textes extérieurs au code de commerce. – Des principes du droit des sociétés, affirmés dans le code civil depuis 1978, ont pour conséquence l'exigence d'une décision collective. Il en va certainement ainsi de la règle posée par l'article 1836, et déjà évoquée : en droit commun, les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par l'accord unanime des associés.

Cette règle n'est pas facile à interpréter. Dans son aspect supplétif, il est certain qu'elle exige une décision collective, parce qu'unanime. Mais quelles stipulations les statuts peuvent-ils adopter dans ce domaine ? Peuvent-ils écarter le caractère collectif, ou peuvent-ils seulement retenir une condition de majorité ? Cette discussion ne manque pas d'incidence au regard de l'application de l'article L. 227-9, puisque, dans les cas où la modification de statuts ne relève pas des cas énoncés par l'alinéa 2 de ce texte, la décision de modification pourrait être vue comme une décision collective en vertu des statuts.

La nécessité de protéger les associés l'emportera-t-elle sur la liberté de stipulation ? Il est difficile de le dire, même si les quelques applications de l'article 1836, alinéa 1^{er}, sont marquées plutôt par la première que par la seconde (27).

Le second alinéa de l'article 1836 n'emporte pas, à la lettre, de décision collective : « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci. » L'idée est plutôt inverse : l'accord individuel de chaque associé est alors nécessaire. Un auteur en déduit que l'augmentation des engagements des associés est valable, même si elle n'est pas décidée à l'unanimité, mais qu'elle reste inopposable à celui ou à ceux qui n'y ont pas personnellement consenti (28). Cette interprétation ne semble pas encore consacrée par la jurisprudence (29). Sachant que l'augmentation des engagements visée par l'article 1836 ne peut, selon la jurisprudence, que résulter d'une décision modifiant les statuts (30), on peut considérer que l'on reste ici dans le domaine des décisions collectives. On peut en déduire le caractère nécessairement collectif d'une décision de transfert du siège social à l'étranger (31) (dans l'attente de la 14^e directive).

Un autre problème affecte le caractère collectif de la décision prorogation de la société. Celle-ci doit en effet, en vertu de l'article 1844-6 du code civil, être décidée à l'unanimité des associés, « ou, si les statuts le prévoient, à la majorité prévue pour la modification de ceux-ci ». Le doute n'est pas permis si les statuts d'une SAS font de leur propre modification une

(27) *Cass. civ. 1^e*, 13 janv. 1998 : *D. Aff.* 1998, 1409, obs. M.B. ; *Deffrénois*, 1998, 1286, obs. J. Honorat ; *Bull. Joly*, 1998, 457, note J.-J. Daigre ; *Cass. civ. 3^e*, 15 nov. 1995 : *Bull. Joly*, 1996, 140, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1996, n° 3, obs. Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1996, 306, note Y. Chartier.

(28) F. Rizzo, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, *RTD com.* 2000, p. 27.

(29) V. par exemple *Cass. civ. 1^e*, 5 nov. 1996 : *Bull. Joly*, 1997, 131, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1997, n° 4, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 1997, 467, obs. Cl. Champaud et D. Danet.

(30) *Cass. civ. 1^e*, 8 nov. 1988 : *Rev. sociétés* 1989, 473, note Y. Chartier ; *RTD com.* 1989, 86, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; *Deffrénois* 1989, 553, obs. J. Honorat.

(31) *Rappr. J.-J. Daigre*, art. précité, n° 68.

décision nécessairement collective. Mais si une clause permet de faire modifier autrement les statuts dès lors que le type de modification n'est pas de ceux pour lesquels la loi impose une décision collective, le renvoi se fait en boucle et suscite donc la perplexité. Etant donné la rigueur possible de l'engagement d'associé dans la SAS, on peut préférer opter pour le caractère collectif de la décision de prorogation (32).

On ne peut enfin exclure que des textes qui ne sont pas propres à la SAS, mais qui peuvent concerner une telle société, exigent dans tel ou tel domaine une décision d'assemblée, ce qui doit en principe se traduire dans la SAS par une décision collective.

31. Rapport avec l'article L. 227-9. - Par construction, le caractère collectif de ces dernières décisions ne résulte pas de l'article L. 227-9 lui-même. On est porté à penser que la nullité prévue par ce texte n'est pas applicable, puisque son dernier alinéa ne vise que « les dispositions du présent article ». Cela ne signifie évidemment pas que la violation de ces autres textes ne peut donner lieu à nullité. Simplement, elle supposera que soit établi leur caractère impératif, et que la disposition violée est, par sa nature, susceptible d'entraîner une annulation.

Or, il ne fait guère de doute, par exemple, que les exigences de l'article L. 227-19 sont impératives, puisqu'il s'agit de déterminer dans quelles conditions des modifications de statuts peuvent être décidées. Des expressions comme « sauf clause contraire », ou « à moins qu'une majorité différente n'ait été prévue » auraient été indispensables pour fonder une interprétation différente. En revanche, le cas de l'article L. 227-10, alinéa 2 est moins évident. En effet, il ne paraîtrait pas absurde, pour le moins, que les statuts de la SAS excluent du vote le ou les dirigeants intéressés par la convention sur laquelle les associés doivent se prononcer. Encore que le caractère collectif de la décision puisse alors disparaître si un seul associé n'est pas intéressé à la convention...

32. Textes extérieurs. - Quant aux textes extérieurs au livre II du code de commerce, une distinction est nécessaire :

- soit on peut faire application du système de sanction du code civil (art. 1844-10, alinéa 2 et 3) ;
- soit on se réfère à la jurisprudence « Nice-Matin », selon laquelle les textes impératifs extérieurs à la loi de 1996 et applicables aux formes spéciales de société peuvent justifier l'annulation des décisions des organes sociaux qui ne les respectent pas (33). Mais les conditions d'application de cette nullité semblent incertaines (34). Toutefois, l'arrêt *Soredic* (35) semble fournir une clé en admettant l'annulation sur le fondement de l'article 6 du code civil, texte applicable aux contrats, ou plus généralement aux actes juridiques, et sanctionnant les règles d'ordre public quel que soit le texte qui les crée.

(32) Rappr. P.-L. Périn, ouvr. précité, n° 419.

(33) *Cass. com.* 19 avr. 1988 : *Bull. Joly*, 1988, p. 485, § 161, note P. Le Cannu.

(34) *Cass. soc.* 26 mai 1998 : *Bull. Joly*, 1999, p. 264, § 46, note P. Le Cannu ; *RJDA* 11/1998, p. 931.

(35) *Cass. com.*, 27 janvier 1998 : *Bull. Joly*, 1998, p. 367, § 130, note J.-M. Calendini ; *Dr. sociétés*, mai 1998, n° 74, obs. Th. Bonneau ; *Petites Affiches* 8 juillet 1998, n° 81, p. 27, note L. Grosclaude.

On perçoit malgré tout l'intérêt qui s'attache à une bonne détermination par les statuts de la SAS des décisions qui doivent être collectives, si l'on veut se placer dans le domaine de l'article L. 227-9.

2°. La violation des règles relatives à la forme et aux conditions des décisions collectives.

33. Limites de la liberté. - Si les associés de SAS jouissent d'une grande liberté pour définir les formes et conditions des décisions collectives, ils se trouvent quand même contraints à deux points de vue. D'abord, ils doivent indiquer leur choix dans les statuts ; ensuite, ils doivent respecter les principes généraux de la matière.

34. Exigence de clauses statutaires. - En matière de sanction, il en résulte en premier lieu que les violations des règles relatives aux décisions collectives qui seraient inscrites dans un autre acte que les statuts (règlement intérieur, décision d'organe social, pacte d'associés...) ne peuvent justifier une nullité fondée sur l'article L. 227-9. Le système des nullités du code de commerce permet même d'affirmer qu'hors le cas de fraude, aucune autre nullité n'est alors envisageable.

35. Principes généraux. - En second lieu, les formes adoptées et les conditions posées doivent respecter l'idée que se fait la Cour de cassation de la participation de chaque associé à une décision collective. L'arrêt *Château d'Yquem* (36) laisse penser que, dans le cadre de l'application de l'article 1844, alinéa 1^{er}, du code civil, participer, c'est nécessairement voter. L'observation est d'importance : elle signifie, d'une part, que les statuts ne peuvent retirer son droit de vote à aucun associé, et, d'autre part, que s'ils le font, la décision qui les met en application est annulable.

De plus, le caractère collectif de la décision pourrait bien rendre applicables certains des principes de la collégialité. Notamment, n'est-il nécessaire que chaque associé ait été mis en mesure de participer en pleine connaissance de cause à la décision collective ? Bien que l'article L. 225-108 (ex-art. 162 de la loi du 24 juillet 1966) (37) ne fasse pas partie des textes applicables à la SAS, ce principe est de la même nature que celui dont la Cour de cassation a reconnu l'existence dans l'un des plus fameux arrêts *Cointreau* (38). Or, aucun texte ne détaille les documents qui doivent être remis aux administrateurs : tout dépend des décisions à prendre. L'insuffisance d'information porte atteinte au caractère collectif de la décision ; elle rejoint d'ailleurs les thèmes de l'erreur et du dol. Elle complète heureusement ce dernier, puisque le code civil exige qu'il émane de l'autre contractant, ce qui n'a guère de sens en matière de décision collective d'associés, qui constitue un acte unilatéral de la société.

(36) *Cass. com.* 9 févr. 1999, précité.

(37) « Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, doit adresser ou mettre à la disposition des actionnaires les documents nécessaires pour permettre à ceux-ci de se prononcer en connaissance de cause et de porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société. »

(38) *Cass. com.* 2 juill. 1985 : *Bull. civ.* IV. n°203. p. 169 ; *D.* 1986. 351, note Y. Loussouarn ; *D.* 1987. 1 Somm. 32, obs. J.-C. Bousquet ; *Rev. sociétés* 1986. 231, note Le Cannu ; *JCP* 1985. II. 20518, note A. Viandier.

36. Vices de forme. - Concrètement, le non-respect des formes choisies par les statuts doit pouvoir justifier une nullité de la décision collective ainsi prise. Par exemple, peuvent provoquer une annulation le fait qu'un associé ait été saisi tardivement d'une question à trancher (par rapport aux délais fixés dans les statuts), ou le fait qu'il n'ait pas reçu l'information que les statuts peuvent imposer, ou que son vote ait été négligé ou mal décompté (sachant que des droits inégaux peuvent être stipulés)... Les modalités des décisions prises sans assemblée suscitent des difficultés particulières, pour lesquelles le contentieux ne s'est guère développé jusqu'à maintenant ; l'émission successive dans le temps d'opinions qui ne coïncident pas nécessairement peut rendre les choses délicates. Les problèmes de preuve semblent devoir souvent jouer un rôle décisif : il est donc opportun de rédiger avec soin les statuts sur ce point.

37. Stipulations sur la technique de la nullité. - La marge laissée aux statuts peut-elle inclure des prévisions relatives à la nullité elle-même ? Cela paraît logique, dans la mesure où l'on admet que les statuts puissent déterminer eux-mêmes les normes dont la violation entraîne une nullité. Afin de respecter l'esprit restrictif de la législation à l'égard des nullités, on peut exiger de ces stipulations qu'elles tendent à diminuer le risque de nullité, par exemple en écartant ce risque pour certaines exigences de forme, ou en imposant la démonstration d'un grief, ou une violation grave eu égard aux circonstances.

38. Conditions des décisions. - Des conditions de fond pour la participation à une décision collective peuvent être ajoutées à la condition légale que constitue la qualité d'actionnaire au moment de la décision collective. Des modalités peuvent être imposées, comme celle d'avoir cette qualité suffisamment tôt avant la décision collective pour que l'organe social qui provoque l'assemblée puisse faire les vérifications nécessaires (toutes les SAS ne comportent pas nécessairement de clauses restreignant la libre négociabilité des actions). Mais ces conditions ne doivent pas avoir pour effet de priver un ou plusieurs associés de leur participation à la décision collective, ni de donner à un tiers un pouvoir prépondérant (39), sauf en cas de départition (40). Et l'on peut penser que le caractère collectif postule au minimum la loi de la majorité, même si l'attribution des droits de vote relativise cette opinion. Plus facilement admises seront les clauses imposant un quorum, fixant une majorité (41), voire accordant un droit de veto et/ou ayant pour effet d'attribuer la majorité à un associé minoritaire en capital (42).

C. Le régime de la nullité des décisions collectives.

1°. L'exercice de l'action en nullité.

(39) En revanche, il ne paraît pas directement interdit de permettre, dans les statuts, la participation de tiers à des « décisions collectives » : l'article L. 227-9 soutient la participation de chaque associé, mais il n'affirme pas le monopole de ceux-ci.

(40) En ce sens, v. J.-J. Daigre, art. précité, n° 81.

(41) M. Jeantin, *Les associés de la SAS* : *Rev. sociétés* 1994, p. 223, spé. n° 44.

(42) La discussion sur cette question reste plus ouverte qu'il n'y paraît si l'on en reste à l'exclusion du principe de proportionnalité du droit de vote ; v. notamment Cons. const., 7 janvier 1988 : *JO*, 10 janvier 1988, p. 482 ; *Rev. sociétés* 1988, 229, note Y. Guyon ; *RTD com.*, 1988, 450, obs. Y. Reinhard.

39. **Qui peut agir ?** – Le dernier alinéa de l'article L. 227-9 peut sembler très ouvert : la nullité peut en effet être demandée « *par tout intéressé* ». Pourtant, il suffit au juge d'adopter une conception restrictive de l'intérêt à agir pour continger les nullités (43). Dans le domaine des sociétés, la jurisprudence s'est donné certains moyens pour écarter des demandes qui faisaient pourtant poindre un réel intérêt. Notamment, elle a transposé la distinction entre les nullité absolues et les nullités relatives (44). On peut donc penser que derrière l'intérêt à agir, il faut voir principalement la qualité d'associé, voire de président ou de dirigeant (45) agissant au nom de la personne morale elle-même (46).

Mais est-ce que l'action en nullité est réservée à la victime directe du vice frappant la décision collective ? Certains arrêts laissent supposer qu'il faut aller plus loin, et accorder le droit d'agir aux autres associés, même leur participation à la décision critiquée a normalement été assurée (47). Une telle jurisprudence fait sans doute une application trop poussée des principes de la collégialité. Si elle n'était pas abandonnée, il conviendrait de la cantonner aux cas où le vice atteignant l'un des associés a eu des conséquences démontrées sur les prises de position de celui ou ceux qui invoquent ce vice. Un laxisme comparable se perçoit dans les décisions qui admettent qu'une personne devenue associée après la décision irrégulière puisse agir en nullité (48) ; on peut cependant se consoler en observant que ceux qui ont perdu cette qualité ne peuvent plus agir (49).

En revanche, on ne peut exclure que des personnes qui n'ont ni la qualité d'associé, ni celle de dirigeant de la SAS en cause puissent être recevables à agir en nullité. L'une des pistes les plus « prometteuses » est celle du groupe de sociétés (50) ; par exemple, un associé d'une société elle-même associée dans une SAS pourrait être « intéressé » à une nullité de décision collective. Mais on peut en découvrir bien d'autres, jusque peut-être l'action d'une autorité de

(43) Sur cette question v. notamment Ch. Hannoun, L'action en nullité et le droit des sociétés (Réflexion sur les sources procédurales du droit de critique et leurs fonctions) *RTD com.* 1993, 227.

(44) V. notamment le rejet de l'action en nullité d'une fusion présentée par un commissaire aux comptes, qui ne fait pas partie des personnes protégées par la règle violée, *Cass. com.* 17 janv. 1989 : *Bull. civ.* IV, n° 29, p. 18; *D.* 1989. IR. 39 ; *Bull. Joly* 1989, p. 247, § 79, note Le Cannu ; *Defrénois* 1989, p. 1268, obs. J. Honorat. Voir aussi CA Versailles, 12° ch., 2e sect., 29 juin 2000 : *JCP éd. E*, 2000, p. 1359 ; CA Paris, 3e ch., sect. C, 10 décembre 1999 : *Bull. Joly*, mars 2000, § 60, note P. Le Cannu.

(45) Sauf s'ils sont frappés d'une interdiction de diriger : *Cass. com.*, 27 janvier 1998 : *Petites Affiches* 1998, n° 81, note L. Grosclaude ; *Bull. Joly*, 1998, p. 367, § 130, note J.-M. Calendini ; *Dr. sociétés*, mai 1998, n° 74, obs. Th. Bonneau.

(46) En ce sens : M. Germain, De quelques limites à la nullité des décisions sociales prévue par l'article 360 de la loi de 1966 : *Bull. Joly*, 1992, p. 491, § 159 ; la jurisprudence a confirmé la conclusion de cet auteur, en accueillant l'action en nullité d'une gérant de SARL pour abus de majorité (*Cass. com.* 21 janv. 1997 : *Bull. civ.* IV, n° 26, p. 24 ; *JCP éd. E*, 1997, II, 965, note J.-J. Daigre ; *Bull. Joly*, 1997, p. 312, § 125, note P. Le Cannu ; *Dr. et patrim.* avr. 1997, p. 76, n° 1636, obs. crit. J.-P. Bertrel ; *RTD civ.* 1997, 929, obs. J. Mestre ; *Rev. sociétés* 1997, 527, note B. Saintourens ; *RJ com.* 1998, 23, note E. Putman ; *D.* 1998, 64, note I. Krimmer).

(47) *Cass. civ.* 3°, 21 oct. 1998, précité : « tout associé peut se prévaloir de l'absence de convocation d'un associé à l'assemblée générale ».

(48) *Cass. com.* 4 juill. 1995, *Quot. jur.* 27 juill. 1995, n°60, p.4, note P.M. ; *Rev. sociétés* 1995, p. 504, note Le Cannu ; *Bull. Joly*, nov. 1995, p.968, § 350, note J.F. Barbiéri ; *JCP éd. E* 1995, II, 750, note Y. Guyon ; *JCP éd. G.* II, 22560 ; *D.* 1996, 186, note J.-CL. Hallouin ; *Rev. fr. compt.* févr. 1996, 39, note Ph. Reigné ; sur le problème, v. notamment M. Germain, art. précité ; Ch. Hannoun, *RTD com.* 1993, p. 235, n° 12.

(49) V. par ex. CA Paris, 3e ch., sect. C, 10 décembre 1999 : *Bull. Joly*, mars 2000, § 60, et la note.

(50) Cf. Ch. Hannoun, art. précité, *RTD com.* 1993, 239, n° 15 ; M. Germain, art. Précité, *Bull. Joly*, 1992, § 159.

régulation contre une décision collective ayant un effet d'appel public à l'épargne... Là aussi, la question est très ouverte.

Par ailleurs, il ne semble pas que les statuts de la SAS puissent eux-mêmes limiter le droit d'agir en nullité des décisions collectives, qui constitue l'une des rares garanties accordées par la loi aux associés de SAS.

40. Prescription. – A cet égard, la nullité d'une décision collective d'une SAS se place sous l'empire du droit commun, c'est à dire de l'article L. 235-9, alinéa 1^{er}, du code de commerce. On sait que ce texte ne précise pas au mieux le point de départ de la prescription (« le jour où la nullité est encourue », ce qui suppose le problème résolu) (51). Il ne serait pas admissible de décompter le délai à partir du jour de la décision, dans tous les cas où une atteinte à son caractère collectif a été cachée aux yeux des personnes mises à l'écart.

Par exception, si la décision collective irrégulière concerne une fusion ou une scission, est applicable la prescription de six mois à compter de la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération, quoique le texte violé soit propre à la SAS. Il est logique d'étendre cette solution au cas de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions (52).

41. Régularisation – Le contexte propre de la SAS suggère que la régularisation volontaire participe encore mieux de l'esprit qui anime ce type de société. Pour autant, la loi de 1994, pas plus que celle de 1999 ou le code de commerce, ne singularisent la SAS dans ce domaine, où règnent les articles L. 235-3 à L. 235-7 du code de commerce. Il ne reste qu'à espérer que des rédacteurs de statuts plus méticuleux que les autres anticipent de telles questions ; mais elles ne sont probablement pas prioritaires à leurs yeux ; de plus, le champ des dispositions impératives rend incertaine une partie des régularisations que l'on peut concevoir. En revanche, le rôle conféré au juge devrait favoriser des régularisations ponctuelles.

2°. Les pouvoirs de la juridiction compétente.

42. Liberté du juge. - Rien d'original ne caractérise la compétence de la juridiction appelée à se prononcer sur la demande en nullité : ce sera soit le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le siège de la SAS, soit le tribunal auquel les statuts attribuent compétence, dans le respect des conditions posées par l'article 48 NCPC, soit la juridiction arbitrale définie par les statuts ou par les parties au litige. En revanche, l'article L. 227-9, dernier alinéa, fournit une précieuse indication en énonçant que les décisions prises en violation des dispositions du présent article « *peuvent être annulées* » à la demande de tout intéressé. On sait que l'expression se rencontre dans feu la loi de 1966, notamment dans son article 173 (devenu art. L. 225-121), dont les deux alinéas se distinguent précisément sur ce point : le second accorde un pouvoir d'appréciation au juge, à la différence du premier.

(51) V. Ch. Hannoun, Remarques sur prescription de l'action en nullité en droit des sociétés, *Rev. sociétés* 1991, 45.

(52) En ce sens : CA Paris, 25e ch., sect. B, 2 juillet 1999 : *Bull. Joly*, 1999, § 257, et la note; comp. CA Paris, 5e ch., sect. A, 14 avr. 1999 : *Bull. Joly*, 1999, § 205, et la note.

Rapporté au cas qui nous occupe, le pouvoir laissé au juge procure à celui-ci le moyen de trier les demandes en nullité ; il répond au souci d'éviter qu'un moyen trop violent, aboutissant à l'anéantissement d'un acte et de ceux qui en sont la suite, ne soit employé pour guérir un vice qui n'apparaît pas comme suffisamment important. Autrement dit, la formule retenue permet au juge d'opérer un *contrôle de proportionnalité* de la mesure. Il peut le faire au regard des intérêts personnels du demandeur et de ceux qui ont le cas échéant, fomenté le vice ; il peut aussi le faire en vérifiant si l'atteinte à l'intérêt social est plus forte du fait de la nullité que du fait de son refus (53).

Naturellement, il est nécessaire que la juridiction saisie motive son appréciation, et ne se contente pas d'une formule passe-partout, qui serait de nature à produire le même effet qu'un déni de justice.

43. **Implications.** – La liberté du juge peut induire bien d'autres effets. D'abord, elle semble lui donner la possibilité de tenir compte de l'utilité de la participation de tel associé à une décision collective : la solution adoptée par exemple pour le conseil d'administration (54) n'est donc probablement pas transposable à la décision collective de SAS ; toutefois le juge est tenu de se justifier sur un terrain un peu différent (l'effet de la mesure, et non le droit de participer).

Ensuite, le pouvoir accordé au juge crée un terrain favorable à la *régularisation* et à la *confirmation* des nullités fondées sur l'article L. 227-9, dernier alinéa. Certes, les trois questions sont seulement voisines. On peut concevoir que la violation d'une règle impérative soit facultativement sanctionnée par le juge. Mais il devient nécessaire de proposer des solutions alternatives, pour le cas où le juge écarterait la nullité ; par conséquent, lorsque les circonstances de fait le permettent, il est opportun que le juge enjoigne à ou aux auteurs du vice de le réparer en régularisant la situation.

Par ailleurs, dès lors que la nullité n'a pas de caractère automatique, il paraît moins difficile d'admettre que les demandeurs renoncent à leur action, même à l'avance, ou que les victimes confirment la nullité. Cependant, on en conviendra, il reste une différence irréductible entre la latitude laissée au juge et celle qui est laissée aux parties ; le système invite à une casuistique en fonction de la nature de la règle violée.

3°. Les effets de l'annulation.

44. **Rétroactivité, tiers de bonne foi, restitutions.** – Faute d'exception analogue à celle que crée l'article L. 235-10, qui se limite à l'annulation d'une société, la rétroactivité trouve à s'appliquer lorsqu'une décision collective de SAS est annulée. Les actes et décisions causés par la décision annulée sont eux aussi frappés de nullité, par voie de conséquence. Ce principe est plus aisé à affirmer qu'à mettre en œuvre, notamment lorsque la décision annulée impliquait de faire disparaître ou de créer une ou plusieurs personnes morales. Mais le problème n'est pas propre à la SAS, ni à l'article L. 227-9. Il en va de même pour

(53) Rappr. Ch. Hannoun, *RTD com.* 1993, p. 253, n° 42.

(54) *Cass. com.* 24 avr. 1990 : *Bull. civ.* IV, n°125, p. 82 ; *Rev. sociétés* 1991, 347, note P. Didier ; *JCP* éd. E. 1991, II, 122, note M. Jeantin ; *Deffrénois* 1991, 617, obs. J. Honorat ; v. notre étude, La protection des administrateurs minoritaires, *Bull. Joly* 1990, p. 511.

l'inopposabilité de la nullité aux tiers de bonne foi (art. L. 235-12, ex-art. 369 de la loi du 24 juillet 1966), et pour les restitutions consécutives à l'annulation.

45. C'est donc à une combinaison des principes généraux, des règles spéciales et des règles statutaires qu'appelle la détermination des causes de nullités dans la SAS bi-personnelle ou plurale. Des ingrédients de même nature, mais au contenu partiellement différent, sont nécessaires pour apprécier la nullité des décisions d'associé unique.

II. La nullité des décisions d'associé unique

46. **Fonctionnement solitaire.** - La SAS qui ne comprend qu'un seul associé n'a évidemment pas besoin de la notion de « décision collective ». Cependant, comme pour attester que cette notion ne se fonde pas seulement sur l'idée de collectivité, mais aussi sur celle de décision particulièrement importante, revenant pour cela aux associés, le législateur a dû créer un autre concept : en 1999, en ouvrant la possibilité de créer des SAS unipersonnelles, il a conçu une catégorie que l'on peut appeler « décision de l'associé unique » (art. L. 227-1 et L. 227-9).

Cette catégorie est de nature à englober de nombreuses décisions, et notamment toutes les modifications de statuts de la SAS qui n'a qu'un associé. Mais ce ne sont pas ces décisions là qui sont visées par l'article L. 227-9, alinéa 3. Celui-ci ne régit expressément qu'une seule sorte de décision, l'approbation des comptes, en l'assortissant de diverses conditions. Il importe donc d'envisager cette compétence de l'associé unique, et de réfléchir, au moins par comparaison, aux autres décisions que peut ou doit prendre cet associé. Enfin, quelques pistes de réflexions peuvent être esquissées sur le régime de l'action en nullité dans ce cas assez particulier.

A. La décision de l'associé unique statuant sur les comptes.

47. **Répartition des pouvoirs.** - L'une des intentions de l'article L. 227-9, alinéa 3, est assurément de répartir les attributions entre le président de la société d'une part et l'associé unique, d'autre part. Certes, il se peut que les deux ne soient qu'une seule personne, mais cette situation n'est la cause d'aucune dispense.

Au président d'une société par actions simplifiée unipersonnelle, il revient d'arrêter « le rapport de gestion, les comptes annuels et le cas échéant les comptes consolidés ». Cette compétence revêt sans doute la nature d'une obligation, assortie d'une responsabilité ; les termes de l'alinéa 4 de l'article L. 227-9 laissent entendre que l'arrêté des comptes ne peut émaner d'une autre personne que le président, à peine de nullité.

L'associé unique, pour sa part, semble confiné par le texte dans un rôle d'approbation ; mais il est probable qu'il peut aussi désapprouver, et amender. En tout cas, il ne lui revient pas

« d'arrêter » les comptes, sans passer par le président. De plus, il lui est interdit, à peine de nullité, de déléguer son pouvoir (55).

Les comptes visés ne sont pas seulement les comptes sociaux, mais aussi, le cas échéant, les comptes consolidés. On sait que les comptes consolidés ne font pas partie de ceux que les associés d'une SAS plurale doivent voter (art. L. 227-9, alinéa 2). Il est donc frappant de noter que, dans une SASU, il peut être soutenu le contraire, puisqu'il est écrit que « l'associé unique approuve les comptes ». Cette différenciation ne se justifie guère, et l'on peut penser que les « comptes », sans autre précision, ne sont que les comptes de la SAS elle-même, comme en atteste d'ailleurs la compétence du commissaire aux comptes de la société. L'arrêté des comptes consolidés n'est donc évoqué dans l'alinéa 3 que pour fixer la compétence du président de la SAS.

48. Conditions spécifiques. – En dehors de la condition préalable que constitue l'intervention du président – qui fait que l'associé unique ne paraît pas pouvoir s'autosaisir –, trois conditions sont posées par l'article L. 227-9, alinéa 3 :

- le rapport du ou des commissaires aux comptes ;
- le délai de six mois à compter de la clôture de l'exercice ;
- l'inscription de la décision dans un registre.

Au vrai, seules les deux premières sont propres à la décision statuant sur les comptes. On peut en effet considérer que l'expression « ses décisions sont répertoriées sur un registre » embrasse toutes les décisions d'associé unique.

49. Rapport du ou des commissaires aux comptes. - Le rapport du ou des (56) commissaires aux comptes ne crée guère d'incertitudes propres à la SAS. Il a en effet la même nature que dans les autres sociétés dotées d'un commissaire, et se fonde sur les dispositions de l'article L. 225-235 (ex-art. 228 de la loi du 24 juillet 1966). Il est certainement imposé à peine de nullité de la décision de l'associé unique.

50. Délai de six mois. - Il est en revanche moins évident d'appliquer la nullité du dernier alinéa de l'article L. 227-9 au respect du délai de 6 mois. D'une part, l'absence de décision de l'associé unique ne permet pas d'annuler quoi que ce soit ; d'autre part, il peut être contraire à l'intérêt social de refuser de donner effet à une décision tardive qui peut apparaître comme une régularisation. Cependant, faute d'application des textes relatifs aux assemblées générales de société anonyme, il est douteux que l'article L. 225-100 et l'article 121 du décret du 23 mars 1967 puissent bénéficier à la SAS unipersonnelle : un report judiciaire de la date d'approbation des comptes paraît exclu – sauf peut-être cas de force majeure, le pouvoir du

(55) Cette interdiction n'empêche pas, si l'associé unique est lui-même une personne morale, que l'un quelconque des représentants de cette personne morale puisse se prononcer sur les comptes de la SAS ; on peut en revanche hésiter sur le point de savoir si l'un de ces représentants peut déléguer ses pouvoirs ou sa signature ; faute de distinction dans le texte, il paraît prudent de refuser la délégation à une personne qui n'a pas la qualité de représentant légal.

(56) Selon l'article L. 225-228, alinéa 3, « les sociétés astreintes à publier des comptes consolidés en application des dispositions du présent livre sont tenues de désigner au moins deux commissaires aux comptes ». (ex-art. 223, al. 3 de la loi du 24 juillet 1966) ; sur la nullité de la décision prise par une assemblée d'actionnaires au vu du rapport d'un seul des deux commissaires aux comptes, v. rép. Min Just. n° 18778, *JOAN Q*, 7 juin 1975, p. 3881.

juge étant fondé sur les articles 808 et 873 du nouveau code de procédure civile. Sur le plan pénal, l'article L. 242-10 (ex-art. 441 de la loi du 24 juillet 1966), qui punit les dirigeants qui n'ont pas réuni une assemblée dans le délai imposé par la loi ou le juge, ne fait pas partie des textes auxquels renvoie l'article L. 244-1 (ex-art. 464-1 de la loi du 24 juillet 1966), qui détermine les infractions pour lesquelles le président et les dirigeants de SAS peuvent être punis. On peut y voir l'indice d'une moins grande sévérité à l'égard de la date des décisions statuant sur les comptes sociaux dans les SAS, qui devrait pouvoir être invoquée au soutien d'une régularisation.

51. Comparaison avec la décision collective statuant sur les comptes sociaux. - Par un effet miroir, ces observations retentissent sur le régime des décisions collectives statuant sur les comptes annuels d'une SAS. En effet, si l'absence d'incrimination produit effet aussi à leur égard, il n'en va peut-être pas de même quant aux règles civiles assurant le respect du délai ; en effet, l'alinéa 2 de l'article L. 227-9 prend pour appui « les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes ». On pourrait alors soutenir que, pour des motifs de fond, liant la procédure au pouvoir, le délai de six mois est prorogeable selon la même procédure que dans la société anonyme.

B. Les autres décisions d'associé unique.

52. Problèmes. – Ces autres décisions suscitent principalement deux sortes d'interrogations ; les premières sont dues à la variété ces décisions : la compétence de l'associé unique prend elle aussi ses sources à des normes diverses. Il faut donc se demander dans quels cas l'alinéa sanctionnateur de l'article L. 227-9 peut être utilisé. D'autres questions relèvent de l'enregistrement de ces décisions, et, dans certains cas, des exclusions de vote.

1°. Les sources de la compétence de l'associé unique.

53. Typologie. - Force est de constater que l'article L. 227-9 alinéa 3 ne vise expressément que la décision par laquelle l'associé unique se prononce sur les comptes sociaux. Est-ce à dire que seule cette catégorie peut être touchée par la nullité du dernier alinéa de l'article L. 227-9 ? Il serait sans doute imprudent de l'affirmer. Mais il faut alors distinguer quatre types de décisions d'associé unique :

- celles qui font partie de la liste définie par l'article L. 227-9, alinéa 2 ;
- celles qui résultent d'un autre texte (code de commerce, code civil ou loi spéciale) ;
- celles qui sont fondées sur une clause de statuts ;
- celles qui sont prévues par un autre acte, par exemple un règlement intérieur.

54. Le bloc de l'article L. 227-9, alinéa 2. – Une règle d'exégèse pourrait conduire à repousser l'application de cet alinéa au cas où la SAS ne comporte qu'un seul associé. En effet, l'une des décisions visées, l'approbation des comptes, est régie spécialement par l'alinéa 3, qui apparaît donc comme une exception à l'alinéa 2. En outre, il est bien évident que le

caractère collectif de la décision, essentiel dans l'alinéa 2, est absent dans l'alinéa 3. Malgré tout, la pointe du texte consiste bien à dire que certaines questions sont trop essentielles pour pouvoir échapper à la compétence des associés. Or cette idée conserve sa pleine valeur dans le cas où il n'en existe qu'un. Comment accepter, d'ailleurs, qu'une fusion ou une scission, une augmentation ou une réduction du capital, une dissolution, soient décidées par un autre que celui à l'égard de qui elles vont produire les effets les plus forts ? La compétence de l'associé unique doit donc à notre avis être sanctionnée par la nullité. Naturellement, il restera, dans chaque cas, à se prononcer sur la signification du renvoi opéré par l'alinéa 2 aux « attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires des sociétés anonymes »...

55. Les décisions réservées à l'associé unique par un autre texte. – L'idée majeure peut être ici présentée de manière simple : elle consiste à ne pas appliquer le dispositif propre de l'article L. 227-9 dernier alinéa à ces décisions (57). En effet, les autres textes sont placés sous un régime de sanction particulier (art. L 235-1 et suivants du code de commerce, art. 1844-10 du code civil, éventuellement extensibles aux autres lois impératives) : ni la définition du demandeur, ni les pouvoirs particuliers du juge ne sont nécessairement les mêmes.

56. Les décisions d'associé unique fondées sur une clause de statuts, ou un règlement intérieur. – Même si l'article L. 227-9, alinéa 1^{er}, ne vise que les décisions collectives définies comme telles par les statuts, il semble qu'il y ait là aussi identité de raisons pour accepter que les statuts « déterminent les décisions qui doivent être prises » par l'associé unique « dans les formes et conditions qu'ils prévoient ». Dans ce cas, en effet, ces prévisions sont rattachables aux « dispositions du présent article » mentionnées par le dernier alinéa de l'article L. 227-9. Ce sont donc autant les formes et conditions de prise de décision par l'associé unique, que la détermination de sa compétence propre, qui peuvent être sanctionnées par la nullité.

57. Les décisions d'associé unique fondées sur un autre acte. – Nous touchons là la limite de ce qui peut être inclus dans le domaine de la nullité. D'une part, seuls la loi et les statuts sont pris en considération par l'article L. 227-9. D'autre part, aucun procédé de renvoi à d'autres actes n'est explicitement admis. Or, le dispositif applicable à la SAS accorde visiblement une fonction prééminente aux statuts, ce qui se comprend puisque ces derniers sont publiés. On peut donc en déduire que, ni par règlement intérieur, ni par acte d'organe social, ni par pacte, il n'est possible d'étendre le domaine de la nullité ici étudiée.

2°. L'enregistrement des décisions d'associé unique.

58. Un registre libre. – D'une manière assez insolite, la loi du 12 juillet 1999 a créé un formalisme dont aucun décret d'application n'a précisé le contenu. Il revient donc à la SAS unipersonnelle de veiller elle-même à la création et à la définition des caractéristiques du « registre » imposé par l'article L. 227-9, alinéa 3. On peut remarquer que, dans ce cas,

(57) Quelques exemples : à coup sûr, toute décision entraînant une augmentation des engagements de l'associé unique suppose son consentement ; la nomination du liquidateur de la SAS ; plus discutable, la décision d'émettre un emprunt obligataire (confiée à l'assemblée générale ordinaire de la société anonyme, pourrait-elle être attribuée à un organe statutaire dans la SAS ? Qui d de l'approbation des avantages particuliers (par ailleurs source de perplexité ; v. notamment P.-L. Périn, ouvr. précité, n° 409 et s.) ?

aucune compétence n'est réservée aux statuts de la SAS, ou à l'un quelconque de ses organes. La réglementation interne du registre peut donc être librement déterminée, par exemple par un règlement intérieur émanant du président ou d'un organe défini dans les statuts.

59. Des restrictions à l'annulation - Ce libéralisme n'est sans doute pas sans conséquence sur la validité d'une décision d'associé unique, et qui ne serait pas correctement répertoriée. Selon la lettre du texte, cette décision « peut » être annulée. Pourtant, la formalité semble imposée *ad probationem*. Une interprétation restrictive de ce cas d'annulation s'impose, tant il jure avec l'esprit général de la SAS (58). Il serait donc préférable de respecter deux sortes de conditions, pour prononcer la nullité:

- l'absence d'enregistrement, ou un enregistrement tel qu'il ne permette de situer ni le contenu, ni la date de la décision d'associé unique ;
- le grief causé par cette défaillance, ce qui peut se fonder sur le pouvoir d'appréciation du juge évoqué plus haut (v. n° 42).

3°. Le cas particulier des exclusions de vote.

60. Limites de l'exclusivité. – Lorsqu'une société ne compte qu'un seul associé, le problème des exclusions de vote devient pas construction insoluble. Certes, une difficulté du même type peut se présenter dans les sociétés plurales lorsque tous les associés sont intéressés (59). Mais le cas est forcément plus rare (60). Nous nous limiterons ici à deux hypothèses courantes.

61. Conventions réglementées. - En matière de SAS, l'une des exclusions de vote très courante a été éliminée, dès 1994 : le dirigeant intéressé par une convention conclue avec la SAS peut participer au vote des associés sur cette convention, s'il est lui-même associé (61). En outre, s'il n'existe qu'un seul associé, il ne lui est pas demandé de statuer sur le rapport du commissaire aux comptes (62) – et l'on peut même se demander si le commissaire aux comptes doit faire un rapport -, mais seulement de faire « mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant » (art. L. 227-10, dernier alinéa) (63). La formulation est critiquable (64). On ne relèvera qu'un seul point ici : ce n'est pas à proprement parler une décision d'associé unique qui est ici mentionnée – à moins que l'exigence de forme ne serve à justifier une compétence

(58) En ce sens : D. Vidal, Le deuxième souffle législatif de la société par actions simplifiée ; Commentaire de l'article 3 de la loi numéro 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche : *Dr. sociétés* août 1999, p. 4, spé. n° 14.

(59) Cf. en matière de conventions réglementées dans une société anonyme : CA Paris, 3e ch. A, 18 déc. 1990 : *Bull. Joly* 1991, p. 604, § 212, note Le Cannu ; *D.* 1991. IR. 27.

(60) V. cependant l'hypothèse où la même personne représente les associés personnes morales de la SAS : Commission du Conseil national des commissaires aux comptes, Bulletin des Commissaires aux Comptes, déc. 1999, n° 116, p. 693.

(61) Ch. Goyet, Les conventions entre le dirigeant et la SAS : *Petites Affiches*, n° 185, p. 55.

(62) D. Velardochio, Une innovation inattendue : la réforme de la SAS : *Revue Lamy Droit des affaires*, oct. 1999, p. 9.

(63) Ch. Goyet, Toujours plus simple : Remarques sur la réglementation des conventions dans la Société par Actions Simplifiée (SAS) unipersonnelle ; Loi 99-587 du 12 juillet 1999, sur l'innovation et la recherche, article 3, 3° : *D.* 1999, n° 37, p. 3.

(64) V. Ch. Goyet, art. précité ; P.-L. Périn, Société par Actions Simplifiée (SAS) : nouvelles remarques sur le contrôle des conventions entre la société et ses dirigeants : *Bull. Joly*, déc. 1999, p. 1143.

de fond de l'associé unique, qui ne se comprendrait que s'il n'est pas lui-même partie directe ou interposée à la convention, et s'il n'a pas par ailleurs la qualité de représentant de la société.

62. Apport en nature et avantages particuliers. – On sait que l'article L. 225-147 (ex-art. 193 de la loi du 24 juillet 1966) renvoyant à l'article L. 225-10 (ex-art. 82 de la loi du 24 juillet 1966), les actions de l'apporteur d'un bien en nature ou celles du bénéficiaire d'un avantage particulier « ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité ». « L'apporteur ou le bénéficiaire n'a voix délibérative ni pour lui-même ni comme mandataire ». Ces textes sont applicables à la SAS, et semblent donc empêcher l'associé unique de décider une augmentation de capital par apport en nature, ou de s'attribuer un avantage particulier en cours de vie sociale (65).

On peut malgré tout soutenir que l'exclusion de vote ne s'explique que par la pluralité d'associés ; la raison d'être de la règle réside autant dans le respect de l'équilibre des droits des différents associés que dans la protection de l'intérêt social. En outre, une nullité pour cette raison risque d'être rarement demandée.

Assurément, tant que la jurisprudence n'aura pas tranché la difficulté, le silence de la loi crée une insécurité. Il serait donc souhaitable de lever l'exclusion de vote de l'associé unique dans cette hypothèse.

C. Le régime de la nullité des décisions d'associé unique.

63. Particularités. – Au plan des principes, la nullité d'une décision d'associé unique ne se distingue pas de celle d'une décision collective (66). Toutefois, il est bien évident que le risque de nullité n'est pas du même calibre, faute d'opposition interne entre des intérêts d'associés différents. On peut envisager des irrégularités provenant de l'associé unique lui-même, ou provenant d'un président ou de dirigeants différents de l'associé unique. Ce dernier ne pourra invoquer, s'agissant des décisions qu'il a prises, que la violation d'une règle d'ordre public – notion qui ne peut s'assimiler à celle de disposition impérative, comme le démontre la jurisprudence qui reconnaît un caractère relatif à certaines nullités issues de textes qui, par construction, se sont vu reconnaître un caractère impératif (67).

Quant au président ou aux dirigeants, ce n'est pas dans leur propre intérêt qu'ils peuvent agir, car ils ne font qu'exercer une fonction sociale. En revanche, si l'on admet (v. n° 39), qu'une société peut agir en nullité des actes accomplis en son nom, la question n'appelle plus une réponse négative.

De même, les nullités de décision d'associé unique semblent pouvoir être invoquées par le ou les associés cessionnaires des actions, et l'extension possible dans le cadre d'un groupe – l'un des lieux privilégiés des SAS unipersonnelles – devrait trouver quelques applications. En

(65) V. P. Le Cannu, Société par actions simplifiée, Rép. Dalloz Sociétés, n° 156.

(66) On peut dire aussi que le fait que la société cesse d'être unipersonnelle ne vaut pas par lui-même suppression des vices frappant les décisions d'associé unique antérieures au phénomène qui a provoqué la « pluralisation » de la société.

(67) *Cass. com.* 17 janv. 1989, précité.

revanche, le droit d'agir d'autres personnes comme le commissaire aux comptes ou le comité d'entreprise ne semble pas devoir, malgré l'unicité d'associé, être appréciée différemment du droit commun.

Ajoutons que la régularisation semble dans certaines hypothèses plus facile : une décision d'associé unique suffit. Enfin, il est certain que la liberté d'appréciation accordée au juge de la nullité paraît indispensable pour éviter une sanction qui a plus de chance, dans ce contexte, d'être ressentie comme artificielle.

64. **Conclusion** – Naturellement, sur un tel thème, aucune conclusion définitive ne peut être tirée en 2001. La recherche ici menée n'a eu qu'un objectif modeste : défricher un domaine dont les composantes sont trop nombreuses pour édifier des certitudes sans que la jurisprudence y passe. Une fois de plus cependant (68), il est vérifié que le prisme de la sanction peut révéler des traits particuliers des normes substantielles, ou aussi que la législation par renvoi crée autant de mystère qu'elle n'apporte de réponse. En outre, l'originalité des stipulations statutaires dans les SAS est de nature à renouveler les questions posées aux juridictions – lesquelles auront sans doute besoin de principes d'appréciation plus approfondis pour faire un bon usage de leurs pouvoirs propres.

(68) V. notamment la thèse de M. Laurent Grosclaude, précitée.